

**Guía Legislativa de la
CNUDMI sobre
proyectos de infraestructura con financiación privada**

**Preparada por
la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional**



**NACIONES UNIDAS
Nueva York, 2000**

NOTA

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

El material que aparece en esta publicación podrá citarse o reproducirse con entera libertad, siempre que se mencione su origen y se remita un ejemplar de la publicación en que figura la cita o la reproducción.

A/CN.9/SER.B/4

Publicación de las Naciones Unidas
N° de venta: S.01.V.4
ISBN 92-1-133632-5

Prólogo

La presente *Guía Legislativa* fue preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Además de los representantes de los Estados miembros de la Comisión, participaron también activamente en la labor preparatoria representantes de otros muchos Estados y de algunas organizaciones internacionales, tanto intergubernamentales como no gubernamentales.

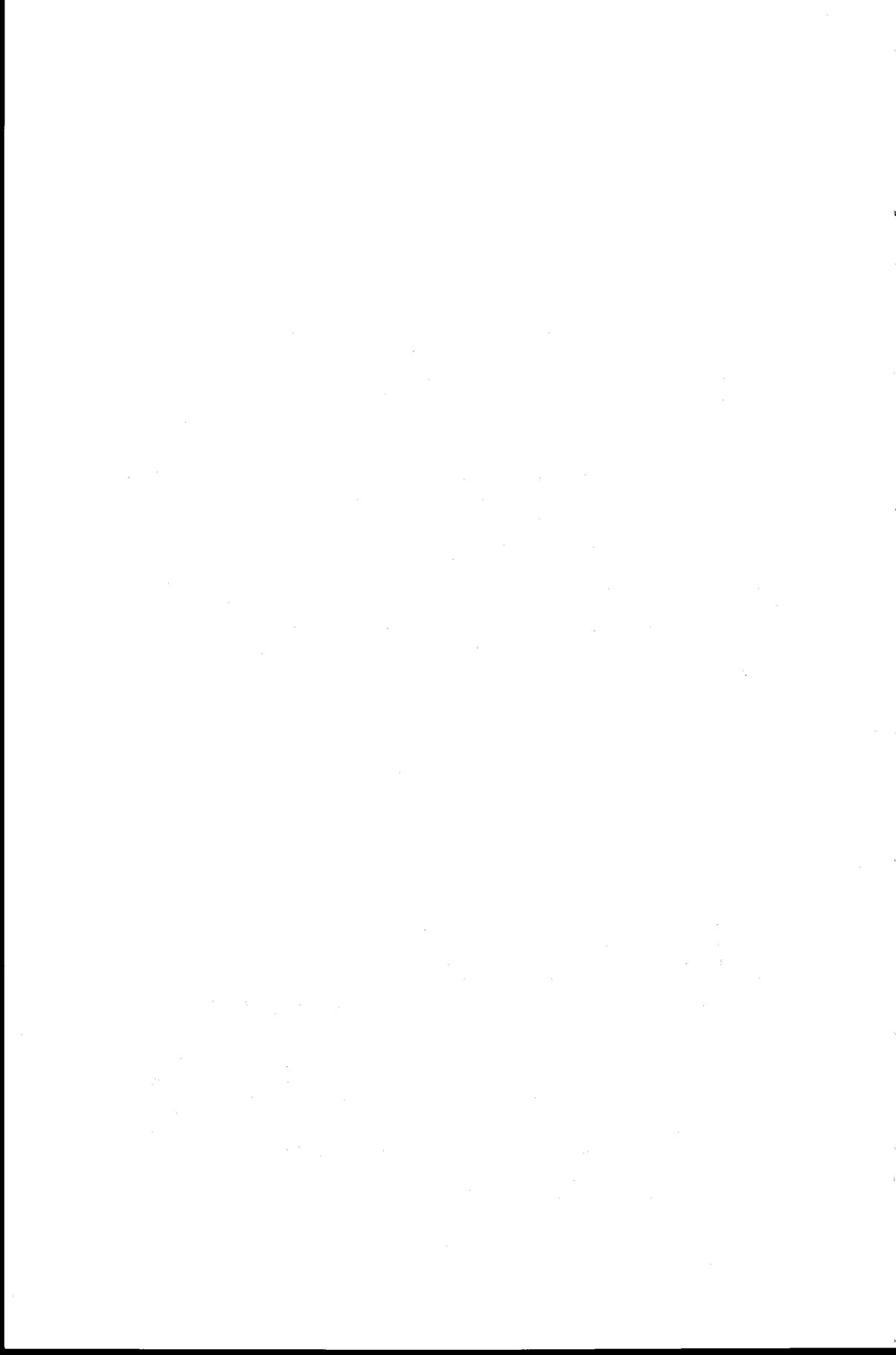
La Comisión examinó en 1996 la labor que cabría llevar a cabo en el campo de los proyectos de infraestructura con financiación privada, a la luz de una nota de la Secretaría sobre proyectos de construcción, explotación y traspaso (CET)¹. La Comisión decidió preparar una guía legislativa y pidió a la Secretaría que preparara proyectos de capítulo para dicha guía². La Comisión examinó los proyectos de capítulo a lo largo del período comprendido entre su 31º y su 33º período de sesiones³. La Comisión aprobó la *Guía Legislativa* en su 33º período de sesiones, celebrado en Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000, a reserva de ciertas modificaciones de índole editorial encomendadas a la Secretaría, y pidió a la Secretaría que le diera la mayor difusión posible⁴.

¹ Proyectos de construcción, explotación y traspaso: nota de la Secretaría (A/CN.9/424) *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional 1996* (denominado en adelante *Anuario de la CNUDMI*) (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.98.V.7, vol. XXVII), segunda parte, cap. V).

² Ver Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/51/17), párrs. 225 a 230 (Anuario de la CNUDMI 1996, primera parte).

³ *Ibíd.*, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/52/17), párrs. 231 a 247 [Anuario de la CNUDMI, vol. XXVIII 1997, (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.99.V.6), primera parte]; quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/53/17) párrs. 12 a 206 [Anuario de la CNUDMI, vol. XXIX: 1998, (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.99.V.12), primera parte]; quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/54/17), párrs. 12 a 307, 2000).

⁴ Ver Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/55/17), párr. 372.



Índice

	<i>Página</i>
<i>Prólogo</i>	<i>iii</i>
<i>Recopilación de recomendaciones legislativas</i>	<i>xi</i>
INTRODUCCIÓN E INFORMACIÓN GENERAL SOBRE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA	1
A. Introducción	1
1. Organización y ámbito de la <i>Guía</i>	2
2. Terminología usada en la <i>Guía</i>	3
B. Información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada	7
1. Inversión privada y política de infraestructura	7
2. Reestructuración de sectores de infraestructura	10
3. Formas de participación del sector privado en proyectos de infraestructura	14
4. Estructuras y fuentes de financiación en los proyectos de infraestructura	16
5. Principales partes involucradas en la ejecución de proyectos de infraestructura	20
I. MARCO LEGAL E INSTITUCIONAL GENERAL	25
A. Observaciones generales	25
B. Marco constitucional y legal	25
1. Principios rectores generales para un marco constitucional y legal favorable	25
2. El derecho constitucional y los proyectos de infraestructura con financiación privada	27
3. Legislación general y sectorial	27
C. Poderes requeridos para otorgar concesiones	29
1. Organismos autorizados y campos de actividad pertinentes	29
2. Finalidad y alcance de las concesiones	30

D.	Coordinación administrativa	31
1.	Coordinación de las medidas preparatorias	31
2.	Arreglos para facilitar la expedición de licencias y permisos	32
E.	Reglamentación de los servicios de infraestructura	33
1.	Competencia sectorial y mandato de las entidades reguladoras	34
2.	Medios institucionales	35
3.	Atribuciones de las entidades reguladoras	36
4.	Composición, personal y presupuesto de la entidad reguladora	37
5.	Proceso regulatorio y procedimiento a seguir	38
6.	Recurso contra la decisión de una entidad reguladora	39
7.	Solución de controversias entre proveedores de servicios públicos	39
II.	RIESGOS DEL PROYECTO Y RESPALDO PÚBLICO	41
A.	Observaciones generales	41
B.	Los riesgos del proyecto y su distribución	43
1.	Descripción general de las principales categorías de riesgo	43
2.	Arreglos contractuales para repartir y atenuar los riesgos	47
C.	Respaldo público	50
1.	Consideraciones de política general relativas al respaldo público	51
2.	Formas de respaldo público	52
D.	Garantías dadas por instituciones financieras internacionales	61
1.	Garantías emitidas por instituciones multilaterales de crédito	61
2.	Garantías proporcionadas por el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones	62
E.	Garantías proporcionadas por entidades de crédito a la exportación y organismos de promoción de inversiones	64

III. SELECCIÓN DEL CONCESIONARIO	67
A. Observaciones generales	67
1. Procedimientos de selección abarcados por la <i>Guía</i>	67
2. Objetivos generales de los procedimientos de selección	68
3. Características especiales de los procedimientos de selección para proyectos de infraestructura con financiación privada	71
4. Preparativos de los procedimientos de selección	74
B. Preselección de los ofertantes	76
1. Convocatoria al proceso de preselección	76
2. Criterios de preselección	77
3. Cuestiones relativas a la participación de consorcios ofertantes	78
4. Preselección y preferencias nacionales	79
5. Contribución a los gastos de participación en el proceso de selección	80
6. Procedimientos de preselección	80
C. Procedimientos para la solicitud de propuestas	81
1. Fases del procedimiento	81
2. Contenido de la solicitud de propuestas definitiva	83
3. Aclaraciones y modificaciones	89
4. Criterios de evaluación	89
5. Presentación, apertura, comparación y evaluación de las propuestas	92
6. Negociaciones finales y adjudicación del proyecto	93
D. Concesión otorgada sin recurrir a una vía competitiva	94
1. Circunstancias en que cabrá recurrir a vías no competitivas	96
2. Medidas para aumentar la transparencia de la contratación pública sin marco competitivo	96
E. Propuestas no solicitadas	98
1. Consideraciones de política general	99
2. Tramitación de las propuestas no solicitadas	101
F. Confidencialidad	105
G. Aviso de la adjudicación de un proyecto	105
H. Expediente del proceso de selección y adjudicación	106

I.	Vías de recursos	108
IV.	CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS	111
A.	Disposiciones generales sobre el acuerdo de proyecto	111
	1. Criterios legislativos	111
	2. Derecho aplicable al acuerdo de proyecto	112
	3. Concertación del acuerdo de proyecto	113
B.	Organización del concesionario	114
C.	Emplazamiento del proyecto, bienes y servidumbres	116
	1. Propiedad de los bienes del proyecto	117
	2. Adquisición de los terrenos necesarios para ejecutar el proyecto	119
	3. Servidumbres	120
D.	Arreglos financieros	121
	1. Obligaciones financieras del concesionario	122
	2. Determinación y control de la tarifa	122
	3. Obligaciones financieras de la autoridad contratante	126
E.	Garantías reales	128
	1. Garantías sobre bienes físicos	129
	2. Garantías sobre bienes incorporeales	130
	3. Garantías sobre los créditos comerciales del proyecto ...	131
	4. Garantías constituidas sobre las acciones de la sociedad del proyecto	133
F.	Traspaso de la concesión	133
G.	Traspaso del control de la sociedad del proyecto	134
H.	Obras de construcción	136
	1. Examen y aprobación de los planes de obras	136
	2. Modificación de las condiciones del proyecto	137
	3. Facultades de vigilancia de la autoridad contratante	138
	4. Período de garantía	139
I.	Explotación de la infraestructura	139
	1. Normas de ejecución	140
	2. Ampliación de los servicios	141
	3. Continuidad de servicio	141
	4. Igualdad del trato otorgado a los clientes o usuarios	142
	5. Interconexión y acceso a redes de infraestructura	143

6. Obligación de informar	144
7. Facultades coercitivas del concesionario	145
J. Arreglos contractuales generales	145
1. Subcontratación	146
2. Responsabilidad frente a los usuarios y terceros	148
3. Garantías de buena ejecución y seguros	149
4. Cambios de circunstancias	154
5. Disposiciones de exoneración	158
6. Incumplimiento y remedios disponibles	160
V. DURACIÓN, PRÓRROGA Y RESCISIÓN DEL ACUERDO DE PROYECTO	165
A. Observaciones generales	165
B. Duración del acuerdo de proyecto	165
C. Prórroga del acuerdo de proyecto	166
D. Rescisión	167
1. Rescisión por la autoridad contratante	169
2. Rescisión por el concesionario	174
3. Rescisión por alguna de las partes	176
E. Consecuencias de la expiración o de la rescisión del acuerdo de proyecto	177
1. Traspaso de bienes vinculados al proyecto	177
2. Disposiciones financieras para el momento de la rescisión	180
3. Traspaso de la infraestructura y medidas de transición ..	184
VI. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	191
A. Observaciones generales	191
B. Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario	192
1. Consideraciones generales sobre los métodos de prevención y solución de controversias.....	193
2. Métodos comúnmente utilizados para impedir y resolver controversias	194
C. Controversias entre los promotores del proyecto y entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas y proveedores	207
D. Controversias con clientes o usuarios de la infraestructura ..	208

VII. OTROS ÁMBITOS PERTINENTES DEL DERECHO	211
A. Observaciones generales	211
B. Otros ámbitos pertinentes del derecho	211
1. Promoción y protección de las inversiones	211
2. Régimen de la propiedad	212
3. Garantías reales	213
4. Régimen de la propiedad intelectual	216
5. Reglas y procedimientos en materia de adquisición forzosa de propiedad privada	218
6. Régimen de los contratos públicos y derecho administrativo	219
7. Derecho contractual privado	220
8. Derecho de sociedades	221
9. Derecho tributario	223
10. Reglas y prácticas contables	225
11. Protección del medio ambiente	226
12. Legislación protectora del consumidor	227
13. Régimen de la insolvencia	228
14. Medidas contra la corrupción	229
C. Acuerdos internacionales	229
1. Participación en instituciones financieras multilaterales	229
2. Acuerdos generales sobre facilitación y fomento del comercio	230
3. Acuerdos internacionales sobre sectores industriales concretos	230
<i>Índice</i>	233

Recopilación de recomendaciones legislativas

Prefacio

En las páginas siguientes figura una serie de principios recomendados bajo el título de “recomendaciones legislativas”, cuya finalidad no es sino la de propiciar la promulgación de un marco legal favorable para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Las recomendaciones legislativas van seguidas por unas notas en las que se ofrece una introducción analítica con referencias a cuestiones financieras, reglamentarias, jurídicas, de política normativa y de otra índole que se plantean en el contexto de este tema. Se aconseja al usuario que lea las recomendaciones legislativas junto con las notas, pues contienen información de fondo que le permitirán comprender mejor las recomendaciones.

Las recomendaciones legislativas versan sobre cuestiones que es importante abordar en los textos legales o reglamentarios que se destinen expresamente a regular los proyectos de infraestructura con financiación privada, pero sin adentrarse en otros ámbitos del derecho que, como se dice en las notas de las recomendaciones legislativas, afectan también a los proyectos de infraestructura con financiación privada. Además, para ejecutar con éxito proyectos de infraestructura con financiación privada no bastará normalmente con el establecimiento de un marco legal apropiado, sino que se necesitarán también estructuras y prácticas administrativas adecuadas, cierta capacidad organizativa, conocimientos técnicos, recursos humanos y financieros adecuados y la debida estabilidad económica.

Se recomienda a los países que deseen promover proyectos de infraestructura con financiación privada que incorporen a su derecho interno los siguientes principios:

I. Marco legal e institucional general

Marco constitucional, legal e institucional (ver cap. I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 2 a 14)

Recomendación 1. El marco constitucional, legal e institucional para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada debe asegurar la transparencia, equidad y sostenibilidad a largo plazo de los proyectos. Debe eliminarse toda restricción que obstaculice la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de infraestructuras.

Poderes requeridos para otorgar concesiones (ver cap. I, “Marco legislativo e institucional general”, párrs. 15 a 22)

Recomendación 2. La ley debe indicar las autoridades públicas del país anfitrión (incluidas, cuando corresponda, las autoridades nacionales, provinciales y locales) que estén facultadas para adjudicar concesiones y concertar acuerdos para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada.

Recomendación 3 Los proyectos de infraestructura con financiación privada podrán conllevar concesiones para la construcción y explotación de obras o sistemas de infraestructura nuevos, o para el mantenimiento, la modernización, la ampliación y la explotación de las obras y sistemas de infraestructura ya existentes.

Recomendación 4 La ley debe determinar los sectores o tipos de infraestructura respecto de los que podrán adjudicarse concesiones.

Recomendación 5 La ley debe determinar si una concesión podrá abarcar toda la región bajo la competencia de la autoridad contratante, una subdivisión geográfica de la misma o un proyecto concreto, y si podrá adjudicarse a título exclusivo o no, según corresponda, de conformidad con las normas y principios de derecho, disposiciones legales, reglamentos y políticas aplicables al sector de que se trate. Podrá facultarse a las autoridades contratantes para obrar de consuno al adjudicar concesiones que sean de la competencia de más de una autoridad.

Coordinación administrativa (ver cap. I. “Marco legal e institucional general”, párrs. 23 a 29)

Recomendación 6 Deben crearse mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas encargadas de conceder toda aprobación, licencia, autorización o permiso que sea requerido para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada de conformidad con las disposiciones legales o reglamentarias sobre la construcción y explotación de obras de infraestructura del tipo propuesto.

Reglamentación de los servicios de infraestructura (ver cap. I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 30 a 53)

Recomendación 7 La función reglamentadora de los servicios de infraestructura no debe encomendarse a entidades que presten de manera directa o indirecta servicios de infraestructura.

Recomendación 8 La función reglamentadora debe encomendarse a órganos funcionalmente independientes con suficiente autonomía para garantizar que sus decisiones serán adoptadas sin injerencias políticas ni presiones indebidas de las empresas explotadoras de infraestructuras o proveedoras de servicios públicos.

Recomendación 9. Deben publicarse las normas por las que se rija el proceso regulatorio. Toda decisión regulatoria deberá ser expresamente motivada y deberá ser puesta al alcance de las partes interesadas mediante su publicación o por otros medios.

Recomendación 10. La ley debe establecer procedimientos transparentes por los que el concesionario pueda solicitar la reconsideración de una decisión regulatoria por un órgano independiente e imparcial, e incluso por la vía judicial, y enunciar los motivos en los que podrá basarse un recurso de reconsideración.

Recomendación 11. Deben establecerse, en su caso, procedimientos especiales para la solución de controversias entre los proveedores de servicios públicos acerca de presuntas violaciones de las leyes o reglamentos que rijan el sector de que se trate.

II. Riesgos de los proyectos y respaldo público

Los riesgos del proyecto y su distribución (ver cap. II, “Riesgos de los proyectos y respaldo público”, párrs. 8 a 29)

Recomendación 12. No debe imponerse, por vía legal o reglamentaria, ninguna limitación innecesaria a la capacidad de la autoridad contratante para convenir con la otra parte en una distribución de los riesgos que sea la que mejor responda a las necesidades del proyecto.

Respaldo público (ver cap. II, “Riesgos de los proyectos y respaldo público”, párrs. 30 a 60)

Recomendación 13. La ley debe indicar con claridad las autoridades públicas del país anfitrión que podrán prestar respaldo financiero o económico para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada así como los tipos de apoyo que se les autoriza a prestar.

III. Selección del concesionario

Consideraciones generales (ver cap. III, “Selección del concesionario”, párrs. 1 a 33)

Recomendación 14. La ley debe prever un proceso para la selección del concesionario que esté basado en procedimientos competitivos, transparentes y eficaces adaptados a las necesidades particulares de los proyectos de infraestructura con financiación privada.

Preselección de los ofertantes (ver cap. III, “Selección del concesionario”, párrs. 34 a 50)

Recomendación 15. Los ofertantes deben demostrar que cumplen los criterios de preselección que la autoridad contratante considere apropiados para el proyecto de que se trate y que disponen de:

- a) Las calificaciones profesionales y técnicas, los recursos humanos, el equipo y otros medios físicos necesarios para llevar a cabo todas las fases del proyecto, desde el diseño y la construcción hasta la explotación y el mantenimiento;
- b) Medios suficientes para gestionar los aspectos financieros del proyecto y para cumplir los requisitos financieros de las fases de diseño, construcción y explotación del proyecto;
- c) Capacidad apropiada de gestión y organización, fiabilidad y experiencia, especialmente experiencia previa en la explotación de infraestructuras públicas.

Recomendación 16. Debe autorizarse a los ofertantes para formar consorcios con miras a presentar propuestas, pero sin que ningún miembro de un consorcio preseleccionado pueda participar, directamente o mediante empresas filiales, en más de un consorcio ofertante.

Recomendación 17. La autoridad contratante debe preparar una breve lista con los nombres de los ofertantes preseleccionados a quienes posteriormente se invitará a presentar propuestas una vez concluida la fase de preselección.

Procedimiento para la solicitud de propuestas (ver cap. III, “Selección del concesionario”, párrs. 51 a 84)*Solicitud de propuestas en una y en dos etapas*

Recomendación 18. Una vez concluido el procedimiento de preselección, la autoridad contratante deberá invitar a los ofertantes preseleccionados a que presenten sus propuestas definitivas.

Recomendación 19. No obstante lo anteriormente recomendado, la autoridad contratante podrá recurrir a un procedimiento en dos etapas para solicitar propuestas de los ofertantes preseleccionados cuando no le sea posible formular el pliego de condiciones o de indicadores de ejecución y las cláusulas contractuales del proyecto con el detalle y la precisión requeridos para la formulación de propuestas definitivas. Cuando se recurra a un procedimiento en dos etapas, se seguirán las siguientes disposiciones:

- a) La autoridad contratante invitará en primer lugar a los ofertantes preseleccionados a presentar propuestas relativas al pliego de condiciones y demás características del proyecto, así como a las cláusulas contractuales propuestas;

b) La autoridad contratante podrá convocar una reunión de ofertantes para aclarar cuestiones relativas a la solicitud inicial de propuestas;

c) Tras examinar las propuestas recibidas, la autoridad contratante podrá examinar y, en su caso, revisar las especificaciones iniciales y las condiciones contractuales del proyecto antes de publicar su solicitud definitiva de propuestas.

Contenido de la solicitud definitiva de propuestas

Recomendación 20. En la solicitud definitiva de propuestas debe figurar al menos lo siguiente:

a) La información general que puedan necesitar los ofertantes para preparar y presentar sus propuestas;

b) El pliego de condiciones del proyecto y los indicadores de ejecución pertinentes, incluidas las exigencias de la autoridad contratante en materia de normas de seguridad y de protección del medio ambiente;

c) Las cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante;

d) Los criterios para evaluar las propuestas, el coeficiente de ponderación que debe asignarse a cada uno de esos criterios y la manera en que han de aplicarse los criterios en la evaluación de las propuestas.

Aclaraciones y modificaciones

Recomendación 21. La autoridad contratante podrá, a iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración de un ofertante, modificar su solicitud definitiva de propuestas emitiendo un documento complementario con una antelación razonable al término del plazo para la presentación de propuestas.

Criterios de evaluación

Recomendación 22. Los criterios para la evaluación y comparación de las propuestas técnicas deben referirse a la idoneidad de la propuesta para satisfacer las necesidades de la autoridad contratante, y concretamente a:

a) Su solvencia técnica;

b) Su viabilidad funcional;

c) La calidad de los servicios y la suficiencia de las medidas que aseguren su continuidad;

d) El potencial de desarrollo socioeconómico inherente a la propuesta.

Recomendación 23. Cabe utilizar, según proceda, como criterios para la evaluación y comparación de las propuestas financieras y comerciales los siguientes:

a) El valor actual de los peajes, del precio unitario o de otros derechos que se vayan a cobrar durante el período de la concesión;

b) El valor actual de los pagos directos que deba efectuar la autoridad contratante;

c) El costo de las actividades de diseño y construcción, los gastos anuales de explotación y mantenimiento, el valor actual de las inversiones en capital y de los gastos de explotación y mantenimiento;

d) El respaldo público financiero que se solicite;

e) La solidez de los arreglos financieros propuestos;

f) La conformidad de la propuesta con las condiciones contractuales enunciadas en la solicitud.

Presentación, apertura, comparación y evaluación de las propuestas

Recomendación 24. La autoridad contratante podrá fijar umbrales de calidad y de índole técnica, financiera y comercial que deberá respetar toda propuesta de conformidad con los criterios establecidos en la solicitud de propuestas. Toda propuesta que no alcance estos umbrales deberá ser desestimada por falta de conformidad.

Recomendación 25. Se haya seguido o no un procedimiento de preselección, la autoridad contratante podrá reservarse el derecho a pedir a los ofertantes que confirmen sus calificaciones conforme a los criterios y procedimientos enunciados en la solicitud de propuestas o en los documentos de preselección, según corresponda. De haberse seguido un procedimiento de preselección, los criterios serán los mismos que los fijados para dicho procedimiento.

Negociaciones finales y adjudicación del proyecto

Recomendación 26. La autoridad contratante deberá puntuar todas las propuestas que haya declarado conformes siguiendo los criterios de evaluación expuestos en la solicitud de propuestas e invitar a una negociación final del acuerdo de proyecto al ofertante que haya obtenido la mejor puntuación. Las negociaciones finales no podrán referirse a las cláusulas contractuales que hayan sido declaradas no negociables en la solicitud definitiva de propuestas.

Recomendación 27. Si la autoridad contratante se percata de que las negociaciones con el ofertante invitado no darán lugar a un acuerdo de

proyecto, deberá informar a ese ofertante de que da por terminadas las negociaciones a fin de invitar sucesivamente a negociar a los demás ofertantes, por orden de puntuación, hasta llegar a un acuerdo de proyecto con alguno de ellos o rechazar las restantes propuestas.

Concesión otorgada por una vía no competitiva (ver cap. III, “Selección del concesionario”, párrs. 85 a 96)

Recomendación 28. La ley deberá especificar los supuestos excepcionales en los que se podrá facultar a la autoridad contratante para seleccionar al concesionario sin recurrir a una vía competitiva, como sucedería:

- a) Si existe una necesidad urgente de garantizar la continuidad del servicio y si, por consiguiente, no sería práctico entablar un procedimiento de selección competitiva;
- b) Si se trata de proyectos de corta duración para los que se prevea una inversión inicial que no supere una cantidad módica especificada;
- c) De mediar razones de defensa nacional o de seguridad nacional;
- d) Si sólo existe un proveedor que sea capaz de prestar el servicio requerido (por ejemplo, porque éste requiera la utilización de tecnología patentada o de conocimientos técnicos singulares);
- e) Cuando se haya publicado una invitación a un procedimiento de preselección o una solicitud de propuestas sin que se hayan presentado solicitudes ni propuestas, o las propuestas no cumplan los criterios de evaluación enunciados en la solicitud de propuestas y cuando, a juicio de la autoridad contratante, sea improbable que la publicación de una nueva solicitud de propuestas pueda dar lugar a la adjudicación del proyecto;
- f) Otros supuestos en los que una autoridad superior autorice tal excepción por razones de peso y de interés público.

Recomendación 29. La ley podrá exigir que en la adjudicación no competitiva de una concesión se observe el siguiente procedimiento:

- a) La autoridad contratante deberá publicar un anuncio de su intención de adjudicar una concesión para la ejecución del proyecto propuesto y deberá entablar negociaciones con el mayor número posible de sociedades, tenidas por aptas para llevar a cabo el proyecto, que la situación permita;
- b) Las ofertas deberán ser evaluadas y puntuadas conforme a los criterios de evaluación establecidos por la autoridad contratante;
- c) Salvo para el supuesto mencionado en la recomendación 28 c), la autoridad contratante deberá publicar un anuncio de la concesión

en el que se den a conocer las razones y circunstancias especiales por las que se vaya a proceder a su adjudicación no competitiva.

Propuestas no solicitadas (ver cap. III, “Selección del concesionario”, párrs. 97 a 117)

Recomendación 30. Como excepción respecto de los procedimientos de selección descritos en las recomendaciones legislativas 14 a 27, se podrá autorizar a la autoridad contratante a examinar las propuestas no solicitadas por algún procedimiento especial que la ley haya previsto para este fin, siempre y cuando esas propuestas no se refieran a un proyecto para el que la autoridad contratante haya anunciado o iniciado un procedimiento de selección.

Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas

Recomendación 31. Tras la recepción y el examen preliminar de una propuesta no solicitada, la autoridad contratante deberá informar al autor de la propuesta, en un plazo razonablemente breve, de si el proyecto puede revestir o no interés público. De considerarse que el proyecto reviste interés público, la autoridad contratante deberá invitar al autor a presentar una propuesta formal suficientemente detallada para que la autoridad contratante pueda evaluar adecuadamente el concepto o la tecnología y determinar si la propuesta cumple las condiciones establecidas por la ley y si tiene posibilidades de ser ejecutada con éxito a la escala del proyecto propuesto.

Recomendación 32. El autor de la propuesta debe conservar la titularidad de todos los documentos presentados a lo largo del procedimiento, y esos documentos deben serle devueltos en caso de que se rechace la propuesta.

Procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas que no entrañen conceptos o tecnología patentados

Recomendación 33. La autoridad contratante deberá abrir un procedimiento de selección competitiva conforme a las recomendaciones 14 a 27 *supra* caso de comprobarse que los resultados previstos del proyecto pueden lograrse sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el que el autor de la propuesta no solicitada posea derechos exclusivos o caso de comprobarse que el concepto o la tecnología propuestos no son realmente singulares ni nuevos. Deberá invitarse al autor de la propuesta no solicitada a participar en ese procedimiento y podrá dársele una prima por haber presentado la propuesta.

Procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas que entrañen conceptos o tecnología patentados

Recomendación 34. Si se comprueba que los resultados previstos del proyecto no pueden lograrse sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el que el autor de la propuesta no solicitada posea derechos exclusivos, la autoridad contratante deberá tratar de obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada. Con este fin, la autoridad contratante deberá publicar una descripción de los elementos esenciales de los resultados de la propuesta junto con una invitación dirigida a otras partes interesadas para que presenten propuestas alternativas o comparables dentro de un plazo razonable.

Recomendación 35. La autoridad contratante podrá entablar negociaciones con el autor de la propuesta no solicitada si no recibe otras propuestas, siempre que cuente con la aprobación de una autoridad de rango superior. Si se presentan otras propuestas la autoridad contratante deberá invitar a todos sus autores a negociaciones conforme a lo dispuesto en los apartados a) a c) de la recomendación legislativa 29.

Confidencialidad (ver cap. III, “Selección del concesionario”, párr. 118)

Recomendación 36. Las negociaciones de la autoridad contratante con cada uno de los ofertantes deberán ser confidenciales y ambas partes deberán abstenerse de revelar a otra persona cualesquiera de los pormenores técnicos, comerciales o relativos al precio de las negociaciones, sin el consentimiento de la otra parte.

Aviso de la adjudicación de un proyecto (ver cap. III, “Selección del concesionario”, párr. 119)

Recomendación 37. La autoridad contratante deberá publicar un aviso de la adjudicación del proyecto. Ese aviso deberá dar a conocer la identidad del concesionario y presentar en forma resumida las cláusulas esenciales del acuerdo de proyecto.

Expediente del proceso de selección y adjudicación (ver cap. III, “Selección del concesionario”, párrs. 120 a 126)

Recomendación 38. La autoridad contratante deberá llevar un expediente con todos los datos importantes del proceso de selección y adjudicación. La ley deberá enunciar las condiciones de acceso a dicho expediente.

Vías de recurso (ver cap. III, “Selección del concesionario”, párrs. 127 a 131)

Recomendación 39. Los ofertantes que pretendan haber sufrido o haber quedado expuestos a pérdidas o perjuicios debido al incumplimiento de una obligación impuesta por la ley a la autoridad contratante podrán solicitar la revisión de los actos de esta autoridad conforme a las leyes del país anfitrión.

IV. Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto**Disposiciones generales sobre el acuerdo de proyecto (ver cap. IV, “Construcción y explotación de la infraestructura: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 1 a 11)**

Recomendación 40. La ley podría indicar las cláusulas básicas que deben figurar en todo acuerdo de proyecto, que podrían ser las mencionadas en las recomendaciones 41 a 68 *infra*.

Recomendación 41. Salvo disposición en contrario, el acuerdo de proyecto se registrará por la ley del país anfitrión.

Organización del concesionario (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 12 a 18)

Recomendación 42. La autoridad contratante deberá poder exigir que los ofertantes seleccionados creen una entidad jurídica independiente con sede en el país.

Recomendación 43. El acuerdo de proyecto deberá especificar el capital mínimo de la sociedad del proyecto, así como el procedimiento a seguir para obtener de la autoridad contratante la aprobación de los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto, así como de toda modificación esencial de los mismos.

Emplazamiento, bienes y servidumbres del proyecto (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 19 a 32)

Recomendación 44. En el acuerdo de proyecto se debe especificar, según proceda, los bienes que serán de propiedad pública y los que serán de propiedad privada del concesionario. Deberá indicarse también los bienes que el concesionario deberá traspasar a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto, los bienes que la autoridad contratante podrá comprar al concesionario, si así lo desea, y los bienes que el

concesionario podrá llevarse o enajenar al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto.

Recomendación 45. La autoridad contratante deberá ayudar al concesionario a adquirir todo derecho accesorio al proyecto que sea requerido para la explotación, la construcción y el mantenimiento de las obras. Cabe facultar por ley al concesionario para entrar o transitar por terrenos de terceros o para realizar obras o instalar soportes de infraestructura en ellos cuando sea necesario para la construcción, la explotación y el mantenimiento de la obra de infraestructura.

Arreglos financieros (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 33 a 51)

Recomendación 46. La ley deberá facultar al concesionario para cobrar una tarifa o derechos de usuario por la utilización de la infraestructura creada o por los servicios que preste. El acuerdo de proyecto debe prever métodos y fórmulas para ajustar el importe de las sumas abonables por este concepto.

Recomendación 47. Cuando la tarifa o los derechos cobrados por el concesionario estén sujetos al control de un organismo regulador, la ley deberá prever un mecanismo de revisión periódica y extraordinaria de las fórmulas de ajuste de la tarifa.

Recomendación 48. Debe facultarse a la autoridad contratante para efectuar, si procede, pagos directos al concesionario, en sustitución o como complemento de las sumas cobradas por sus servicios prestados a los usuarios, o para comprometerse a adquirir cantidades previamente determinadas de bienes o servicios.

Garantías reales (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 52 a 61)

Recomendación 49. El concesionario deberá encargarse de recaudar los fondos necesarios para construir y explotar la infraestructura y, con este fin, deberá estar autorizado a obtener cualquier financiación necesaria para el proyecto con una garantía sobre cualquiera de sus bienes, sobre las acciones de la sociedad del proyecto, sobre su producto o sobre los créditos reportados por la explotación de la concesión, o mediante cualquier otra garantía idónea, sin perjuicio de norma jurídica alguna por la que se prohíba la creación de garantías sobre bienes públicos.

Traspaso de la concesión (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 62 y 63)

Recomendación 50. La concesión no debe cederse a un tercero sin el consentimiento de la autoridad contratante. En el acuerdo de proyecto deben enunciarse las condiciones con arreglo a las cuales la autoridad contratante podrá dar su consentimiento al traspaso de una concesión, incluida la aceptación por el nuevo concesionario de todas las obligaciones estipuladas en el acuerdo de proyecto, así como pruebas de la capacidad técnica y financiera del nuevo concesionario para prestar el servicio.

Traspaso de una participación mayoritaria en el capital de la sociedad del proyecto (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 64 a 68)

Recomendación 51. La transmisión de una participación mayoritaria en una empresa concesionaria podrá estar supeditada al consentimiento de la autoridad contratante, salvo estipulación en contrario.

Obras de construcción (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 69 a 79)

Recomendación 52. En el acuerdo de proyecto deben enunciarse los procedimientos para que la autoridad contratante examine y apruebe los planes y especificaciones de la construcción, así como el derecho de la autoridad contratante a supervisar la construcción de las instalaciones de infraestructura o sus mejoras, las condiciones en que la autoridad contratante podrá ordenar que se modifiquen especificaciones de la construcción y los procedimientos para el ensayo y la inspección final y proceder a la aprobación y la aceptación de la infraestructura, su equipo y sus accesorios.

Explotación de la infraestructura (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 80 a 97)

Recomendación 53. El acuerdo de proyecto debe determinar, en su caso, las obligaciones del concesionario a fin de garantizar:

- a) La adaptabilidad del servicio para responder a la demanda real de dicho servicio;
- b) La continuidad del servicio;

c) La disponibilidad del servicio en condiciones esencialmente idénticas para todos los usuarios;

d) El acceso sin discriminación, cuando proceda, de otros proveedores de servicios a cualquier red de infraestructura pública explotada por el concesionario.

Recomendación 54. El acuerdo de proyecto debe establecer:

a) La medida en que el concesionario estará obligado a facilitar a la autoridad contratante o a un organismo regulador, en su caso, informes y otros datos sobre la explotación;

b) Los procedimientos para supervisar el cumplimiento por parte del concesionario y adoptar las medidas razonables que la autoridad contratante o el organismo regulador considere apropiadas para garantizar que la obra de infraestructura funciona debidamente y que se están prestando los servicios conforme a las disposiciones legales y contractuales aplicables.

Recomendación 55. A reserva de su aprobación por la autoridad contratante o por el organismo regulador, el concesionario deberá estar facultado para dictar y aplicar el reglamento funcional de la infraestructura.

Disposiciones contractuales generales (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 98 a 150)

Recomendación 56. La autoridad contratante podrá reservarse el derecho a examinar y aprobar los contratos principales concertados por el concesionario, en particular los contratos celebrados con los propios accionistas del concesionario o con personas conexas. La autoridad contratante no denegará normalmente su aprobación, salvo cuando los contratos contengan disposiciones que no se ajusten al acuerdo de proyecto o que sean manifiestamente contrarias al interés público o a normas obligatorias de derecho público.

Recomendación 57. El concesionario y sus prestamistas, aseguradores y otras partes contratantes deben gozar de autonomía para elegir la ley aplicable a sus relaciones contractuales, salvo cuando dicha elección sea contraria al orden público del país anfitrión.

Recomendación 58. El acuerdo de proyecto debe determinar:

a) La forma, la duración y la cuantía de las garantías de buena ejecución que podrán exigirse al concesionario en relación con la construcción y explotación de la infraestructura;

b) Las pólizas de seguros que podrá requerirse que suscriba el concesionario;

c) La compensación a la que pueda tener derecho el concesionario si se producen cambios legislativos o de otra índole en las condiciones económicas o financieras que hagan sustancialmente más oneroso el cumplimiento de la obligación. En el acuerdo de proyecto se establecerá la vía a seguir para revisar las condiciones del acuerdo de proyecto cuando se produzca algún cambio de esta índole;

d) La medida en que las partes podrán quedar exoneradas de su respectiva responsabilidad por incumplimiento o demora en el cumplimiento de alguna obligación prevista en el acuerdo de proyecto debido a circunstancias que estén razonablemente fuera de su control;

e) Los remedios de que dispondrán la autoridad contratante y el concesionario en caso de incumplimiento de la otra parte.

Recomendación 59. El acuerdo de proyecto deberá enunciar las circunstancias en que la autoridad contratante podrá hacerse cargo temporalmente de la explotación de la infraestructura a fin de garantizar la prestación eficaz e ininterrumpida del servicio en caso de incumplimiento grave por parte del concesionario.

Recomendación 60. La autoridad contratante deberá estar facultada para concertar acuerdos con los prestamistas que permitan a éstos nombrar, con el consentimiento de la autoridad contratante, a un nuevo concesionario en el marco del acuerdo de proyecto existente si el concesionario incumple gravemente la obligación de prestar el servicio exigido o si se producen otros hechos especificados que justifiquen la rescisión del acuerdo de proyecto.

V. Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto

Duración y prórroga del acuerdo de proyecto (ver cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, párrs. 2 a 8)

Recomendación 61. En el acuerdo de proyecto deberá especificarse la duración de la concesión.

Recomendación 62. El plazo de la concesión no debe prorrogarse salvo en supuestos que la ley haya previsto, como los siguientes:

a) Demoras en la ejecución o interrupción de la explotación debido a circunstancias que escapen del control razonable de las partes;

b) Suspensión del proyecto a consecuencia de actos de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas;

c) A fin de dar margen para que el concesionario amortice gastos adicionales ocasionados por peticiones de la autoridad contratante inicialmente no previstas en el acuerdo de proyecto y que el

concesionario no conseguiría amortizar en el plazo normal estipulado en el acuerdo de proyecto.

Rescisión del acuerdo de proyecto (ver cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, párrs. 9 a 35)

Rescisión del acuerdo por la autoridad contratante

Recomendación 63. Debe facultarse a la autoridad contratante para rescindir el acuerdo de proyecto en los siguientes supuestos:

- a) Si ya no es razonable creer que el concesionario tenga la intención o que esté en condiciones de cumplir con sus obligaciones, por razones de insolvencia, de incumplimiento grave o de otra índole;
- b) Por razones de interés público, con la obligación de pagar una indemnización al concesionario.

Rescisión del acuerdo por el concesionario

Recomendación 64. Debe facultarse al concesionario para rescindir el acuerdo de proyecto en supuestos excepcionales que la ley haya previsto, como los siguientes:

- a) En caso de incumplimiento grave, por parte de la autoridad contratante o de otra autoridad pública de las obligaciones contraídas en el acuerdo de proyecto;
- b) En caso de agravación importante de la carga impuesta por el acuerdo al concesionario a raíz de modificaciones o de otros actos ordenados por la autoridad contratante o debido a cambios imprevistos de las circunstancias o a actos de otras autoridades públicas sin que las partes hayan podido llegar a un acuerdo sobre una revisión adecuada del acuerdo de proyecto.

Rescisión del acuerdo por cualquiera de las partes

Recomendación 65. Cualquiera de las partes deberá poder rescindir el acuerdo de proyecto si el cumplimiento de sus obligaciones se ve impedido por circunstancias que escapen del control razonable de las partes. Las partes también deben poder rescindir el acuerdo de proyecto si lo deciden de común acuerdo.

Consecuencias de la expiración o de la rescisión del acuerdo de proyecto (ver cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, párrs. 36 a 62)

Traspaso de bienes a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario

Recomendación 66. El acuerdo de proyecto deberá enunciar los criterios para fijar la indemnización que pueda corresponder al concesionario por los bienes traspasados a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario o adquiridos por la autoridad contratante tras la expiración o la rescisión del acuerdo de proyecto.

Arreglos financieros tras la rescisión

Recomendación 67. El acuerdo de proyecto deberá establecer la forma en que se habrá de calcular la indemnización de las partes en caso de rescindir el acuerdo de proyecto, previendo, cuando corresponda, la indemnización por su justo valor de las obras efectuadas conforme al acuerdo de proyecto, así como de las pérdidas, incluido el lucro cesante.

Liquidación y medidas de traspaso

Recomendación 68. En el acuerdo de proyecto deberán establecerse, cuando sea del caso, los derechos y obligaciones de las partes en relación con:

- a) El traspaso de la tecnología requerida para el funcionamiento de la infraestructura;
- b) La capacitación del personal de la autoridad contratante o del concesionario sucesor en las actividades de explotación y mantenimiento de la infraestructura;
- c) La prestación, por el concesionario, de ciertos servicios de explotación y mantenimiento de la infraestructura y, de ser necesario, el suministro de repuestos, durante un período de tiempo razonable a partir de su traspaso a la autoridad contratante o al concesionario sucesor.

VI. Solución de controversias

Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario (ver cap. VI, “Solución de controversias”, párrs. 3 a 42)

Recomendación 69. La autoridad contratante deberá poder convenir en la vía para la solución de las controversias que las partes consideren más apropiada para las necesidades del proyecto, incluido el arbitraje.

Controversias entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas y proveedores (ver cap. VI, “Solución de controversias”, párr. 43)

Recomendación 70. El concesionario y los promotores del proyecto deberán poder elegir la vía más apropiada para la solución de las controversias comerciales entre los promotores del proyecto o entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas, proveedores y otros socios comerciales.

Controversias entre el concesionario y sus clientes (ver cap. VI, “Solución de controversias”, párrs. 44 a 46)

Recomendación 71. Se podrá exigir al concesionario que abra vías sencillas y eficientes para tramitar las reclamaciones presentadas por sus clientes o por los usuarios de la infraestructura.

Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*

A. Introducción

1. La función respectiva de los sectores público y privado en el desarrollo de la infraestructura ha evolucionado considerablemente a lo largo de la historia. Los servicios públicos, como el alumbrado público de gas, la distribución de electricidad, la telegrafía y la telefonía, el ferrocarril a vapor y los tranvías eléctricos se iniciaron en el siglo XIX y en muchos países se trató de servicios ofrecidos por compañías privadas que habían obtenido una licencia o concesión de la administración pública. En ese tiempo se ejecutaron muchos proyectos de carreteras o canales con financiación privada y se registró un rápido desarrollo de la financiación internacional de proyectos, incluidas las ofertas de bonos internacionales para financiar ferrocarriles u otras infraestructuras importantes.

2. Sin embargo, durante la mayor parte del siglo XX la tendencia internacional se orientó en cambio hacia el suministro público de infraestructuras y otros servicios. A menudo las empresas explotadoras de infraestructura fueron nacionalizadas y la competencia se redujo a resultas de fusiones y adquisiciones. Durante este período el grado de apertura de la economía mundial también retrocedió. Los sectores de infraestructura siguieron bajo explotación privada sólo en un número relativamente pequeño de países, funcionando a menudo con escasa o ninguna competencia. En muchos países la preeminencia del sector público en la prestación de servicios de infraestructura se consagró en la constitución.

3. La actual tendencia inversa hacia la participación del sector privado y de apertura a la competencia en los sectores de infraestructura se inició a comienzos del decenio de 1980 y estuvo determinada por factores generales y por factores propios de los países. Entre los factores generales se cuentan las innovaciones tecnológicas importantes; un endeudamiento elevado y restricciones presupuestarias estrictas que han limitado la capacidad del sector público para satisfacer las crecientes necesidades en materia de infraestructura; la expansión de los mercados internacionales y nacionales de capital, con el consiguiente mejoramiento del acceso a la financiación

* La sección B del presente capítulo está concebida como información general de antecedentes sobre materias que se examinan desde una perspectiva legislativa en los capítulos siguientes de la *Guía*. Para más información pueden consultarse las publicaciones de otras organizaciones internacionales, como las *Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects*, preparada por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (publicación de la ONUDI: N° de venta 95.6.E), *World Development Report 1994: Infrastructure for Development* (Nueva York, Oxford University Press, 1994) y *World Development Report 1996: From Plan to Market* (Nueva York, Oxford University Press, 1996), publicadas ambas por el Banco Mundial, o *Financing Private Infrastructure* (Washington, D.C., 1996), publicada por la Corporación Financiera Internacional.

privada; y un creciente número de experiencias internacionales exitosas con participación privada y oferta competitiva en materia de infraestructura. En muchos países se aprobaron nuevas leyes, no sólo para regir esas operaciones, sino también para modificar la estructura del mercado y abrir a la competencia los sectores en los que tales operaciones se realizaban.

4. La finalidad de la presente *Guía* es ayudar a la creación de un marco jurídico favorable a la inversión privada en infraestructura pública. El asesoramiento que proporciona la *Guía* trata de lograr un equilibrio entre, por una parte, el deseo de facilitar y alentar la participación privada en proyectos de infraestructura y, por otra, los diversos intereses públicos del país de acogida. La *Guía* examina cierto número de cuestiones de interés público fundamental, que, a pesar de las numerosas diferencias de política y de tratamiento legislativo, gozan de reconocimiento en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Entre los asuntos de preocupación pública se incluyen materias como la continuidad en la prestación de servicios públicos; el acatamiento de las normas de protección ambiental, sanidad, seguridad y calidad fijadas por el país de acogida; la equidad de los precios cobrados al público; el tratamiento no discriminatorio de los clientes o usuarios; la publicación de la totalidad de la información relativa a la explotación de la obra de infraestructura, y la flexibilidad necesaria para responder al cambio de las condiciones, incluida la ampliación del servicio para satisfacer el aumento de la demanda. A su vez, entre las preocupaciones fundamentales del sector privado habitualmente se incluyen cuestiones como estabilidad del entorno legal y económico del país de acogida; transparencia de las leyes y reglamentos y la predecibilidad e imparcialidad de su aplicación; posibilidad de hacer valer los derechos de propiedad contra las violaciones de terceros; seguridades de que la propiedad privada será respetada por el país de acogida y que no podrá ser vulnerada sino por razones de interés público y únicamente mediante el pago de indemnización; y libertad de las partes para convenir en condiciones comerciales que garanticen un rendimiento razonable del capital invertido que sea proporcional al riesgo asumido por los inversionistas privados. La *Guía* no ofrece un juego único de soluciones modelo para atender a estas preocupaciones, sino que ayuda al lector a evaluar los diferentes enfoques posibles y a elegir el más apropiado en el contexto nacional o local.

1. Organización y ámbito de la Guía

5. La *Guía* contiene un conjunto de principios legislativos recomendados que se titulan “recomendaciones legislativas”. Las recomendaciones legislativas están destinadas a ayudar a la creación de un marco legal favorable a los proyectos de infraestructura con financiación privada. Las recomendaciones legislativas van seguidas de notas que ofrecen una introducción analítica de las cuestiones financieras, reglamentarias, legales, de política general y de otra índole que se plantean en el sector o tema considerado. Se aconseja que el usuario lea las recomendaciones legislativas juntamente con las notas, que le darán información de antecedentes para una mejor comprensión de las recomendaciones.

6. Las recomendaciones legislativas se refieren a cuestiones que es importante resolver en la normativa aplicable a los proyectos de infraestructura con financiación privada. No se refieren a otros campos del derecho que, como se indica en las notas de las recomendaciones legislativas, también influyen en los proyectos de infraestructura con financiación privada. Además, la ejecución exitosa de los proyectos de infraestructura con financiación privada requiere habitualmente diversas medidas que van más allá de la creación de un marco legal apropiado, tales como estructuras y prácticas administrativas adecuadas, capacidad organizativa, conocimientos técnicos especializados, recursos humanos y financieros apropiados y estabilidad económica. Aunque algunos de esos asuntos se mencionan en las notas, no están tratados en las recomendaciones legislativas.

7. La *Guía* está destinada a ser utilizada por las autoridades y órganos legislativos nacionales como obra de consulta para preparar nueva legislación o examinar la idoneidad de las leyes y reglamentos existentes. Con ese fin, la *Guía* ayuda a determinar las esferas jurídicas que suelen ser de mayor pertinencia para la inversión de capitales privados en proyectos de infraestructura pública y examina el contenido de una normativa legal destinada a atraer al capital privado, tanto nacional como extranjero. La *Guía* no tiene por objeto prestar asesoramiento sobre la redacción de los acuerdos para ejecutar proyectos de infraestructura con financiación privada. Ahora bien, examina algunas cuestiones contractuales (por ejemplo, en los capítulos IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto” y V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”) en la medida en que se relacionan con materias que puede ser útil tratar en la legislación.

8. La *Guía* presta atención especial a los proyectos de infraestructura que conlleven una obligación, por parte de los inversionistas seleccionados, de realizar obras de construcción, reparación o ampliación a cambio del derecho a percibir una remuneración, sea del público o de alguna autoridad pública, por la utilización de la obra de infraestructura o de los servicios prestados. Aunque esos proyectos se agrupan a veces con otras operaciones de “privatización” de funciones o de bienes públicos, la *Guía* no se ocupa de este tipo de operaciones de “privatización” si no guardan relación con el desarrollo y explotación de una infraestructura pública. Además, tampoco se ocupa de los proyectos para explotar recursos naturales, como los de minas, petróleo o gas en virtud de alguna “concesión”, “licencia” o “permiso” dados por las autoridades públicas del país de acogida.

2. Terminología usada en la *Guía*

9. En los párrafos que siguen se explica el significado y empleo de algunos términos que aparecen con frecuencia en la *Guía*. Para los términos no mencionados, como los de carácter técnico utilizados en textos financieros y de administración de empresas, pueden consultarse otras fuentes de información sobre el tema, como *Guidelines for Infrastructure Development*

through *Build-Operate-Transfer (BOT) Projects*, preparada por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI)¹.

a) “Infraestructura pública” y “servicios públicos”

10. En la presente *Guía*, por “infraestructura pública” se entenderá toda obra o infraestructura física que preste servicios esenciales al público en general. En este sentido, pueden encontrarse ejemplos de infraestructura pública en diversos sectores que incluyen diversos tipos de instalaciones, equipo o sistemas: centrales eléctricas y redes de distribución (sector eléctrico); redes de comunicación telefónica locales y de larga distancia y redes de transmisión de datos (sector de telecomunicaciones); plantas de desalinización, plantas de tratamiento de aguas residuales y redes de distribución de agua (sector hídrico); plantas y equipo de recogida y eliminación de desechos (sector sanitario); y las redes y medios físicos utilizados para el transporte público, como ferrocarriles urbanos e interurbanos, metros, líneas de autobuses, carreteras, puentes, túneles, puertos, compañías aéreas y aeropuertos (sector del transporte).

11. La distinción entre infraestructura pública y privada depende de la política interna de cada país. En algunos países, los aeropuertos son de propiedad pública; en otros, son de propiedad privada pero están sometidos a la reglamentación o las condiciones de un acuerdo con la autoridad pública competente. Los centros médicos y hospitalarios, y las prisiones y los correccionales pueden obrar en manos públicas o privadas, según las preferencias de cada país. Con frecuencia, pero no siempre, las centrales y redes de energía y de telecomunicaciones pertenecen al sector público. En la *Guía* no se expresa ninguna opinión sobre cómo debe establecerse esa distinción en un país determinado.

12. Los conceptos de “infraestructura pública” y de “servicio público” están bien establecidos en la tradición jurídica de algunos países, rigiéndose a veces por una rama especial del derecho, normalmente denominada “derecho administrativo” (ver cap.VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 24 a 27). Sin embargo, en algunos otros países, los servicios públicos, con independencia de que estén sometidos a reglamentaciones especiales, no se consideran como intrínsecamente distintos de otros tipos de actividades. En la presente *Guía*, los términos “servicio público” y “proveedor de servicio público” no deben entenderse en el sentido técnico que puedan tener en un ordenamiento jurídico determinado.

b) “Concesión”, “acuerdo de proyecto” y términos conexos

13. En muchos países, los servicios públicos constituyen monopolios oficiales o están sometidos de otros modos a reglamentación especial. Cuando así ocurre, la prestación de un servicio público por una entidad que no sea la autoridad pública requiere normalmente una autorización del órgano público

¹ Publicación de la ONUDI, N° de venta UNIDO.95.6.E, denominada en adelante *Directrices sobre CET, de la ONUDI*.

competente. En las legislaciones nacionales se utilizan diferentes expresiones para definir las autorizaciones y en algunos ordenamientos pueden emplearse expresiones diversas para los distintos tipos de autorizaciones. Términos comúnmente utilizados son “concesión”, “franquicia”, “licencia” o “arrendamiento” (“*aparcería*”). En algunos ordenamientos jurídicos, en particular los que pertenecen a la tradición romanista, algunas formas de proyectos de infraestructura se denominan con conceptos jurídicamente bien definidos como “concesión de obras públicas” o “concesión de servicio público”. Tal como se utiliza en la *Guía*, no debe entenderse la palabra “concesión” en el sentido técnico que pueda tener en algún ordenamiento jurídico o derecho interno determinado.

14. En la *Guía*, por “acuerdo de proyecto” se entenderá el acuerdo entre una autoridad pública y la entidad o las entidades seleccionadas para realizar el proyecto, en el que se enuncian las condiciones para la construcción o modernización, y para la explotación y mantenimiento de la infraestructura. No se utilizan términos propios de algunos ordenamientos jurídicos para designar esos acuerdos, como “acuerdo de concesión” o “contrato de concesión”.

15. En la *Guía* se usa el término “concesionario” o “empresa concesionaria” para designar en general a toda entidad que ejecuta proyectos de infraestructura pública en virtud de una concesión otorgada por las autoridades públicas del país de acogida. Para referirse más en particular a la entidad jurídica independiente creada expresamente para ejecutar un proyecto determinado, se utiliza a veces el término “sociedad del proyecto”.

c) Referencias a autoridades nacionales

16. Tal como se utiliza en la *Guía*, el término “administración pública” comprende las diversas autoridades públicas del país de acogida que tienen encomendadas funciones ejecutivas o de formulación de políticas en los niveles nacional, provincial o local. El término “autoridades públicas” se utiliza para designar, en particular, a entidades de la rama ejecutiva de la administración pública o relacionadas con ella. El término “legislador” o “poder legislativo” se utiliza concretamente en relación con los órganos que ejercen funciones legislativas en el país de acogida.

17. El término “autoridad contratante” se utiliza en general en la *Guía* para designar a la autoridad pública del país de acogida a la que incumbe la responsabilidad general del proyecto y en nombre de la cual se adjudica éste. Esa autoridad puede ser nacional, provincial o local (ver párrs. 69 y 70 *infra*).

18. Por “organismo regulador” se entenderá en la *Guía* la autoridad pública a la que se haya conferido el poder de reglamentar y supervisar la explotación de la infraestructura. El organismo regulador puede haber sido establecido por ley con la finalidad expresa de reglamentar un sector de infraestructura determinado.

d) “*Construcción-explotación-traspaso*” y expresiones conexas

19. Los diversos tipos de proyecto mencionados en la presente *Guía* como proyectos de infraestructura con financiación privada son clasificados a veces en varias categorías, según el régimen de propiedad o de participación privada en la infraestructura de que se trate, del siguiente modo:

a) “*Construcción-explotación-traspaso*” (CET). Se dice que un proyecto de infraestructura es un proyecto CET cuando la autoridad contratante selecciona un concesionario para financiar y construir una obra o sistema de infraestructura, y concede a esa entidad el derecho a explotarlo comercialmente durante cierto período, al final del cual se traspasa la obra a la autoridad contratante;

b) “*Construcción-traspaso-explotación*” (CTE). Se utiliza a veces esta expresión para subrayar que la obra de infraestructura pasa a ser propiedad de la autoridad contratante inmediatamente después de su terminación, y que se da al concesionario el derecho a explotarla durante cierto período;

c) “*Construcción-arrendamiento-explotación-traspaso*” (CAET) o “*construcción- arrendamiento financiero-explotación-traspaso*” (CAFET). Se trata de variantes de los proyectos CET o CTE, en las que, además de las obligaciones y otras condiciones normales de los proyectos CET, el concesionario arrienda los bienes físicos que sirven de soporte a la infraestructura por la duración del acuerdo;

d) “*Construcción-propiedad-explotación-traspaso*” (CPET). Se trata de proyectos en que un concesionario se compromete a financiar, construir, explotar y mantener cierta obra de infraestructura a cambio del derecho a percibir honorarios u otra remuneración de sus usuarios. En virtud de este arreglo la entidad privada será propietaria de la obra y de sus bienes conexos, hasta que se traspasen a la autoridad contratante;

e) “*Construcción-propiedad-explotación*” (CPE). Esta expresión se refiere a los proyectos en que el concesionario es propietario permanente de la obra y no está obligado a traspasarla a la autoridad contratante.

20. Además de los acrónimos utilizados para destacar el régimen de propiedad de la infraestructura, pueden utilizarse otros para subrayar una o más obligaciones del concesionario. En algunos proyectos, se entrega la infraestructura existente a entidades privadas para que sea modernizada o renovada, explotada y mantenida, permanentemente o durante cierto período. En función de si el sector privado es propietario de esa infraestructura, los arreglos serán denominados de “renovación-explotación-traspaso” (RET) o “modernización-explotación-traspaso” (MET), en el primer caso, y de “renovación-posesión-explotación” (RPE) o “modernización-posesión-explotación” (MPE), en el segundo. A veces se utiliza la expresión “diseño-construcción-financiación-explotación” (DCFE) para subrayar que el concesionario se encargará además de diseñar la obra y financiar su construcción.

B. Información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada

21. En la mayoría de los países que han construido recientemente nuevas obras de infraestructura con recurso a la inversión privada, los proyectos así financiados se han convertido en un instrumento importante para responder a las necesidades nacionales de infraestructura. Cabe citar como consideraciones esenciales de la política nacional, el grado de competitividad deseado para cada sector de infraestructura, la forma en que se estructura el sector y los mecanismos utilizados para garantizar el funcionamiento adecuado de los mercados de infraestructura. La política nacional de fomento de la inversión privada en infraestructura va acompañada a menudo de medidas destinadas a abrir los servicios públicos a la competencia o a impedir el abuso de las condiciones de monopolio, cuando la competencia no sea viable.

22. Al formular programas para promover la inversión del sector privado en el desarrollo y explotación de infraestructura pública, algunos países han estimado conveniente reconsiderar los supuestos en que se basó el establecimiento de los monopolios del sector público, incluidas las circunstancias históricas y las condiciones políticas que llevaron a su creación, con miras a: a) identificar las actividades que siguen conservando las características de un monopolio natural; y b) evaluar la viabilidad y conveniencia de abrir a la competencia determinados sectores de la infraestructura.

1. Inversión privada y política de infraestructura

23. Las medidas que pueden ser necesarias para aplicar una política oficial de apertura a la competencia en los diversos sectores de infraestructura dependerán esencialmente de la estructura del mercado existente. Cabe citar como características principales de una determinada estructura de mercado: los obstáculos económicos, jurídicos, técnicos 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) Apertura a la competencia y monopolios

24. El término “monopolio”, en sentido estricto, se refiere a un mercado con un solo proveedor. Sin embargo, el monopolio puro y la competencia perfecta se encuentran en sendos extremos de la escala. La mayoría de los mercados de productos básicos y servicios se caracterizan por cierto grado de competencia situado entre esos dos extremos. En general, los monopolios pueden clasificarse como naturales, legales y de hecho; cada categoría puede requerir una política diferente:

a) *Monopolios naturales*. Se trata de actividades económicas que permiten a un solo proveedor abastecer a todo el mercado a un costo inferior al de dos o más proveedores. Esta situación es típica de actividades

económicas que suponen grandes inversiones y elevados costos fijos, pero costos decrecientes para producir cada unidad de servicios adicional (por ejemplo, un metro cúbico de agua más) para atender cualquier aumento de la demanda. Los monopolios naturales suelen tener grandes necesidades de inversión fija inicial que hacen difícil que una nueva empresa, que no cuente con economías comparables de escala, entre en el mercado y ofrezca precios inferiores a los de la empresa ya instalada;

b) *Monopolios legales.* Los monopolios legales se establecen por ley en sectores o actividades que pueden ser o no ser monopolios naturales. En esa última categoría, el monopolio existe únicamente porque se prohíbe la competencia. Las razones que han llevado a muchos países a establecer monopolios legales se basaban a menudo en la consideración de que las necesidades de infraestructura nacionales, tanto desde el punto de vista de la calidad como de la cantidad, no podían atenderse suficientemente dejando las infraestructuras al arbitrio del mercado libre.

c) *Monopolios de hecho.* Estos monopolios pueden no ser forzosamente resultado de los supuestos económicos básicos de una actividad ni de disposiciones legales, sino simplemente de la ausencia de competencia atribuible, por ejemplo, a la naturaleza integrada de la empresa de infraestructura y a su capacidad para controlar el soporte físico esencial de la infraestructura con exclusión de otros proveedores.

25. Aunque a veces se justifican por consideraciones jurídicas, políticas o sociales, los monopolios pueden tener efectos económicos negativos. Un proveedor de servicios que actúa en condiciones de monopolio podrá normalmente fijar precios superiores a los que cobraría en condiciones competitivas. El exceso de beneficios que se deriva de la ausencia de competencia supone una transferencia de riqueza de los consumidores a los productores. Se ha visto también que los monopolios causan pérdidas netas de bienestar a la economía como consecuencia de los precios inflados a consecuencia de una producción artificialmente baja, una tasa de innovación reducida y esfuerzos insuficientes para reducir los costos de producción. Además, ciertos sectores de infraestructura, pueden tener efectos secundarios en otros mercados. (Por ejemplo, la falta de competitividad y de eficiencia en las telecomunicaciones tiene repercusiones negativas en forma de aumentos de costo para la economía en general.)

26. A pesar de sus efectos económicos negativos, los monopolios y otros obstáculos reglamentarios a la competencia se han mantenido a veces cuando no se daban condiciones para la existencia de monopolios naturales. Una de las razones aducidas para conservar los monopolios es que pueden utilizarse al servicio de determinados objetivos de política, como garantizar la prestación de servicios a ciertas regiones o categorías de consumidores, a precios bajos o incluso inferiores al precio de costo. Entre los ejemplos de servicios en los que el precio puede no cubrir los costos se cuentan los teléfonos de supervivencia, los servicios de agua o energía, el transporte con descuento para determinadas categorías de viajeros (por ejemplo, niños en edad escolar o personas de edad), así como otros servicios para usuarios de bajos ingresos o rurales. Un proveedor de servicios monopolísticos puede financiar la prestación de esos servicios mediante “subvenciones cruzadas”

precedentes de otros servicios rentables prestados en otras regiones o a otras categorías de consumidores.

27. Otra razón que se cita a veces para conservar los monopolios legales, cuando no se den las condiciones de un monopolio natural, es la de hacer que el sector resulte más atractivo para los inversionistas privados. Los explotadores 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, ese objetivo tiene que equilibrarse con los intereses de los consumidores y de la economía en su conjunto. En países en los que se estime necesario conceder derechos exclusivos como incentivo para la inversión privada, tal vez sea aconsejable limitar la competencia, aunque sólo con carácter temporal (ver cap. I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 20 a 22).

b) Margen para la competencia en los diferentes sectores

28. Hasta hace poco, en la mayoría de los sectores de infraestructura prevalecían condiciones monopolísticas, ya fuera porque el sector era un monopolio natural o porque los obstáculos reglamentarios u otros factores (por ejemplo, una estructura de integración vertical de los proveedores de servicios públicos) impedían una competencia efectiva. Sin embargo, los rápidos progresos tecnológicos han ampliado los márgenes de competencia en los sectores de infraestructura, como se explica brevemente a continuación:

a) *Sector de telecomunicaciones.* Las nuevas tecnologías inalámbricas no sólo hacen posibles los servicios de telecomunicación móviles, sino que están aumentando la competencia con los servicios fijos (alámbricos). Las redes de fibra óptica, las redes de televisión por cable, la transmisión de datos por líneas eléctricas, la cobertura mundial por satélite, el aumento de la capacidad de las computadoras, las técnicas mejoradas de compresión de datos y la convergencia entre las comunicaciones, la radiodifusión y el tratamiento de datos están contribuyendo además al derrumbamiento de los monopolios y de los modos tradicionales de prestación de servicios. Como resultado de esos cambios, entre otros, los servicios de telecomunicación se han vuelto competitivos y los países están dando cada vez más libertad de acceso a este sector, limitándolo únicamente en aquellos servicios que requieran la utilización de recursos públicos escasos, como las radiofrecuencias;

b) *Sector de la energía.* En el sector de la energía, las turbinas de gas de ciclo combinado y otras tecnologías que permiten la producción eficiente de energía eléctrica a escala reducida y la normalización de la fabricación de equipo de producción de energía han llevado a varios países a cambiar la estructura monopolística y verticalmente integrada de su mercado. El aumento de la capacidad del equipo y de los programas informáticos facilitan la repartición de la electricidad a través de una red y la organización de su aprovechamiento en común, así como la introducción de nuevos dispositivos de acceso a la red y de intercambio de electricidad;

c) *Sector del transporte.* La tecnología ha suscitado también numerosos cambios en el sector del transporte: la introducción de contenedores y otras innovaciones, como las comunicaciones por satélite, permiten rastrear los envíos por todo el mundo y han tenido profundas consecuencias en el transporte marítimo, la administración portuaria y el transporte por ferrocarril y carretera, al mismo tiempo que fomentaban el desarrollo del transporte intermodal.

29. Cambios tecnológicos como éstos han incitado a los órganos legislativos de algunos países a abrir a la competencia los sectores de infraestructura, eliminando los monopolios y otros obstáculos que se opongan al ingreso en este mercado, modificando su organización y estableciendo un marco regulador que fomente una competencia real. La eficacia de estas medidas dependerá de cada sector, del tamaño del mercado y de otros factores.

2. *Reestructuración de sectores de infraestructura*

30. En muchos países, la participación privada en el desarrollo de la infraestructura ha seguido a la introducción de medidas para reestructurar sectores. Las medidas legislativas comienzan normalmente derogando las normas que prohíben la participación privada en la infraestructura y eliminando todos los demás impedimentos legales para la competencia que no respondan a razones de interés público. Hay que señalar, sin embargo, 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 países en desarrollo, pueden tener un interés legítimo en promover el desarrollo de determinados sectores de la industria local y preferir por ello no abrir determinados sectores de su infraestructura a la competencia.

31. En situaciones de monopolio resultantes de prohibiciones legales más que de imperativos económicos y tecnológicos, la principal medida legislativa necesaria para introducir la competencia es la eliminación de los obstáculos legales existentes. Puede ser necesario reforzarla estatuyendo ciertas reglas de la competencia (como la prohibición de la connivencia, de los cárteles, de la fijación de precios predatorios o de otras prácticas comerciales abusivas) e introduciendo cierta medida de vigilancia reglamentaria (ver cap.I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, párrs. 30 a 53). Sin embargo, en algunas actividades, no se puede lograr una competencia efectiva mediante la simple eliminación de los obstáculos legislativos, sin medidas legislativas para reestructurar el sector de que se trate. En algunos países, los monopolios se han mantenido sólo durante cierto tiempo, para facilitar una transición gradual, más ordenada y socialmente aceptable de una estructura de mercado monopolística a otra de mercado competitivo.

a) *Desagregación de servicios de infraestructura*

32. La experiencia de algunos países ha mostrado que las empresas de infraestructura integradas vertical u horizontalmente pueden impedir una competencia eficaz. Las empresas integradas pueden tratar de extender sus

poderes monopolísticos en determinado mercado o segmento del mercado a otros, a fin de obtener allí también rentas de monopolio. Por ello, algunos países han estimado necesario separar los segmentos monopolistas (como el soporte físico de muchas redes) de los segmentos competitivos, en determinados sectores de infraestructura. En general, los servicios de infraestructura tienden a ser competitivos, mientras que la infraestructura física subyacente tiene a menudo características de monopolio.

33. La separación de las actividades competitivas de las monopolísticas puede requerir a su vez la desagregación de las actividades integradas vertical y horizontalmente. La desagregación vertical se produce cuando se separan las etapas iniciales de los procesos de producción de las subsiguientes, por ejemplo, separando la producción de la transmisión, distribución y suministro en el sector de la energía. El objetivo es normalmente separar los segmentos indisociables de la red o infraestructura de los competitivos. La desagregación horizontal se produce cuando una o más actividades paralelas de un servicio público monopolístico se dividen entre distintas empresas, que pueden competir directamente entre sí en el mercado (como ocurre cada vez más con la producción de energía) o conservar un monopolio sobre un territorio más pequeño (como puede ser el caso en la distribución de energía). La desagregación horizontal se refiere tanto a una sola actividad o sector que se desagrega (como en los ejemplos del sector de la energía) como a actividades sustitutivas que se organizan separadamente en uno o más mercados (como, por ejemplo, en el caso de la separación de los servicios celulares de los de telefonía de línea fija).

34. Sin embargo, los costos y beneficios de esos cambios deben considerarse detenidamente. Los costos pueden incluir los inherentes al cambio en sí (por ejemplo, costos de negociación y de transición, incluidas las pérdidas experimentadas por empresas que pierden sus ventajas o su situación protegida) y los costos resultantes del funcionamiento del nuevo plan, en particular los costos de coordinación más altos, por ejemplo, los resultantes de la planificación de una red más compleja, o de la introducción de nuevas técnicas o reglamentarias. Los beneficios, en cambio, pueden incluir la aportación de nuevas inversiones, la mejora y renovación de los servicios y de la oferta, y la reducción de los costos económicos.

b) Experiencia reciente en los principales sectores de infraestructura

i) Telecomunicaciones

35. La desagregación no ha sido demasiado corriente en el sector de las telecomunicaciones. En algunos países, los servicios de larga distancia e internacionales se separaron de los servicios locales; se introdujo la competencia de las empresas en aquéllos, mientras que éstos siguieron siendo en gran parte monopolísticos. En algunos de esos países, la tendencia se ha invertido ahora, y se permite a las empresas telefónicas locales prestar servicios de larga distancia y a las empresas de larga distancia prestar servicios locales, todo ello en un contexto competitivo. Suele imperar la regla de la libertad de acceso en el sector de las telecomunicaciones en países donde el proveedor tradicional de este servicio público presta servicios en

competencia con otros proveedores, al tiempo que controla ciertos segmentos indisociables de la red.

ii) *Electricidad*

36. Recientemente se han promulgado en varios países normas legales que requieren la desagregación del sector eléctrico, separando la producción de la transmisión y distribución. En algunos casos se ha separado además el suministro al usuario de la distribución, a fin de dejar sólo la actividad monopolística (es decir, el transporte de electricidad por líneas de transmisión públicas) en régimen de monopolio. En esos países, las empresas de transmisión y distribución no compran ni venden electricidad, sino que la transportan sólo a una tarifa reglamentada. El comercio de electricidad se efectúa entre los productores o intermediarios por una parte, y los usuarios por otra. En algunos de los países interesados, la competencia se limita únicamente a los grandes usuarios o se está introduciendo de forma gradual.

37. Cuando los países han optado por abrir a la competencia los sectores de la energía y del gas, la nueva normativa ha reestructurado el mercado, estableciendo la medida en que ese mercado tenía que ser desagregado (fijando a veces el número de proveedores entre los que habría que distribuir el monopolio de que se tratara) o ha eliminado los obstáculos al ingreso en dicho mercado. Esa misma normativa ha impuesto ciertas reglas de la competencia, ya sean estructurales (por ejemplo prohibición de la posesión cruzada entre empresas de diferentes segmentos del mercado, como las de producción, de transmisión y distribución, o de venta y distribución de gas y electricidad) o de comportamiento (por ejemplo, reglas de acceso al mercado y de prohibición de alianzas o de otros acuerdos de connivencia). Para asegurar el funcionamiento de los nuevos mercados se han establecido nuevas instituciones y mecanismos reguladores, como sindicatos de productores, redes de distribución u organismos reguladores de la energía. Por último, juntamente con esos cambios, ha sido preciso modificar otros aspectos de las leyes y políticas de energía, reglamentando incluso de nuevo los mercados del petróleo, del gas, del carbón y de otras fuentes de energía.

iii) *Agua y saneamiento*

38. La reforma de la estructura del mercado más corriente que se ha aplicado en el sector del agua y el saneamiento es la desagregación horizontal. Algunos países han creado varios servicios de agua donde anteriormente existía sólo uno. Esto es muy corriente, aunque no se limita a ellos, en los países de redes separadas que no están interconectadas o lo están sólo escasamente. En la práctica, se ha visto que la desagregación horizontal facilita la comparación de los resultados de los proveedores de servicios.

39. Algunos países han invitado a inversionistas privados a abastecer de agua a un servicio público o a construir y explotar plantas de tratamiento o desalinización del agua, por ejemplo. En esa desagregación vertical, los servicios privados (y las inversiones que requieren) se prestan normalmente por contrato con la empresa titular del servicio y no modifican fundamentalmente la naturaleza monopolística de la estructura del mercado:

las plantas no compiten habitualmente entre sí y, por lo común, no se les permite saltarse al servicio para abastecer directamente a los clientes. Algunos países han introducido la competencia en el abastecimiento y transporte de agua a granel; en algunos casos, existen activos mercados de agua. En otras partes, la competencia se limita al suministro costoso de agua embotellada, o de agua transportada en camiones cisterna o proveniente de pozos privados.

iv) *Transporte*

40. En las medidas de reestructuración adoptadas en diversos países, se establece una distinción entre infraestructura de transporte y servicios de transporte. La primera puede tener a menudo características de monopolio natural, mientras que los servicios son generalmente competitivos. La competencia en los servicios de transporte debe considerarse no sólo dentro de cada modalidad sino también entre diversas modalidades, ya que trenes, camiones, autobuses, compañías aéreas y navieras suelen competir por los pasajeros y la carga.

41. Con respecto a los ferrocarriles, algunos países han optado por separar la propiedad y la explotación de la infraestructura (por ejemplo, vías férreas, sistemas de señales y estaciones ferroviarias), por una parte, de los servicios de transporte (por ejemplo, pasajeros y carga), por otra. En esos sistemas, la ley no permite al explotador de la vía férrea que explote también los servicios de transporte, que son explotados por otras empresas, las cuales compiten con frecuencia entre sí. Otros países han permitido a empresas integradas explotar la infraestructura y los servicios, pero han establecido los derechos de acceso de terceros a la infraestructura, derechos que a veces se llaman de “utilización de vía”. En esos casos, las empresas de transporte, ya sea otra compañía ferroviaria o una empresa de servicios de transporte, gozan de un derecho de acceso a la vía férrea en determinadas condiciones y la empresa que controla la vía tiene la obligación de permitir tal acceso.

42. En muchos países, los puertos se administraban hasta hace poco como monopolios del sector público. Al abrir ese sector a la participación privada, los legisladores han considerado diferentes modelos. Con arreglo al régimen del puerto arrendador, la autoridad portuaria se encarga de la infraestructura y de la coordinación general de las actividades del puerto; ahora bien, no presta servicios a los buques ni a las mercancías. Con arreglo al régimen del puerto de servicio, una misma entidad se encarga de la infraestructura y de los servicios. La competencia entre los proveedores de servicios (remolques, estiba y almacén) puede ser más fácil de establecer y mantener en un puerto arrendador.

43. Tal vez sea preciso reformar también el régimen de los aeropuertos, ya sea para permitir la inversión privada o bien la competencia entre aeropuertos o dentro de ellos. Convendría asimismo examinar detenidamente las vinculaciones entre la explotación del aeropuerto y el control del tráfico aéreo. Dentro de los aeropuertos, muchos países han abierto a la competencia los servicios de aeropuerto y de aeronaves, así como los servicios de pasajeros, como tiendas al por menor, restaurantes, estacionamientos, etc. En

algunos países, la construcción y explotación de una nueva terminal de un aeropuerto existente se ha confiado a un nuevo explotador, creando así una competencia entre las terminales. En otros, los nuevos aeropuertos se han construido sobre una base de construcción-explotación-traspaso y los existentes se han traspasado a propietarios privados.

c) Medidas de transición

44. La transición desde un mercado de monopolio a un mercado abierto debe gestionarse prudentemente. Factores políticos, sociales o de otra índole han llevado a algunos países a seguir a este respecto un enfoque gradual o escalonado. Como la tecnología y otros factores externos cambian continuamente, algunos países han adoptado reformas sectoriales que pueden acelerarse o ajustarse para tener en cuenta esas circunstancias cambiantes.

45. Algunos países han estimado que la apertura a la competencia no debía efectuarse de una sola vez. Para ello han previsto derechos de exclusividad, limitaciones del número de proveedores u otras restricciones temporales de la competencia. Esas medidas tienen por objeto dar a los afectados tiempo suficiente para prepararse para la competencia y ajustar sus precios, al mismo tiempo que ofrecen a los proveedores de servicios públicos incentivos adecuados para la inversión y la expansión de servicios. Otros países han previsto la revisión periódica (al revisarse los precios por ejemplo) de esas restricciones, a fin de determinar si subsisten las condiciones que las justificaban cuando se introdujeron.

46. Otra medida de transición, al menos en países con empresas públicas titulares del servicios público, ha sido la reestructuración o privatización de la empresa titular del servicio. En la mayoría de los países en que se ha privatizado esas empresas, 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 importantes, a menudo para aumentar los ingresos procedentes de la privatización. Sin embargo, han encontrado difícil y a veces muy costoso eliminar, restringir o reducir en una etapa ulterior los derechos exclusivos o monopolísticos que protegían a las empresas privadas o privatizadas de servicios públicos.

3. Formas de participación del sector privado en proyectos de infraestructura

47. La participación del sector privado en proyectos de infraestructura puede concebirse de diversas formas, que van desde la infraestructura de propiedad y explotación pública hasta los proyectos totalmente privatizados. La idoneidad de una variante determinada para un tipo determinado de infraestructura es una cuestión que deberá considerar la administración pública teniendo en cuenta las necesidades nacionales de desarrollo de la infraestructura y evaluando las formas más eficaces de desarrollar y explotar tipos determinados de instalaciones de infraestructura. En un sector determinado puede utilizarse más de una opción.

a) Propiedad y explotación públicas

48. En los casos en que se considere conveniente la propiedad y el control públicos, se puede obtener financiación privada directa, y la explotación de la infraestructura con arreglo a principios comerciales, creando una entidad jurídica con personalidad propia 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 asentada de explotación de obras de infraestructura mediante ese tipo de sociedades. Abrir el capital de esas sociedades a la inversión privada o valerse de la capacidad sociedad o empresa concesionaria para emitir obligaciones u otros títulos valores ha servido para atraer fondos privados a obras de infraestructura.

49. Otra forma de lograr la participación privada en 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 confiar también una amplia gama de actividades de explotación y mantenimiento a una entidad privada que actúe en nombre de la autoridad contratante. En virtud de esta clase de arreglo, denominado a veces “contrato de gestión”, la remuneración del explotador privado puede estar vinculada a sus resultados, a menudo mediante un mecanismo de participación en los beneficios, aun cuando cabe estipular también una retribución fija, especialmente cuando las partes encuentren difícil convenir en un mecanismo mutuamente aceptable para evaluar los resultados del explotador.

b) Propiedad pública y explotación privada

50. Alternativamente, se puede traspasar a entidades privadas toda la explotación de las infraestructuras públicas. Una posibilidad es dar a la entidad privada, normalmente por cierto tiempo, el derecho a utilizar determinada infraestructura, a prestar los servicios pertinentes y a percibir los ingresos reportados por la actividad. La infraestructura puede ser preexistente o haber sido expresamente construida por la entidad privada de que se trate. Esa combinación de propiedad pública y explotación privada tiene las características esenciales de los arreglos que en algunos ordenamientos jurídicos se denominan “concesiones de obras públicas” o “concesiones de servicios públicos”.

51. Otra forma de participación privada en la infraestructura se da cuando la autoridad contratante selecciona 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 arreglo, el explotador asume la obligación de explotar y mantener la infraestructura y se le concede el derecho a cobrar los servicios que presta. En tal caso, el explotador 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 arreglos

se denominan en algunos ordenamientos jurídicos “arrendamientos” o “aparcerías”.

c) Propiedad y explotación privadas

52. Con arreglo al tercer enfoque, la entidad privada no sólo explota la infraestructura sino que es también propietaria de los bienes con ella relacionados. También en este caso puede haber diferencias sustanciales en la forma de tratar esos proyectos en la legislación nacional, por ejemplo, según que la autoridad contratante conserve o no el derecho a reclamar la titularidad de la infraestructura o a asumir la responsabilidad de su explotación (ver cap.IV, “Construcción y explotación de infraestructura: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 23 a 29).

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

4. Estructuras y fuentes de financiación en los proyectos de infraestructura

a) Noción de la financiación en función del proyecto

54. Los proyectos en gran escala que suponen la construcción de una nueva infraestructura son a menudo realizados por nuevas entidades sociales expresamente creadas con esta finalidad por los promotores del proyecto. Esa nueva entidad social, denominada a menudo “sociedad del proyecto”, se convierte en el cauce por el que se recaudan fondos para el proyecto. Dado que la sociedad del proyecto carece de una solvencia acreditada o de un estado de cuentas auditado en el que puedan confiar los prestamistas, la modalidad financiera preferida para el desarrollo de nuevas infraestructuras es la denominada “financiación en función del proyecto” que prevé que los prestamistas otorgarán créditos en la medida en que se satisfagan de que la afluencia de capitales a la sociedad del proyecto y sus ingresos bastarán para el reembolso de los préstamos tomados por la sociedad. No existe otra garantía o, caso de darse garantías, se dan sólo para cubrir ciertos riesgos limitados. Por esa razón, los haberes y las rentas del proyecto, así como los derechos y las obligaciones que guardan relación con él, son contabilizados independientemente y estrictamente separados de los haberes propios de los accionistas de la sociedad del proyecto.

55. Se dice que la financiación en función del proyecto se caracteriza también por ser una financiación “sin recurso”, debido a que no cabe recurrir contra 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 sobre la base únicamente de los bienes que se prevé que adquirirá el proyecto y de las corrientes de ingresos por él generadas. Tratarán, por ello, de reducir su riesgo incorporando a los documentos del proyecto cierto número de arreglos de garantía secundaria o suplementaria y otros medios de respaldo crediticio aportados por los accionistas de la sociedad del proyecto o por la administración pública, los compradores u otros terceros interesados. Esta otra modalidad financiera se denomina comúnmente “financiación de recurso limitado”.

b) Fuentes de financiación de los proyectos de infraestructura

56. Fuentes de financiación distintas de la financiación pública tradicional desempeñan un papel creciente en el desarrollo de infraestructura. En los últimos años, las nuevas inversiones en infraestructura en varios países han incluido proyectos con fuentes de financiación exclusiva o predominantemente privadas. Los dos tipos principales de financiación son el recurso al empréstito, normalmente en forma de préstamos obtenidos en mercados comerciales, y la emisión de capital social. Sin embargo, las fuentes de financiación no se limitan a éstas. La inversión pública y la privada se han asociado a menudo en arreglos llamados a veces “sociedades o entidades de capital mixto”.

i) Capital social

57. El primer tipo de capital que se obtiene para proyectos de infraestructura se aporta en forma de fondos propios de la sociedad o invertidos en su capital social. Esos fondos provienen principalmente de los promotores del proyecto o de inversionistas individuales interesados en participar en el capital del concesionario. Sin embargo, ese capital social representa normalmente sólo una parte del costo total del proyecto de infraestructura. Para obtener préstamos comerciales o tener acceso a otras fuentes de financiación con objeto de satisfacer las necesidades de capital del proyecto, los promotores de éste y otros inversionistas individuales tendrán que ofrecer prelación de pago a los prestamistas y otros proveedores de capital. Por consiguiente, los promotores del proyecto asumen normalmente el principal riesgo financiero. Al propio tiempo, su participación será mayor en los beneficios del proyecto, una vez pagada la inversión inicial. Tanto los prestamistas como la administración pública suelen ver con agrado que los promotores del proyecto inviertan fuertes sumas en el capital social, ya que esos fondos reducirán la carga del servicio de la deuda sobre la corriente de ingresos del concesionario y servirán de garantía del compromiso contraído por esas empresas con el proyecto.

ii) Préstamos comerciales

58. El capital tomado en empréstito representa a menudo la principal fuente de financiación de los proyectos de infraestructura. Se obtiene en el mercado financiero principalmente por medio de préstamos concedidos a la sociedad del proyecto por bancos comerciales, nacionales o extranjeros, que

normalmente utilizan fondos procedentes de depósitos a plazo corto y medio remunerados por esos bancos a tipos de interés flotantes. En consecuencia, los préstamos concedidos por los bancos comerciales están sometidos con frecuencia a esos tipos de interés y normalmente tienen un plazo de vencimiento más corto que el período del proyecto. Sin embargo, cuando resulta viable y económico dadas las condiciones del mercado financiero, los bancos pueden preferir reunir y prestar fondos a medio y largo plazo, a tipos fijos, a fin de evitar exponerse y exponer al concesionario durante un largo período a las fluctuaciones de los tipos de interés, al mismo tiempo que reduce la necesidad de operaciones de cobertura contra esas fluctuaciones. Los préstamos comerciales se conceden normalmente por los prestamistas a condición de que su pago tenga precedencia sobre el de cualquier otra obligación del prestatario. Por consiguiente, se dice que los préstamos comerciales son préstamos “no subordinados” o “principales”.

iii) *Deuda “subordinada”*

59. El tercer tipo de financiación normalmente utilizado en esos proyectos son los préstamos “subordinados”, llamados también a veces capital de “entrepiso”. Esos préstamos están situados por encima del capital social en el orden de prelación de pago, pero subordinados a los préstamos principales. Esa subordinación puede ser general, (es decir, están situados generalmente por debajo de cualquier obligación principal) o específica, en cuyo caso, los acuerdos de préstamo identifican expresamente el tipo de deuda al que se subordinan. Los préstamos subordinados se conceden a tasas fijas, normalmente superiores a las de las obligaciones principales. Como instrumento adicional para atraer ese capital o, a veces, como alternativa para conceder tasas de interés más altas, se puede ofrecer a los que conceden préstamos subordinados la perspectiva de participar directamente en las ganancias de capital, por medio de la emisión de acciones u obligaciones preferentes o convertibles, que a veces dan opción a suscribir acciones del concesionario a precios preferenciales.

iv) *Inversionistas institucionales*

60. Además de los préstamos subordinados concedidos 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 proyectos de infraestructura. Las principales razones para que acepten el riesgo de facilitar capital para proyectos de infraestructura son la perspectiva de una remuneración y el deseo de diversificar la inversión.

v) *Mercado de capitales*

61. A medida que avanza la experiencia en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada, se recurre cada vez más al mercado

de capitales. Cabe recaudar fondos poniendo a la venta acciones preferenciales, bonos u otros títulos negociables en alguna bolsa reconocida. Normalmente, la oferta pública de títulos negociables requiere una aprobación reglamentaria y el cumplimiento de los requisitos establecidos por la jurisdicción competente, como el relativo a la información que debe facilitarse en el prospecto de la 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 quien los emite, o pueden estar garantizados por una hipoteca u otro gravamen sobre un bien determinado.

62. La posibilidad de acceso a los mercados de capital suele ser mayor cuando se trata de servicios públicos existentes y con un historial comercial acreditado que cuando se trata de empresas especialmente creadas para construir y explotar una infraestructura nueva, que carecen de la cotización crediticia requerida. De hecho, algunas bolsas exigen que la empresa emisora tenga un historial acreditado durante un período mínimo para que se le permita emitir títulos negociables.

vi) *Financiación por instituciones financieras islámicas*

63. Otro grupo de posibles proveedores de capital son las instituciones financieras islámicas. Esas instituciones operan de acuerdo con normas y prácticas derivadas de la tradición jurídica islámica. Una de las características más destacadas de las actividades bancarias en virtud de esas normas es la ausencia de pagos de intereses o de límites estrictos al derecho de cargar intereses y, en consecuencia, el establecimiento de otras formas de compensación del dinero prestado, como participaciones en los beneficios o participación directa de las instituciones financieras en los resultados de las operaciones de sus clientes. A consecuencia de esos métodos de funcionamiento, las instituciones financieras islámicas pueden estar más inclinadas que otros bancos comerciales a considerar la participación directa o indirecta en el capital de un proyecto.

vii) *Financiación por instituciones financieras internacionales*

64. Las instituciones financieras internacionales pueden desempeñar un papel importante como proveedoras de préstamos, garantías o capital social para proyectos de infraestructura con financiación privada. Cierta número de proyectos han sido cofinanciados por el Banco Mundial, la Corporación Financiera Internacional o bancos regionales de desarrollo.

65. Las instituciones financieras internacionales pueden desempeñar asimismo una función instrumental en la formación de “consorcios” para conceder préstamos al proyecto. Algunas de esas instituciones tienen programas especiales de préstamos en virtud de los cuales se convierten en el único “prestamista oficial” de un proyecto, actuando en su propio nombre o por cuenta de los bancos participantes y asumiendo la responsabilidad de tramitar los desembolsos de los participantes, y de la recaudación y distribución ulteriores de los pagos del préstamo percibidos del prestatario, ya sea en virtud de acuerdos expresos o sobre la base de otros derechos

inherentes a su condición de acreedor preferente. Algunas instituciones financieras internacionales pueden copatrocinar también capital social o de “entrepiso”, invirtiendo en fondos del mercado de capitales especializados en títulos emitidos por empresas explotadoras de infraestructuras. Por último, las instituciones financieras internacionales pueden conceder garantías contra diversos riesgos políticos, lo que puede ayudar a la sociedad del proyecto a movilizar fondos en el mercado financiero internacional (ver cap. II, “Riesgos del proyecto y respaldo público” párrs. 61 a 71).

viii) *Apoyo por los organismos de crédito a la exportación y de promoción de inversiones*

66. Los organismos de crédito a la exportación y de promoción de inversiones pueden respaldar el proyecto mediante préstamos, garantías o una combinación de ambos medios. La participación de esos organismos puede ofrecer una serie de ventajas, como tipos de interés más bajos que los aplicados por los bancos comerciales, y préstamos a plazo más largo, a veces a tipos de interés fijo (ver cap. II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 72 a 74).

ix) *Financiación pública y privada combinada*

67. Además de los préstamos y garantías concedidos por bancos comerciales y por instituciones financieras públicas nacionales o multilaterales, en algunos casos los fondos públicos se han combinado con capital privado para financiar nuevos proyectos. Esos fondos públicos pueden provenir de ingresos públicos o de empréstitos estatales. 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 en forma de una participación directa de la misma en el capital social de la empresa concesionaria, reduciendo así la cuantía de capital social y de capital tomado en empréstito que habrá de obtenerse de fuentes privadas (ver cap. II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 40 y 41).

5. *Principales partes involucradas en la ejecución de proyectos de infraestructura*

68. Las partes en un proyecto de infraestructura con financiación privada pueden variar mucho en función del sector de que se trate, la modalidad de la participación del sector privado y los arreglos utilizados para financiar el proyecto. En los párrafos que siguen se describen las principales partes en la ejecución de un proyecto de infraestructura con financiación privada típica, que conlleva la construcción de infraestructura nuevas y se realiza según la modalidad de la “financiación en función del proyecto”.

a) Autoridad contratante y otras autoridades públicas

69. La ejecución de un proyecto de infraestructura con financiación privada implica con frecuencia a cierto número de autoridades públicas del país de acogida, 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, distintas de la autoridad contratante, situadas al mismo nivel o a un nivel diferente de la administración pública. Esas autoridades desempeñan una función esencial en la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada.

70. La autoridad contratante o alguna otra autoridad pública suele definir el proyecto de conformidad con su propia política para el desarrollo de infraestructuras en el sector de que se trate y determina el tipo de participación del sector privado que estima que dará mejor resultado para el buen funcionamiento de la infraestructura. Luego, dirige el proceso que lleva a la selección del concesionario. Además, durante la vida del proyecto, la administración pública puede tener que prestar diversas formas de apoyo - legislativo, administrativo, reglamentario y a veces financiero-, a fin de garantizar que la obra se construye con éxito y se explota de forma adecuada. Por último, en algunos proyectos la administración pública puede convertirse en el propietario definitivo de la obra de infraestructura.

b) La sociedad del proyecto o empresa concesionaria y los promotores del proyecto

71. Los proyectos de infraestructura con financiación privada son realizados normalmente por una agrupación de empresas que comprende empresas de construcción e ingeniería y proveedores de equipo pesado interesados en convertirse en los principales contratistas o proveedores del proyecto. Las empresas que participan en esa agrupación se denominan en la presente *Guía* “promotores del proyecto”. Esas empresas participarán intensamente en la elaboración del proyecto en su fase inicial, y su capacidad para cooperar entre sí y lograr otros asociados fiables será esencial para la terminación oportuna y con éxito de las obras. Además, la participación de una empresa con experiencia en explotar el tipo de infraestructura que se construirá es un factor importante para garantizar la viabilidad a largo plazo del proyecto. Cuando los promotores del proyecto establecen una entidad jurídica independiente, otros inversionistas que participan en el capital y no están comprometidos de otro modo en el proyecto (normalmente inversionistas institucionales, bancos de inversión, instituciones de crédito bilaterales o multilaterales, y a veces también la administración pública o una empresa pública) pueden participar también. La administración pública alienta a veces la participación de inversionistas locales cuando se requiere que la empresa concesionaria o sociedad del proyecto se constituya con arreglo a las leyes del país de acogida (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructura: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 12 a 18).

c) Prestamistas

72. Los riesgos a que se exponen los prestamistas en una operación de financiación por el propio proyecto, tanto si la operación es sin recurso como si es de recurso limitado, son considerablemente más altos que en operaciones financieras más tradicionales. Así ocurre sobre todo cuando el valor de garantía de los activos físicos de que se trate (por ejemplo, una carretera, un puente o un túnel) es difícil de liquidar, por falta de un “mercado” en donde puedan venderse fácilmente esos bienes o constituyen un obstáculo para su recuperación o reivindicación. Esta circunstancia afecta no sólo a las condiciones en que se conceden los préstamos (por ejemplo, el costo normalmente más alto de la financiación de proyectos y numerosas condiciones de financiación), sino, en la práctica, a la disponibilidad de fondos.

73. Debido a la magnitud de la inversión necesaria para un proyecto de infraestructura con financiación privada, los préstamos adoptan a menudo la forma de préstamos “sindicados”, en los que uno o varios bancos asumen la dirección de la negociación de la operación financiera en nombre de las demás instituciones financieras participantes, principalmente bancos comerciales. Normalmente, los bancos comerciales que se especializan en préstamos a determinadas industrias no están dispuestos a asumir riesgos que no conocen (para el examen de los riesgos del proyecto, ver cap. II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 8 a 29). Por ejemplo, los prestamistas a largo plazo pueden no estar interesados en conceder préstamos a corto plazo para financiar la construcción de infraestructuras. Por ello, en los proyectos en gran escala intervienen a menudo diferentes prestamistas en las diferentes fases. A fin de evitar las controversias que podrían surgir de medidas contradictorias adoptadas por los distintos prestamistas, o controversias entre prestamistas por el pago de sus préstamos, los prestamistas que conceden préstamos para proyectos a largo plazo a veces lo hacen con arreglo a un acuerdo de préstamo común. Cuando varios servicios de crédito se conceden con arreglo a acuerdos de préstamo separados, los prestamistas negocian normalmente lo que se llama un “acuerdo entre acreedores”. El acuerdo entre acreedores contiene normalmente disposiciones que se ocupan de cuestiones como el desembolso de los pagos, a prorrata o con arreglo a un orden de prelación; las condiciones para declarar los casos de incumplimiento y la aceleración del vencimiento de los créditos; y la coordinación de la ejecución de las garantías dadas por la empresa del proyecto.

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

74. Las instituciones financieras internacionales y los organismos de crédito a la exportación y de promoción de inversiones tendrán en general las mismas preocupaciones que los demás prestamistas del proyecto. Además, estarán especialmente interesados en que la ejecución del proyecto y su explotación no contradigan los objetivos de política particulares 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 concesionario serán también examinados por las instituciones financieras internacionales que concedan préstamos al proyecto. Muchas instituciones financieras mundiales y regionales y entidades nacionales de financiación del desarrollo han publicado directrices u otros requisitos que rigen la contratación pública con fondos facilitados por ellas, lo que se refleja normalmente en sus acuerdos modelo sobre préstamos (ver también el cap. III, “Selección del concesionario”, párr. 18).

e) Aseguradores

75. Normalmente, un proyecto de infraestructura supondrá un seguro de daños que cubra la planta y equipo, un seguro de responsabilidad civil frente a terceros y un seguro de indemnización por accidentes de trabajo. Otros tipos posibles de seguro comprenden el seguro de uso y ocupación o contra pérdidas de explotación, el seguro contra la ruptura de liquidez o de tesorería, y el segundo contra costos excedentarios (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructura: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 119 y 120). Normalmente se dispone de esos tipos de seguros en los mercados comerciales, aunque tal vez sea difícil obtener seguros comerciales contra ciertos acontecimientos extraordinarios que escapen al control de las partes (por ejemplo, guerra, tumultos, vandalismo, terremotos o huracanes). El mercado de seguros privado desempeña un papel creciente en la cobertura de determinados tipos de riesgos políticos, como la denuncia por la autoridad pública de un contrato, el incumplimiento por la misma de sus obligaciones contractuales o su reclamación injusta de garantías independientes. En algunos países, los aseguradores ofrecen seguros globales destinados a evitar que determinados riesgos no queden cubiertos a resultas de eventuales lagunas 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 ofrecen garantías contra los riesgos políticos (ver cap. II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 61 a 74).

f) Expertos y asesores independientes

76. Los expertos y asesores independientes desempeñan un papel importante en las diversas etapas de los proyectos de infraestructura con financiación privada. Las empresas experimentadas complementan normalmente sus propios conocimientos técnicos contratando los servicios de expertos y asesores exteriores, como expertos financieros, asesores jurídicos internacionales o ingenieros consultores. Los bancos de negocios y de inversión actúan a menudo como asesores de los promotores de proyectos no sólo en la vertiente financiera sino en la formulación del proyecto a ejecutar, actividad que, aunque es 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 éste en

el país de acogida. También pueden prestar asistencia a las autoridades públicas en la preparación de estrategias para determinados sectores de infraestructura y en la formulación de un marco legal y reglamentario adecuado. Además, los expertos y asesores independientes pueden prestar asistencia a la autoridad contratante en la preparación de estudios de viabilidad y de otros estudios preliminares, la formulación de solicitudes de propuestas o de condiciones y especificaciones contractuales modelo, al evaluar y comparar las propuestas o en la negociación de los acuerdos de proyecto.

77. Además de las entidades privadas, cierto número de 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 en virtud de los cuales pueden prestar ese tipo de asistencia técnica directamente a las administraciones públicas o ayudarlas a encontrar asesores calificados.

I. Marco legal e institucional general

A. Observaciones generales

1. La creación de un marco legal apropiado y eficaz es una condición indispensable para crear un entorno que favorezca la inversión privada en infraestructuras. Para los países que ya dispongan de ese marco, es importante que se aseguren de que es lo bastante flexible para adaptarse a la evolución de los diversos sectores de infraestructura. Este capítulo trata de algunas cuestiones generales que conviene que tenga en cuenta el legislador nacional al crear o revisar el marco legal para los proyectos de infraestructura con financiación privada a fin de lograr los objetivos mencionados. En la sección B (párrs. 2 a 14) se enuncian consideraciones generales sobre el marco constitucional y legal; en la sección C (párrs. 15 a 22) se examinan los poderes requeridos para otorgar concesiones de infraestructura y servicios públicos; en la sección D (párrs. 23 a 29) se estudian posibles medidas para reforzar la coordinación administrativa; y en la sección E (párrs. 30 a 53) se examinan las vías institucionales y el procedimiento a seguir para la reglamentación de los sectores de infraestructura.

B. Marco constitucional y legal

2. En esta sección se examinan los principios rectores generales en que puede inspirarse el marco legal para los proyectos de infraestructura con financiación privada. También se señalan las repercusiones que puede tener el derecho constitucional del país anfitrión en la ejecución de esos proyectos. Por último, esta sección se ocupa brevemente de las posibles decisiones sobre el nivel y el tipo de instrumento que tal vez convenga promulgar y su ámbito de aplicación.

1. Principios rectores generales para un marco constitucional y legal favorable

3. Al estudiar el establecimiento de un marco legal propicio o al determinar si el marco existente es adecuado, los legisladores deben tener en cuenta algunos principios generales que han servido de base para algunas medidas legislativas recientemente adoptadas en diversos países y que se examinan brevemente en los siguientes párrafos.

a) Transparencia

4. Un marco legal transparente se caracteriza por reglas claras y accesibles y por procedimientos de aplicación eficientes. Un marco legal y unas prácticas administrativas transparentes crean previsibilidad, lo cual permite a los posibles inversionistas evaluar los costos y riesgos de su inversión y ofrecer así sus condiciones más ventajosas. Esa transparencia puede también

fomentar una mayor apertura mediante disposiciones que requieran la publicación de las decisiones administrativas, imponiendo además, cuando proceda, una obligación de motivar las decisiones y de divulgar otros datos de interés general. Será también una salvaguardia frente a las decisiones o medidas arbitrarias o indebidas que puedan adoptar la autoridad contratante o su personal directivo y contribuirán así a promover la confianza en el programa de desarrollo de infraestructuras de un país. La transparencia de las leyes y de los procedimientos administrativos reviste especial importancia cuando se buscan inversiones extranjeras, ya que las empresas extranjeras pueden desconocer las prácticas que se siguen en el país para la adjudicación de proyectos de infraestructura.

b) Equidad

5. El marco legal es el medio por el cual la autoridad pública regula los servicios públicos y asegura a sus ciudadanos la prestación de tales servicios y el medio por el cual los proveedores de servicios públicos y sus clientes pueden proteger sus derechos. Un marco legal equitativo debe tener en cuenta los intereses diversos (y a veces posiblemente encontrados) de la autoridad pública, de los proveedores de servicios públicos y de sus clientes y debe tratar de compaginar equitativamente estos intereses. Las consideraciones comerciales del sector privado, el derecho de los usuarios a servicios adecuados, tanto en calidad como en precio, así como la responsabilidad de la autoridad pública que en orden a asegurar la regularidad de los servicios esenciales y su papel en la promoción del desarrollo nacional de infraestructuras son algunos de los intereses que merecen estar debidamente reconocidos por la ley.

c) Sostenibilidad a largo plazo

6. Un importante objetivo de la legislación nacional sobre desarrollo de infraestructuras es asegurar la prestación a largo plazo de los servicios públicos, prestando una atención cada vez mayor a la sostenibilidad ecológica. Si no se adoptan disposiciones adecuadas para la explotación y el mantenimiento de la infraestructura pública puede mermarse gravemente la eficiencia en todos los sectores de infraestructura y ello puede ocasionar una reducción de la calidad de los servicios y un incremento de los costos para los usuarios. Desde una perspectiva legislativa, es importante asegurar que el país anfitrión disponga de la capacidad institucional necesaria para llevar a cabo las diversas tareas encomendadas a las autoridades públicas que se ocupan de los proyectos de infraestructura en todas sus fases de ejecución. Otra medida para fomentar la sostenibilidad a largo plazo de una política nacional de infraestructuras consiste en lograr un equilibrio correcto entre la apertura a la competencia y el monopolio en la prestación de servicios públicos. La competencia puede reducir los costos globales y dotar al público de proveedores sustitutos de servicios esenciales. En ciertos sectores, la competencia ha contribuido también a incrementar la productividad de la inversión en infraestructuras, a que se tengan más en cuenta las necesidades de los clientes y a obtener una mayor calidad de los servicios públicos,

mejorando así las condiciones y empresariales en todos los sectores de la economía.

2. *El derecho constitucional y los proyectos de infraestructura con financiación privada*

7. El derecho constitucional de diversos países enuncia una obligación general del Estado de asegurar la prestación de servicios públicos. A veces se enumeran los sectores de servicios e infraestructura que corresponden al Estado, mientras que otras veces se encomienda la tarea de determinar dichos sectores al legislador. En algunas constituciones nacionales la prestación de determinados servicios públicos queda reservada exclusivamente al Estado o a entidades públicas especialmente creadas para este fin. Sin embargo, en otras se autoriza al Estado a que adjudique concesiones a entidades privadas para el desarrollo y la gestión 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.

8. Es importante que los países que desean promover la inversión privada en obras de infraestructura pasen revista a su normativa constitucional a fin de determinar a tiempo toda limitación eventual para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada. En algunos países se ha demorado la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada por incertidumbres sobre la autoridad del Estado para adjudicarlos. A veces, el temor de que dichos proyectos puedan contravenir normas de rango constitucional sobre monopolios estatales o sobre la prestación de servicios públicos ha dado lugar a causas judiciales, que han afectado negativamente a la ejecución de los proyectos.

9. Es además importante que se tenga en cuenta toda norma constitucional relativa a la propiedad de los terrenos o de la infraestructura física. El derecho constitucional de algunos países limita la propiedad privada de tierras y de ciertos medios de producción. En otros países se reconoce la propiedad privada, pero la constitución establece que toda infraestructura o ciertos tipos de infraestructura son propiedad del Estado. Prohibiciones y limitaciones de esta índole pueden obstaculizar la ejecución de proyectos que supongan el traspaso de la gestión, o de la gestión y la propiedad, de una infraestructura al sector privado (ver también cap. IV, "Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto", párrs. 23 a 29).

3. *Legislación general y sectorial*

10. La legislación desempeña a menudo una función central en el fomento de la inversión privada en proyectos públicos de infraestructura. La ley suele entrañar un compromiso político, otorga derechos concretos y puede representar una importante garantía de estabilidad del régimen jurídico y regulatorio. En la mayoría de los países la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada fue de hecho precedida de medidas

legislativas que establecían las normas generales con arreglo a las cuales se adjudicaban y ejecutaban esos proyectos.

11. En algunos países, el derecho constitucional o la práctica legislativa pueden requerir la promulgación de normas especiales para determinados proyectos. En otros países que cuentan con una arraigada tradición en la adjudicación al sector privado de concesiones para la prestación de servicios públicos, normas de derecho general facultan a la autoridad pública para adjudicar al sector privado cualquier actividad del sector público que tenga un valor económico que permita su gestión por entidades privadas. Una legislación habilitadora general de este tipo de proyectos sienta las bases para dar un tratamiento uniforme a cuestiones que sean comunes a proyectos con financiación privada de diversos sectores de infraestructura.

12. No obstante, por su propia naturaleza las normas de carácter general no son el medio indicado para regular las cuestiones peculiares de cada sector. Incluso en países que ya disponen de una legislación general intersectorial se ha podido constatar que una legislación sectorial suplementaria es la que permite al legislador formular reglas que tengan en cuenta la estructura del mercado en cada sector (ver *supra* “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 21 a 46). Conviene señalar que en muchos países se promulgaron esas normas especiales en momentos en que una parte importante, o incluso la totalidad, de la infraestructura nacional estaba en manos de monopolios estatales. Es aconsejable que los países interesados en promover la inversión del sector privado en infraestructura examinen la normativa sectorial existente a fin de comprobar su idoneidad para proyectos de infraestructura con financiación privada.

13. Una legislación sectorial puede desempeñar además un papel importante en el establecimiento de un marco para la reglamentación de cada sector de la infraestructura (ver *infra*, párrs. 30 a 53). Esa orientación legislativa es particularmente útil para los países que se encuentran en la fase inicial de creación o desarrollo de sus propios órganos reguladores. Esa legislación marca los límites del poder de las autoridades para dictar reglamentos, ya que en el ejercicio de ese poder se habrán de respetar los parámetros que fija la ley. No obstante, en general no es aconsejable promulgar disposiciones legislativas rígidas o excesivamente detalladas para regular los aspectos contractuales de la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada, que en la mayoría de los casos se adaptarían mal a la larga duración de esos proyectos (ver también caps. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, y V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”).

14. Muchos países han utilizado su legislación para asentar los principios generales de la organización de los sectores de infraestructura y el marco normativo, institucional y reglamentario básico. Puede, no obstante, que la ley no sea el mejor instrumento para fijar requisitos técnicos y financieros detallados. Muchos países han preferido promulgar reglamentos para pormenorizar el régimen de aplicación de las disposiciones generales de su derecho interno sobre esa clase de proyectos. Los reglamentos resultan más fáciles de adaptar a un cambio en el entorno, tanto si el cambio es

consecuencia de la transición hacia un régimen de mercado abierto como si obedece a factores externos, como nuevas tecnologías o distintas condiciones económicas o de mercado. Sea cual fuere el instrumento utilizado, son indispensables la claridad y la predecibilidad.

C. Poderes requeridos para otorgar concesiones

15. La ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada puede requerir la promulgación de leyes o reglamentos especiales que autoricen a los órganos del Estado a encomendar la prestación de servicios públicos a entidades privadas. La promulgación de una autorización legal expresa puede ser un factor importante para reforzar la confianza de los inversionistas eventuales, nacionales o extranjeros, en la política nacional de promoción de la inversión del sector privado en infraestructura. En los siguientes párrafos se examinan los supuestos básicos de la facultad para otorgar concesiones de proyectos de infraestructura con financiación privada.

1. Organismos autorizados y campos de actividad pertinentes

16. En algunos ordenamientos, la responsabilidad del Estado en la prestación de servicios públicos no puede ser delegada sin autorización legal previa. Para los países que deseen atraer la inversión privada hacia la infraestructura es especialmente importante que la ley defina claramente la autoridad para confiar a entidades, que no sean autoridades públicas, el derecho a prestar determinados servicios públicos. Esa disposición general puede tener particular importancia en los países en los que los servicios públicos sean monopolio del Estado o donde se prevea encomendar a entidades privadas ciertos servicios que solían ser gratuitos para el público (ver también cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 37 y 38).

17. De promulgarse una normativa general, conviene también que en ella se indique claramente cuáles son las autoridades públicas o los escalones administrativos competentes para adjudicar los proyectos de infraestructura y para actuar como autoridades contratantes. A fin de evitar demoras innecesarias, es particularmente aconsejable disponer de reglas que permitan averiguar qué personas u oficinas tienen competencia para comprometerse en nombre de la autoridad contratante (y, en su caso, de otras autoridades públicas) en las distintas fases de negociación y para negociar el acuerdo del proyecto. Es útil considerar la amplitud de poderes requerida por las autoridades que no sean las de la administración central para llevar a cabo proyectos que sean de su competencia. Para los proyectos en que intervengan oficinas u organismos de distinto ámbito administrativo (por ejemplo, de ámbito nacional, provincial o local), cuando no sea posible determinar de antemano todos los organismos y oficinas pertinentes, conviene adoptar otras medidas para asegurar una coordinación adecuada entre esas entidades (ver párrs. 23 a 29, *infra*).

18. Para mayor claridad, es aconsejable precisar en la legislación general cuáles son los sectores en los que la autoridad pública podrá otorgar

concesiones. Cuando ello no sea factible o conveniente, la ley podría especificar las actividades que no puedan ser objeto de una concesión (por ejemplo, las relativas a la defensa nacional o la seguridad).

2. *Finalidad y alcance de las concesiones*

19. Tal vez convenga definir por ley cuál ha de ser la naturaleza y la finalidad de los proyectos de infraestructura con financiación privada para que sea posible otorgar concesiones en el propio país. Un posible criterio sería definir las diversas categorías de proyectos según la amplitud de los derechos concedidos y las obligaciones asumidas por el concesionario (por ejemplo, “construcción-explotación-traspaso”, “construcción-propiedad-explotación”, “construcción-traspaso-explotación” y “construcción-traspaso”). Pero, dada la gran variedad de fórmulas que pueden servir de cauce a la inversión privada en infraestructura, quizá resulte difícil proporcionar definiciones exhaustivas de todos ellos. Otra posibilidad sería que la ley dispusiese en general que podrán otorgarse concesiones con la finalidad de encargar a una entidad, privada o pública, la obligación de llevar a cabo obras de infraestructura y prestar otros servicios públicos, a cambio del derecho a cobrar un precio por la utilización de cierta obra o de ciertos locales o por el servicio o los bienes que genera, u otro pago o remuneración convenido entre las partes. La ley podría además precisar que cabrá otorgar concesiones para la construcción y la 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 y sistemas de infraestructura ya existentes, o únicamente para la gestión y la prestación de un servicio público.

20. Otra cuestión importante es la naturaleza de los derechos conferidos al concesionario, concretamente la cuestión de si el derecho a prestar el servicio es exclusivo o si el concesionario se enfrentará con 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 en particular (por ejemplo, una empresa municipal de abastecimiento de agua potable) o abarcar todo el territorio de un país (por ejemplo, una empresa nacional de ferrocarriles); puede tener relación con el derecho a suministrar un tipo particular de bienes o servicios a un cliente en concreto (por ejemplo, un generador de energía que sea el proveedor regional exclusivo de un transmisor y distribuidor de electricidad) o a un grupo limitado de clientes (por ejemplo, una empresa nacional de comunicaciones telefónicas a larga distancia que proporcione conexiones con empresas telefónicas locales).

21. La decisión de conceder derechos exclusivos a cierto proyecto o categoría de proyectos debe adoptarse a la luz de la política del país con respecto al sector de que se trate. Como antes se analizó, el margen de competencia posible varía mucho de un sector a otro de la infraestructura. Mientras que ciertos sectores, o segmentos de ellos, presentan las características de monopolios naturales, en cuyo caso su apertura a la competencia no es económicamente viable, otros sectores de la infraestructura han sido abiertos con éxito a la competencia (ver “Introducción e información

general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 28 y 29).

22. Conviene, por ello, ser flexible en lo relativo a la exclusividad. En lugar de excluir o prescribir las concesiones exclusivas, puede ser preferible que la ley autorice a la administración pública a adjudicar concesiones exclusivas siempre que existan razones de interés público que lo justifiquen, como en los casos en los que se otorga la exclusividad con el fin de garantizar la viabilidad técnica o económica del proyecto. Puede requerirse de la autoridad contratante que exponga las razones que obren a favor de una concesión exclusiva antes de iniciar el procedimiento de selección del concesionario. Cabe complementar esa legislación general con leyes especiales para los diversos sectores, que regulen la cuestión de la exclusividad de manera adecuada para cada uno de ellos en particular.

D. Coordinación administrativa

23. La estructura administrativa del país anfitrión, tal vez imponga, para los proyectos de infraestructura con financiación privada, la intervención de dos o más autoridades públicas, situadas a diversos niveles de su administración. Por ejemplo, la facultad reguladora o reglamentadora de la actividad pertinente puede competir total o parcialmente a una autoridad pública situada a distinto nivel que el encargado de prestar el servicio correspondiente. También puede ocurrir que tanto la función reguladora como la operativa correspondan a una sola entidad, pero que la función adjudicadora de contratos públicos corresponda a otra autoridad pública. Para los proyectos en los que hay inversión extranjera, puede también ocurrir que determinadas competencias específicas correspondan a un organismo encargado de aprobar las propuestas de inversión extranjera.

24. La experiencia internacional reciente ha demostrado que es útil encomendar a una dependencia central de la administración del país anfitrión la responsabilidad global de formular una política y de ofrecer orientación práctica sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. Esa dependencia central puede encargarse también de coordinar las aportaciones de las principales autoridades públicas con las que deba colaborar la sociedad del proyecto. No obstante, se reconoce que puede ocurrir que en algunos países ese arreglo no resulte posible debido a su estructura administrativa. Cuando no sea factible establecer esa dependencia central, cabe considerar otras medidas para asegurar un nivel adecuado de coordinación entre las diversas autoridades públicas interesadas, tal como se ha expuesto en los párrafos anteriores.

1. Coordinación de las medidas preparatorias

25. Un paso importante para asegurar la correcta ejecución de los proyectos de infraestructura con financiación privada es exigir que la autoridad pública competente realice una evaluación preliminar de la viabilidad del proyecto, en particular en su vertiente económica y financiera, calculando las ventajas económicas previstas, los costos estimados y los ingresos que se prevé que

reportará la explotación de la infraestructura y las repercusiones ecológicas del proyecto. En particular, en los estudios preparados por la autoridad contratante se deberá especificar claramente los resultados que se esperan del proyecto, justificar suficientemente la inversión, proponer la modalidad deseada de participación del sector privado y describir alguna solución que permita obtener los resultados exigidos.

26. Una vez definido el futuro proyecto, la autoridad competente tendrá que concretar su prioridad relativa y asignar recursos humanos y de otro tipo para su ejecución. En ese momento, es aconsejable que la autoridad contratante examine los requisitos legales o reglamentarios para la explotación de instalaciones de infraestructura del tipo propuesto, con miras a averiguar cuáles son las autoridades públicas cuya colaboración será preciso recabar para la ejecución del proyecto. Es también importante, en esta etapa, estudiar las medidas que puedan 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, puede que el gobierno tenga que adoptar disposiciones presupuestarias previas que permitan a la autoridad contratante o a otras autoridades públicas hacer frente a compromisos financieros a lo largo de varios ciclos presupuestarios, como los compromisos a largo plazo de comprar el producto del proyecto (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 50 y 51). Asimismo, puede ser necesario adoptar una serie de medidas administrativas para poner en práctica ciertas formas de apoyo que se presten al proyecto, como exenciones tributarias y facilidades aduaneras (ver cap. II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 51 a 54), lo cual puede requerir un tiempo considerable.

2. *Arreglos para facilitar la expedición de licencias y permisos*

27. La legislación puede desempeñar un papel útil a la hora de facilitar la tramitación de las licencias y permisos que puedan necesitarse en el transcurso de un proyecto (tales como licencias requeridas en el marco de la reglamentación de cambios; licencias para la inscripción registral del concesionario; autorizaciones para el empleo de extranjeros; derechos de timbre e inscripción para la utilización o la propiedad de terrenos; licencias de importación de equipo y suministros; licencias de construcción; licencias de instalación de cables o conducciones; licencias para la puesta en funcionamiento de la infraestructura; asignación de frecuencias para las comunicaciones móviles). Las licencias o permisos necesarios pueden ser de la competencia de diversos órganos situados a diferentes niveles de la administración y el tiempo requerido para su obtención puede ser considerable, en especial cuando los órganos o dependencias competentes no hayan participado desde un principio en la concepción del proyecto ni en la negociación de sus condiciones. Todo retraso en la puesta en funcionamiento del proyecto de infraestructura que sea debida a la ausencia de licencias o permisos por razones no imputables al concesionario puede provocar un incremento en el costo del proyecto y la elevación de su precio para los usuarios.

28. Por tanto, es aconsejable prever desde el principio todo lo relativo a las licencias y permisos requeridos para el proyecto considerado a fin de evitar demoras en la fase de ejecución. Una medida posible para coordinar mejor la emisión de licencias y permisos puede ser la de prever que un solo órgano se encargue de recibir las solicitudes a fin de transmitir las a los organismos competentes y de controlar la emisión oportuna de todas las licencias y permisos indicados en la convocatoria o la solicitud de propuestas, así como de toda nueva licencia requerida por algún reglamento ulterior. Cabría asimismo facultar a los organismos competentes para emitir licencias y permisos provisionales y que el mero transcurso de un plazo convalidaría, caso de no ser denegados por escrito.

29. Cabe observar, sin embargo, que la distribución de las facultades administrativas entre los diversos niveles de la administración pública (por ejemplo, local, regional y central) reflejan muchas veces principios fundamentales de la organización política del país. Por consiguiente, hay casos en que la administración central no estaría en condiciones de asumir la responsabilidad de la expedición de todas las licencias y permisos o de confiar a un órgano único esta función coordinadora. En esos casos, es importante introducir medidas para prevenir la posibilidad de demoras que resultasen de esa distribución de las facultades administrativas, como por ejemplo, acuerdos entre la autoridad contratante y las demás autoridades públicas competentes para facilitar los procedimientos para un determinado proyecto u otras medidas encaminadas a asegurar la adecuada coordinación entre las diversas autoridades públicas interesadas y a hacer más transparente y eficiente el proceso de obtención de licencias. Además, la administración pública tal vez considere la posibilidad de prestar una garantía de que hará todo lo posible por ayudar al concesionario a obtener las licencias requeridas por la ley nacional, por ejemplo, proporcionando información y asistencia a los ofertantes acerca de las licencias que se requieren, así como en cuanto a los procedimientos y condiciones pertinentes. Desde un punto de vista práctico, además de la coordinación entre los diversos niveles de gobierno y las diferentes autoridades públicas, es preciso velar por la coherencia en la aplicación de los criterios para la expedición de licencias y por la transparencia del proceso administrativo.

E. Reglamentación de los servicios de infraestructura

30. La prestación de ciertos servicios públicos suele estar sujeta a un régimen reglamentario especial, que puede consistir en normas sustantivas, procedimientos, instrumentos e instituciones. Este marco constituye un importante instrumento para aplicar la política oficial en el sector de que se trate (ver “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 21 a 46). Según sean la estructura institucional del país y la distribución de poderes entre las diversas administraciones públicas, cabe que sean normas de rango provincial o local las que rijan ciertos sectores de la infraestructura, ya sea totalmente o en concurrencia con normas de rango nacional.

31. La regulación de los servicios de infraestructura entraña una amplia gama de cuestiones generales o específicas de cada sector, que pueden variar considerablemente según la realidad social, política, jurídica, y económica de cada país anfitrión. Aunque se examine ocasionalmente algunas de las principales cuestiones en materia de regulación con que se tropieza en un contexto análogo en sectores diferentes (ver, por ejemplo, cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 39 a 46 y 82 a 95), la *Guía* no se propone agotar las cuestiones jurídicas o de interés público que plantea la regulación de diversos sectores de la infraestructura. El concepto de “entidades reguladoras” se refiere a los medios institucionales necesarios para aplicar y supervisar las reglas que rigen las actividades de las empresas de infraestructuras. Dado que las reglas aplicables a la gestión de infraestructuras permiten a menudo cierta discrecionalidad, es necesario que exista un órgano encargado de interpretarlas y aplicarlas y de vigilar su cumplimiento, así como de imponer sanciones y de resolver las controversias que surjan sobre la aplicación de las reglas. Las tareas de regulación en sí y el alcance de la discrecionalidad permitida serán determinadas por las reglas pertinentes, que pueden variar ampliamente.

32. La *Guía* da por supuesto que el país anfitrión dispone de las estructuras institucionales y burocráticas adecuadas y de los recursos humanos requeridos para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada. No obstante, como posible ayuda para el legislador nacional que haya de examinar la necesidad y la conveniencia de crear entidades reguladoras que vigilen la prestación de servicios públicos, esta sección analiza algunas de las principales cuestiones institucionales y de procedimiento que pueden plantearse al respecto. El análisis que figura en esta sección ilustra diversas opciones que se ofrecen al legislador nacional para configurar un marco regulatorio de los proyectos de infraestructura con financiación privada, pero la *Guía* no aboga por ninguna de ellas en particular. Puede obtenerse información práctica y asesoramiento técnico de las instituciones financieras internacionales que llevan a cabo programas para ayudar a sus países miembros en la creación de un marco regulatorio adecuado (como el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo).

1. Competencia sectorial y mandato de las entidades reguladoras

33. Cabe organizar la función regulatoria sobre una base sectorial o transectorial. Los países que han optado por un enfoque sectorial han decidido en muchos casos incluir en un solo marco reglamentario a más de un sector o subsector estrechamente vinculados entre sí (por ejemplo, una entidad reguladora común del gas y la energía, o de los aeropuertos y las líneas aéreas). Otros países han estructurado su dispositivo reglamentario sobre una base transectorial, en algunos casos con una única entidad reguladora para todos los sectores de infraestructura y en otros con una entidad encargada de los servicios públicos (agua corriente, energía, gas, telecomunicaciones) y otra para los medios de transporte. En algunos países, la competencia de las entidades reguladoras puede abarcar varios sectores de una determinada región.

34. Las entidades reguladoras a las que se asigna un sector particular suelen fomentar el desarrollo de una mayor pericia técnica en ese sector, al introducir en él normas y prácticas mejor ajustadas a las necesidades del mismo. Pero, la decisión entre una regulación por sectores y otra transectorial dependerá en parte de la capacidad regulatoria del país. Países con pericia y experiencia limitadas en materia de regulación de infraestructuras pueden estimar preferible reducir el número de estructuras independientes y tratar de conseguir economías de escala.

35. La ley por la que se establece un dispositivo regulatorio suele señalar una serie de objetivos generales en los que deberá inspirarse la labor de las entidades reguladoras, tales como los de fomentar la competitividad del servicio, proteger los intereses de los usuarios, satisfacer la demanda, estimular la eficiencia del sector o de las empresas gestoras de servicios públicos, velar por su viabilidad financiera, salvaguardar el interés público velando por la calidad y continuidad que debe caracterizar a todo servicio público, y proteger los derechos de los inversionistas. El fijar uno o dos objetivos dominantes sirve para precisar el mandato de las entidades reguladoras y para establecer ciertas prioridades entre objetivos en ocasiones contrapuestos. La claridad del mandato puede dar mayor autonomía y credibilidad a la entidad reguladora.

2. Medios institucionales

36. Existe una gran variedad de medios institucionales para reglamentar los diversos sectores de la infraestructura. Si bien hay países que encomiendan la función regulatoria a órganos de su administración (por ejemplo, los ministerios o departamentos interesados), otros países han preferido establecer entidades reguladoras autónomas, independientes del poder político. 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 una entidad reguladora autónoma y la administración pública, como ocurre con frecuencia respecto de las licencias. Desde un punto de vista legislativo, es importante configurar disposiciones institucionales para las funciones regulatorias que garanticen a la entidad reguladora un nivel adecuado de eficiencia, teniendo en cuenta la tradición política, jurídica y administrativa del país.

37. La eficiencia del régimen regulatorio está, a menudo, en función de la objetividad con que se adopten las decisiones en la materia. Esto requiere, a su vez, que las entidades reguladoras sean capaces de adoptar decisiones sin injerencia ni presiones impropias de los explotantes de infraestructura y proveedores de servicios públicos. Con ese fin, las disposiciones legislativas de varios países requieren que el proceso de elaboración de decisiones regulatorias 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 confiarlas a una entidad jurídica y funcionalmente independiente. Esa independencia se complementa con

medidas para evitar los conflictos de intereses, como prohibiciones al personal de la entidad reguladora de ocupar cargos, aceptar regalos, celebrar contratos o tener ninguna otra relación (directamente o por conducto de familiares u otros intermediarios) con las empresas objeto de regulación, sus matrices o filiales.

38. Esto lleva a una cuestión conexas, que no es sino la de reducir a un 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 a la entidad reguladora de cierta autonomía frente a los órganos políticos. La independencia y la autonomía no dependen sólo de la ubicación institucional de la función regulatoria, sino también de su autonomía funcional (por ejemplo, la disponibilidad de recursos financieros y humanos suficientes para desempeñar correctamente sus cometidos).

3. Atribuciones de las entidades reguladoras

39. Las entidades reguladoras 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 las entidades reguladoras de poderes limitados que fueron luego ampliados a medida que las entidades fueron demostrando su profesionalidad y la independencia de sus intervenciones. El legislador especifica a menudo cuáles serán las facultades que competen a la administración pública y cuáles a la entidad reguladora. 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 solicitudes o quejas.

40. Por ejemplo, en muchos países la selección de una empresa gestora de un servicio público es un proceso en el que interviene una autoridad pública competente al respecto además de la propia entidad reguladora. Si la decisión de adjudicar un proyecto supone una decisión de carácter más político que técnico, como suele suceder en la privatización de empresas gestoras de infraestructura, la responsabilidad será, a menudo, en última instancia de la autoridad competente. Ahora bien, si los criterios para la adjudicación son de índole más técnica, como suele suceder en el supuesto de un régimen liberal de adjudicación de licencias de servicios de telecomunicaciones o de generación de energía, muchos países suelen encomendar estas decisiones a una entidad reguladora independiente. En algunos casos, la autoridad competente tal vez haya de obtener el dictamen previo de la entidad reguladora para poder otorgar una concesión. Por el contrario, algunos países excluyen toda intervención directa de la entidad reguladora en el proceso de adjudicación por estimar que ello podría afectar al modo en el que desempeñan su función regulatoria respecto de la prestación del servicio de que se trate.

41. La competencia de la entidad reguladora se suele extender a todas las empresas que trabajan en el sector que tengan 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 la empresa gestora de un servicio público que sea dominante en el sector. Por ejemplo, puede ocurrir que una entidad reguladora esté facultada para supervisar el precio de la empresa titular del servicio público o dominante en el sector, pero que se deje a toda nueva empresa competidora en libertad para fijar sus precios.

42. La entidad reguladora suele tener que pronunciarse sobre asuntos como los siguientes: funciones propiamente normativas (por ejemplo, reglas para el otorgamiento de concesiones de licencias y condiciones para la certificación del equipo), la adjudicación efectiva de concesiones; la modificación de esos instrumentos; la aprobación de ciertos contratos o decisiones propuestos por las entidades reglamentadas (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 las empresas gestoras de servicios públicos (en particular respecto de la observancia de las condiciones y normas técnicas de la licencia y las metas de ejecución); la determinación o el ajuste del precio; la autorización de subvenciones, exenciones u otras ventajas que pudieran distorsionar la competencia en el sector; sanciones; y la solución de controversias.

4. Composición, personal y presupuesto de la entidad reguladora

43. Al establecer una entidad reguladora, unos cuantos países han optado por una entidad reguladora unipersonal, mientras que otros han preferido establecer una comisión reguladora. Una comisión tal vez ofrezca mayores salvaguardias contra cierto tipo de influencias y presiones indebidas y puede limitar el riesgo de que se adopten decisiones regulatorias imprevistas. Una entidad unipersonal puede, por el contrario, ser más rápida en sus decisiones y la responsabilidad personal de su titular es relativamente sencilla de establecer. Para mejorar la gestión del proceso decisorio de una comisión reguladora, se procura que el número de sus miembros sea reducido (tres o cinco miembros son cifras habituales al respecto). A fin de evitar empates se procura que el número de sus miembros sea impar, aun cuando sea posible que el voto de su presidente sea decisorio en el supuesto de empate.

44. A fin de que la entidad reguladora goce de más autonomía, puede ser conveniente que participen en su designación diversas instituciones. En algunos países, el Jefe del ejecutivo designa los miembros de la entidad reguladora 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 o titular de una entidad reguladora 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 una entidad reguladora 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 regulatorio. Los mandatos suelen ser por plazo fijo, pueden ser no renovables y podrán ser revocados antes de expirar el plazo del mandato por cierto número de razones (condena penal, incapacidad mental, grave negligencia o abandono del deber). La entidad reguladora habrá de actuar frente a contables y abogados experimentados y todo tipo de expertos que trabajan al servicio de la industria reglamentada, por lo que conviene dotarla del mismo nivel de competencia, experiencia y profesionalidad, ya sea directamente o previendo la contratación de asesores externos.

45. El disponer de fuentes de financiación estables, es decisivo para que una entidad reguladora funcione satisfactoriamente. En muchos países, el presupuesto de la entidad reguladora se financia con la imposición de una tasa o de algún otro derecho a la industria reglamentada. 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 licencia, la concesión u otras autorizaciones requeridas. En algunos países, el presupuesto de la entidad se complementa en la medida necesaria por transferencias de índole presupuestaria aprobadas al efecto cada año. Pero esto puede crear un factor de incertidumbre que reste autonomía a la entidad.

5. *Proceso regulatorio y procedimiento a seguir*

46. 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 requiere transparencia y objetividad, con independencia de que la facultad regulatoria sea ejercida por un ministerio o departamento gubernamental o por una entidad reguladora autónoma. Las reglas y procedimientos deben ser objetivos y claros a fin de poder controlar la equidad, imparcialidad y oportunidad de la actuación de la entidad reguladora. En aras de una mayor transparencia, debe exigirse por ley que esas reglas 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.

47. Algunos países exigen una transparencia incluso mayor al requerir por ley que la entidad reguladora publique un informe anual del sector que contenga, por ejemplo, las decisiones adoptadas durante el ejercicio, las controversias resueltas y la forma en que se resolvieron. Ese informe anual puede contener además las cuentas de la entidad reguladora y su verificación por un auditor independiente. En algunos países se exige además que ese informe anual sea presentado a una comisión parlamentaria.

48. Las decisiones regulatorias suelen afectar normalmente a los intereses de diversos grupos, y en particular a los intereses de la entidad proveedora del servicio público reglamentado, a sus competidores actuales o potenciales, y a 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 den a conocer sus observaciones. Algunos países han establecido también órganos consultivos, formados por los usuarios y las 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 la decisión de una entidad reguladora*

49. Otro importante elemento del régimen regulatorio del país anfitrión son las vías de recurso de que disponen los proveedores de servicios públicos para solicitar la reconsideración de las decisiones regulatorias. Al igual que en todo el proceso regulatorio, es esencial que haya un alto nivel de transparencia y de credibilidad. A fin de darle credibilidad, la reconsideración deberá encomendarse a una entidad que sea independiente de la entidad reguladora que adoptó la decisión inicial, así como de las autoridades políticas del país anfitrión y de los proveedores de servicios públicos.

50. Los recursos presentados contra las decisiones de las entidades reguladoras suelen ser competencia de tribunales judiciales, pero en algunos ordenamientos jurídicos son competencia exclusiva de tribunales especiales competentes únicamente en cuestiones administrativas, que en algunos países no forman parte del sistema judicial. De albergarse inquietudes sobre la vía de recurso disponible (por ejemplo, sobre su lentitud 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 especificadas. 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*

51. Pueden surgir controversias entre concesionarios rivales (por ejemplo, dos empresas que administran sistemas de telefonía móvil) o entre concesionarios que prestan servicios en distintos ámbitos del mismo sector de infraestructuras. En esas controversias pueden alegarse prácticas comerciales desleales (por ejemplo, precios de *dumping*), prácticas no competitivas incompatibles con la política de infraestructuras del país (ver “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 23 a 29) o el incumplimiento de determinadas obligaciones de los proveedores de servicios públicos (ver cap. IV, “Desarrollo y explotación

de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 82 a 93). En muchos países se ha estimado necesario crear un marco legal apropiado para la solución de esas controversias.

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

53. El derecho interno ha previsto a menudo una vía de recurso administrativa para la solución de controversias entre proveedores de servicios públicos. Habitualmente, estos proveedores pueden presentar demandas ante la entidad reguladora u otra entidad pública encargada de la aplicación de las reglas presuntamente violadas (por ejemplo, un órgano estatal encargado de velar por el cumplimiento de las leyes y reglamentaciones en materia de competencia), 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 únicamente facultados para controlar la legalidad de la decisión (por ejemplo, la observancia de las garantías procesales) pero sin pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

II. Riesgos del proyecto y respaldo público

A. Observaciones generales

1. Los proyectos de infraestructura con financiación privada ofrecen la posibilidad de reducir la cuantía de fondos y otros recursos públicos que ha de destinarse a actividades de desarrollo y explotación de infraestructuras. Esos proyectos permiten asimismo transferir al sector privado ciertos riesgos que de lo contrario recaerían sobre el erario público. La distribución usual de los riesgos entre las diversas partes que intervienen en estos proyectos es examinada a la luz de diversos factores, particularmente el interés público en el desarrollo de la infraestructura considerada y la magnitud del riesgo que hayan de asumir la sociedad del proyecto y otros inversionistas o prestamistas (y su solvencia financiera para asumir esos riesgos a un costo aceptable). Una distribución adecuada de los riesgos puede ser un factor esencial para reducir el costo del proyecto y garantizar el éxito de su ejecución. Por el contrario, una distribución inadecuada de los riesgos del proyecto podría comprometer la viabilidad financiera del proyecto o dificultar una gestión eficiente del mismo elevando así el costo del servicio prestado.

2. Anteriormente, la financiación por vía de empréstito de los proyectos de infraestructura se efectuaba con créditos obtenidos de los promotores del proyecto, de entidades de crédito a la exportación multilaterales y nacionales, de fuentes públicas y de otros terceros. En los últimos años, esas fuentes tradicionales han resultado insuficientes para atender las crecientes necesidades de capital para infraestructuras y cada vez se ha recurrido más a la denominada financiación en función del proyecto.

3. La financiación en función del proyecto es un método de financiación en el que se trata de determinar la solvencia crediticia de la empresa concesionaria o sociedad del proyecto en función de “sus propios méritos”, incluso antes de que se inicien las obras y de que se generen ingresos, a fin de obtener así crédito. Se ha observado que ese método puede ser la clave para movilizar las vastas reservas de capital teóricamente disponibles en los mercados de capital para la inversión en infraestructuras. No obstante, este método tiene características distintivas y exigentes desde el punto de vista financiero. La principal de esas características es que, en una estructura de financiación en función del proyecto, las partes financiadoras deben confiar principalmente, para su reembolso, en los activos y en la corriente de liquidez de la sociedad del proyecto. Si el proyecto fracasa, no podrán recurrir, para su reembolso, contra los haberes de alguna empresa promotora del proyecto, o de un tercero, o su derecho de recurso será sólo limitado (ver también “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 54 y 55).

4. La metodología financiera de la financiación en función del proyecto requiere una proyección precisa de los costos de capital, de los ingresos y costos previstos, y de los demás gastos, impuestos y deudas del proyecto. A fin de prever esas cifras con exactitud y certeza, y para crear un modelo

financiero para el proyecto, suele ser necesario proyectar las cifras básicas de ingresos, costos y gastos de la sociedad del proyecto durante un largo período de 20 años o más, a fin de determinar la cuantía de deuda y de capital social que el proyecto podrá remunerar. Para este análisis es esencial la determinación y cuantificación de los riesgos. Por esta razón, la determinación, evaluación, distribución y atenuación de los riesgos es un factor crucial para este método de financiación privada del proyecto.

5. Entre los riesgos más importantes y también difíciles de evaluar y atenuar figuran el “riesgo político” (es decir, el riesgo de que el país anfitrión, sus organismos y tribunales adopten medidas adversas, particularmente en materia de licencias y permisos, de la reglamentación aplicable a la sociedad del proyecto o al mercado, o en lo relativo al régimen fiscal aplicable o a la exigibilidad judicial del cumplimiento de las obligaciones contractuales) y el “riesgo monetario” (es decir, el riesgo para el valor, la transferibilidad y la convertibilidad de la moneda del país). Para prevenir esos riesgos, en particular, es frecuente que la estructura financiera del proyecto lleve incorporada una serie de seguros o garantías de instituciones financieras internacionales y de organismos de crédito a la exportación, así como garantías del país anfitrión.

6. La sección B del presente capítulo (párrs. 8 a 29) describe en términos generales los principales riesgos que amenazan a los proyectos de infraestructura con financiación privada y examina someramente las soluciones contractuales habituales para la distribución de esos riesgos, y se insiste en la necesidad de que las partes gocen de la flexibilidad requerida para negociar una distribución equilibrada de los riesgos del proyecto. La sección C (párrs. 30 a 60) enuncia ciertos criterios de política general que las autoridades tal vez deseen tener en cuenta al definir el nivel de apoyo público directo que cabe otorgar a los proyectos de infraestructura como pudiera ser el grado de interés público en la ejecución de determinado proyecto y la necesidad de evitar que las autoridades asuman responsabilidades contingentes mal definidas o excesivas. La sección C examina algunas medidas de apoyo adicionales a las que se puede recurrir en programas públicos de promoción de la inversión privada en el desarrollo de la infraestructura, sin preconizar ninguna de ellas en particular. Por último, las secciones D (párrs. 61 a 71) y E (párrs. 72 a 74) describen en términos concisos los tipos de garantía y las medidas de apoyo que cabe negociar con entidades de crédito a la exportación o de promoción de inversiones.

7. Otros capítulos de la presente *Guía* se refieren a ciertos aspectos del régimen jurídico del país anfitrión que pueden ser de interés para el análisis de la solvencia y riesgos de un proyecto. La importancia dada a esos aspectos variará, naturalmente, en función del sector y del tipo de proyecto de que se trate. En particular, se remite al lector a los capítulos IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”; V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”; VI, “Solución de controversias”; y VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”.

B. Los riesgos del proyecto y su distribución

8. Tal como se utiliza en el presente capítulo, la noción de “riesgos del proyecto” está referida 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.

9. La expresión “asignación 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. Por ejemplo, si la empresa concesionaria o sociedad del proyecto está obligada a entregar la infraestructura a la autoridad contratante con ciertos elementos de su equipo en estado de funcionamiento, la sociedad del proyecto está asumiendo el riesgo de que el equipo eventualmente entregado no alcance los niveles de rendimiento acordados. De materializarse ese riesgo, cabe prever que la sociedad del proyecto: haya de responder por el incumplimiento de una obligación contractual dimanante del acuerdo de proyecto 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 financieras (por ejemplo, la pérdida de ingresos imputable a la demora en la puesta en marcha de la infraestructura); o por ciertos gastos adicionales (por ejemplo, de reparación o sustitución del equipo defectuoso).

10. La parte que haya de asumir determinado riesgo podrá adoptar medidas preventivas para limitar la probabilidad de ese riesgo, así como medidas para ampararse, total o parcialmente, contra sus consecuencias. Se acostumbra a designarlas como medidas de “atenuación del riesgo”. En el anterior ejemplo, la sociedad del proyecto tal vez examine cuidadosamente la fiabilidad de los proveedores del equipo y de la tecnología propuesta, o tal vez exija de sus proveedores una garantía independiente del funcionamiento de su equipo. Tal vez se obligue al proveedor a pagar una pena contractual o una suma convenida a la sociedad del proyecto por las consecuencias de toda deficiencia de su equipo. En algunos casos, tal vez sea aconsejable concertar una serie más o menos compleja de arreglos contractuales que permitan mitigar las consecuencias de determinado riesgo del proyecto. Por ejemplo, cabe que la sociedad del proyecto 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 de equipo.

1. Descripción general de las principales categorías de riesgo

11. A título ilustrativo, se da en los párrafos siguientes una visión general de las principales categorías de riesgo de proyecto y se dan ejemplos de algunas de las soluciones contractuales utilizadas para distribuir o mitigar los riesgos. 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)¹.

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

12. Las partes han de prever el riesgo de que el proyecto sea perturbado por algún hecho extraordinario imputable a causas no previstas y que estén fuera de su control, ya sea naturales, tales como inundaciones, tormentas o terremotos, ya sea humanas, tales como guerras, disturbios o agresiones terroristas. Esos hechos extraordinarios o imprevistos pueden ocasionar una interrupción provisional de la ejecución del proyecto o del funcionamiento de la infraestructura que dé lugar a demoras 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, ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 131 a 139).

b) Perturbación del proyecto por actos adversos de las autoridades (“riesgo político”)

13. La sociedad del proyecto y sus prestamistas deben prever el riesgo de que la ejecución del proyecto se vea perturbada por actos de la autoridad contratante, de algún otro organismo público o incluso del poder legislativo. Esos riesgos suelen denominarse “riesgos políticos” y pueden ser divididos en tres grandes categorías: riesgos políticos “tradicionales” (por ejemplo, nacionalización de los bienes de la sociedad del proyecto o aumento de la carga fiscal que hagan peligrar la amortización de la deuda de la sociedad del proyecto o la recuperación del capital invertido); riesgos “de índole reglamentaria” (como sería la introducción de normas más severas para la prestación del servicio o la apertura del sector a la competencia); y riesgos “cuasi comerciales” (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, ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 122 a 125). 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 gobierno extranjero, tales como bloqueos, embargos o medidas de boicot comercial impuestas por las autoridades públicas de los países de origen de los inversionistas.

c) Riesgos de construcción o de explotación

14. Los principales riesgos de la etapa de construcción que deben prever las partes son los siguientes: imposibilidad total de completar la obra o de

¹ Ver “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, nota de pie de página 1.

entregarla para la fecha prevista (riesgo de terminación de las obras); incumplimiento del presupuesto inicial de obras (riesgo presupuestario de la construcción); e incumplimiento de los parámetros técnicos de la infraestructura (riesgo de funcionamiento). Durante la fase de explotación las partes deben prever, a su vez, el riesgo de que la infraestructura no funcione con la eficiencia requerida para alcanzar o mantener las cifras de producción previstas (riesgo de explotación); o que los costos de explotación excedan de lo previsto (costo de explotación excedentario). Cabe señalar que los riesgos de las etapas de construcción y de explotación afectarán no sólo a la sociedad del proyecto 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, el poder público se preocupará en general por los riesgos para la seguridad de las personas y por los peligros ecológicos que puede entrañar una mala explotación de la infraestructura.

15. Algunos de estos riesgos pueden ser imputables a la sociedad del proyecto o a sus contratistas o proveedores. Por ejemplo, el que el constructor se salga de presupuesto y demore la entrega de la instalación puede ser imputable a prácticas de construcción ineficientes, despilfarros, insuficiencia del presupuesto o falta de coordinación entre los contratistas. El que la instalación no satisfaga ciertos parámetros de funcionamiento puede ser, a su vez, imputable a defectos de diseño, falta de idoneidad de la tecnología o defectos del equipo entregado por los proveedores de la sociedad del proyecto. 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 costo excedentario de la explotación tal vez sea, a su vez, imputable a una gestión inadecuada.

16. 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. Las deficiencias de funcionamiento o los costos excedentarios pueden ser imputables a la falta de idoneidad de las especificaciones técnicas que la autoridad contratante haya dado al concesionario durante la fase de selección. Ciertas demoras y gastos excedentarios pueden ser también imputables a determinados actos de la autoridad contratante posteriores a la adjudicación del proyecto (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 por 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

17. 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 de la sociedad del proyecto para atender al servicio de su deuda y puede comprometer la viabilidad financiera del proyecto.

18. Los riesgos comerciales varían notablemente según cual sea el sector considerado y el tipo de proyecto. Esos riesgos pueden considerarse como mínimos o moderados si la sociedad del proyecto goza de un monopolio sobre el servicio prestado o si suministra su producto a un solo cliente que ha contraído un compromiso permanente de compra o absorción (*off-take agreement*) del producto. 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 un proyecto de carretera de peaje que haya de competir con carreteras que no cobren peaje. Al depender la demanda de la facilidad de acceso de su clientela eventual a las carreteras exentas de peaje suele ser difícil prever el rendimiento financiero del peaje, especialmente en zonas de gran densidad urbana que ofrezcan rutas alternativas o en las que se siga construyendo y mejorando la red de carreteras. Además, se ha comprobado que la utilización de una carretera de peaje resulta muy difícil de prever en zonas donde no existan otras vías de peaje, al no existir en ellas ningún punto de referencia que sirva de base actuarial para calcular su utilización probable.

e) El riesgo cambiario y otros riesgos financieros

19. El riesgo cambiario es el que es consecuencia de la variabilidad de las tasas o tipos de cambio, que puede tener un marcado influjo sobre el valor monetario en divisas de las corrientes financieras dimanantes 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, al ser particularmente inestable la tasa de cambio imperante en muchos países en desarrollo o países con economías en transición. Además de las fluctuaciones de la tasa de cambio, la sociedad del proyecto tal vez tropiece con un endurecimiento de la política de control de cambios o con un descenso de las reservas de divisas que limiten la disponibilidad local de la moneda extranjera requerida para el servicio de su deuda o para el reembolso de la inversión inicial.

20. Otro riesgo que debe considerar la sociedad del proyecto es la posibilidad de que la tasa de interés del capital se eleve, imponiendo al proyecto costos financieros adicionales. Este riesgo puede ser importante en proyectos de infraestructura en los que se suelen tomar prestadas grandes sumas, algunas de ellas con vencimientos lejanos en función de la larga

duración de un proyecto. 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 intereses. Además, el paquete financiero puede conllevar ciertas salvaguardias contra el riesgo de un interés variable, por ejemplo, las permutas financieras de tasas de interés (*interest rate swaps*) o los topes de intereses (*interest rate caps*).

2. Arreglos contractuales para repartir y atenuar los riesgos

21. De lo anterior se desprende que las partes deberán tener en cuenta una amplia gama de factores al decidir cómo se han de asignar los riesgos del proyecto. Por esta razón, no suele ser aconsejable limitar legalmente 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 el poder público imparta cierta orientación general al personal encargado de actuar en nombre de las autoridades contratantes locales, formulando, por ejemplo, ciertos principios orientadores para la asignación de los riesgos.

22. 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 prevenirlo o atajarlo. 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 que pueda diversificarlo o mitigarlo a menor costo. En la práctica, no obstante, la asignación del riesgo suele hacerse en función de consideraciones de política general (por ejemplo, el interés público en el proyecto o la vulnerabilidad global de la autoridad contratante a resultados de su participación en diversos proyectos) y la fuerza negociadora relativa de las partes en la negociación. Además, para asignar 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.

23. La sociedad del proyecto y sus contratistas suelen asumir los riesgos propios de la construcción y explotación de la infraestructura. Por ejemplo, se acostumbra a asignar los riesgos normales de la etapa de construcción al contratista de obras en el marco de un contrato de entrega llave en mano por el que el contratista asuma 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 (ver cap. IV, "Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto", párr. 70). El contratista de obras estará normalmente obligado a pagar alguna pena o indemnización contractual por toda demora en la terminación de la obra. Además, al contratista se le suele obligar a aportar una garantía de buena ejecución en forma de una garantía bancaria o de una caución. 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 buena ejecución y de buen funcionamiento dadas por los contratistas y por los proveedores de equipo se complementan a menudo con garantías similares dadas por el concesionario a la autoridad contratante. Es frecuente que la sociedad del proyecto reduzca también 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 de explotación 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 caución emitida en garantía del cumplimiento del contratista. Los acuerdos de préstamo suelen, por ello, requerir que el producto del pago de esas cauciones sea depositado en una cuenta pignorada en beneficio de los proveedores de fondos (por ejemplo, una cuenta de garantía bloqueada) como salvaguardia contra la malversación del producto de ese pago por la sociedad del proyecto o para evitar que caiga en manos de terceros (por ejemplo, de otros acreedores). Sin embargo, los fondos pagados a título de caución del contratista o fianza contractual (“*contract bonds*”) serán normalmente entregados a la sociedad del proyecto, de ser requeridos para hacer frente a gastos de reparación, explotación o de otra índole.

24. La autoridad contratante deberá en principio 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 públicos, como pudiera ser prometiendo indemnización a la sociedad del proyecto por toda pérdida de ingresos imputable a alguna medida estatal de control de precios (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párr. 124). Si bien cabe mitigar los riesgos políticos del proyecto mediante un seguro que los cubra, tal vez no sea posible obtener ese seguro para el país destinatario del proyecto, al menos a un precio aceptable. Por ello, es posible que los inversionistas y prestamistas acudan a la autoridad competente para obtener alguna garantía de que no se expropiará o nacionalizará el proyecto y de que de adoptarse esa medida se indemnizará debidamente a la sociedad del proyecto (ver párr. 50). Los 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 promesas.

25. 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 dimanen 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 algún otro principio para la asignación del riesgo.

26. Por ejemplo, es posible que la sociedad del proyecto crea posible traspasar el riesgo de alzar en la tasa de interés, junto con el riesgo de

inflación, a los clientes o usuarios finales del servicio prestado mediante elevaciones del precio cobrado aun cuando ello no sea tal vez posible por la situación del mercado o la imposición de medidas del control de precios. La estructura de precios negociada por la sociedad del proyecto con la autoridad contratante determinará hasta qué punto la sociedad del proyecto podrá evitar estos riesgos o si es de prever que deberá absorber algunos de ellos (ver cap.IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs.36 a 46).

27. Otra categoría de riesgos que cabe asignar de una u otra forma son ciertos sucesos externos al proyecto y que estén 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 asegurable. En los proyectos de infraestructura con financiación privada es posible que la autoridad pública interesada prefiera que sea la sociedad del proyecto la que asuma este riesgo. Ahora bien, es posible que, a la luz de su evaluación de los riesgos de determinado país, el sector privado no se muestre dispuesto a asumir estos riesgos. Por ello, en la práctica no existe una solución general 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 acuerdo de proyecto y se preverán, sin duda, 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 (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 131 a 139). Esos arreglos pueden ser complementados por seguros comerciales que la sociedad del proyecto deberá tomar siempre que su costo sea aceptable (ver cap.IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs.119 y 120).

28. Tal vez se haya de negociar también algún arreglo especial para asignar los riesgos comerciales. Proyectos 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 la sociedad del proyecto lleve a cabo el proyecto sin compartir esos riesgos con la autoridad contratante y sin recabar respaldo público. En otros proyectos de infraestructura, tales como los de centrales eléctricas, la sociedad del proyecto puede recurrir a arreglos contractuales con la autoridad contratante o alguna otra entidad pública para reducir su grado de exposición a los riesgos comerciales, negociando por ejemplo acuerdos de absorción (*off take agreements*) a largo plazo que garanticen la salida del producto ofrecido a un precio convenido. Los pagos pueden efectuarse en función del consumo efectivo o de la disponibilidad del servicio, o de ambos factores a la vez; la tarifa aplicable suele estar indizada o sujeta a algún otro mecanismo que proteja el valor real del precio cobrado de todo aumento del costo de explotación de una infraestructura en proceso de envejecimiento (ver también

cap.IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs.50 y 51). Por último, hay ciertos proyectos dependientes de una fuerte inversión con un potencial de recuperación de la misma 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 un ingreso fijo o de retribución de la capacidad de utilización convenida con independencia de su utilización efectiva (ver también cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 48 y 49).

29. La distribución finalmente convenida de los riesgos entre la autoridad contratante y la sociedad del proyecto aparecerá reflejada en sus derechos y obligaciones recíprocos, enunciados en el acuerdo de proyecto. En otros capítulos de la *Guía* (ver cap.IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, y V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”). Las partes negociarán asimismo diversos otros acuerdos para mitigar o distribuir 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 acuerdos de absorción *off-take agreements*- y de suministro a largo plazo, según los casos).

C. Respaldo público

30. En la anterior sección se hizo ver la diversidad de enfoques contractuales a los que las partes pueden recurrir para distribuir y mitigar los riesgos del proyecto. Es posible, no obstante que esos arreglos no ofrezcan siempre el clima de seguridad requerido por los inversionistas privados para participar en proyectos de infraestructura con financiación privada. Es posible que se requiera cierto respaldo público para atraer a la inversión privada hacia los proyectos de infraestructura en el país anfitrión.

31. Ese respaldo público puede revestir diversas formas. Por lo general, cabe calificar de respaldo público toda medida adoptada por las autoridades para mejorar las condiciones de inversión en proyectos de infraestructura. Desde esa perspectiva, la promulgación de un marco legal que faculte a las autoridades públicas para adjudicar proyectos de infraestructura con financiación privada o que defina claramente la competencia de los diversos órganos facultados para negociar proyectos de infraestructura y darles seguimiento (ver cap. I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 23 a 29) puede constituir un factor de respaldo público importante 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 las autoridades públicas competentes podrán adoptar para mejorar las condiciones de ejecución de determinados proyectos o para facilitar la asunción por la sociedad del proyecto de ciertos riesgos que superen o

excedan del alcance normal de los arreglos contractuales convenidos entre la autoridad contratante y la sociedad del proyecto para asignar 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 general relativas al respaldo público

32. En la práctica, la decisión de respaldar la ejecución de un proyecto dependerá del interés económico o social que pueda tener el proyecto y de que ese interés sirva para justificar el respaldo público que se vaya a otorgar. La autoridad competente tal vez juzgue que el sector privado no puede por sí solo financiar determinados proyectos a un costo aceptable. Es posible que también se estime que determinados proyectos no se llevarán a cabo si no se mitigan algunos de sus riesgos mediante medidas de apoyo. La prontitud de los inversionistas y prestamistas privados para comprometerse en proyectos a largo plazo en determinado país dependerá no sólo de su evaluación de los riesgos 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 considerado y el grado de estructuración 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 infraestructura con financiación privada.

33. Ello significa que cierto número de países han adoptado un enfoque flexible frente a la cuestión del respaldo público dado a este tipo de proyectos. En algunos países, se ha promulgado un marco legal que adapta 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 legalmente a la autoridad competente para otorgar ciertos tipos de garantías o medidas de apoyo cuando a su leal saber y entender las circunstancias del caso lo hagan aconsejable. Ahora bien, las autoridades públicas del país anfitrión deberán velar por que el nivel y el tipo de apoyo otorgado a un proyecto no les obligue a asumir obligaciones ilimitadas o mal definidas, ya que de otorgar garantías excesivas a determinado proyecto, podrían encontrarse más adelante en la imposibilidad de otorgar el debido respaldo a otros proyectos de mayor interés público.

34. Cabe mejorar la eficiencia de los programas de respaldo público a la inversión privada en proyectos de infraestructura mediante la introducción de técnicas de presupuestación adecuadas de las medidas de respaldo público que permitan estimar correctamente el costo total y comparativo de todas las formas de respaldo público. Por ejemplo, la garantía pública de los préstamos suele ser menos costosa que la garantía comercial de esos préstamos. Esa diferencia (una vez deducidos los derechos e intereses abonables por la sociedad del proyecto) suponen un costo financiero para la administración pública y una subvención pública otorgada a la sociedad del proyecto. Ahora bien, la garantía pública de los préstamos no suele 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 con la garantía del préstamo es inferior al de la concesión de una subvención directa. Por idéntica razón, el costo financiero y económico de las exenciones fiscales otorgadas al proyecto serán menos visibles y transparentes que otras formas de subvención pública directa. Por todas estas razones, los países que deseen montar programas de respaldo público para los proyectos de infraestructura con financiación privada deben idear métodos especiales para calcular el costo presupuestario de ciertas medidas de exoneración fiscal o de préstamo y de garantías de préstamo otorgadas por entidades públicas en los que se tenga en cuenta el valor actualizado de su futuro costo o de la pérdida de futuros ingresos.

2. *Formas de respaldo público*

35. La posibilidad de obtener respaldo público directo, ya sea en forma de garantías financieras, préstamos públicos o fuentes de ingreso aseguradas, 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 algunas de ellas en el país anfitrión, sin preconizar el empleo de ninguna de ellas en particular.

36. Por lo general, además de las medidas administrativas y presupuestarias que pudieran ser necesarias para asegurar el cumplimiento de ciertos compromisos públicos a lo largo de la vida del proyecto, sería aconsejable que el poder legislativo considerara la conveniencia de que la ley autorice expresamente ciertas formas de respaldo público. De estimarse aconsejable prever ciertas medidas de respaldo público, es importante que el legislador tenga presente las obligaciones internacionales de su país en materia de integración económica regional y liberalización comercial, que pudieran restringir el margen de las autoridades públicas de los Estados partes en esos acuerdos para aportar su respaldo financiero o de otra índole a las sociedades que operen en sus territorios. Además, cuando una autoridad pública desee aportar su respaldo a la ejecución de algún proyecto de infraestructura, deberá hacerlo saber en el momento oportuno a todo participante en el concurso que se organice (ver cap. III, “Selección del concesionario”, párr. 67).

a) Préstamos públicos y garantías públicas de ciertos préstamos

37. En algunos casos, se autoriza por ley a los órganos de la administración pública a otorgar préstamos a la sociedad del proyecto sin interés o a un interés inferior al del mercado para reducir el costo financiero del proyecto. Conforme a ciertos regímenes de contabilidad, algunos préstamos públicos sin interés pueden ser anotados como ingresos en las cuentas de la sociedad del proyecto, mientras que las sumas abonadas para su amortización serían anotadas a título de costos y serían deducibles a efectos fiscales. Además, los préstamos públicos subordinados ayudan a mejorar las condiciones financieras del proyecto al complementar el capital prestado por entidades comerciales sin competir con él para su reembolso. Los préstamos ofrecidos a la sociedad del proyecto tal vez se ofrezcan a todas las sociedades que

trabajen en un determinado sector o únicamente a título de asistencia provisional a la sociedad del proyecto en el supuesto que se materialicen ciertos riesgos. El importe total de ese préstamo pudiera estar limitado a determinada suma o a un porcentaje del coste total del proyecto.

38. Además de esos préstamos públicos, el derecho interno de algunos países faculta a la autoridad contratante o a otras entidades públicas a otorgar una garantía de reembolso del préstamo tomado por la sociedad del proyecto. Las garantías así otorgadas ampararían a los prestamistas (y, en algunos casos, a los inversionistas también) contra todo incumplimiento eventual de la sociedad del proyecto. Por no suponer un desembolso inmediato de fondos públicos, la autoridad o entidad pública competente tal vez juzgue que esas garantías son preferibles a un préstamo público directo. Ahora bien, esas garantías de préstamo pueden entrañar una responsabilidad eventual importante para la entidad pública que las otorga exponiéndola a un riesgo considerable, especialmente en el supuesto de que se declare la insolvencia total de la sociedad del proyecto. Ciertamente, de poco le serviría a la entidad pública afectada el poderse subrogar como titular en los derechos de los prestamistas contra una sociedad del proyecto declarada insolvente.

39. Por ello, además de adoptar medidas generales para reforzar la eficiencia de los programas de respaldo público (ver párr. 34), tal vez sea aconsejable introducir ciertas reglas que limiten el margen de exposición tolerable del erario público a título de 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 la responsabilidad eventual 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 las autoridades públicas estén dispuestas a compartir. Por ejemplo, si las autoridades sólo desean cubrir los riesgos de perturbación temporal del proyecto imputables a hechos que estén fuera del control de las partes, las garantías otorgadas deberán limitarse al supuesto, previsto en el acuerdo, de que la sociedad del proyecto se encuentre temporalmente en la imposibilidad de atender al servicio de su deuda por haber sobrevenido ciertos hechos que estén fuera del control de la sociedad del proyecto. Si las autoridades desean otorgar mayor protección a los prestamistas del proyecto, las garantías podrán cubrir el supuesto de la imposibilidad permanente de la sociedad del proyecto para reembolsar sus préstamos, a resultas de esos hechos previstos en el acuerdo. En tales casos sería, no obstante, aconsejable no eliminar los incentivos que puedan tener los prestamistas para adoptar medidas que permitan que el proyecto prosiga, ya sea designando a otro concesionario adecuado o interviniendo a través de un agente por ellos designado para remediar el incumplimiento de la sociedad del proyecto (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 147 a 150). 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 acuerdo de proyecto, en sus acuerdos de préstamo o en sus acuerdos directos con la autoridad contratante, de haberse celebrado alguno. En todo caso, las garantías públicas que cubran totalmente a los prestamistas del riesgo de

incumplimiento por la sociedad del proyecto son poco frecuentes en el contexto de los proyectos de infraestructura efectuados bajo la modalidad de financiación privada del proyecto.

b) Participación en el capital social

40. Otra forma de respaldo público adicional puede consistir en una participación pública directa o indirecta en el capital de la sociedad del proyecto. La participación 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 privados del proyecto, especialmente cuando la sociedad del proyecto no haya conseguido inversiones en su capital social de ciertas fuentes financieras importantes, como los fondos de inversión. La participación pública en el capital social puede ayudar a cumplir con otros 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, pudiera requerir 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 para la sociedad del proyecto. 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, quizá por no estar familiarizados con ellos.

41. La participación pública pudiera entrañar ciertos riesgos que convendría que las autoridades del país tuvieran presentes. En particular, existe el riesgo de que esa participación sea entendida como una garantía pública dada a todas las partes, incluso a terceros, de que el Estado respaldará plenamente el proyecto o incluso lo asumirá a costo del erario público si la sociedad del proyecto se declara insolvente. De no desearse otorgar esa garantía implícita, convendría aclarar debidamente los límites de la participación pública en el proyecto.

c) Subvenciones

42. En algunos países se recurre a la subvención del precio o de la tarifa aplicable para complementar los ingresos de la sociedad del proyecto cuando la rentabilidad del proyecto desciende por debajo de cierto nivel mínimo. Los servicios prestados por la sociedad del proyecto 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 a la sociedad del proyecto a prestar sus servicios a ciertos sectores de la población a un precio reducido. En esos casos, la legislación de algunos países faculta a las autoridades para subvencionar a la sociedad del proyecto con miras a que pueda prestar sus servicios a un precio inferior.

43. Esas subvenciones suelen revestir la forma de pagos directos a la sociedad del proyecto, ya sea mediante pagos globales o mediante pagos calculados expresamente para complementar los ingresos de la sociedad del

proyecto. En este segundo supuesto, las autoridades deberán introducir mecanismos destinados a verificar la exactitud de los pagos de subvención efectuados a la sociedad del proyecto, mediante, por ejemplo, prácticas de auditoría o de publicación de datos financieros estipuladas en el acuerdo de proyecto. La alternativa a estas prácticas sería la de permitir que la sociedad del proyecto subvencione sus operaciones en zonas menos rentables con el ingreso reportado por otras operaciones más rentables. Esto puede hacerse combinando en una misma concesión zonas de explotación o actividades más rentables con otras menos rentables, o concediendo a la sociedad del proyecto la explotación comercial de alguna actividad auxiliar más rentable (ver párrs. 48 a 60).

44. Ahora bien, es importante que el poder legislativo examine las repercusiones prácticas y los eventuales inconvenientes jurídicos de las subvenciones otorgadas a la sociedad del proyecto. Por ejemplo, esas subvenciones falsean la libertad de competencia y las leyes protectoras de la misma suelen prohibir la concesión de subvenciones o de otras formas de ayuda financiera directa que no estén expresamente autorizadas por una ley especial. 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

45. En los proyectos de infraestructura con financiación privada se utiliza a veces el término "garantías estatales" para referirse a cualquiera de los dos tipos de garantía otorgada por el país anfitrión. El primer tipo se refiere a las garantías dadas por el país anfitrión como cobertura de un incumplimiento eventual de las obligaciones asumidas por la autoridad contratante en el acuerdo de proyecto. La segunda categoría se refiere a las garantías dadas a la sociedad del proyecto de que las autoridades no obstaculizarán el ejercicio de ciertos derechos estipulados en el acuerdo de proyecto 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 determinar el nivel aceptable de responsabilidad directa o contingente que podrá asumir.

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

46. Las garantías de cumplimiento del contrato se otorgan en supuestos en los que la autoridad contratante sea una entidad jurídica autónoma cuya actuación contractual no comprometa directamente al erario público. Esas garantías pueden otorgarse en nombre del erario público o de una institución financiera pública del país anfitrión. Puede que adopten también la forma de garantías emitidas por instituciones financieras internacionales con el respaldo de una contragarantía pública (ver párrs. 61 a 71). Las garantías

públicas son un medio adecuado para amparar a la sociedad del proyecto contra las consecuencias del incumplimiento por la autoridad contratante o por alguna otra autoridad pública de alguna obligación expresamente asumida en el acuerdo de proyecto. Cabe citar como modalidades más usuales de este tipo de garantías las siguientes:

a) *Garantías del acuerdo de absorción*. En virtud de estas garantías, el erario público se compromete a pagar los bienes y servicios suministrados por la sociedad del proyecto a entidades públicas. Estas garantías suelen darse respecto de las obligaciones de pago dimanantes de acuerdos de compra o “absorción” (“*off-take*” *agreements*) en el sector eléctrico (ver cap.IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párr. 50), ya que pueden ser particularmente importantes cuando el principal o único cliente de la sociedad del proyecto sea un monopolio público. Esta garantía inspirará aún confianza mayor a la sociedad del proyecto y a los prestamistas si ha sido suscrita por alguna institución financiera internacional;

b) *Garantías de suministro*. Es posible que se le den además a la sociedad del proyecto garantías de suministro para ampararla de las consecuencias de algún 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 estipulada al respecto en el acuerdo de suministro;

c) *Garantías generales*. Estas garantías tienen por objeto proteger a la sociedad del proyecto de todo incumplimiento de la autoridad contratante, y no del incumplimiento de alguna obligación expresamente señalada. Aun cuando estas garantías generales del cumplimiento no sean muy frecuentes, se dan de hecho casos en los que la sociedad del proyecto y los prestamistas las consideran como un requisito indispensable para emprender la ejecución del proyecto. Cabe citar el supuesto de que una autoridad contratante contraiga responsabilidades financieras eventuales de una magnitud superior a la solvencia que se le conoce, como puede suceder cuando un municipio o alguna otra entidad local autónoma otorgan una concesión importante. Las garantías del erario público pueden ser convenientes para garantizar el cumplimiento de cierto tipo de prestaciones, por ejemplo, cuando el Estado 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).

47. Por lo general, conviene no sobrevalorar la suficiencia de las garantías dadas por el Estado para amparar a la sociedad del proyecto de las consecuencias de un incumplimiento por parte de la autoridad contratante. Salvo cuando tienen por objeto garantizar alguna prestación específica, las garantías del Estado suelen desempeñar una función supletoria. Por ello, es posible que no sean un sustituto adecuado de los remedios contractuales contra un eventual incumplimiento por parte de la autoridad contratante (ver cap.IV “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs.140 a 150). Cabe utilizar diversos tipos o combinaciones de remedios contractuales para diversos supuestos de

incumplimiento, por ejemplo, el pago de una suma convenida por el incumplimiento de ciertas prestaciones y el alza de la tarifa cobrable o la prórroga del contrato en el supuesto de demoras en la ejecución del proyecto imputables a actos de la autoridad contratante. Además, a fin de limitar la exposición del erario público y de disminuir la probabilidad de que se reclame el pago de la garantía, sería aconsejable prever medidas que estimulen a la autoridad contratante a cumplir con sus obligaciones dimanantes del acuerdo de proyecto o a esforzarse por controlar las posibles causas de incumplimiento. Entre esas medidas cabe citar la estipulación explícita de un derecho de subrogación del garante en el supuesto de un incumplimiento de 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 sus obligaciones a tenor del acuerdo de proyecto que pueda dar lugar a la reclamación del pago de una garantía del Estado.

ii) *Garantías contra ciertos actos adversos de las autoridades públicas*

48. A diferencia de las garantías de cumplimiento, que protegen a la sociedad del proyecto de las consecuencias de algún incumplimiento de la autoridad contratante, las garantías aquí previstas son contra los actos o medidas de toda otra autoridad pública del país anfitrión que sean contrarios a los derechos de la sociedad del proyecto o que dificulten notablemente por algún otro concepto la puesta en práctica del acuerdo de proyecto. Esas garantías suelen denominarse "garantías contra riesgos políticos".

49. Uno de los tipos de garantía previstos en el derecho interno son las denominadas garantías cambiarias (*foreign exchange guarantees*) 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 infraestructura con financiación privada cuya realización obligue a contraer una deuda importante en moneda extranjera, especialmente en países cuya moneda no sea libremente convertible. En algunos países se ha previsto por ley que esas garantías pueden estar respaldadas por garantías bancarias emitidas a favor de la sociedad del proyecto. Normalmente, una garantía cambiaria no tiene la finalidad de proteger a la sociedad del proyecto y a los proveedores de fondos 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, el erario público ha accedido a veces a ayudar a la sociedad del proyecto cuando ésta se ha visto en la imposibilidad de reembolsar sus deudas en moneda extranjera a causa de una fuerte devaluación de la moneda del país.

50. 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 de la sociedad del proyecto en el país anfitrión y contra la eventualidad de que la sociedad del proyecto sea nacionalizada, 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 amparo de las inversiones (ver cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 4 a 6).

e) *Exenciones fiscales y aduaneras*

51. Otro método por el que las autoridades del país anfitrión pueden respaldar la ejecución de proyectos con financiación privada puede ser la concesión de alguna exención, reducción o ventaja fiscal o aduanera. La legislación 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 infraestructura con financiación privada (ver también cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 34 a 39).

52. Habitualmente, las ventajas o exenciones fiscales suelen incluir alguna exención del impuesto sobre la renta empresarial o de beneficios empresariales, 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 la sociedad del proyecto. En algunas leyes se faculta a la autoridad competente para eximir a todas las operaciones al servicio de proyectos de infraestructura con financiación privada del pago del impuesto del timbre o cargas similares. En algunos casos, la ley ha previsto algún régimen fiscal preferente mientras que en otros dispone que la sociedad del proyecto gozará de los mismos beneficios fiscales normalmente otorgados a las inversiones extranjeras. A veces, la ventaja fiscal adoptará la forma de una tasa impositiva favorable, complementada por una exención fiscal durante los tres años iniciales del proyecto que se irá suprimiendo gradualmente. Esas exenciones y ventajas son a veces aplicables a los contratistas al servicio de la sociedad del proyecto, especialmente si se trata de contratistas extranjeros.

53. Otras medidas fiscales que se utilizan a veces para promover proyectos de infraestructura con financiación privada son las exenciones de ciertas medidas de retención fiscal que se otorgan, a veces, a los prestamistas extranjeros del proyecto. Conforme a muchos ordenamientos, 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 impuesto sobre la renta en el país anfitrión, que la sociedad del proyecto estaría obligada 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 la sociedad del proyecto y los prestamistas se acostumbra a abordar la cuestión de la cuantía abonable por los prestamistas a título de impuesto sobre la renta, lo que suele acarrear 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 estén conceptuadas por algún otro motivo como actividades de interés público.

54. Además de ventajas o exenciones fiscales, la legislación nacional a veces facilita la importación de equipo destinado a la sociedad del proyecto mediante exenciones de derechos de aduana. Esas exenciones se aplican típicamente 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 la sociedad del proyecto 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 pagarse con arreglo a las leyes del país. A veces la autoridad competente estará facultada para conceder una exención de derechos de aduana o para garantizar que no se elevarán los derechos de aduana en detrimento del proyecto.

f) Amparo frente a la competencia comercial

55. Otra forma de respaldo público puede ser la promesa otorgada de que no se construirá ningún proyecto de infraestructura competidora durante cierto período o que ninguna entidad pública competirá con la sociedad del proyecto, ni directamente ni a través de otro concesionario. Una promesa de este tipo sirve para garantizar que no se anularán durante la vida del proyecto los derechos de exclusividad otorgados al concesionario (ver cap. I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 20 a 22). Tal vez la sociedad del proyecto y los prestamistas consideren esa protección contra la competencia comercial como una condición esencial para participar en el desarrollo de infraestructura en el país anfitrión. En algunos ordenamientos se dispone que la administración pública no facilitará ni prestará apoyo a ningún proyecto paralelo que pudiera competir con la sociedad del proyecto. En algunos casos, la ley contiene una promesa de que no se modificarán las condiciones de esa exclusividad en detrimento de la sociedad del proyecto sin el consentimiento de la sociedad del proyecto.

56. Con este tipo de promesas es probable que se consolide en ciertos casos la confianza de los patrocinadores del proyecto y de sus prestamistas en que se respetarán los supuestos básicos de la concesión del proyecto. Ahora bien, esas promesas pudieran ir en contra de las obligaciones internacionales del país anfitrión en virtud de acuerdos de integración económica y regional y de liberalización del comercio. Además, podrían limitar la capacidad de las autoridades para responder en función del interés público al eventual aumento de la demanda del servicio cuya explotación se concede o para poner dicho servicio al alcance de nuevas categorías de usuarios. Es por ello importante examinar cuidadosamente los intereses de las diversas partes involucradas. Por ejemplo, el precio requerido para una explotación rentable de una carretera de peaje 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 esa autoridad contratante decide mejorar o modernizar la carretera sin peaje, desviará hacia ella una parte del tráfico de la carretera de peaje construida por la sociedad del proyecto, con la consiguiente merma de ingresos. Lo mismo sucedería si las autoridades deciden 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 dichos servicios (para un breve análisis de problemas de competencia, ver “Introducción e información general sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 24 a 29). Esa decisión podría, sin duda, reducir notablemente la remuneración prevista por toda empresa concesionaria en ese sector.

57. Por lo general, pudiera ser ventajoso facultar a la autoridad competente para, cuando así convenga, dar las seguridades debidas de que los derechos de exclusividad de la sociedad del proyecto no se verán afectados por una alteración subsiguiente de la política gubernamental sin una compensación adecuada. Ahora bien, tal vez no sea aconsejable dar rango legal a esas promesas si con ello se elimina 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 consecuencias eventuales de ese cambio de política para la sociedad del proyecto deben ser resueltas por las partes en cláusulas contractuales relativas al cambio eventual de las circunstancias del proyecto (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 121 a 130). Es particularmente aconsejable que la autoridad contratante esté debidamente facultada para negociar con la sociedad del proyecto la indemnización del perjuicio o pérdida que pueda ocasionarle todo proyecto de infraestructura competidora que emprenda ulteriormente la autoridad contratante o por toda otra medida pública que menoscabe la exclusividad de los derechos concedidos a la sociedad del proyecto.

g) Fuentes de ingresos auxiliares

58. Una forma adicional de apoyo para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada es la de permitir a la sociedad del proyecto diversificar sus inversiones mediante concesiones adicionales para la prestación de servicios auxiliares o la explotación de otras actividades. En algunos casos, cabría utilizar esas fuentes adicionales de ingresos como subvención que se otorga a la sociedad del proyecto 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 debe exagerarse la importancia relativa de esas fuentes auxiliares de ingresos.

59. A fin de que la sociedad del proyecto pueda emprender esas actividades auxiliares, tal vez sea necesario promulgar leyes que faculten a la autoridad competente para otorgar a la sociedad del proyecto el derecho a utilizar terrenos de propiedad pública 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 desearse controlar el desarrollo o la expansión eventual de esas actividades auxiliares, convendría disponer que la sociedad del proyecto deberá someter a la aprobación de la autoridad contratante toda ampliación importante de las instalaciones que utilice para esas actividades auxiliares.

60. En algunos ordenamientos jurídicos, ciertos tipos de fuentes auxiliares de remuneración ofrecidas por la administración pública pueden ser consideradas como una concesión independiente de la concesión principal, por lo que es aconsejable valorar el alcance de toda limitación de la libertad de la sociedad del proyecto para concertar contratos de explotación de infraestructuras auxiliares (ver cap.IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 100 y 101).

D. Garantías dadas por instituciones financieras internacionales

61. 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 bancos de desarrollo regionales. Esas garantías suelen amparar a la sociedad del proyecto contra ciertos riesgos políticos pero en algunos supuestos pueden garantizar también contra el incumplimiento del acuerdo de proyecto, por ejemplo, cuando la sociedad del proyecto suspende el servicio de su deuda como resultado del incumplimiento de una obligación de la autoridad contratante.

1. Garantías emitidas por instituciones multilaterales de crédito

62. Además de sus préstamos a los Estados o 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 las garantías emitidas por estas instituciones están a su vez respaldadas por una contragarantía pública del país anfitrión.

63. Las garantías otorgadas por estas instituciones multilaterales de crédito tienen por objeto mitigar aquellos riesgos de incumplimiento de las obligaciones contractuales de un Estado soberano o de ciertos préstamos de vencimiento tardío que los prestamistas privados tal vez 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 el riesgo crediticio total de una determinada etapa del período de financiación (la garantía 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

64. Una garantía de riesgo parcial cubre determinados riesgos dimanantes del incumplimiento de obligaciones contractuales por un Estado soberano o determinados supuestos de fuerza mayor de índole política. Esas garantías aseguran el pago del servicio de la deuda que haya sido interrumpido por incumplimiento de alguna prestación contractual prometida por el poder público o sus organismos. La cobertura ofrecida puede extenderse a diversos supuestos de incumplimiento, como sería la modificación del marco reglamentario o de los precios convenidos, la interrupción de determinados suministros, como pudiera ser el de combustible a una central eléctrica; el impago de determinados productos, como pudiera ser la electricidad comprada 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 públicas o a sucesos políticos; demoras imputables a medidas de la administración pública; y modificaciones adversas de la política o de los reglamentos de control de cambios.

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

b) Garantías de crédito parcial

66. Las garantías de crédito parcial suelen ser dadas a prestamistas del sector privado cubiertos por una contragarantía pública. Suelen 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 con participación privada cuya viabilidad financiera dependa de préstamos 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

67. 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. Entre los posibles beneficiarios de estos seguros figura también toda nueva inversión por concepto de expansión, modernización o reestructuración financiera de proyectos ya existentes, así como toda

adquisición que entrañe la privatización de una empresa pública. 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, con tal de que la duración de esos préstamos o garantías sea de al menos tres años. Los préstamos otorgados a prestamistas 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 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.

a) Restricciones a la transferencia de divisas

68. La finalidad de las garantías de la transferibilidad de divisas otorgadas por el OMGI es similar a la de las garantías cambiarias oficiales otorgadas por el Estado anfitrión (ver párr. 49). Esta garantía protege contra las pérdidas dimanantes de que el inversionista no consiga convertir en divisas ciertos haberes suyos en moneda local (capital, intereses, beneficios, derechos de patente y otros fondos) para transferirlas 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 las autoridades del país anfitrión, contra las modificaciones adversas en la normativa legal o reglamentaria aplicable en materia de cambios, así como contra el deterioro de las condiciones de conversión o 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 de su contrato de garantía.

b) Expropiación

69. Esta garantía protege contra toda pérdida de la inversión asegurada que resulte de alguna medida pública del país anfitrión que reduzca o elimine los derechos de propiedad o de control del inversionista sobre la inversión asegurada. La cobertura de esta garantía se extiende no sólo a las medidas de nacionalización y confiscación inmediata sino también a otras formas de expropiación "larvada" 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 las autoridades del país anfitrión adopten 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 principal no reembolsado del préstamo y todo interés vencido y no abonado. La indemnización será pagada al ceder el inversionista al OMGI sus derechos 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

70. Esta garantía protege contra el incumplimiento o la repudiación por la autoridad contratante de un contrato con el inversionista. En el supuesto de presunto incumplimiento o de repudiación del contrato, el inversionista deberá poder acudir a algún procedimiento previsto en el contrato subyacente para la solución de la controversia (por ejemplo, arbitraje) a fin de que le sea adjudicada una indemnización. Si transcurrido un cierto plazo 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 las autoridades del país anfitrión, el OMGI abonará la indemnización.

d) Guerra y disturbios civiles

71. Esta garantía protege contra toda pérdida dimanante del daño ocasionado a los activos tangibles del inversionista, así como de 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 el 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 préstamo, el OMGI abonará la parte asegurada del principal del préstamo y de los intereses no abonados a resultas del daño ocasionado al patrimonio 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 al ser dictaminado 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. Garantías proporcionadas por entidades de crédito a la exportación y organismos de promoción de inversiones

72. Cabe obtener seguros contra ciertos riesgos políticos, comerciales y financieros, así como préstamos directos, de ciertas entidades públicas especializadas en la concesión de créditos a la exportación o en la promoción de inversiones. Cierta número de países han establecido este tipo de organismos de crédito para la exportación y de promoción de inversiones para facilitar la exportación de bienes o servicios procedentes del país. Estos organismos actúan en nombre de la autoridad competente del país proveedor de los bienes y servicios al proyecto. La mayoría de estos organismos de

crédito para la exportación son miembros de la Unión Internacional de Aseguradores de Créditos e Inversiones (Unión de Berna) que tiene por principal objetivo promover la cooperación internacional y crear un clima favorable para la inversión; favorecer la adopción y observancia de las buenas prácticas de gestión en la administración de los seguros de crédito a la exportación; e introducir y mantener cierta disciplina en las condiciones del crédito otorgado al comercio internacional.

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

a) *Los seguros de crédito a la exportación.* En el contexto de los proyectos de infraestructura con financiación privada, la finalidad básica de los seguros de crédito a la exportación es la de garantizar el pago al vendedor en aquellos casos en los que se le 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 seguros de un "crédito de proveedores" o de seguros de un "crédito de compradores". En el supuesto de un 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 la solvencia comercial de la operación, la remuneración del exportador será asegurada por un organismo de crédito a la exportación de su país de origen. En el supuesto de un 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 para 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 ("*pure cover*"), 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 ("*financing support*"), 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 las tasas 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 beneficiario de un préstamo o al exportador. Los riesgos políticos y comerciales habitualmente cubiertos son los de: guerra, insurrección y 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 cubrir los riesgos de los inversionistas en una empresa concesionaria de servicios de infraestructura radicada en el extranjero, pero no a la empresa 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.

74. Las condiciones en que los organismos de crédito a la exportación de los países miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ofrecen su respaldo financiero a título tanto de operaciones de crédito de proveedores como de operaciones de crédito de compradores han de ser conformes al Arreglo OCDE sobre directrices para los créditos a la exportación con respaldo público (denominado en ocasiones "Consenso de la OCDE"). La finalidad principal de este arreglo es la de proporcionar un marco institucional adecuado que evite toda práctica de competencia desleal basado en el respaldo oficial otorgado a través de los créditos para 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. Selección del concesionario

A. Observaciones generales

1. El presente capítulo trata sobre los métodos y procedimientos recomendados para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada. Conforme a lo aconsejado por organizaciones internacionales como la ONUDI¹ y el Banco Mundial², la *Guía* expresa una clara preferencia por los procedimientos de selección competitivos, si bien reconoce que cabe recurrir, en ocasiones, a procedimientos de selección no competitivos, conforme a la tradición jurídica del país de que se trate (ver *infra*, párrs. 85 a 88).

2. Los procedimientos de selección recomendados en este capítulo presentan algunas de las características del método principal para la contratación de servicios previsto en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (“Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública³”), pero con algunas adaptaciones para tener en cuenta las necesidades concretas de los proyectos de infraestructura con financiación privada, como una fase de preselección claramente definida. Este capítulo remite oportunamente al lector a las disposiciones de la Ley Modelo, que pueden complementar, *mutatis mutandis*, el procedimiento de selección descrito.

1. Procedimientos de selección abarcados por la Guía

3. La inversión privada en infraestructuras puede revestir diversas formas, cada una de las cuales requiere métodos especiales para la selección del concesionario. A fin de examinar los posibles métodos de selección para los proyectos de infraestructura de que se ocupa la *Guía*, cabe hacer una distinción entre tres formas principales de inversión privada en infraestructuras:

a) *Compra de empresas de servicios públicos*. Puede invertirse capital privado en infraestructuras públicas mediante la compra de bienes físicos o de acciones de empresas de servicios públicos. Estas operaciones suelen regirse por las normas para la adjudicación contractual de bienes públicos. En muchos países, la venta de acciones de empresas de servicios públicos precisa de autorización legal previa. Entre los métodos más

¹ UNIDO BOT Guidelines, pág. 96.

² Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, *Procurement under IBRD and IDA Loans*, Washington, D.C. 1996, párr. 3.13 a).

³ La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (en adelante, *La Ley Modelo de la CNUDMI*) y la Guía para su incorporación eventual al derecho interno, que la acompaña, fueron aprobadas por la Comisión en su 27º período de sesiones (Nueva York, 31 de mayo a 17 de junio de 1994).

empleados cabe citar la oferta de acciones en bolsa o procedimientos competitivos como la subasta o la convocatoria a licitación con adjudicación de los bienes al concursante, declarado apto, que ofrezca la suma más alta;

b) *Prestación de servicios públicos sin obras de infraestructura*. En otros tipos de proyecto, los proveedores de servicios poseen y explotan todo el equipo necesario y a veces compiten con otros proveedores para prestar el servicio pertinente. Ciertas leyes prevén procedimientos especiales en virtud de los cuales el Estado puede autorizar a una entidad privada a prestar servicios públicos mediante “licencias” exclusivas o no exclusivas. Las licencias pueden ofrecerse públicamente a todo interesado que cumpla los requisitos de calificación enunciados por la ley o fijados por la autoridad que concede las licencias. A veces, los procedimientos de concesión de licencia prevén subastas públicas entre los ofertantes que hayan sido declarados aptos;

c) *Construcción y explotación de infraestructuras públicas*. En los proyectos para la construcción y explotación de infraestructuras públicas, se contrata a una entidad privada para realizar las obras y prestar servicios al público. Los procedimientos que rigen la adjudicación de esos contratos son en parte similares a los que rigen la contratación pública de obras y servicios. El derecho interno prevé diversos métodos de contratación pública, que van desde los métodos competitivos bien estructurados, como la vía de licitación, hasta ciertas formas apenas estructuradas de negociación con posibles proveedores.

4. En este capítulo se examinan principalmente los procedimientos de selección adecuados para los proyectos de infraestructura que entrañan una obligación, por parte de la entidad privada seleccionada, de emprender obras de construcción, reparación o expansión de la infraestructura pertinente con miras a una ulterior explotación privada (se trata de los procedimientos mencionados en el párrafo 3 c) *supra*). No se abordan específicamente otros métodos de selección de proveedores de servicios públicos mediante la concesión de licencias o procedimientos similares o de simple enajenación de bienes públicos mediante ampliaciones de capital u ofertas de acciones.

2. *Objetivos generales de los procedimientos de selección*

5. En la adjudicación de contratos para proyectos de infraestructura, la autoridad contratante puede aplicar métodos y procedimientos ya establecidos en las leyes del país anfitrión o introducir procedimientos especialmente concebidos para ese fin. En ambos supuestos, es importante asegurar que los procedimientos propicien en general el logro de los objetivos fundamentales de las normas que rigen la adjudicación de contratos públicos. Esos objetivos se examinan someramente a continuación.

a) *Economía y eficiencia*

6. Para lograr el objetivo de la “economía” en los proyectos de infraestructura se ha de seleccionar al concesionario que sea capaz de realizar las obras y de prestar los servicios de la calidad deseada al precio más

ventajoso o que presente la mejor oferta comercial. Por lo general, la economía se consigue recurriendo a procedimientos que hacen que los ofertantes compitan entre ellos, lo que les incitará a ofrecer las condiciones más ventajosas y a adoptar tecnologías o métodos de producción eficientes o innovadores.

7. Debe observarse, no obstante, que la competencia no requiere necesariamente la participación de un gran número de ofertantes en un determinado proceso de selección. Particularmente en los grandes proyectos, puede haber razones por las que la autoridad contratante desee limitar el número de ofertantes a una cifra manejable (ver párr. 20). Con tal de emplear un procedimiento apropiado, la autoridad contratante podrá obtener las ventajas de una competencia real, aun cuando la base competitiva sea limitada.

8. Dar entrada a empresas extranjeras en los procesos de selección suele ser conducente al logro de la economía. La participación extranjera no sólo amplía la base competitiva sino que además permite la adquisición, por la autoridad contratante, de tecnologías no disponibles en el país. Esa participación puede además ser necesaria cuando en el país no se disponga de la pericia técnica requerida para determinado proyecto. Los países que deseen beneficiarse de la participación extranjera deben asegurarse de que las normas y el procedimiento aplicables propician tal participación.

9. La “eficiencia” se consigue seleccionando al concesionario en un plazo razonable, con un mínimo de trámites burocráticos y a un costo que sea módico tanto para la autoridad contratante como para los ofertantes. Además de las pérdidas directas que ocasione a la autoridad contratante el empleo de un procedimiento de selección ineficiente (por ejemplo, debido a demoras o altos costos administrativos), el emplear procedimientos excesivamente costosos y engorrosos puede elevar los costos generales del proyecto e inducir incluso a empresas eficientes a retirarse por completo del proceso de selección.

b) Promoción de la confianza en el proceso de selección velando por su integridad

10. Otro importante objetivo de las normas que rigen la selección del concesionario es promover la integridad del proceso y la confianza en él. Así pues, todo sistema de selección adecuado suele haber previsto medidas para asegurar el trato equitativo de los ofertantes, reducir o desalentar los abusos voluntarios o involuntarios del proceso de selección por parte de las personas que lo administran o de las empresas que participan en él, y que las decisiones se adoptan con arreglo a criterios adecuados.

11. Promover la integridad del proceso de selección ayudará a elevar la confianza en dicho proceso y en el sector público en general. Los ofertantes se abstendrán a menudo de invertir tiempo y a veces sustanciales cantidades de dinero para participar en el proceso de selección, a menos que tengan la seguridad de que serán tratados equitativamente y de que sus propuestas u ofertas tienen una probabilidad razonable de ser aceptadas. Probablemente, los que participen en el proceso de selección a pesar de no confiar en él

sobrevalorarán el costo del proyecto para cubrir los mayores riesgos y gastos de participación. Velando por la regularidad del proceso de selección se puede reducir o eliminar esa tendencia, con lo cual la autoridad contratante obtendrá condiciones más favorables.

12. Como salvaguardia contra la corrupción del personal directivo de entes u órganos, y particularmente de autoridades contratantes, el país anfitrión debe disponer de un sistema eficaz de sanciones. Esas sanciones podrían ser de carácter penal para castigar los actos ilícitos cometidos por el personal encargado del proceso de selección y por los ofertantes que participen en él. Deben evitarse los conflictos de intereses exigiendo, por ejemplo, que ningún directivo de la autoridad contratante, su cónyuge, parientes o asociados posea crédito alguno contra una empresa participante en un proceso de selección ni acciones de la misma, ni acepte cargo alguno en su Junta o Consejo de Administración o de otra índole. Además, la norma aplicable a los procedimientos de selección debe obligar a la autoridad contratante a rechazar toda oferta o propuesta presentada por una parte que dé o convenga en dar, directa o indirectamente, a una persona, que sea o haya sido directivo o empleado de la autoridad contratante o de otra autoridad pública, alguna forma de gratificación, empleo o alguna otra cosa o servicio de valor, como incentivo con respecto a un acto o decisión de la autoridad contratante o un procedimiento seguido por ésta, en relación con el proceso de selección. Estas disposiciones pueden complementarse con otras medidas, como el requisito de que todas las empresas invitadas a participar en el proceso de selección se comprometan a abstenerse de influir indebidamente en las decisiones de los directivos que participen en el proceso de selección ni a distorsionar de otro modo el libre juego de la competencia mediante colusión u otras prácticas ilícitas (suscribiendo, por ejemplo, el llamado “convenio de integridad”). Igualmente, en las prácticas de contratación pública de algunos países, se exige de los ofertantes que garanticen que ningún directivo de la entidad adjudicadora ha recibido ni recibirá del ofertante ningún beneficio directo ni indirecto derivado del contrato o de su adjudicación. El incumplimiento de esa disposición constituye normalmente incumplimiento de una condición esencial del contrato.

13. Cabe también propiciar la confianza de los inversionistas con disposiciones adecuadas para proteger la confidencialidad de la información patentada o reservada que presenten durante los procedimientos de selección. Esto debe abarcar garantías suficientes de que la autoridad contratante tramitará las propuestas de manera que se evite la revelación de su contenido a sus competidores; de que las conversaciones o negociaciones tendrán carácter confidencial; y de que la información comercial o de otra índole que los ofertantes puedan incluir en sus propuestas no será dada a conocer a sus competidores.

c) Transparencia de las leyes y los procedimientos

14. La transparencia de las leyes y procedimientos aplicables a la selección del concesionario contribuirá a que se logren varios de los objetivos ya mencionados. El régimen aplicable será transparente si da a conocer plenamente las reglas y procedimientos que deberán seguir la autoridad

contratante y los ofertantes, no es innecesariamente complejo y está presentado de manera sistemática y comprensible. Los procedimientos transparentes son los que permiten a los ofertantes determinar qué procedimientos ha seguido la autoridad contratante y por qué criterios se ha guiado en sus decisiones.

15. Uno de los medios más eficaces para promover una actuación transparente y responsable de la autoridad contratante es obligarla a llevar un expediente de los procedimientos de selección (ver párrs. 120 a 126). Un expediente en el que se resume la información clave sobre esos procedimientos facilitara el ejercicio del derecho de recurso de los ofertantes rechazados. De este modo se contribuye también a que las normas que rigen el procedimiento de selección sean, en la medida de lo posible, autónomas y de aplicación automática. Además, con requisitos de requerirse por ley que el expediente sea bien llevado se facilitará la labor de toda autoridad que haya de ejercer funciones de auditoría o supervisión y se promoverá un mayor sentido de responsabilidad pública de las autoridades contratantes en la adjudicación de proyectos de infraestructura.

16. Un importante corolario de los objetivos de economía, eficiencia, integridad y transparencia es la existencia de alguna vía de recurso administrativo y judicial contra las decisiones de la autoridad que haya dirigido el procedimiento de selección (ver párrs. 127 a 131).

3. *Características especiales de los procedimientos de selección para proyectos de infraestructura con financiación privada*

17. Generalmente, el mejor modo de lograr la economía en la adjudicación de contratos públicos es adoptar métodos que promuevan la competencia entre una serie de ofertantes en el marco de procedimientos estructurados y formales. El derecho interno suele prescribir procedimientos competitivos de selección, como la licitación, para la contratación pública de bienes o de obras en circunstancias normales.

18. El carácter formal y la objetividad y previsibilidad que caracterizan a los procedimientos competitivos de selección suelen garantizar condiciones óptimas de competencia, transparencia y eficiencia. Así, el recurso a procedimientos de selección competitiva en proyectos de infraestructura con financiación privada ha sido recomendado por la ONUDI, que ha formulado directrices prácticas detalladas sobre la manera de estructurar esos procedimientos¹. Las normas para la contratación pública aplicables en el marco de los préstamos concedidos por el Banco Mundial propugnan también la utilización de procedimientos de selección competitivos y disponen que un concesionario seleccionado con arreglo a procedimientos de licitación aceptables para el Banco Mundial quedará libre en general para seguir sus propios procedimientos al otorgar los contratos necesarios para ejecutar el proyecto. Sin embargo, si el concesionario mismo no fue seleccionado de conformidad con esos procedimientos competitivos, la adjudicación de subcontratos habrá de hacerse siguiendo procedimientos competitivos aceptables para el Banco Mundial².

19. Cabe observar, no obstante, que no se ha ideado de momento ningún modelo legislativo internacional para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Por otra parte, el régimen interno de vías competitivas para la contratación pública de bienes, obras o servicios tal vez no resulte plenamente idóneo para los proyectos de infraestructura con financiación privada. De hecho, la experiencia internacional en la adjudicación de esta clase de proyectos ha puesto de manifiesto ciertas limitaciones de los métodos tradicionales de selección competitiva, como el de sacar a concurso de licitación. Habida cuenta de ciertos problemas peculiares a los proyectos de infraestructura con financiación privada, que se examinan brevemente a continuación, es aconsejable que cada país adapte esos métodos a la selección de una empresa concesionaria.

a) Ofertantes a invitar

20. La adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada suele ser un procedimiento complejo, costoso y de larga duración y, la propia magnitud de la mayoría de los proyectos de infraestructura reduce la probabilidad de que se presenten propuestas de un gran número de ofertantes cualificados. En efecto, los ofertantes más competentes tal vez se sientan reacios a participar en procesos de contratación pública para proyectos de gran valor si la convocatoria es demasiado abierta y se corre el riesgo de tener que competir con propuestas poco realistas o presentadas por ofertantes no cualificados. Por consiguiente, no suele ser aconsejable sacar a licitación los proyectos de infraestructura, sin proceder antes a una preselección de ofertantes.

b) Definición de los requisitos del proyecto

21. En la contratación pública tradicional de obras, la autoridad contratante suele asumir la función del maestro de obras o empleador, dejando al contratista seleccionado la función de ejecutor de las obras. En los procedimientos de contratación pública se especifican las aportaciones del contratista, es decir, la autoridad contratante determina claramente lo que se debe construir, cómo hay que hacerlo y por qué medios. Por esta razón, las convocatorias a licitación de obras suelen ir acompañadas de extensas y muy detalladas especificaciones técnicas sobre el tipo de obras y servicios de que se trata. En esos casos, la autoridad contratante se encargará de que las especificaciones se ajusten al tipo de infraestructura que debe construirse y de que esa infraestructura pueda explotarse eficientemente.

22. Sin embargo, en muchos proyectos de infraestructura con financiación privada, es posible que la autoridad contratante prevea otro tipo de reparto de responsabilidades entre el sector público y el sector privado. En esos casos, tras haber definido cierta necesidad de infraestructura, la autoridad contratante tal vez prefiera dejar al sector privado la responsabilidad de proponer la mejor solución para satisfacer esa necesidad, con sujeción a ciertos requisitos que ella misma establezca (por ejemplo, requisitos reglamentarios de ejecución o de seguridad, prueba suficiente de que las soluciones técnicas propuestas han sido previamente ensayadas y satisfacen

debidamente las normas de seguridad o de otra índole internacionalmente aceptables). El procedimiento de selección utilizado por la autoridad contratante podrá así centrarse más en los resultados que cabe esperar del proyecto (es decir, los servicios o bienes que ha de proporcionar) que en los detalles técnicos de las obras o en los medios a utilizar para prestar esos servicios.

c) Criterios de evaluación

23. En proyectos que vayan a ser financiados y explotados por las autoridades públicas y que sean de su propiedad, los bienes, las obras o los servicios son pagados con cargo a créditos presupuestarios ya aprobados. Al tener ya asegurados los fondos, todo el interés de la autoridad contratante está en invertirlos de la forma más provechosa posible. Así pues, en estos tipos de contratación pública el factor decisivo para elegir entre varias ofertas que sean aptas y técnicamente aceptables (es decir, ofertas que han pasado los umbrales de calidad y técnicos) es muchas veces el precio global propuesto para las obras, que se calcula en función de su costo y de otros gastos que deberá realizar el contratista, más un cierto margen de beneficios.

24. En cambio, los proyectos de infraestructura con financiación privada deben ser autosostenibles desde el punto de vista financiero, debiéndose recuperar los gastos de construcción y explotación con los ingresos del propio proyecto. Por consiguiente, deberán tenerse en cuenta otros factores, además de los gastos de construcción y explotación y del precio que pagarán los usuarios. Por ejemplo, la autoridad contratante deberá evaluar cuidadosamente la viabilidad financiera y comercial del proyecto, la solidez de los arreglos financieros propuestos por los ofertantes y la fiabilidad de las soluciones técnicas empleadas. Deberá obrar así, aun cuando no se hayan prometido garantías ni pagos estatales, ya que los proyectos inacabados o los proyectos que rebasan con mucho su presupuesto o que tienen costos de mantenimiento superiores a los previstos repercuten a veces negativamente en la disponibilidad general de servicios y en la opinión pública del país. Asimismo, la autoridad contratante procurará formular criterios de calificación y evaluación que den la suficiente importancia a la necesidad de garantizar la continua prestación del servicio público de que se trate y, en su caso, el acceso universal al mismo. Además, dada la duración generalmente larga de las concesiones de infraestructura, la autoridad contratante deberá cerciorarse de la solidez y aceptabilidad de los arreglos propuestos para la fase de explotación y evaluará cuidadosamente el factor servicios de las propuestas (ver párr. 74).

d) Negociaciones con los ofertantes

25. Las leyes y reglamentos aplicables al método de la licitación prohíben a menudo toda negociación entre la autoridad contratante y los contratistas sobre las ofertas presentadas. El motivo de tan estricta prohibición, que también figura en el artículo 35 de la Ley Modelo de la Contratación Pública de la CNUDMI, es que las negociaciones podrían convertirse en una “subasta”, en que se utilizaría la propuesta de un contratista para presionar a

otro a fin de que ofreciera un precio más bajo o presentara una propuesta más favorable. A resultas de esa estricta prohibición, el contratista seleccionado por un método tradicional de contratación pública deberá normalmente firmar un contrato modelo que le será presentado durante el proceso de contratación.

26. La situación es diferente en la concesión de proyectos de infraestructura con financiación privada. La complejidad y la larga duración de esos proyectos hace improbable que la autoridad contratante y los ofertantes seleccionados puedan convenir en las condiciones del futuro acuerdo de proyecto sin negociación y ajustes para adaptar esas condiciones a las necesidades particulares del proyecto. Esto es particularmente cierto en los proyectos que entrañan el desarrollo de infraestructura nueva, en que la negociación final de los arreglos financieros y las garantías sólo se hará estando ya seleccionado el concesionario. Es importante, empero, velar por que estas negociaciones se lleven a cabo de manera transparente y no impliquen cambios en los supuestos básicos de su adjudicación competitiva (ver párrs. 83 y 84).

4. *Preparativos de los procedimientos de selección*

27. En la mayoría de los casos, la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada es una tarea compleja que requiere una cuidadosa planificación y coordinación entre las oficinas competentes. Al velar por la disponibilidad de apoyo administrativo y de personal adecuado para llevar a cabo el proceso de selección estatuido, la autoridad competente puede contribuir decisivamente a inspirar confianza en dicho proceso.

a) *Nombramiento del comité evaluador*

28. Una importante medida preparatoria es el nombramiento del comité que se encargará de evaluar las propuestas y de recomendar una decisión a la autoridad contratante. El nombramiento de miembros cualificados e imparciales del comité de selección no es únicamente un requisito para la eficiente evaluación de las propuestas sino que además puede fomentar la confianza de los ofertantes en el proceso de selección.

29. Otra importante medida preparatoria es el nombramiento de asesores independientes que ayudarán a la autoridad contratante en el proceso de selección. Para ello tal vez requiera, en esta etapa inicial, servicios de expertos o asesores independientes para ayudarla a establecer criterios de evaluación apropiados, así como para definir los indicadores de rendimiento (y, si es preciso, las especificaciones del proyecto) y preparar la documentación que se hará llegar a los ofertantes. También pueden contratarse servicios de consultoría y asesores para que ayuden a la autoridad contratante en la evaluación de propuestas, y en la redacción y negociación del acuerdo de proyecto. Consultores y asesores pueden ser particularmente útiles aportando una gama de pericia técnica de la que no siempre puede disponerse en la administración pública del país anfitrión, como asesoramiento técnico o de ingeniería (por ejemplo, sobre la evaluación técnica del proyecto o las instalaciones, los requisitos técnicos del contrato);

asesoramiento en cuestiones ecológicas (por ejemplo, sobre evaluación del medio ambiente, requisitos de funcionamiento); o asesoramiento financiero (por ejemplo, sobre previsiones financieras, examen de fuentes de financiación, estimación de la proporción adecuada entre deuda y capital social, redacción de documentos de información financiera).

b) Estudios de viabilidad y otros estudios

30. Como ya se ha indicado (ver cap. I, “Introducción e información general sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada” párr. 25), una de las primeras medidas que debería adoptar la administración pública con respecto a un futuro proyecto de infraestructura es la de efectuar una evaluación preliminar de su viabilidad, analizando ciertos aspectos económicos y financieros del proyecto como sus ventajas económicas, su costo estimado y los ingresos que cabe esperar de la explotación de la obra de infraestructura. La decisión de desarrollar infraestructura a través de un proyecto con financiación privada presupone una evaluación positiva de la viabilidad técnica y financiera del proyecto. La autoridad contratante deberá efectuar asimismo una evaluación del impacto ecológico del proyecto en el marco de sus estudios de viabilidad. En algunos países, se ha invitado con éxito a ciertos sectores sociales a participar en la evaluación preliminar del impacto ecológico del proyecto y de las opciones que se ofrecen para reducirlo al mínimo.

31. Antes de iniciar el proceso conducente a la selección de un futuro concesionario, es aconsejable que la autoridad contratante examine y, si es necesario, amplíe esos estudios iniciales. En algunos países, se aconseja a las autoridades contratantes que formulen proyectos modelo que sirvan de referencia (que suelen suponer una estimación combinada del capital invertido y de los gastos de explotación y mantenimiento) antes de invitar al sector privado a presentar propuestas. Con estos proyectos modelo se trata de averiguar si la explotación comercial de la infraestructura es viable y si el proyecto es asequible en términos de su costo total de inversión y de su costo para la sociedad. Además, estos proyectos modelo suelen dotar a la autoridad contratante de un instrumento para comparar y evaluar las propuestas. Aumentará la confianza de los ofertantes, si ven que la autoridad contratante ha analizado detenidamente los fundamentos técnicos, económicos y financieros del proyecto, así como el papel previsto del sector privado.

c) Preparación de la documentación

32. El proceso de selección para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada suele requerir la preparación de una amplia documentación, que contenga un esbozo del proyecto, documentos de preselección, la solicitud de propuestas, instrucciones para preparar propuestas y un borrador del acuerdo de proyecto. La calidad y claridad de los documentos emitidos por la autoridad contratante es una buena garantía de que el procedimiento de selección será eficiente y transparente.

33. Una documentación normalizada formulada en términos lo bastante precisos puede ser un factor importante para facilitar las negociaciones entre ofertantes y posibles prestamistas e inversionistas. También puede ser útil para armonizar la resolución de cuestiones comunes a la mayoría de los proyectos de determinado sector. No obstante, cuando se recurra a cláusulas contractuales modelo es aconsejable tener presente la posibilidad de que determinado proyecto plantee cuestiones no previstas cuando se elaboró el documento modelo y de que el proyecto requiera soluciones que difieran de las condiciones modelo. Debe buscarse un equilibrio adecuado entre el grado de uniformidad deseado para los acuerdos de proyecto de cierto tipo y la flexibilidad requerida para dar soluciones que correspondan a las necesidades de cada proyecto.

B. Preselección de los ofertantes

34. Dada la complejidad de los proyectos de infraestructura con financiación privada, la autoridad contratante tal vez desee limitar el número de ofertantes de los que posteriormente se solicitarán propuestas únicamente a los que satisfagan ciertos criterios de calificación. En la contratación pública corriente el proceso de preselección tal vez consista en verificar ciertos requisitos formales, como pudiera ser acreditar convenientemente la capacidad técnica o la experiencia requerida en el tipo de contratación de que se trate, de tal modo que todos los ofertantes que satisfagan los criterios de preselección sean admitidos automáticamente a la fase de licitación. En cambio, los procesos de preselección para proyectos de infraestructura con financiación privada pueden conllevar pruebas propiamente de evaluación y selección. Así puede suceder, por ejemplo, cuando la autoridad contratante prepara una lista en la que figuran los ofertantes preseleccionados por orden decreciente de puntuación (ver párr. 48).

1. Convocatoria al proceso de preselección

35. A fin de promover la transparencia y la competencia, es aconsejable publicar la convocatoria a preselección en un medio de difusión que asegure una nutrida concurrencia de competidores. La legislación de muchos países prescribe cuál ha de ser la publicación en que deberá aparecer la convocatoria a procesos de preselección, que suele ser la gaceta oficial o alguna otra publicación oficial. A fin de facilitar la participación de empresas extranjeras y de abrir más el proceso a la competencia, la autoridad contratante tal vez desee disponer que la convocatoria a preselección sea también publicada en un idioma de uso corriente en el comercio internacional, en un periódico de gran difusión internacional o en una revista técnica o profesional pertinente de amplia circulación internacional. Un medio de difusión adecuado podría ser *Development Business*, publicación del Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas.

36. Los documentos de preselección deben contener suficiente información para que los ofertantes puedan determinar si se trata del tipo de obras y servicios que pueden realizar o prestar y, en caso afirmativo, el modo en que

pueden participar en el proceso de selección. La convocatoria a los procedimientos de preselección, además de indicar la 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 concesionario, los mecanismos de financiación previstos por la autoridad contratante (por ejemplo, si el proyecto se financiará íntegramente con las tasas o los peajes pagado por los usuarios o si se aportarán fondos públicos en forma de pagos directos, préstamos o garantías) y, si ya se conocen, un resumen de las principales cláusulas del acuerdo de proyecto que se ha de celebrar al concluir el proceso de selección.

37. La convocatoria a preselección deberá facilitar además información general análoga a la que se suele suministrar en los documentos de preselección conforme a la normativa general de la contratación pública⁴.

2. Criterios de preselección

38. Por regla general, los ofertantes deberían tener que demostrar que poseen las calificaciones profesionales y técnicas, los recursos financieros y humanos, el equipo y demás medios físicos, la capacidad empresarial, la fiabilidad y la experiencia que se necesitan para ejecutar el proyecto. Otros criterios que pueden ser particularmente pertinentes para los proyectos de infraestructura con financiación privada pueden ser su capacidad para gestionar los aspectos financieros del proyecto y experiencia en la explotación de infraestructura pública o en la prestación de servicios bajo supervisión reglamentaria (por ejemplo, indicadores de calidad de su labor anterior, tamaño y tipo de los proyectos anteriormente ejecutados); nivel de experiencia del personal esencial que intervendrá en el proyecto; una suficiente capacidad de organización (incluidos los requisitos mínimos de equipo de construcción, explotación y mantenimiento); su capacidad para financiar las fases de ingeniería, construcción y explotación del proyecto (exigir, por ejemplo, que el ofertante acredite su capacidad para reunir capital social suficiente para el proyecto y bancos de prestigio certifiquen la solvencia financiera del ofertante). Las pruebas de calificación requeridas deben abarcar todas las fases de un proyecto de infraestructura, es decir, la gestión de la financiación, la ingeniería, la construcción, la explotación y el mantenimiento, según proceda. Además, debe pedirse a los ofertantes que demuestren que cumplen con los demás criterios de calificación normalmente

⁴ Por ejemplo, instrucciones para preparar y presentar las solicitudes de precalificación; los documentos probatorios y demás información que deban presentar los ofertantes para demostrar su idoneidad; y la forma, el lugar y el plazo para la presentación de las solicitudes (ver Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, art. 7, párr. 3)).

requeridos por el régimen general de la contratación pública del país anfitrión⁵.

39. Un importante aspecto que debe tomar en consideración la autoridad contratante es la relación entre la adjudicación de un determinado proyecto y la política a seguir en el sector pertinente (ver “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 21 a 46). Cuando se desee abrir un sector a la competencia, la administración pública querrá evitar que el mercado o el sector pertinente esté dominado por una empresa (por ejemplo, que una misma empresa explote más de cierto número de empresas telefónicas locales en un determinado territorio). A fin de aplicar tal política y de evitar el dominio del mercado por parte de ofertantes a los que ya se haya adjudicado una concesión en determinado sector de la economía, la autoridad contratante tal vez desee insertar en los documentos de preselección disposiciones restrictivas contra tales ofertantes. En aras de la transparencia, es conveniente que la ley disponga que cuando la autoridad contratante se reserve el derecho a rechazar una propuesta por tal motivo o por motivos similares, se deberá dar constancia de ello en la convocatoria a preselección.

40. Los requisitos de calificación deben ser aplicables por igual a todos los ofertantes. La entidad contratante no debe imponer criterio, requisito o procedimiento alguno con respecto a las calificaciones de los ofertantes que no hayan sido especificadas en la documentación de preselección. Al examinar las calificaciones profesionales y técnicas de los consorcios ofertantes, la autoridad contratante deberá tener en cuenta el grado de pericia o de idoneidad de cada uno de los miembros del consorcio para determinar si sus calificaciones combinadas satisfacen las necesidades de todas las fases del proyecto.

3. *Cuestiones relativas a la participación de consorcios ofertantes*

41. Dada la magnitud de la mayoría de los proyectos de infraestructura, las empresas interesadas suelen participar en el proceso de selección a través de consorcios especialmente constituidos con ese fin. Por consiguiente, la información requerida de los miembros de los consorcios ofertantes debe referirse al consorcio en su conjunto y a sus distintos participantes. A efecto de facilitar el enlace con la autoridad contratante, puede ser útil pedir en los documentos de preselección que cada consorcio designe a uno de sus

⁵ Por ejemplo, que tienen capacidad jurídica para celebrar el acuerdo de proyecto; que no son insolventes ni se encuentran en concurso de acreedores, en quiebra o en proceso de liquidación, y que sus negocios no han quedado bajo la administración de un tribunal o de un administrador judicial, sus actividades comerciales no han sido suspendidas ni se ha iniciado procedimiento judicial alguno contra ellos por cualquiera de las causas que anteceden; que han cumplido sus obligaciones fiscales y han realizado sus aportaciones a la seguridad social en el Estado; que no han sido, ni ellos ni su personal directivo o ejecutivo, condenados por un delito relativo a su conducta profesional o fundado en una declaración falsa o fraudulenta acerca de su idoneidad para firmar un contrato adjudicado en un determinado número de años anteriores al inicio del proceso de selección, ni han sido descalificados en razón de un proceso de inhabilitación o de suspensión administrativa (ver Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, art. 6, párr. 1 b)).

miembros como coordinador de todas las comunicaciones con la autoridad. Es aconsejable en general que la autoridad contratante exija que los miembros de los consorcios ofertantes presenten una declaración jurada en la que se comprometan a que, si se les adjudica el contrato, quedarán obligados solidariamente por las obligaciones asumidas en nombre del consorcio dentro del acuerdo de proyecto. Otra posibilidad sería que la autoridad contratante se reservase el derecho a exigir en una etapa ulterior que los miembros del consorcio seleccionado creen una entidad jurídica independiente para llevar a cabo el proyecto (ver además cap.IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 12 a 18).

42. Es también aconsejable que la autoridad contratante examine cuidadosamente la composición de los consorcios y sus sociedades matrices. Puede ocurrir que una de ellas, directamente o mediante filiales, se una a más de un consorcio para presentar propuestas para el mismo proyecto, lo que no debe permitirse, ya que presenta el riesgo que se filtre información o de colusión entre consorcios supuestamente competidores, socavando así la credibilidad de los procedimientos de selección. Es, por lo tanto, aconsejable disponer en la convocatoria a los procedimientos de preselección que cada miembro de un consorcio sólo podrá participar, directamente o mediante filiales, en una única oferta para determinado proyecto. La violación de esta regla descalificaría al consorcio y a las empresas que lo integren.

4. *Preselección y preferencias nacionales*

43. Las leyes de algunos países prevén cierto trato preferente para las entidades locales o dan un trato especial a los ofertantes que se comprometan a utilizar productos nacionales o a emplear mano de obra local. Ese compromiso nacional o local se estipula a veces como requisito de calificación importante o como condición para participar en el procedimiento de selección (por ejemplo, participación porcentual mínima en el consorcio o nombramiento de un socio local para dirigirlo).

44. Las preferencias nacionales pueden dar lugar a diversas cuestiones. Primeramente, su uso no está permitido conforme a las directrices de algunas instituciones financieras internacionales y puede ser incompatible con obligaciones internacionales asumidas por muchos Estados en acuerdos regionales de integración económica o facilitación del comercio. Además, desde la perspectiva del país anfitrión, es importante ponderar las ventajas previstas frente a la desventaja de privar a la autoridad contratante de la posibilidad de obtener una oferta superior para satisfacer las necesidades nacionales de infraestructura, y se debe evitar un aislamiento total frente a la competencia extranjera, a fin de no perpetuar niveles inferiores de economía, eficiencia y competitividad en los sectores interesados de la industria nacional. Esta es la razón por la que muchos países que desean ofrecer algún incentivo a los proveedores nacionales, aprovechando al mismo tiempo la competencia internacional, no la excluyen sistemáticamente ni le imponen requisitos de calificación restrictivos. Las preferencias nacionales pueden adoptar la forma de criterios de evaluación especiales que establezcan márgenes de preferencia para los ofertantes nacionales o para los que se

ofrezcan a adquirir suministros, servicios y productos en el mercado local. La técnica del margen de preferencia, prevista en el párrafo 4) d) del artículo 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, es más transparente que los criterios subjetivos de calificación o evaluación. Además, permite a la autoridad contratante favorecer a los ofertantes nacionales que estén en condiciones de alcanzar niveles y precios internacionalmente competitivos sin excluir con ello toda competencia extranjera. Cuando se prevean preferencias nacionales, deben darse a conocer por adelantado, preferiblemente al convocarse a los procedimientos de preselección.

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

45. El precio cobrado por los documentos de preselección debe reflejar únicamente los gastos de impresión de esos documentos y de su distribución entre los candidatos. No debe utilizarse para limitar el número de ofertantes. Esa práctica resulta ineficaz y contribuye al mismo tiempo a incrementar el costo ya de por sí alto de la participación en el proceso de preselección. Los elevados costos de preparación de propuestas para proyectos de infraestructura y los riesgos relativamente altos de que el proceso de selección no culmine con la obtención de un contrato puede inducir a algunas empresas a no unirse a un consorcio para presentar una oferta, particularmente cuando desconocen los procesos de selección seguidos en el país anfitrión.

46. Por consiguiente, algunos países permiten a la autoridad contratante prever arreglos para compensar a los ofertantes preseleccionados si el proyecto no sigue adelante por razones ajenas a su voluntad o para contribuir a sufragar ciertos gastos realizados después de la fase de preselección, cuando lo justifique la complejidad del proyecto o la perspectiva de mejorar notablemente la calidad de la competencia. Cuando se prevea otorgar esa contribución o compensación, conviene avisar pronto a los posibles ofertantes, preferiblemente en la convocatoria a preselección.

6. Procedimientos de preselección

47. La autoridad contratante debe dar respuesta a toda demanda de aclaración de la documentación de preselección que reciba de consorcios ofertantes con antelación razonable al vencimiento del plazo fijado para la presentación de las solicitudes de preselección. La entidad contratante deberá responder dentro de un plazo razonable que permita a los ofertantes presentar a tiempo sus solicitudes. La respuesta a toda demanda que quepa razonablemente prever que será de interés para otros ofertantes debe comunicarse, sin dar a conocer al autor de la demanda, a todos los ofertantes a los que la autoridad contratante haya enviado la documentación de preselección.

48. En algunos países se anima a la autoridad contratante a limitar las propuestas seleccionables al número más bajo posible que sea suficiente para garantizar una competencia significativa (por ejemplo, tres o cuatro). Con ese fin, algunos países aplican una escala cuantitativa de calificación basada en

criterios técnicos, de gestión y financieros, en función de la naturaleza del proyecto. Los criterios cuantitativos de preselección resultan más fácilmente aplicables y transparentes que los cualitativos, que entrañan apreciaciones de mérito. No obstante, al arbitrar un sistema de calificación cuantitativa, es importante evitar toda limitación innecesaria de la discrecionalidad de la autoridad contratante a la hora de evaluar las calificaciones de los ofertantes. La entidad contratante tal vez necesite tener en cuenta además el hecho de que las directrices dadas por algunas instituciones financieras multilaterales para la contratación pública prohíben la utilización de procedimientos de preselección que tiendan a predeterminar el número de ofertantes admitidos a participar. En cualquier caso, si se recurre a uno de esos sistemas de calificación, esa circunstancia deberá indicarse claramente en los documentos de preselección.

49. Una vez concluida la fase de preselección, la autoridad contratante suele elaborar una breve lista con los nombres de los ofertantes preseleccionados a los que se invitará ulteriormente a presentar ofertas. Las autoridades contratantes tienen que hacer frente a veces a un problema de orden práctico cuando se sugieren cambios en la composición de los consorcios ofertantes durante el proceso de selección. Desde el punto de vista de la autoridad contratante se aconseja en general prudencia ante las propuestas de sustitución de los miembros de los consorcios ofertantes una vez concluida la fase de preselección. Los cambios de composición de los consorcios pueden alterar sustancialmente la situación en que la autoridad contratante se basó para efectuar la selección previa de los consorcios ofertantes y pueden suscitar dudas sobre la integridad del proceso de selección. Debe observarse la regla general de que sólo podrán participar en la fase de selección los ofertantes preseleccionados, a menos que la autoridad contratante pueda cerciorarse de que el nuevo miembro de un consorcio cumple los criterios de preselección prácticamente en la misma medida que el antiguo miembro del consorcio.

50. Aun cuando no se deben ponderar de nuevo en la fase de evaluación los criterios utilizados para preseleccionar los ofertantes, la autoridad contratante tal vez desee reservarse el derecho a requerir, en cualquier etapa del proceso de selección, que los ofertantes vuelvan a demostrar sus calificaciones en función de los mismos criterios que se aplicaron para preseleccionarlos.

C. Procedimientos para la solicitud de propuestas

51. En la presente sección se examinan los procedimientos a seguir para solicitar las propuestas de los ofertantes preseleccionados. Los procedimientos aquí descritos son en varios aspectos análogos al procedimiento previsto para la solicitud de propuestas en el principal método para la contratación de servicios de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, con algunas adaptaciones requeridas para responder a las necesidades de las autoridades contratantes que otorgan proyectos de infraestructura.

1. Fases del procedimiento

52. Tras la preselección de los ofertantes, es aconsejable que la autoridad contratante reconsidere su estudio de viabilidad inicial y la definición que haya dado de los resultados de ejecución o de producción requeridos, a fin de determinar si procede revisar esos requisitos en función de la información obtenida durante el proceso de preselección. En esta fase, la autoridad contratante ya debe haber decidido si utilizará un procedimiento en una o en dos etapas para solicitar las propuestas.

a) Procedimiento en una sola etapa

53. La opción por un procedimiento en una sola etapa o en dos etapas dependerá de la naturaleza del contrato, de hasta qué punto puedan definirse con precisión los requisitos técnicos y de si se recurrirá o no a los indicadores de resultados (o de ejecución) para la selección del concesionario. Si se estima viable y deseable que la autoridad contratante defina los indicadores de ejecución o las especificaciones del proyecto con la precisión o la finalidad requeridas, el proceso de selección podrá estructurarse en una sola etapa. En tal caso, una vez concluida la preselección de los ofertantes, la autoridad contratante procedería directamente a emitir una solicitud definitiva de propuestas (ver párrs. 59 a 72).

b) Procedimiento en dos etapas

54. Hay, sin embargo, casos en los que quizá no sea viable que la autoridad contratante formule su solicitud con especificaciones del proyecto o indicadores de ejecución suficientemente detallados y precisos para permitir que se formulen, evalúen y comparen uniformemente propuestas sobre la base de esas especificaciones y esos indicadores. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando la autoridad contratante no ha determinado aún el aporte técnico o material más adecuado para el proyecto (por ejemplo, el tipo de material de construcción que se ha de utilizar en un puente). En esos casos, tal vez sea poco conveniente, desde el punto de vista de optimizar la oferta, que la autoridad contratante proceda sobre la base de especificaciones o indicadores elaborados sin haber considerado previamente con los ofertantes las capacidades exactas y las posibles variantes de su oferta eventual. Con ese fin la autoridad contratante tal vez desee dividir el proceso de selección en dos etapas, dejando así cierto margen de flexibilidad para las conversaciones con los ofertantes.

55. Cuando el procedimiento de selección se divide en dos etapas, la solicitud inicial de propuestas suele invitar a los ofertantes a presentar propuestas en función de los resultados y demás características que ya se hayan definido del proyecto, así como de las condiciones contractuales propuestas. Esa invitación dejaría margen para que los ofertantes presentaran sus propias soluciones para satisfacer la necesidad señalada en materia de infraestructura de conformidad con las normas de servicio establecidas. Las propuestas presentadas en esta etapa ofrecerán normalmente soluciones basadas en un diseño conceptual o en indicadores de ejecución, pero sin

indicar elementos financieros como el precio o el nivel de remuneración esperados.

56. En la medida en que la autoridad contratante ya conozca las condiciones de los acuerdos contractuales, éstas deberán incluirse en la solicitud de propuestas, posiblemente en forma de un borrador del acuerdo de proyecto. Es importante conocer ciertas condiciones contractuales, como la asignación del riesgo prevista por la autoridad contratante, a fin de que los ofertantes formulen sus propuestas y examinen con los posibles prestamistas si el proyecto es financiable. La respuesta inicial a esas condiciones contractuales, en particular la asignación de riesgos prevista por la autoridad contratante, puede ayudar a ésta a evaluar la viabilidad del proyecto como se concibió originalmente. Sin embargo, es importante distinguir entre la etapa de la solicitud de propuestas y la negociación del contrato final, una vez adjudicado el proyecto. La finalidad de esta etapa inicial es proporcionar datos a la autoridad contratante para formular su invitación en términos que hagan posible el desarrollo de una competición final de ofertas sobre la base de un único juego de parámetros. La invitación a formular propuestas iniciales no debe dar lugar a una negociación de las condiciones del contrato antes de su adjudicación definitiva.

57. La autoridad contratante podrá convocar una reunión de ofertantes para aclarar dudas sobre la solicitud de propuestas y la documentación adjunta enviada. En esta primera etapa, la autoridad contratante podrá entablar conversaciones con cualquier ofertante sobre determinados aspectos de su propuesta. La autoridad contratante deberá obrar de modo que no se revele el contenido de esas propuestas a los ofertantes rivales. Es preciso que las conversaciones sean confidenciales y que ninguna de las partes revele a un tercero información técnica, financiera o de otra índole sobre las conversaciones sin el consentimiento de la otra parte.

58. Tras esas conversaciones, la autoridad contratante deberá examinar y, en su caso, revisar las especificaciones iniciales del proyecto. Al formular las especificaciones revisadas, la autoridad deberá poder suprimir o modificar cualquier aspecto de las características técnicas o de calidad del proyecto inicialmente enunciadas en la solicitud de propuestas, así como cualquier criterio inicialmente especificado en esos documentos para evaluar y comparar propuestas. Toda supresión, modificación o adición deberá comunicarse a los ofertantes en la invitación a presentar su propuesta definitiva. Los ofertantes que no deseen presentar su propuesta definitiva deberán poder retirarse del proceso de selección sin perder ninguna garantía que hayan tenido que aportar.

2. Contenido de la solicitud de propuestas definitiva

59. En la etapa final, la autoridad contratante deberá invitar a los ofertantes a que presenten su propuesta definitiva para responder a sus especificaciones, indicadores de ejecución y condiciones contractuales del proyecto revisadas. La solicitud definitiva deberá normalmente contener toda la información que sea necesaria para que los ofertantes presenten propuestas que respondan a las

necesidades de la autoridad contratante y que ésta pueda comparar de manera objetiva y equitativa.

a) *Información general para los ofertantes*

60. La información general para los ofertantes deberá incluir todo dato pertinente que de ordinario se incluya en el pliego de condiciones o en la solicitud de propuestas para la contratación de bienes, obras y servicios⁶. Es particularmente importante dar a conocer los criterios que utilizará la autoridad contratante para determinar cuál es la propuesta ganadora, así como su valor relativo (ver párrs. 73 a 77).

i) *Información sobre los estudios de viabilidad*

61. Es aconsejable incluir en la información general dada a los ofertantes instrucciones para la preparación de los estudios de viabilidad que puedan tener que presentar junto con su propuesta definitiva. Esos estudios de viabilidad suelen abarcar, por ejemplo, los siguientes aspectos:

a) *Viabilidad comercial.* Particularmente en proyectos financiados sin recurso (es decir, en función sólo del propio proyecto) o en proyectos de recurso limitado, es esencial determinar lo mejor posible la necesidad existente de los resultados del proyecto, a fin de poder evaluarla y proyectarla sobre toda la duración prevista del proyecto, particularmente la demanda prevista (por ejemplo, las previsiones de tráfico para una carretera) y la tarifa aplicable (por ejemplo, los peajes);

b) *Diseño de ingeniería y viabilidad operativa.* Los ofertantes deberán demostrar la idoneidad de la tecnología que propongan, incluidos el equipo y los procesos, teniendo en cuenta las condiciones nacionales, locales y ecológicas, la probabilidad de que se logren los resultados planeados y la idoneidad de los métodos y calendarios de construcción. En ese estudio deberán definirse también la organización, los métodos y los procedimientos propuestos para la explotación y el mantenimiento de la infraestructura, una vez construida;

c) *Viabilidad financiera.* Los ofertantes deberán indicar las fuentes de financiación propuestas para las fases de construcción y explotación, incluidos el capital tomado en préstamo y la inversión en capital social. Si bien los acuerdos de préstamo y demás arreglos de financiación no se suelen formalizar sino una vez firmado el acuerdo de proyecto, los ofertantes deberán presentar prueba suficiente de que los proveedores de fondos están dispuestos a proporcionar la financiación especificada. En algunos países, se

⁶ Por ejemplo, instrucciones para preparar y presentar propuestas, concretamente sobre la forma, el lugar y el plazo para la presentación de propuestas y el plazo durante el cual serán efectivas las propuestas, así como los eventuales requisitos de garantía de las ofertas; los medios por los cuales los ofertantes podrán pedir aclaraciones sobre la solicitud de propuestas y una indicación de si la autoridad contratante se propone convocar, en esta ocasión, una reunión de ofertantes; el lugar, la fecha y la hora de apertura de las ofertas y los procedimientos que deben seguirse para la apertura y el examen de las ofertas; y la forma en que se evaluarán las propuestas (ver Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, arts. 27 y 38).

exige asimismo a los ofertantes que indiquen la tasa de rentabilidad financiera interna prevista en función del costo efectivo del capital correspondiente a los arreglos financieros propuestos. Con esta información, se espera que la autoridad contratante estará en condiciones de juzgar si los precios o tarifas propuestos que cobrará el concesionario y sus posibles incrementos ulteriores son razonables y asequibles;

d) *Impacto ecológico.* Deberán determinarse los posibles efectos negativos o adversos del proyecto para el medio ambiente, indicando las medidas correctivas que será preciso adoptar para asegurar el cumplimiento de las normas ecológicas aplicables. Deberán tenerse en cuenta, según proceda, las normas ecológicas pertinentes de las instituciones financieras internacionales y de las autoridades nacionales, provinciales y locales.

ii) *Información sobre las garantías de oferta*

62. Es aconsejable que en la solicitud de propuestas se indiquen los requisitos de la autoridad contratante con respecto al emisor, la forma, el importe y otras condiciones principales de la garantía de oferta que los ofertantes puedan tener que presentar para cubrir las pérdidas en caso de que retiren las propuestas o de que el consorcio seleccionado no concierte un acuerdo de proyecto. A efectos de asegurar un trato equitativo para todos los ofertantes, los requisitos que se refieran directa o indirectamente a la conducta del ofertante que presente la propuesta no deben referirse a más aspectos que: la retirada o la modificación de la propuesta después del plazo para su presentación o antes del plazo, si así se estipuló en la solicitud de propuestas; falta de acuerdo financiero final; omisión en firmar el acuerdo de proyecto cuando la autoridad contratante lo pida; y omisión en proporcionar una garantía solicitada de buena ejecución del acuerdo de proyecto después de aceptada la propuesta o en el cumplimiento de cualquier otra condición previa a la firma especificada en la solicitud de propuestas. Deben preverse salvaguardias de que las garantías de oferta sólo serán aplicadas con equidad y para el fin que fueron dadas⁷.

iii) *Calificación de los ofertantes*

63. Cuando no haya habido preselección de ofertantes antes de la solicitud de propuestas o cuando la autoridad contratante conserve el derecho a exigir de los ofertantes que demuestren de nuevo sus calificaciones, en la solicitud de propuestas deberá especificarse la información que deberán proporcionar los ofertantes para corroborar sus calificaciones (ver párrs. 38 a 40).

⁷ El artículo 32 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública prevé ciertas salvaguardias importantes, concretamente el requisito de que la autoridad adjudicadora no reclame el pago de la garantía de la oferta y devuelva o haga devolver sin demora el título de la garantía tan pronto como se dé la primera de las siguientes circunstancias: a) la expiración de la garantía de la 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 un acuerdo sobre el proyecto; o d) la retirada de la propuesta antes de haber vencido el plazo para la presentación de propuestas, a menos que en la solicitud de propuestas se disponga que no se permite tal retirada.

b) *Pliego de condiciones e indicadores de ejecución*

64. El grado de precisión de las especificaciones dadas en el pliego de condiciones, así como el adecuado equilibrio entre los medios a utilizar y los resultados requeridos, estará influido por consideraciones dimanantes de la índole y la titularidad de la infraestructura o de la asignación de responsabilidades entre los sectores público y privado (ver párrs. 21 y 22). Es generalmente aconsejable que la autoridad contratante tenga presentes esas necesidades a largo plazo del proyecto y formule sus especificaciones de manera que le permitan obtener información suficiente para seleccionar al ofertante que ofrezca los servicios de más alta calidad en las condiciones más económicas. Tal vez la autoridad contratante considere útil formular las especificaciones del proyecto de manera que definan adecuadamente la ejecución y los resultados requeridos sin ser demasiado prescriptivas sobre la manera de conseguirlo. Las especificaciones del proyecto y los indicadores de ejecución abarcan comúnmente elementos como los siguientes:

a) *Una descripción del proyecto y de los resultados previstos.* Cuando los servicios requieran cierto tipo de edificios, como una terminal de transporte o un aeropuerto, la autoridad contratante tal vez prefiera limitarse a dar, a título ilustrativo, ciertas indicaciones generales de planificación para el trazado del emplazamiento, y su distribución en zonas de utilización, en lugar de planes que indiquen la planta de cada edificio, como sería el caso normalmente en la contratación tradicional de servicios de construcción. No obstante, cuando a juicio de la autoridad contratante sea esencial que los ofertantes presenten especificaciones técnicas detalladas, en la solicitud de propuestas deberá figurar, al menos, la siguiente información: una descripción de las obras y de los servicios que se han de realizar con inclusión de especificaciones técnicas, planes, dibujos y diseños; el calendario para la ejecución de las obras y la prestación de los servicios; los requisitos técnicos para la explotación y el mantenimiento de la instalación;

b) *Normas mínimas aplicables de diseño y rendimiento, incluidas normas apropiadas sobre el medio ambiente.* Las normas de ejecución se suelen formular en términos de la cantidad y la calidad deseados de los bienes o servicios requeridos de la infraestructura. Las propuestas que se aparten de las normas de ejecución pertinentes deberán considerarse inadecuadas;

c) *La calidad de los servicios.* Para los proyectos que prevean la prestación de servicios públicos, deberán darse indicadores de ejecución que describan los servicios, así como las normas de calidad por las que se guiará la autoridad contratante al evaluar las propuestas. Cuando proceda, deberá indicarse toda obligación general de los proveedores del servicio público con respecto a la expansión o la continuidad del servicio para atender la demanda de la comunidad o territorio abarcados, garantizar a los usuarios la disponibilidad de servicios y el acceso sin discriminaciones a la red de infraestructuras públicas que explote el concesionario, de acuerdo con las condiciones del acuerdo de proyecto (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 82 a 93).

65. Deberá requerirse a los ofertantes que proporcionen la información necesaria a fin de que la autoridad contratante pueda evaluar la solidez técnica de las propuestas, su viabilidad operativa y su adecuación a las normas de calidad y a los requisitos técnicos y además la siguiente información:

- a) El diseño de ingeniería 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 (en forma de capital social o de empréstitos);
- c) La organización, los métodos y los procesos propuestos para la explotación y el mantenimiento del proyecto objeto de licitación;
- d) Una descripción de la calidad de los servicios.

66. Respecto de cada uno de esos indicadores de ejecución, tal vez sea preciso que los ofertantes presenten información adicional, requerida por la índole del proyecto que se adjudique. Por ejemplo, para la concesión de una red de distribución de electricidad en determinada región, tal vez deban darse ciertas normas técnicas mínimas como: a) fluctuación del voltaje (y de la frecuencia) admisible al nivel del consumidor; b) duración de las interrupciones del servicio (expresada en horas por año); c) frecuencia de las interrupciones (expresada en una cifra anual); d) pérdidas; e) días necesarios para conectar a un nuevo cliente; f) normas comerciales para la relación con el consumidor (por ejemplo, número de días para pagar las facturas; para volver a conectar instalaciones; para responder a reclamaciones de los consumidores).

c) Condiciones contractuales

67. Es aconsejable que los documentos de licitación contengan alguna indicación sobre cómo la autoridad contratante prevé asignar los riesgos del proyecto (ver también caps. II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, y IV, “Desarrollo y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”), ya que con ello se centrarían mejor los términos de la negociación de ciertos detalles del acuerdo de proyecto (ver párrs. 83 y 84). Si se deja totalmente abierta la asignación de riesgos, es probable que los ofertantes reaccionen tratando de minimizar los riesgos que aceptarán, lo que podría frustrar el propósito de buscar inversiones privadas para desarrollar el proyecto. Además, la solicitud de propuestas debe contener información sobre los elementos esenciales de los arreglos contractuales previstos por la autoridad contratante, como:

- a) La duración de la concesión o invitación a los ofertantes para que presenten sus propuestas al respecto;
- b) Fórmulas e índices que se utilizarán en los ajustes de precios;
- c) Respaldo público e incentivos para las inversiones, si los hay;
- d) Caucciones requeridas;
- e) Requisitos de las entidades reguladoras, si los hay;

- f) Régimen monetario de las remesas en divisas;
- g) Sistema de reparto de ingresos, si lo hay;
- h) Indicación de las categorías de bienes que el concesionario estará obligado a transferir a la autoridad contratante o a poner a disposición de un concesionario sucesor al final del período de duración del proyecto;
- i) Cuando se esté seleccionando a un nuevo concesionario para explotar una infraestructura ya existente, una descripción de las instalaciones e inmuebles que se pondrán a su disposición;
- j) Las otras posibles fuentes de ingresos, complementarias o subsidiarias (por ejemplo, concesiones para la explotación de la infraestructura existente), de haberlas, que podrán ofrecerse al ofertante ganador.

68. Los ofertantes deberán facilitar la información requerida para que la autoridad contratante pueda evaluar los elementos financieros y comerciales de las propuestas y determinar si responden a las condiciones contractuales propuestas. Normalmente, las propuestas financieras deberán contener la siguiente información:

- a) Para proyectos en los que se prevea que los ingresos del concesionario consistirán principalmente en peajes, tasas u otros pagos de los clientes o usuarios de la infraestructura, la propuesta financiera deberá indicar la estructura de precios propuesta. Para proyectos en los que se prevea que los ingresos del concesionario consistirán principalmente en pagos efectuados por la autoridad contratante u otra autoridad pública para amortizar la inversión del concesionario, la propuesta financiera deberá indicar el plan de amortización y de reembolso propuesto;
- b) El valor actualizado de los precios o de los pagos directos propuestos, basado en la tasa de descuento y el tipo de cambio prescrito en los documentos de solicitud;
- c) Si se estima que el proyecto requerirá respaldo financiero público, el nivel de tal apoyo, incluida, en su caso, la subvención o la garantía que se espera de la administración pública o de la autoridad contratante;
- d) El alcance de los riesgos asumidos por los ofertantes durante la fase de construcción y explotación, particularmente en materia de hechos no previstos, seguros, inversión de capital social y otras garantías contra esos riesgos.

69. A fin de limitar y definir claramente el ámbito de las negociaciones que se desarrollarán tras la evaluación de las propuestas (ver párrs. 83 y 84), la solicitud de propuestas definitiva deberá indicar cuáles son las condiciones no negociables del acuerdo de proyecto.

70. Es conveniente que la autoridad contratante exija que las propuestas definitivas presentadas por los ofertantes contengan pruebas de que los principales prestamistas del ofertante están conformes con las condiciones comerciales y la asignación de riesgos propuestas, esbozadas en la solicitud de propuestas. Ese requisito servirá, de darse el caso, para resistir a toda

tentativa de que se revisen las condiciones comerciales en la etapa de la negociación final. En algunos países, se requiere de los ofertantes que rubriquen y devuelvan a la autoridad contratante el borrador de acuerdo de proyecto 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*

71. El derecho de la autoridad contratante a modificar la solicitud de propuestas es importante para que tenga margen para expresar mejor sus necesidades. Por lo tanto, es aconsejable autorizar a la autoridad contratante a que, por iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración, modifique la solicitud de propuestas publicando un suplemento antes de que finalice el plazo para la presentación de propuestas. Sin embargo, si se hacen enmiendas que obliguen a los ofertantes a dedicar más tiempo a la preparación de sus propuestas, deberá concedérseles ese tiempo prorrogando el plazo para la presentación de propuestas.

72. Por regla general, la autoridad contratante deberá comunicar sin demora a todos los ofertantes a los que hizo llegar la solicitud de propuestas todas las aclaraciones, las preguntas que dieron lugar a las aclaraciones y las modificaciones. Si la autoridad adjudicadora convoca una reunión de ofertantes, deberá levantar acta de la reunión dando cuenta de las peticiones de aclaración de la solicitud de propuestas, así como de las respuestas que haya dado, y enviar copias de la misma a los ofertantes.

4. *Criterios de evaluación*

73. El comité adjudicador deberá puntuar los elementos técnicos y financieros de cada propuesta de acuerdo con el sistema de puntuación previamente divulgado para los criterios técnicos de evaluación y precisar por escrito las razones de la calificación. En general, es importante que la autoridad contratante consiga un equilibrio adecuado entre los criterios de evaluación referentes a la inversión en infraestructura física (por ejemplo, en obras) y los referentes a la explotación y mantenimiento de la infraestructura y la calidad de los servicios que ha de prestar el concesionario. Deberá prestarse atención a las necesidades a largo plazo de la autoridad contratante, en particular la necesidad de garantizar la continuidad del servicio al nivel de calidad y seguridad requerido.

a) Evaluación de aspectos técnicos de las propuestas

74. Los criterios técnicos de evaluación están concebidos para facilitar la valoración de la viabilidad técnica, operativa, ecológica y financiera de la propuesta en función de las especificaciones, los indicadores y los requisitos prescritos en los documentos de licitación. En la medida en que sea practicable, los criterios técnicos aplicados por la autoridad contratante deberán ser objetivos y cuantificables, para que se puedan evaluar

objetivamente las propuestas y compararse sobre una base común. Esto reduce el margen para las decisiones discrecionales o arbitrarias. Los reglamentos que rijan el proceso de selección deben pormenorizar cómo han de formularse y aplicarse esos factores. Las propuestas técnicas para los proyectos de infraestructura con financiación privada se evalúan normalmente con arreglo a los siguientes criterios:

a) *Solidez técnica*. Si la autoridad contratante ha definido las especificaciones o normas mínimas de diseño técnico y de ejecución, el diseño básico del proyecto deberá ser conforme a esas especificaciones o normas. Debe exigirse que los ofertantes demuestren la solidez del plan y del calendario de obras propuestos;

b) *Viabilidad operativa*. La organización, los métodos y los procesos propuestos para explotar y mantener la infraestructura deben estar bien definidos y ser conformes a las normas de ejecución prescritas, y se ha de demostrar que son funcionales;

c) *Calidad de los servicios*. Los criterios de evaluación utilizados por la autoridad contratante deben servir para analizar la manera en que los ofertantes se comprometen a mantener y ampliar el servicio, incluidas las garantías ofrecidas para asegurar su continuidad;

d) *Normas ecológicas*. El diseño y la tecnología propuestos para el proyecto deberán ser conformes con las normas ecológicas expuestas en la solicitud de propuestas. Se deberá precisar debidamente todo efecto negativo o adverso para el medio ambiente que resulte del proyecto propuesto por los ofertantes, junto con las medidas de corrección sugeridas;

e) *Mejoras ofrecidas*. Toda otra condición que el autor del proyecto ofrezca para hacer más atractiva su propuesta, como un reparto de utilidades con la autoridad contratante, menos garantías públicas o reducción del nivel de respaldo público requerido;

f) *Potencial de desarrollo social y económico*. Conforme a este criterio, la autoridad contratante podrá tener en cuenta el potencial de desarrollo social y económico ofrecido por los ofertantes, como sería toda ventaja reportada a empresas o a sectores sociales desfavorecidos, la inversión nacional u otra actividad comercial, el fomento del empleo, la reserva de ciertos suministros para proveedores del propio país, la transferencia de tecnología y de conocimientos de gestión, científicos y operativos;

g) *Calificación de los ofertantes*. Cuando la autoridad contratante no haya efectuado un proceso de preselección antes de solicitar propuestas, no deberá aceptar propuestas de ofertantes no cualificados.

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

75. Además de los criterios requeridos para la evaluación técnica de las propuestas, la autoridad contratante deberá definir criterios para evaluar y comparar las propuestas financieras. Las propuestas financieras y comerciales

suelen evaluarse y compararse utilizando, según proceda, algunos de los criterios siguientes:

a) *Valor actual de los peajes, la tarifa, precio unitario u otros derechos cobrables durante el período de la concesión.* Para los proyectos en que se prevea que los ingresos del concesionario consistirán principalmente en peajes, tasas u otros pagos de los clientes o usuarios de la infraestructura, la evaluación y la comparación de los aspectos financieros de la propuesta definitiva se efectuarán normalmente en función del valor actual de los peajes, tasas, arriendos y otros derechos cobrables durante el período de la concesión conforme a las normas mínimas de diseño y de ejecución prescritas.

b) *Valor actual de los pagos directos a efectuar por la autoridad contratante de estar previsto alguno.* Para los proyectos en que se prevea que los ingresos del concesionario consistirán principalmente en pagos de la autoridad contratante para amortizar la inversión del concesionario, la evaluación y la comparación de los elementos financieros de la propuesta definitiva se basarán normalmente en el valor actual de los pagos de amortización programados para la infraestructura que se construya de conformidad con las normas mínimas de diseño y de ejecución y con los planes y especificaciones prescritos.

c) *Costos de diseño y de construcción, costos anuales de explotación y mantenimiento, y valor actual de los costos de capital y de explotación y mantenimiento.* Es aconsejable que la autoridad contratante incluya todas estas partidas entre los criterios de evaluación de la viabilidad financiera de las propuestas;

d) *Alcance del respaldo público financiero, caso de estar previsto.* Deben preverse criterios de evaluación para el análisis de las medidas de respaldo público previstas o requeridas por los ofertantes, ya que pueden suponer una carga financiera pública importante de vencimiento inmediato o contingente (ver cap. II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 30-60);

e) *Solidez de los arreglos financieros propuestos.* La autoridad contratante deberá evaluar si el plan financiero, incluida la proporción prevista entre capital social y deuda, será suficiente para sufragar los costos de construcción, de explotación y de mantenimiento del proyecto;

f) *Firmeza de las condiciones contractuales.* Toda propuesta de cambiar o modificar alguna cláusula contractual publicada en la solicitud de propuestas (como sería la relativa a la asignación de riesgos o al pago de indemnizaciones) puede tener graves consecuencias financieras para la autoridad contratante, por lo que deberá ser cuidadosamente examinada.

76. Toda comparación en función del peaje, la tarifa, el precio unitario u otros derechos cobrables puede ser un factor importante de objetividad y transparencia en una selección que haya de hacerse entre propuestas igualmente aptas. Ahora bien, es importante que la autoridad contratante considere cuidadosamente el valor de ponderación relativo que se ha de atribuir a este criterio en el proceso de evaluación. La función del “precio” no

suele tener el mismo alcance en la adjudicación de proyectos de infraestructura que en la contratación de bienes y servicios. En realidad, la remuneración del concesionario suele ser el resultado acumulativo de las tasas pagadas por los usuarios, de ciertas fuentes secundarias de ingresos y de los subsidios o pagos directos de la entidad pública que otorga el contrato.

77. De ello se desprende, que si bien el precio unitario del producto previsto retiene su importancia como factor de comparación de las propuestas, no siempre se considera como el más importante. Más importante es la evaluación global de la viabilidad financiera de las propuestas, ya que permitirá prever la aptitud de los ofertantes para llevar a cabo el proyecto y la probabilidad de que pidan aumentos subsiguientes en los precios propuestos. Con ello se evitará que el proyecto sea otorgado a un ofertante que ofrezca precios ruinosamente bajos en la expectativa de poder elevarlos una vez ganada la concesión.

5. *Presentación, apertura, comparación y evaluación de las propuestas*

78. Debe requerirse que las propuestas se presenten por escrito, firmadas y en sobre sellado. Las propuestas recibidas por la autoridad contratante después de vencido el plazo para la presentación no han de ser abiertas y deben devolverse al ofertante que las presentó. Con la finalidad de garantizar la transparencia, el derecho interno prescribe a menudo procedimientos formales para la apertura de las propuestas, por lo común en un momento anteriormente especificado en la solicitud de propuestas, y que la autoridad contratante permita a los ofertantes que hayan presentado propuestas, o a sus representantes, asistir a la apertura de las propuestas. Ese requisito contribuye a reducir al mínimo el riesgo de que las propuestas puedan ser modificadas o que de otro modo se manipulen, y representa una importante garantía de la integridad del procedimiento.

79. Dada la complejidad de los proyectos de infraestructura con financiación privada y la diversidad de los criterios de evaluación normalmente aplicados en la adjudicación del proyecto, puede ser aconsejable que la autoridad contratante aplique un proceso de evaluación en dos etapas en el que los criterios no financieros se tomen en consideración independientemente de los criterios financieros, y quizá antes que éstos, a fin de evitar situaciones en que pudiera darse un peso excesivo a ciertos elementos de los criterios financieros (como el precio unitario) en detrimento de los criterios no financieros.

80. Con ese fin, en algunos países se exige que los ofertantes presenten sus propuestas técnicas y financieras en dos sobres distintos. El sistema de los dos sobres se utiliza alguna vez porque permite a la autoridad contratante evaluar la calidad técnica de las propuestas sin verse influenciada por sus componentes financieros. Sin embargo, se ha criticado el método como contrario al objetivo de hacer economías en la adjudicación de contratos públicos. En particular se ha dicho que seleccionar inicialmente las propuestas sólo sobre la base de su solo mérito técnico, y sin referencia al precio, entraña el riesgo de que la autoridad contratante se sienta tentada a

escoger, al abrir el primer sobre, propuestas técnicamente superiores, rechazando propuestas con soluciones menos brillantes, pero que satisfarían sus necesidades a un costo global inferior. Las instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial, no aceptan el sistema de los dos sobres para los proyectos que financian, en razón de que el sistema da lugar a un mayor grado de discrecionalidad en la evaluación de las propuestas y dificulta su comparación objetiva.

81. Como solución alternativa a la del sistema de los dos sobres, las autoridades contratantes pueden pedir que las propuestas tanto técnicas como financieras figuren en una única propuesta, pero estructurar su evaluación en dos etapas, como en el procedimiento de evaluación previsto en el artículo 42 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. En una primera etapa, la autoridad contratante fijará normalmente un umbral con respecto a la calidad y los aspectos técnicos que han de quedar reflejados en las propuestas técnicas, de conformidad con los criterios enunciados en la solicitud de propuestas, y puntuará cada propuesta de conformidad con esos criterios y el peso relativo y la manera de aplicar esos criterios expuestos en la solicitud de propuestas. La autoridad contratante comparará entonces las propuestas financieras y comerciales cuya puntuación esté a la altura o por encima de ese umbral. Cuando las propuestas técnicas y financieras hayan de evaluarse consecutivamente, la autoridad contratante deberá primeramente averiguar si las propuestas técnicas responden en principio a la solicitud de propuestas (por ejemplo, si cubren todos los puntos a los que deben atender 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 aclaraciones a los ofertantes sobre sus propuestas, no deben pedirse, ofrecerse ni permitirse cambios en un aspecto sustancial de la propuesta, ni siquiera para procurar hacer conforme una propuesta que no lo sea.

82. Además de decidir si se utiliza el sistema de los dos sobres o el de evaluación en dos etapas, es importante que la autoridad contratante revele el peso relativo que se asignará a cada criterio de evaluación y la manera como se aplicará en la evaluación de las propuestas. Cabe utilizar dos enfoques posibles para alcanzar un equilibrio adecuado entre los aspectos financieros y técnicos de las propuestas. Un enfoque posible es considerar más ventajosa la propuesta que obtenga la puntuación combinada más alta respecto de los criterios de evaluación referentes al precio y los de otro orden. Otra posibilidad es que el precio cobrado por el producto (por ejemplo, el precio del agua o la electricidad, el importe de los peajes) sea el factor decisivo para determinar la propuesta ganadora entre las que sean conformes (es decir, las que han superado el umbral de calidad para los aspectos técnicos). En cualquier caso, a fin de promover la transparencia del proceso de selección y evitar todo empleo indebido de criterios de evaluación distintos del precio, es aconsejable pedir al comité de adjudicación que indique por escrito las razones para seleccionar una propuesta distinta de la que ofrezca el precio unitario más bajo por el producto.

6. *Negociaciones finales y adjudicación del proyecto*

83. La autoridad contratante debe puntuar todas las propuestas conformes sobre la base de los criterios de evaluación enunciados en la solicitud de propuestas y convocar a una negociación final de ciertos elementos del acuerdo de proyecto al ofertante que haya obtenido la puntuación más alta. De obtener dos o más propuestas la puntuación más alta, o de ser insignificante la diferencia entre la puntuación de dos o más propuestas, la autoridad contratante deberá invitar a negociar a todos los ofertantes que hayan obtenido una puntuación prácticamente equivalente. Las negociaciones finales deben circunscribirse a fijar los últimos detalles del expediente de la operación y a satisfacer las peticiones razonables de los prestamistas del ofertante elegido. Un riesgo particular que correrá la autoridad contratante es el de ser sometida a presiones en sus negociaciones con el ofertante seleccionado para enmendar, en detrimento del interés público o de los consumidores, el precio o el reparto de riesgos inicialmente previsto en la propuesta. No deben permitirse cambios de los elementos esenciales de la propuesta, ya que pueden desvirtuar los parámetros conforme a los cuales se presentaron y puntuaron las propuestas. Así pues, las negociaciones que se lleven a cabo en esta etapa no podrá versar sobre las condiciones del contrato que en la solicitud definitiva de propuestas se considerara como no negociable (ver párr. 69). El riesgo de reabrir las condiciones comerciales en esta etapa tardía podría reducirse aún más insistiendo en que los prestamistas del ofertante seleccionado manifestasen su conformidad con la asignación de riesgos contenida en su oferta en una etapa en la que hubiese competencia entre ofertantes (ver párr. 70). Los peritos financieros de la autoridad contratante podrían contribuir a este proceso avisando si las propuestas de los ofertantes son realistas y qué niveles de compromiso financiero son apropiados para cada etapa. El proceso de cerrar un arreglo financiero puede llevar mucho tiempo.

84. La autoridad contratante debe informar a todo ofertante cuya propuesta sea conforme que podrá ser convocado a negociar, de no llegarse a un acuerdo con el ofertante mejor puntuado. Si la autoridad contratante se percata de que las negociaciones con el ofertante invitado no prosperan ni darán lugar a un acuerdo de proyecto, la autoridad deberá informarle de que se dan por clausuradas las negociaciones y convocará a negociar, por orden de méritos, al siguiente ofertante mejor puntuado hasta cerrar un acuerdo de proyecto o rechazar todas las propuestas restantes. A fin de evitar abusos y demoras innecesarias, la entidad contratante no deberá reemprender negociaciones con un ofertante ya descartado.

D. Concesión otorgada sin recurrir a una vía competitiva

85. En la tradición jurídica de ciertos países, los proyectos de infraestructura con financiación privada entrañan la delegación por la autoridad contratante del derecho y el deber de prestar un servicio público. Como tales, están sujetos a un régimen jurídico especial que difiere en muchos aspectos del aplicable a la contratación pública de bienes, obras o servicios.

86. Dada la índole muy peculiar de los servicios requeridos (en razón de su complejidad, magnitud de la inversión y plazo de ejecución), el procedimiento seguido en esos países insistirá en la libertad de la autoridad contratante para elegir al operador que mejor responda a sus necesidades, en lo referente a su competencia profesional, solvencia financiera, capacidad para asegurar la continuidad del servicio, igualdad del trato dispensado a los usuarios o calidad de la propuesta. En contraste con las vías de selección competitiva que se suelen seguir para la adjudicación de otros contratos públicos, que a veces pueden parecer excesivamente rígidas, se da en este supuesto preferencia a un procedimiento caracterizado por su alto grado de flexibilidad y la discrecionalidad de la que disfruta la autoridad contratante. Sin embargo, libertad de negociación no significa elección arbitraria y las leyes de esos países prevén procedimientos para garantizar la transparencia y la equidad del proceso de selección.

87. En algunos países, en los que en circunstancias normales la licitación es la regla para la contratación pública de bienes, obras y servicios, la directrices dadas a las autoridades contratantes aconsejan recurrir siempre que sea posible a la negociación para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada. La razón por la cual en esos países se fomenta el recurso a la negociación es la siguiente: al negociar con los ofertantes, la administración pública no está atada por requisitos o especificaciones rígidas previamente determinados y tiene más flexibilidad para aprovechar las propuestas innovadoras o de otra índole que presenten los ofertantes durante el proceso de selección, así como para modificar y ajustar sus propios requisitos en caso de que durante las negociaciones se presenten opciones de mayor interés para satisfacer las necesidades de infraestructura.

88. En general, la vía de negociación ofrece un alto grado de flexibilidad que algunos países consideran beneficioso a la hora de seleccionar al concesionario. En combinación con medidas apropiadas para garantizar transparencia, integridad y equidad, el recurso a la negociación ha dado buen resultado en esos países. Sin embargo, las negociaciones directas pueden tener una serie de desventajas que pueden restarles idoneidad como métodos principales de selección en algunos países. Dado el alto grado de flexibilidad y discrecionalidad que se concede a la autoridad contratante, la negociación entablada fuera de un marco competitivo estructurado requiere un personal altamente especializado y con experiencia suficiente en la negociación de proyectos complejos. También requiere un equipo de negociación bien estructurado, con poderes claros y un alto nivel de coordinación y cooperación entre todas las oficinas pertinentes. Así pues, el recurso a la negociación para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada tal vez no sea una opción viable para los países que tradicionalmente no recurran a esa vía para la adjudicación de grandes contratos públicos. Otro inconveniente de la negociación es que no siempre garantiza el nivel de transparencia y objetividad que puede lograrse con procedimientos competitivos más estructurados. En algunos países puede preocupar la posibilidad de que el mayor grado de discrecionalidad de la negociación entrañe un mayor riesgo de prácticas abusivas o de corrupción. A la luz de todo ello, el país anfitrión tal vez desee prescribir la utilización de procedimientos de selección competitiva como norma para la adjudicación de

proyectos de infraestructura con financiación privada y reservar la adjudicación de concesiones sin recurso a una vía competitiva para casos excepcionales.

1. Circunstancias en que cabrá recurrir a vías no competitivas

89. En aras de la transparencia y de la disciplina en la adjudicación de proyectos, tal vez conveniente definir por ley las circunstancias en que la autoridad contratante podrá ser autorizada a seleccionar el concesionario sin recurso a un procedimiento competitivo. Esas circunstancias pueden ser las siguientes:

a) Cuando sea urgente prestar el servicio de inmediato y cuando no resulte práctico iniciar un procedimiento de selección competitiva, siempre y cuando las circunstancias que dieron lugar a la urgencia no fueran previsibles para la autoridad contratante ni fueran fruto de su propia conducta dilatoria. Esa autorización excepcional puede necesitarse, por ejemplo en casos de interrupción en la prestación de un servicio dado o cuando un concesionario deja de prestar el servicio conforme a normas aceptables o cuando la autoridad contratante rescinde el acuerdo de proyecto en circunstancias en que emprender un procedimiento de selección competitiva sería poco práctico en vista de la necesidad urgente de asegurar la continuidad del servicio;

b) Proyectos de corta duración en las que el valor de la inversión inicial prevista no exceda de una suma baja especificada;

c) Motivos de defensa o de seguridad nacional;

d) Supuestos en los que haya una sola fuente capaz de prestar el servicio requerido (por ejemplo, si se ha de emplear tecnología patentada o *know-how* exclusivo), así como ciertos supuestos de propuestas no solicitadas (ver párrs. 115 a 117);

e) En supuestos en que se haya publicado una convocatoria a preselección o una solicitud de propuestas sin que se hayan presentado candidaturas ni propuestas o en supuestos en que se hayan rechazado todas las presentadas, y cuando, a juicio de la autoridad contratante, sea improbable que una nueva solicitud de propuestas permita adjudicar el proyecto. No obstante, a fin de reducir el riesgo de abusos al cambiar de método de selección, sólo deberá autorizarse el recurso a procedimientos no competitivos cuando esta posibilidad esté expresamente prevista en la solicitud inicial de propuestas.

2. Medidas para aumentar la transparencia de la contratación pública sin marco competitivo

90. Los procedimientos a seguir en el curso de un proceso para la adjudicación de un contrato público fuera de un marco competitivo se suelen caracterizar por un grado de flexibilidad más elevado que los procedimientos que han de seguirse en los demás métodos de contratación pública. Hay pocas reglas y procedimientos que hayan de seguirse para la negociación y

concertación de un contrato entre las partes. En algunos países, el régimen de la contratación pública otorga a las autoridades contratantes una libertad prácticamente total para que dirijan las negociaciones como juzguen oportuno. En otros países se han marcado ciertas pautas legales para esa negociación a fin de velar por la equidad y objetividad y fomentar la competencia alentando la participación de un mayor número de ofertantes. Las disposiciones relativas al procedimiento de selección por vía de negociación se ocupan de diversas cuestiones que más adelante se examinan, en particular los requisitos para la aprobación de la decisión de una entidad contratante de seleccionar al concesionario por vía de negociación, la selección de las entidades invitadas a participar, los criterios de comparación y evaluación de las ofertas, y la formación de un expediente del proceso de selección.

a) Aprobación

91. En muchos países se impone como requisito previo que la entidad contratante obtenga la aprobación de una autoridad superior para poder recurrir a la negociación, fuera de un marco procesal competitivo, con miras a la selección de los ofertantes. Tales disposiciones suelen exigir que esa aprobación sea solicitada por escrito y que se indiquen en la solicitud los motivos que obligan a recurrir a la negociación. El requisito impuesto trata, en particular, de conseguir que sólo se recurra al método de selección, fuera de un marco procesal competitivo, en supuestos apropiados.

b) Selección de las entidades invitadas a negociar

92. A fin de que el proceso de adjudicación sea lo más competitivo posible, es aconsejable exigir a la entidad contratante que entable negociaciones con el mayor número posible de empresas que considere aptas para responder a sus expectativas. Aparte de esa disposición genérica, la normativa aplicable en algunos países no especifica la cifra mínima de contratistas o proveedores con los que ha de negociar la entidad contratante. En otros países se exige, sin embargo, que la entidad contratante negocie, cuando sea posible, con un número mínimo de contratistas o proveedores (por ejemplo, tres) o que solicite al menos sus ofertas. Podrá permitirse que la entidad contratante negocie con un número menor de ofertantes en determinados supuestos, particularmente si no existe el número requerido.

93. En aras de la transparencia, es también aconsejable exigir que se dé cierta forma de aviso a los ofertantes de la apertura de un proceso de negociación, exigiendo, por ejemplo, que la autoridad contratante publique el aviso en cierta publicación normalmente utilizada con ese fin. Esos requisitos de aviso tienen por fin informar del proceso abierto a una gama más amplia de ofertantes que si se actuara de otro modo, fomentando así la competencia. Dada la magnitud de la mayoría de los proyectos de infraestructura, el aviso deberá normalmente dar cierta información mínima (por ejemplo, la descripción del proyecto, los requisitos de aptitud) y habrá de ser publicado con antelación suficiente para que los ofertantes puedan presentar sus ofertas. En general, deberán ser aplicables en la negociación los mismos requisitos de

elegibilidad que sean aplicables a los ofertantes en los procedimientos de selección competitiva.

94. En algunos países, los requisitos de notificación no serán aplicables si la entidad contratante recurre a la negociación a raíz de un proceso de licitación infructuoso (ver párr. 89 e)), si se invita a participar a todos los ofertantes o proveedores calificados, o si no se presentaron ofertas.

c) Criterios para la comparación y evaluación de las ofertas

95. Otra medida útil para aumentar la transparencia y la eficacia de las negociaciones directas consiste en establecer criterios generales que las propuestas deben satisfacer (por ejemplo, objetivos generales de ejecución, especificaciones de producción), así como criterios para comparar y evaluar las ofertas durante el proceso de negociación y para seleccionar el concesionario (por ejemplo, el mérito técnico de una oferta, los precios, los costos de explotación y mantenimiento, y la rentabilidad y las posibilidades de desarrollo del acuerdo de proyecto). De recibirse más de una propuesta, sería conveniente introducir en las negociaciones algunos elementos competitivos. La autoridad contratante deberá determinar cuáles son las propuestas que parecen satisfacer esos criterios e iniciar conversaciones con el autor de cada una de ellas a fin de afinar y mejorar la propuesta hasta el punto en que resulte satisfactoria para la autoridad contratante. No se tiene en cuenta en esas conversaciones el precio de cada propuesta. Cuando se hayan ultimado las propuestas, puede ser aconsejable que la autoridad contratante procure obtener una oferta mejor y definitiva sobre la base de las propuestas aclaradas. Es recomendable que los ofertantes adjunten a su oferta definitiva pruebas de que la asignación de riesgos incorporada a la oferta sería aceptable para sus propuestos prestamistas. Cabe entonces elegir entre las ofertas óptimas y definitivas recibidas el ofertante preferido. El proyecto se adjudicaría luego a la parte que ofreciese la propuesta “más económica” o “más ventajosa” conforme a los criterios para la selección del concesionario enunciados en la invitación a negociar.

d) Aviso a dar de la adjudicación de una concesión

96. Deberá exigirse que la autoridad competente cree un expediente del proceso de selección (ver párrs. 120 a 126) y publique un aviso de la adjudicación de la concesión que, salvo en casos en que estén involucrados intereses de defensa o de seguridad nacional, deberá indicar los motivos por los que se haya adjudicado la concesión sin abrir un proceso competitivo (ver párr. 122). En algunos países, se insiste aún más en la transparencia al exigirse que el acuerdo de proyecto pueda ser examinado por el público.

E. Propuestas no solicitadas

97. Las empresas privadas acuden a veces directamente a las autoridades públicas para presentar sus propuestas para el desarrollo de un proyecto que no tenga abierto proceso alguno de selección. Estas propuestas, llamadas a menudo “propuestas no solicitadas”, pueden ser fruto de que el sector privado

haya identificado una necesidad de infraestructura que pueda satisfacer mediante un proyecto con financiación privada, o que dicho sector estime que puede hacer una propuesta innovadora para la gestión de alguna infraestructura o que puede ofrecer la transferencia de nueva tecnología al país anfitrión.

1. Consideraciones de política general

98. Una razón que a veces se aduce para exonerar del requisito de emplear un procedimiento de selección competitiva es la conveniencia de dar al sector privado un incentivo para que presente propuestas que entrañen la utilización de nuevos conceptos o tecnologías para satisfacer las necesidades de la autoridad contratante. Por la naturaleza misma de los procedimientos de selección competitiva, ningún ofertante tiene la seguridad de que se le adjudicará el proyecto, a menos que gane la competición. El costo de formular propuestas para grandes proyectos de infraestructura puede constituir un factor disuasorio para las empresas que no sepan si conseguirán igualar las propuestas presentadas por ofertantes rivales. Por el contrario, el sector privado puede sentirse estimulado a presentar propuestas no solicitadas si la normativa aplicable permite que la autoridad contratante negocie esas propuestas directamente con sus autores. La autoridad contratante puede, asimismo, tener interés en que se le permita entablar negociaciones directas a fin de alentar al sector privado a presentar propuestas innovadoras para el desarrollo de la infraestructura.

99. Al mismo tiempo, no obstante, la asignación de proyectos a raíz de propuestas no solicitadas y sin abrirlas a la competencia de otros ofertantes puede exponer a la autoridad pública a severas críticas, particularmente si se trata de concesiones exclusivas. Además, los posibles prestamistas, incluidas las instituciones financieras multilaterales y bilaterales, pueden tener reparos en prestar u otorgar garantías para proyectos que no hayan sido objeto de procedimientos de selección competitiva. Pueden temer que futuras autoridades impugnen o cancelen la concesión (por ejemplo, por estimar que la adjudicación se hizo por favoritismo o porque el procedimiento no ofrecía parámetros objetivos para comparar los precios, los factores técnicos y la eficacia general del proyecto) o que sea impugnada judicial o políticamente por otras partes interesadas, ya sea usuarios disconformes con un aumento de precios o empresas competidoras que aleguen haber sido excluidas injustamente de un procedimiento de selección competitiva.

100. A la luz de las anteriores consideraciones, es importante que el país anfitrión examine la necesidad y la conveniencia de prever algún procedimiento especial para tramitar propuestas no solicitadas con las que difiera de los que normalmente se sigan para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada. Con ese fin, puede ser útil analizar dos supuestos comúnmente mencionados en relación con las propuestas no solicitadas, a saber: el de la propuesta no solicitada que ofrezca utilizar nuevos conceptos o tecnologías para atender a las necesidades de la autoridad contratante en materia de infraestructura y el de la propuesta no solicitada que ofrezca responder a una necesidad de infraestructura aún no definida como tal por la autoridad contratante.

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

101. En general, para todo proyecto de infraestructura que requiera la utilización de algún proceso o método industrial, la autoridad contratante deseará alentar la presentación de propuestas que incorporen los procesos, diseños, metodologías o conceptos de ingeniería más avanzados que supongan una mejora evidente del proyecto (por ejemplo, reduciendo notablemente los costos de construcción, acelerando su ejecución, mejorando su seguridad, elevando su rendimiento, prolongando su vida útil, reduciendo los costos de mantenimiento y funcionamiento de la infraestructura o mitigando toda perturbación o impacto adverso sobre el medio ambiente durante la construcción o la explotación del proyecto).

102. La autoridad contratante puede también satisfacer sus intereses legítimos mediante procedimientos de selección competitiva adecuadamente modificados, sin tener que prever un régimen especial para tramitar las propuestas no solicitadas. Por ejemplo, si la autoridad contratante utiliza procedimientos de selección que insistan en los resultados que se espera del proyecto, sin mostrarse preceptiva acerca de la manera de lograrlos (ver párrs. 64 a 66), los ofertantes gozarán de flexibilidad suficiente para ofrecer sus propios procesos o métodos exclusivos. Esa exclusividad de los procesos o métodos propuestos no supondrá ningún obstáculo a la competencia, siempre que todos los métodos propuestos sean técnicamente aptos por dar el resultado deseado por la autoridad contratante.

103. Flexibilizar los procedimientos de selección competitiva sería, en estos casos, una solución más satisfactoria que arbitrar procedimientos especiales no competitivos para conseguir propuestas que permitan utilizar nuevos procesos o tecnologías. Salvo respecto de procesos o tecnologías cuya exclusividad esté corroborada por derechos de propiedad intelectual existentes, una autoridad contratante puede tener considerables dificultades al tratar de definir qué constituye un nuevo proceso o una nueva tecnología. Esa determinación puede requerir costosos servicios periciales independientes, posiblemente de fuera del país para evitar objeciones de parcialidad. El dictamen de que un proyecto entraña una nueva tecnología puede suscitar reclamaciones de otras empresas interesadas que aleguen tener también nuevas tecnologías apropiadas.

104. No obstante, la situación sería algo distinta 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 de ingeniería sobre el cual el autor o sus socios tengan derechos exclusivos, de ámbito mundial o regional. La existencia de derechos de propiedad intelectual respecto de un método o tecnología puede en verdad reducir o eliminar toda competencia significativa. Por esta razón, el régimen de la contratación pública en la mayoría de los países autoriza a la entidad adjudicadora a contratar con un solo proveedor cuando los bienes, las obras o los servicios sólo puedan obtenerse de determinado proveedor o contratista, tal vez porque dicho contratista posea derechos exclusivos respecto de los bienes, las obras o

los servicios requeridos y no exista ninguna otra opción razonable (ver art. 22 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública).

105. En un supuesto así, sería conveniente que la autoridad contratante pueda negociar directamente la ejecución del proyecto con el autor de la propuesta no solicitada. La dificultad radicaría, desde luego, en cómo comprobar, con el grado necesario de objetividad y transparencia, que no existen otras opciones razonables para el método o la tecnología ofrecidos en la propuesta no solicitada. Con tal fin, es aconsejable que la autoridad contratante fije procedimientos para obtener elementos de comparación respecto de propuestas de ese tipo.

b) Propuestas no solicitadas para responder a necesidades de infraestructura aún no definidas como tales por la autoridad contratante

106. El mérito de una propuesta no solicitada de este tipo consiste en ofrecer el desarrollo de una infraestructura que aún no haya sido prevista por las autoridades del país anfitrión. No obstante, en sí misma, esta circunstancia no justificaría que se negociara directamente la adjudicación de un proyecto sin que la autoridad contratante tuviese cierta seguridad objetiva de haber obtenido la solución más ventajosa para atender a sus necesidades.

2. Tramitación de las propuestas no solicitadas

107. A la luz de dichas consideraciones, es aconsejable que la autoridad contratante prevea algún procedimiento transparente para determinar si una propuesta no solicitada satisface las condiciones requeridas y si interesa a dicha autoridad darle curso.

a) Limitaciones a la admisibilidad de propuestas no solicitadas

108. A fin de garantizar el debido control de los gastos públicos, algunas legislaciones nacionales disponen que no podrá tenerse en cuenta ninguna propuesta no solicitada si la ejecución del proyecto requiere compromisos financieros considerables por parte de la autoridad contratante u otra autoridad pública, como garantías, subvenciones o participación en el capital. La razón de esa limitación es que los procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas suelen estar menos estructurados que los procedimientos ordinarios de selección y pueden no garantizar el mismo nivel de transparencia y competencia que de otro modo se lograría. Sin embargo, puede haber razones para admitir cierta flexibilidad en la aplicación de esta condición. En algunos países, la concesión de respaldo público no consistente en garantías, subvenciones o participación directas (por ejemplo, la venta o el arrendamiento de bienes públicos a los autores del proyecto) no descalifica necesariamente una propuesta a efectos de su tramitación y aceptación eventual como propuesta no solicitada.

109. Otra condición para examinar una propuesta no solicitada es que la propuesta se refiera a un proyecto para el cual la autoridad contratante no haya abierto o anunciado un proceso de selección. La justificación para

tramitar una propuesta no solicitada sin emplear un procedimiento de selección competitiva es dar un incentivo al sector privado para identificar necesidades de infraestructura nuevas o no previstas, o formular propuestas innovadoras para satisfacer esas necesidades. Esta justificación puede dejar de ser válida cuando el proyecto ya haya sido identificado por las autoridades del país anfitrión y el sector privado se haya limitado a proponer una solución técnica diferente de la prevista por la autoridad contratante. En tal caso, ésta podrá aún aprovechar la solución innovadora aplicando un procedimiento de selección en dos etapas (ver párrs. 54 a 58). No obstante, sería contrario al principio de la equidad en la adjudicación de contratos públicos considerar una propuesta no solicitada al margen de un proceso de selección que esté ya abierto o anunciado.

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

110. Deberá invitarse a la empresa o grupo de empresas que hayan propuesto a una entidad pública un proyecto privado de infraestructura a presentar una propuesta inicial con información suficiente para que la autoridad contratante haga una primera evaluación de si se cumplen las condiciones para tramitar propuestas no solicitadas, en particular la de que el proyecto propuesto sea de interés público. La propuesta inicial deberá contener, por ejemplo, la siguiente información: descripción de la experiencia del autor con otros proyectos y de su solvencia financiera; descripción del proyecto (tipo, ubicación, repercusión regional, inversión propuesta, costos de explotación, evaluación financiera, recursos que se necesiten de la administración pública o de terceros); detalles acerca del emplazamiento (régimen de propiedad y si habrá que expropiar terrenos u otros bienes); descripción del servicio y de las obras.

111. Tras un examen preliminar, la autoridad contratante debe informar a la empresa, en un plazo razonablemente breve, si hay o no un posible interés público en el proyecto. Si la autoridad contratante reacciona positivamente ante un proyecto, hay que invitar a la empresa a que presente una propuesta formal que, además de los temas abordados en la propuesta inicial, contenga un estudio de viabilidad técnica y económica (que abarque las características, los costos y los beneficios) y un estudio sobre el impacto ecológico. Además, deberá pedirse al autor de la propuesta que presente información satisfactoria sobre el concepto o la tecnología en que se basa la propuesta. La información presentada deberá ser lo bastante detallada para que la autoridad competente pueda evaluar debidamente el concepto o la tecnología y determinar si cumple las condiciones requeridas y puede ser ejecutada con éxito a la escala del proyecto propuesto. La empresa que presente la propuesta no solicitada debe conservar la propiedad de todos los documentos presentados a lo largo del procedimiento, que le serán devueltos en caso de que la propuesta sea rechazada.

112. Una vez que el autor de la propuesta haya suministrado toda la información requerida, la autoridad contratante deberá decidir, en un plazo razonablemente breve, si desea seguir adelante con el proyecto y, de ser así, qué procedimiento utilizará. La selección del procedimiento apropiado deberá hacerse sobre la base del dictamen preliminar de la autoridad contratante

sobre si la ejecución del proyecto sería o no posible sin la utilización de cierto proceso, diseño, metodología o concepto de ingeniería sobre el que la empresa que presenta la propuesta o sus socios posean derechos exclusivos.

c) *Procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas que no entrañan conceptos o tecnología patentados*

113. Si la autoridad contratante, tras examinar una propuesta no solicitada, decide que el proyecto es de interés público, pero que su ejecución es posible sin utilizar cierto proceso, diseño, metodología o concepto de ingeniería sobre el que el autor de la propuesta o sus socios tengan derechos exclusivos, hay que exigir a la autoridad contratante que siga el procedimiento normalmente requerido para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada, como, por ejemplo, el procedimiento de selección competitiva descrito en esta *Guía* (ver párrs. 34 a 84). Sin embargo, el procedimiento de selección pueden presentar ciertos rasgos especiales para la presentación de propuestas no solicitadas. Estos incentivos pueden consistir en las siguientes medidas:

a) La autoridad contratante podría comprometerse a no abrir un proceso de selección con respecto a un proyecto acerca del cual haya recibido una propuesta no solicitada sin invitar a la empresa que presentó la propuesta original;

b) Cabría dar al ofertante original cierta ventaja por haber presentado su propuesta. En algunos países que utilizan un sistema de puntuación para evaluar las propuestas financieras y técnicas la ventaja adopta la forma de 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 financieros o no financieros de evaluación). La posible dificultad de ese sistema es el riesgo de fijar el margen de preferencia tan alto que desaliente ofertas competidoras dignas de consideración, con el resultado de que se reciba un proyecto de menor valor a cambio de la preferencia dada al ofertante innovador. Otras formas de incentivos pueden ser el reembolso, total o parcial, de los costos incurridos por el autor de la oferta inicial al preparar la propuesta no solicitada. En aras de la transparencia, todo incentivo deberá ser anunciado en la solicitud de propuestas.

114. A pesar de los incentivos que puedan darse, debe requerirse en general del autor de la propuesta no solicitada que satisfaga sustancialmente los mismos criterios de aptitud que se requieran de todo ofertante que participe en un proceso de selección competitiva (ver párrs. 38 a 40).

d) *Procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas que entrañen conceptos o tecnología patentados*

115. Si resultase que los aspectos innovadores de la propuesta son tales que no sería posible ejecutar el proyecto sin utilizar cierto proceso, diseño, metodología o concepto de ingeniería sobre el que el autor de la propuesta o sus socios tengan derechos exclusivos, de ámbito mundial o regional, puede ser útil que la autoridad contratante confirme ese dictamen preliminar

mediante algún procedimiento que permita obtener elementos de comparación respecto de la propuesta no solicitada. Ese procedimiento puede consistir en la publicación de una descripción de los resultados más importantes de la propuesta (por ejemplo, la capacidad de la infraestructura, la calidad del producto o del servicio, o el precio unitario), con una invitación a otras partes interesadas a que presenten propuestas alternativas o comparables en cierto plazo. En esta descripción no deben figurar aportes o requisitos de la propuesta no solicitada (como el diseño o la tecnología y el equipo que deban utilizarse), a fin de no revelar a posibles competidores información que sea propiedad de la persona que haya presentado la propuesta no solicitada. El plazo para presentar propuestas deberá estar en proporción con la complejidad del proyecto y deberá dar a los posibles competidores tiempo suficiente para formular sus propuestas. Este puede ser un factor decisivo para obtener propuestas alternativas, por ejemplo, si los ofertantes deben efectuar investigaciones geológicas detalladas del subsuelo como las que tal vez haya llevado a cabo a lo largo de muchos meses el ofertante inicial, deseoso de que conclusiones geológicas no sean divulgadas.

116. La invitación a presentar propuestas comparativas o competitivas deberá publicarse con cierta frecuencia mínima (por ejemplo, semanalmente durante tres semanas) y al menos en un periódico de difusión general. Deberá indicarse el momento y lugar para obtener los documentos de licitación, así como el plazo para la presentación de propuestas. Es importante que la autoridad contratante proteja los derechos de propiedad intelectual del autor inicial y vele por la confidencialidad de la información de propiedad recibida con la propuesta no solicitada. Esa información no debe formar parte de los documentos de licitación. Hay que exigir al autor inicial y a toda otra empresa que desee presentar una propuesta alternativa que ofrezca una garantía de la oferta (ver párr. 62). Cabe entonces aplicar dos posibles criterios, según las reacciones registradas como consecuencia de la invitación:

a) Si no se reciben propuestas alternativas, la autoridad contratante puede razonablemente concluir que no hay ninguna otra opción razonable con qué sustituir el método o la tecnología considerados en la propuesta no solicitada. Esta conclusión de la autoridad contratante deberá ser debidamente consignada y se podrá autorizar la apertura de negociaciones directas con el autor de la propuesta original. Quizá sea conveniente exigir que la decisión de la autoridad contratante sea examinada y aprobada por la misma autoridad cuya aprobación se requeriría normalmente para que la autoridad contratante seleccionase a un concesionario mediante negociación directa (ver párr. 89). Algunos países cuyas leyes prescriben el recurso a procedimientos competitivos han recurrido a este trámite para asegurar la transparencia requerida para evitar futuras impugnaciones de la concesión otorgada a raíz de una propuesta no solicitada. En esos países, la mera publicación de una convocatoria de ofertas permitiría adjudicar la concesión al ofertante que hubiera presentado inicialmente la propuesta no solicitada, aunque su oferta fuera la única recibida. Ello se debe a que en los procedimientos competitivos suele exigirse que el proceso esté abierto a la competencia, sin que sea necesario que haya siempre competencia en la práctica. Con la publicidad se crea esa oportunidad y se da al procedimiento cierto grado de transparencia;

b) Si se presentan propuestas alternativas, la autoridad contratante debería invitar a todos los ofertantes a negociaciones con miras a determinar cuál es la propuesta más ventajosa para llevar a cabo el proyecto (ver párrs. 90 a 96). En el caso de que la autoridad contratante reciba un número suficiente de propuestas alternativas que parezcan en principio satisfacer sus necesidades en materia de infraestructura, puede haber la posibilidad de iniciar un proceso completo de selección competitiva (ver párrs. 34 a 84), a reserva de los incentivos que se hayan dado al autor de la propuesta inicial (ver párr. 113b)).

117. Debe requerirse de la autoridad contratante que se establezca un expediente del proceso de selección (ver párrs. 120 a 126) y que publique un aviso de la adjudicación del proyecto (ver párr. 119).

F. Confidencialidad

118. A fin de prevenir abusos en el procedimiento de selección y de promover la confianza en dicho procedimiento, es importante que todas las partes que intervengan en un proceso abierto respeten su confidencialidad, especialmente respecto de todo punto que esté siendo negociado. Esa confidencialidad es importante para proteger todo dato comercial o de otra índole que un ofertante tal vez incluya en su propuesta, pero que no desee dar a conocer a sus competidores. La confidencialidad deberá respetarse cualquiera que sea el método de selección utilizado por la autoridad contratante.

G. Aviso de la adjudicación de un proyecto

119. Los acuerdos de proyecto contienen a menudo cláusulas que interesan directamente no sólo a la autoridad contratante y al concesionario sino también a otras partes que podrían tener un interés legítimo en ser informadas de ciertos elementos esenciales del proyecto. Así ocurre especialmente con los proyectos en que se presta un servicio directamente al público. Por razones de transparencia, puede ser aconsejable prever un procedimiento para dar a conocer aquellas cláusulas del acuerdo de proyecto que sean de interés público. Este requisito debería imponerse con independencia del método que emplee la autoridad contratante para seleccionar el concesionario (procedimiento de selección competitiva, negociaciones directas o selección a raíz de una propuesta no solicitada). Un requisito posible consistiría en obligar a la autoridad contratante a que publique un aviso de la adjudicación del proyecto en el que figuren ciertos elementos esenciales del acuerdo propuesto, como: a) el nombre del concesionario; b) una descripción de las obras que realizará y los servicios que prestará el concesionario; c) la duración de la concesión; d) la estructura de precios; e) un resumen de los derechos y obligaciones esenciales del concesionario y las garantías que deberá aportar; f) un resumen de los derechos de supervisión de la autoridad contratante y los recursos en caso de incumplimiento del acuerdo sobre el proyecto; g) un resumen de las obligaciones esenciales de la administración pública, especialmente en forma de pagos, subsidios o compensaciones; y

h) toda otra cláusula esencial del acuerdo sobre el proyecto que se prevea en la solicitud de propuestas.

H. Expediente del proceso de selección y adjudicación

120. En aras de la transparencia del proyecto y del control financiero de la operación y para facilitar el ejercicio del derecho de los ofertantes perjudicados a solicitar la revisión de decisiones adoptadas por la autoridad contratante, debe exigirse que la autoridad contratante lleve un expediente adecuado de toda la información crucial relativa al proceso de selección.

121. En el expediente que deberá llevar la autoridad contratante deberá figurar, según proceda, la información general relativa al proceso de selección que generalmente debe registrarse en la contratación pública (por ejemplo, la información enumerada en el artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública), así como información de particular interés para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Esta información puede comprender 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 participen en consorcios ofertantes y el nombre y la dirección de cada uno de los miembros del consorcio ofertante con el que se haya formalizado el acuerdo de proyecto; una descripción de los requisitos de publicidad, con copias de la publicidad hecha o de las invitaciones enviadas;

c) Si ulteriormente se permiten cambios en la composición de los consorcios ofertantes preseleccionados, una explicación de las razones por las que se autorizan esos cambios y una reseña de las calificaciones de los nuevos miembros admitidos en los consorcios interesados;

d) Información sobre las calificaciones o la ausencia de calificaciones a los ofertantes; una reseña de la evaluación y la comparación de las propuestas, inclusive la aplicación de un eventual margen de preferencia;

e) 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 ofertantes calificados;

f) Un resumen de las solicitudes de aclaración de la documentación de preselección o de la solicitud de propuestas y de las aclaraciones dadas en respuesta, así como una reseña de las modificaciones que se hayan introducido en esos documentos;

g) Un resumen de las principales cláusulas de las propuestas y del acuerdo de proyecto;

h) Si la autoridad contratante ha considerado más ventajosa una propuesta que no es la que ofrece el precio unitario más bajo por el producto esperado, una justificación de los motivos por los que el comité adjudicador ha llegado a tal conclusión;

i) De haberse rechazado todas las propuestas, una declaración motivada al respecto;

j) Si las negociaciones con el consorcio que presentó la propuesta más ventajosa y las ulteriores negociaciones con otros consorcios que hayan presentado propuestas aptas no dan lugar a un acuerdo de proyecto, una declaración motivada al respecto.

122. En la adjudicación de concesiones sin procedimiento competitivo (ver párr. 89), tal vez convenga consignar en el expediente requerido, además de los datos enunciados en el párrafo 121, la siguiente información:

a) Una declaración de los motivos y circunstancias por los que la autoridad contratante recurrió a la negociación directa;

b) El tipo de publicidad utilizada o el nombre y dirección de la empresa o las empresas directamente invitadas a participar en esas negociaciones;

c) El nombre y la dirección de la empresa o empresas que hayan expresado interés en participar y, de haber excluido alguna, los motivos de su exclusión;

d) Si las negociaciones no resultaron en un acuerdo de proyecto, una declaración motivada al respecto;

e) La justificación dada para la selección definitiva del concesionario.

123. En los procesos de selección abiertos a raíz de propuestas no solicitadas (ver párrs. 107 a 117), tal vez convenga consignar en el expediente del proceso, además de los datos enunciados en el párrafo 121, la siguiente información:

a) El nombre y la dirección de la empresa o las empresas que presentaron la propuesta no solicitada, y una breve descripción de esa propuesta;

b) Un documento de la autoridad contratante que certifique el interés público de la propuesta no solicitada y que ésta entraña nuevos conceptos o tecnologías, según corresponda;

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

d) El nombre y la dirección de la empresa o las empresas que manifestaron su interés en participar y, eventualmente, de las que fueron excluidas y los motivos de su exclusión;

e) Si las negociaciones no culminaron con un acuerdo sobre el proyecto, una declaración en tal sentido y una indicación de los motivos por los que fue así;

f) La justificación dada para la selección del concesionario final.

124. Es conveniente que las reglas sobre el expediente que habrá de llevarse especifiquen quiénes tendrán acceso a su contenido y en qué condiciones. Al definir los criterios aplicables en la materia se han de ponderar factores como los siguientes: la conveniencia general, para un control más efectivo de las autoridades contratantes, de que la divulgación sea amplia; la necesidad de proporcionar a los ofertantes los datos necesarios para evaluar su propia actuación en el proceso y averiguar si tienen motivo legítimo para recurrir; y la necesidad de proteger la información comercial de los ofertantes que sea confidencial. En vista de estas consideraciones, puede ser aconsejable prever dos niveles distintos de divulgación al igual que en el artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. La información divulgable a toda persona en general podrá limitarse a los datos básicos requeridos para un control de la autoridad contratante por el público en general. Sin embargo, es aconsejable dar acceso a los ofertantes a información más detallada sobre el proceso de selección, por serles necesaria para poder apreciar su propia actuación en ese proceso y comprobar la observancia por la entidad contratante de la normativa legal y reglamentaria aplicable.

125. Además, hay que tomar las medidas apropiadas para evitar que se revele información comercial reservada de los proveedores o contratistas. Ese sería el caso en particular de la información relativa a la evaluación y comparación de las propuestas, cuya divulgación excesiva podría perjudicar intereses comerciales legítimos de los ofertantes. Como regla general, la autoridad contratante no deberá revelar información detallada relativa al examen, la evaluación y la comparación de las propuestas, salvo que se lo ordene un tribunal competente.

126. El limitar la divulgación de información relativa al procedimiento de selección en nada impide que sea aplicable a ciertas partes del expediente alguna otra ley del Estado promulgante que dé acceso al público en general 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 legislativos o parlamentarios de supervisión.

I. Vías de recurso

127. La existencia de vías de recurso equitativas y eficientes es uno de los requisitos básicos para atraer a ofertantes 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 selección es que los ofertantes puedan interponer recurso contra las medidas adoptadas por la entidad contratante en contravención de dichas normas o de los derechos de los ofertantes. En diferentes ordenamientos jurídicos y regímenes administrativos existen diversos recursos y procedimientos estrechamente vinculados con la cuestión del reexamen 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 ofertantes la oportunidad de acudir a ellas. Es particularmente útil establecer un sistema efectivo de recursos “precontractuales” (es decir, vías de recurso contra los actos de la autoridad contratante en la etapa lo más temprano posible del proceso de selección). Se

aumentarán de ese modo las probabilidades de que la autoridad contratante corrija sus actos antes de que se produzcan pérdidas y se reducirá el número de casos en los que la compensación monetaria es la única opción que queda para reparar las consecuencias de un acto indebido de la autoridad contratante. En el capítulo VI de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública se enuncian los elementos de un sistema de vías de recurso adecuado.

128. Toda vía de recurso apropiada debe comenzar por reconocer el derecho de los ofertantes a solicitar que se reconsideren ciertas decisiones contrarias a sus derechos. Debe preverse, en primer lugar, el recurso ante la propia autoridad contratante, especialmente cuando el proyecto no haya sido aún adjudicado, lo que facilitará la economía y la eficiencia, ya que muy a menudo, especialmente antes de adjudicarse el contrato, la autoridad contratante estará dispuesta a corregir ciertos errores de procedimiento, de los que tal vez ni se haya dado cuenta. Puede asimismo ser útil prever un recurso por la vía administrativa jerárquica, de ser ello conforme a la normativa constitucional, judicial y administrativa del país. Por último, la mayoría de los regímenes de contratación pública reconocen el derecho a recurrir por la vía judicial, que debe igualmente existir respecto de la adjudicación de proyectos de infraestructura.

129. Para conseguir un equilibrio viable entre la necesidad, por una parte, de defender los derechos de los ofertantes y la regularidad del proceso de selección, y la necesidad, por otra, de evitar todo entorpecimiento de la marcha de dicho proceso, el derecho interno impone cierto número de restricciones a las vías de recurso. Por ejemplo: limita a los ofertantes el derecho a interponer recurso; impone plazos para la interposición de recursos y para su tramitación, así como para la eventual suspensión de proceso de selección durante la fase administrativa del recurso; excluye de las vías de recurso cierto número de decisiones que se dejan a la discreción de la autoridad contratante por no afectar directamente al trato acordado a los ofertantes. En la mayoría de los ordenamientos, los ofertantes disponen de vías de recurso administrativo para impugnar las decisiones de la autoridad contratante, pero no siempre existen vías de recurso judicial.

130. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos existen vías de recurso contra los actos de los órganos administrativos y demás entidades públicas. En algunos Estados, se han establecido esas vías de recurso en especial para las controversias que puedan surgir en el marco de la contratación llevada a cabo por dichos órganos y entidades. En otros, esas controversias deberán ser resueltas por la vía de recurso ordinaria contra los actos administrativos. Algunos aspectos importantes de las vías de recurso, por ejemplo, la instancia ante la que habrá de presentarse el recurso y la reparación que pueda ser otorgada, están relacionados con aspectos conceptuales y estructurales básicos del ordenamiento jurídico y del régimen administrativo de cada país. En muchos ordenamientos jurídicos se ha previsto que el recurso contra los actos de los órganos administrativos y demás entidades públicas deberá presentarse ante la instancia administrativa que goce de autoridad o ejerza control jerárquico sobre dichos órganos o entidades. En los países en cuyo ordenamiento existe tal recurso administrativo jerárquico, la determinación del órgano o autoridad que ha de entender de los recursos contra los actos de

determinado órgano o entidad depende en gran medida de la estructura administrativa de ese Estado. En el campo de la contratación pública en general, por ejemplo, en algunos Estados deberá interponerse el recurso ante el órgano que ejerza la supervisión y el control general sobre la contratación en ese Estado (por ejemplo, una junta central de contratación); en otros Estados, la función de reexamen corresponde al órgano encargado de la supervisión y el control financiero de las operaciones gubernamentales y de la administración. En algunos Estados, para determinadas operaciones en las que intervienen órganos administrativos u otras entidades públicas esta función correrá a cargo de órganos administrativos especializados independientes cuya competencia se califica de “cuasi judicial”, sin que dichos órganos formen parte del sistema judicial.

131. En muchos ordenamientos jurídicos se ha previsto un recurso por la vía judicial contra los actos de los órganos administrativos y demás entidades públicas. En varios de esos ordenamientos esa vía judicial existe como complemento del recurso por la vía administrativa, mientras que en otros sólo se ha previsto la vía judicial. Algunos ordenamientos jurídicos han previsto únicamente la vía administrativa y no la judicial. En algunos ordenamientos en los que se han previsto ambas vías de recurso, no podrá presentarse recurso por la vía judicial hasta no haber agotado la vía administrativa; en otros ordenamientos se podrá optar desde el principio por una u otra vía. La principal cuestión que plantea el recurso judicial es el efecto que tendría la anulación de una licitación pública sobre el contrato adjudicado, especialmente si han comenzado ya las obras públicas. El régimen de la contratación pública suele tratar de compaginar los intereses encontrados del sector público (mantener la integridad del proceso de contratación pública y no retrasar la prestación de un servicio público) con el interés de los ofertantes en preservar sus derechos. Salvo si un acuerdo de proyecto es fruto de actos ilícitos, una buena solución consiste en que la sentencia judicial no anule el acuerdo de proyecto sino que conceda daños y perjuicios a la parte afectada. Se conviene habitualmente en que esos daños y perjuicios no cubran el lucro cesante sino únicamente los gastos que haya supuesto para el ofertante la preparación de la oferta.

IV. Construcción y explotación de infraestructuras

A. Disposiciones generales sobre el acuerdo de proyecto

1. El “acuerdo de proyecto” entre la autoridad contratante y el concesionario es el documento contractual clave en un proyecto de infraestructura. El acuerdo de proyecto 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 expone las condiciones para la explotación de la infraestructura o la prestación de los servicios pertinentes. El acuerdo de proyecto puede figurar en un único documento o presentarse en forma de distintos acuerdos entre la autoridad contratante y el concesionario. En la presente sección se analiza la relación entre el acuerdo de proyecto y la legislación del país anfitrión relativa a los proyectos de infraestructura con financiación privada. Se estudian también los procedimientos y formalidades para la conclusión y la entrada en vigor del acuerdo de proyecto.

1. Criterios legislativos

2. El derecho interno contiene a menudo disposiciones que se refieren al contenido del acuerdo de proyecto. En algunos países, la ley se limita a mencionar la necesidad de un acuerdo entre el concesionario y la autoridad contratante, mientras que en otros regula en detalle, en disposiciones de rango imperativo, el contenido de las cláusulas que se han de incluir en el acuerdo. Adoptan un enfoque legislativo intermedio las leyes que enumeran una serie de cuestiones que deberán abordarse en el acuerdo de proyecto sin regular en detalle el contenido de sus cláusulas.

3. Promulgar normas de carácter general sobre ciertos elementos esenciales del acuerdo de proyecto ofrece la ventaja de establecer un marco legal general para la asignación de derechos y obligaciones entre las partes. Puede además obedecer a la intención de tratar con coherencia ciertas cuestiones contractuales y de impartir orientación a las autoridades que hayan de intervenir en la negociación de acuerdos de proyecto a diversos niveles de la administración pública (nacional, provincial o local). Esa orientación resultará particularmente útil para toda autoridad contratante que carezca de experiencia en la negociación de este tipo de acuerdos. Por último, a veces se ha de habilitar por ley a la autoridad contratante para dar su asentimiento a ciertas condiciones del acuerdo.

4. No obstante, el regular en detalle, en normas de derecho general, los derechos y las obligaciones de las partes puede privar a la autoridad contratante y al concesionario de la flexibilidad requerida para negociar un

acuerdo que tenga en cuenta las necesidades y particularidades de un proyecto concreto. Por consiguiente, es aconsejable limitar a lo estrictamente necesario el alcance de las normas de derecho general referentes al acuerdo de proyecto, destinándolas, por ejemplo, a regular cuestiones que puedan requerir autorización legal previa o que puedan afectar a los intereses de terceros, o a asuntos esenciales de política general que no puedan modificarse por vía de acuerdo.

2. Derecho aplicable al acuerdo de proyecto

5. En la legislación nacional sobre proyectos de infraestructura con financiación privada no es frecuente hallar disposiciones legales referentes al derecho aplicable al acuerdo de proyecto. Cuando aparecen, suelen prever la aplicación de las leyes del país anfitrión haciendo una remisión general al derecho interno o mencionando textos legales o reglamentarios especiales aplicables al acuerdo de proyecto. En algunos ordenamientos puede haber una sumisión tácita a las leyes del país anfitrión, incluso cuando no haya una disposición legal en ese sentido.

6. El derecho aplicable al acuerdo de proyecto incluirá todo texto legal o reglamentario del país anfitrión directamente aplicable a los proyectos de infraestructura con financiación privada, siempre que en el país exista una normativa expresa sobre la materia. En algunos países, el acuerdo de proyecto puede regirse por el derecho administrativo, mientras que en otros se regirá por el derecho privado (ver cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 24 a 27. La normativa aplicable incluye además normas de otros campos del derecho que rigen diversas cuestiones planteadas durante la ejecución de un proyecto de infraestructura (ver cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, secc. B). Algunas de estas normas pueden ser de derecho administrativo o público en general y serán posiblemente de aplicación imperativa en el país anfitrión, como ocurre con las que rigen la protección del medio ambiente y la salud, y las condiciones de trabajo. Algunas normas de derecho interno enumeran expresamente las cuestiones sujetas a normas de aplicación imperativa. No obstante, diversas cuestiones suscitadas por el acuerdo de proyecto o por la explotación de la infraestructura suelen no ser objeto de normas imperativas de derecho público. Tal es el caso generalmente con la mayoría de las cuestiones contractuales planteadas por el acuerdo de proyecto (por ejemplo, formación, validez e incumplimiento del contrato, incluida la responsabilidad y la indemnización por incumplimiento del contrato y su rescisión indebida).

7. Los países anfitriones que deseen adoptar un régimen legal sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada tal vez tengan que abordar en más de una norma legal las diversas cuestiones que plantean tales proyectos. Otros países tal vez deseen introducir normas que regulen únicamente ciertas cuestiones que no se aborden satisfactoriamente en las leyes y reglamentaciones vigentes. Por ejemplo, las normas destinadas a los

proyectos de infraestructura con financiación privada pueden prever ciertos rasgos concretos de los procedimientos de selección del concesionario y remitirse, en su caso, a la legislación vigente en materia de adjudicación de contratos públicos en lo que respecta a la administración del procedimiento. La adopción de normas especiales para los proyectos de infraestructura con financiación privada, tal vez requiera que los países anfitriones dejen de aplicar a estos proyectos ciertas leyes y reglamentaciones que, en opinión del legislador, obstaculicen su ejecución.

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 proyectos de infraestructura con financiación privada y, en su caso, sobre los textos que hayan sido derogados. Sin embargo, dado que no sería posible enumerar exhaustivamente en una ley todas las leyes o reglamentaciones de importancia directa o subsidiaria para los proyectos de infraestructura con financiación privada, sería conveniente presentar esa lista en un documento no legal, como en un folleto de promoción o en la información general facilitada a los ofertantes junto con la solicitud de propuestas (ver cap. III, “Selección del concesionario”, párr. 60).

3. Concertación del acuerdo de proyecto

9. En proyectos tan complejos como los de infraestructura, no es extraño que transcurran varios meses de negociación final antes de que las partes estén dispuestas a firmar el acuerdo de proyecto (ver cap. III, “Selección del concesionario”, párrs. 83 y 84). Ciertos trámites a veces prescritos por la ley, como la aprobación del acuerdo de proyecto por una autoridad de mayor rango tal vez requieran también tiempo. En algunos países, la entrada en vigor del acuerdo de proyecto, o de ciertas categorías de acuerdos de proyecto, está sujeta a aprobación parlamentaria o incluso a la promulgación de una ley especial. Dados los costos que entraña la demora en la ejecución del acuerdo de proyecto, es aconsejable prever modos de agilizar la negociación final para evitar demoras innecesarias en la concertación del acuerdo de proyecto.

10. Entre los factores que demoran las negociaciones se han mencionado, por ejemplo, la falta de experiencia de las partes, la coordinación deficiente entre las distintas autoridades públicas, la incertidumbre sobre el grado de apoyo público o las dificultades para adoptar disposiciones de garantía que sean aceptables para los proveedores de fondos. El órgano superior competente puede facilitar la tarea dando orientación adecuada a los negociadores que actúen en nombre de las autoridades contratantes del país. Cuanto mejor sepan las partes qué cuestiones deberán resolver en el acuerdo de proyecto, mayor será la probabilidad de que negocien con éxito el acuerdo de proyecto. Inversamente, si después del proceso de selección quedan por resolver importantes cuestiones y se da escasa orientación a los negociadores sobre el contenido del acuerdo de proyecto, existe un riesgo considerable de que las negociaciones resulten costosas y prolongadas, y de que se presenten

quejas justificadas de que el proceso de selección no ha sido lo bastante transparente y competitivo.

11. Convendría asimismo revisar los procedimientos para la concertación y la entrada en vigor del acuerdo de proyecto con miras a agilizar los trámites y a evitar las consecuencias negativas de las demoras en el calendario del proyecto. En algunos países, se ha delegado por ley el poder de vincular a la autoridad contratante o al Estado en ciertos cargos públicos designados al efecto, a fin de que la entrada en vigor del acuerdo de proyecto se produzca al firmarse el acuerdo o al cumplirse ciertos trámites, como la publicación en la gaceta oficial. En los países en que ese procedimiento no resulte factible o en que se requiera además la aprobación final de otra entidad, es conveniente plantearse la simplificación de los procedimientos de aprobación. Cuando se juzgue que esos procedimientos son arbitrarios o engorrosos, cabrá pedir al órgano o entidad competente que proporcione al concesionario y a los proveedores de fondos suficientes garantías contra ese riesgo (ver cap. II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 45 a 50). En algunos países con requisito de aprobación, se faculta a veces a la autoridad contratante para compensar al ofertante seleccionado por los gastos incurridos en el proceso de selección y en la preparación del proyecto, caso de que la aprobación definitiva sea dejada en suspenso por razones no imputables al ofertante seleccionado.

B. Organización del concesionario

12. En el derecho interno se encuentran a menudo ciertos requisitos de organización aplicables a la empresa concesionaria que se pormenorizan en las cláusulas de los acuerdos de proyecto. Estos requisitos pueden referirse a la constitución del concesionario en entidad jurídica, así como a su capital, al alcance de sus actividades y a sus estatutos o reglamentos internos. En la mayoría de los casos, los ofertantes seleccionados constituyen la sociedad del proyecto en forma de entidad jurídica independiente dotada de personalidad propia, que a raíz del acuerdo de proyecto se convertirá en la empresa concesionaria. Una sociedad del proyecto con personalidad jurídica independiente es el medio habitual al que se recurre para reunir fondos en la llamada financiación en función del propio proyecto (ver “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párr. 54). La constitución de tal entidad facilita la coordinación en la ejecución del proyecto e introduce un mecanismo para proteger los intereses del proyecto que no han de coincidir necesariamente con los intereses particulares de cada uno de los promotores del proyecto. Este aspecto puede revestir especial importancia cuando uno o más miembros del consorcio vayan a proporcionar una parte importante de los servicios o suministros necesarios para el proyecto.

13. Generalmente, la sociedad del proyecto debe constituirse antes de que concluya un plazo razonable tras la adjudicación del proyecto. Puesto que gran parte de las responsabilidades financieras y de las obligaciones del concesionario, incluidas las que sean a largo plazo (acuerdo de proyecto, acuerdos de préstamo y garantía, contratos de obras), se conciertan generalmente en una etapa inicial, tal vez convenga que el proyecto esté representado a título de entidad independiente en el momento de negociarse dichos instrumentos. Sin embargo, no es razonable esperar compromisos firmes y definitivos por parte de los prestamistas y de otros proveedores de fondos antes de la adjudicación definitiva de la concesión.

14. Con frecuencia se exige que las entidades que prestan servicios públicos se constituyan con arreglo al derecho interno del país anfitrión. Este requisito refleja el interés del poder legislativo en asegurar, entre otras cosas, que las empresas de servicios públicos cumplan con la normativa del país en materia de contabilidad y de transferencia (por ejemplo, publicación de estados financieros o de informes de ciertos actos sociales de la empresa). No obstante, ese requisito subraya la necesidad de que el país anfitrión disponga de un derecho de sociedades adecuado (ver cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 30 a 33). 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.

15. 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 así como la proporción ideal entre fondos tomados en empréstito y fondos que habrán de invertirse en forma de capital social varían de un proyecto a otro, tal vez no sea conveniente prescribir como requisito legal una cantidad mínima de capital fijo para toda sociedad que realice proyectos de infraestructura en el país. Cabría dejar en cambio a la autoridad contratante un mayor margen de flexibilidad para fijar la cantidad conveniente de inversión en forma de capital social que corresponda a las necesidades financieras del proyecto. Por ejemplo, cabría indicar en la solicitud de propuestas el nivel de inversión previsto en el capital social de la sociedad del proyecto expresado en términos de la relación entre su deuda social y su capital social, y cabría incluir esa indicación entre los criterios de evaluación de las propuestas financieras y comerciales a fin de estimular la competencia entre los ofertantes (ver cap. III, “Selección del concesionario”, párrs. 75 a 77).

16. En cualquier caso, es aconsejable revisar las disposiciones legales o los requisitos reglamentarios referentes a la organización del concesionario a fin de que se ajusten a las obligaciones internacionales asumidas por el país anfitrión. Las disposiciones restrictivas o que requieran determinados tipos de entidad jurídica o de empresa conjunta para poder prestar un servicio, y las

limitaciones a la participación de capital extranjero expresadas en forma de topes porcentuales para los accionistas extranjeros o de valor total para las inversiones extranjeras, individuales o acumulativas, podrían resultar incompatibles con ciertas obligaciones contraídas por los Estados signatarios de algunos acuerdos internacionales de integración económica o de liberalización del comercio de servicios.

17. El derecho interno contiene a veces disposiciones relativas al alcance de las actividades de la sociedad del proyecto que exigen, por ejemplo, que se limiten al desarrollo y explotación de determinada infraestructura. 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 y otras actividades que no guarden relación alguna con el mismo. Además, un requisito de este tipo puede facilitar la evaluación de la ejecución de cada proyecto ya que los déficit y los superávits no pueden cubrirse ni compensarse con las deudas ni con los beneficios de otros proyectos o actividades.

18. Es posible que la autoridad contratante desee asegurarse de que los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto reflejan debidamente las obligaciones que la sociedad haya asumido en el acuerdo de proyecto. Por tanto, los acuerdos de proyecto estipulan a veces que la entrada en vigor de todo cambio en los estatutos o reglamentos de la sociedad se producirá a raíz de su aprobación 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 requerirán el voto favorable de la autoridad contratante en las juntas de accionistas o en el consejo de administración. En cualquier caso, es importante sopesar la defensa del interés público que representa la autoridad contratante y la necesidad de dar a la sociedad del proyecto el margen de flexibilidad requerido para cumplir con su cometido. De juzgarse necesario exigir la aprobación de la autoridad contratante para las modificaciones propuestas en los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto, sería aconsejable limitar ese requisito a las cuestiones que se consideren de importancia decisiva (por ejemplo, la cuantía del capital, clases de acciones y sus privilegios, o procedimientos de liquidación), que deberán precisarse en el acuerdo de proyecto.

C. Emplazamiento del proyecto, bienes y servidumbres

19. Las disposiciones relativas al emplazamiento del proyecto son una parte esencial de la mayoría de los acuerdos de proyecto. Estas disposiciones suelen regular cuestiones como la propiedad de los bienes raíces y demás bienes del proyecto y la adquisición de los terrenos adicionales y de las servidumbres requeridas por el concesionario para llevar a cabo las obras o explotar la infraestructura. En la medida en que el acuerdo de proyecto prevea la transferencia de bienes públicos al concesionario, o la concesión de un

derecho de uso sobre dichos bienes, será tal vez 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 esté ubicado en terrenos públicos.

1. Propiedad de los bienes del proyecto

20. Como se indicó anteriormente, pueden concebirse diversas formas de participación del sector privado en proyectos de infraestructura con financiación privada, que van desde las infraestructuras de propiedad y explotación públicas hasta los proyectos plenamente privatizados (ver “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 47 a 53). 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 una normativa legal detallada al respecto. En diversos países había bastado con ofrecer cierta orientación legal sobre las cuestiones que debían resolverse en el acuerdo de proyecto.

21. En algunos ordenamientos jurídicos, la infraestructura física requerida para prestar servicios públicos suele ser de 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 concesionario. No obstante, es posible que durante la vida del proyecto el concesionario introduzca mejoras en la infraestructura o la amplíe. No siempre podrá determinarse fácilmente, a tenor del derecho aplicable, si esas mejoras o adiciones pasarán a ser parte integrante de los bienes públicos puestos en manos del concesionario o si algunas de ellas son separables de esos bienes y pasarán a ser propiedad privada del concesionario. Por consiguiente, es aconsejable que en el acuerdo de proyecto se especifique qué bienes serán de propiedad pública y cuáles serán de propiedad privada del concesionario.

22. La necesidad de claridad respecto de la propiedad de los bienes del proyecto no se limita a los ordenamientos jurídicos en que las infraestructuras físicas requeridas para prestar servicios públicos se consideran de propiedad pública. En general, cuando la autoridad contratante facilite los terrenos o las infraestructuras que se requieran para ejecutar el proyecto, es aconsejable que en el acuerdo de proyecto se especifique qué bienes serán de propiedad pública y cuáles serán propiedad privada del concesionario. El concesionario podrá recibir la propiedad de los terrenos o infraestructuras, o tal vez se le conceda únicamente un derecho de arrendamiento o de utilización de los mismos, así como de edificar sobre ellos, en particular cuando los terrenos sigan siendo de propiedad pública. En ambos supuestos, deberá definirse claramente la naturaleza de los derechos del concesionario, ya que afectará

directamente a la capacidad del concesionario para crear garantías reales sobre dichos bienes a fin de obtener fondos para el proyecto (ver párrs. 54 y 55).

23. Además de la propiedad de los bienes durante el período de la concesión, es importante tener presente el régimen de propiedad aplicable al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto. En algunos países, la ley insiste particularmente en el interés que puede tener la autoridad contratante en los bienes vinculados al proyecto y suele exigir su entrega a la autoridad contratante, mientras que en otros países los proyectos de infraestructura con financiación privada son primordialmente considerados como un medio de contratar servicios durante un cierto plazo, y no como un medio de contratar obras. Por ello, las leyes de estos últimos países suelen limitar la obligación de traspaso del concesionario a los bienes públicos y a los que se hayan puesto inicialmente a disposición del concesionario o a otros bienes que se consideren indispensables para la continuidad del servicio. A veces, el concesionario traspasa directamente esos bienes a su sucesor como concesionario.

24. Esta diversidad de enfoques legislativos suele reflejar la diversidad de funciones de los sectores privado y público según cual sea el ordenamiento jurídico o el sistema económico imperante en cada país, aun cuando puede ser también resultado de consideraciones prácticas por parte de la autoridad contratante. Una buena razón para que la autoridad contratante autorice al concesionario a retener algunos bienes al final del período del proyecto puede ser el deseo de reducir el costo del servicio. Si es probable que los bienes del proyecto posean un valor residual para el concesionario y que ese valor será contabilizado como propio, por el ofertante, durante el proceso de selección, la autoridad contratante puede lógicamente esperar que la tarifa que el ofertante vaya a cobrar por el servicio sea inferior. Ciertamente, si el concesionario no se siente obligado a amortizar la totalidad del costo de esos bienes durante la vida del proyecto, sino que puede confiar en venderlos al expirar el acuerdo de proyecto o en destinarlos para otros fines, es probable que pueda ofrecer el servicio a un costo inferior que si se siente obligado a amortizar la totalidad de su costo durante la vida del proyecto. Además, algunos bienes tal vez hayan de ser renovados o reequipados técnicamente al final de la vida del proyecto hasta tal punto que pudiera no ser rentable reclamarlos. En ese momento puede además haber responsabilidades residuales o emergentes, tal vez por concepto de daños al medio ambiente o de gastos de demolición.

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

a) *Bienes que deben traspasarse a la autoridad contratante.* En esta categoría figuran normalmente todos los bienes de propiedad pública que el concesionario haya utilizado para prestar el servicio encomendado. En esta

categoría figurará toda obra de infraestructura que haya sido facilitada al concesionario por la autoridad contratante y toda nueva obra que el concesionario haya edificado a raíz del acuerdo de proyecto. Algunos ordenamientos exigen también el traspaso de toda otra obra, bien o terreno que el concesionario haya adquirido subsiguientemente para el buen funcionamiento de la infraestructura, particularmente cuando pasen a formar parte de la infraestructura que haya de entregarse a la autoridad contratante o hayan sido adheridos permanentemente a ella;

b) *Bienes que la autoridad contratante podrá comprar, si así lo desea.* En esta categoría suelen figurar bienes que eran inicialmente propiedad del concesionario o que el concesionario adquirió ulteriormente, y que, sin ser indispensables o estrictamente necesarios para la prestación del servicio, pueden facilitar o mejorar la eficiencia y la calidad del servicio prestado;

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

26. En vista de lo anterior, es útil que la ley requiera que en el acuerdo de proyecto se especifiquen los bienes que serán de propiedad pública y los que serán propiedad privada del concesionario. En el acuerdo de proyecto deben indicarse los bienes que el concesionario deberá traspasar a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario cuando expire o se rescinda el acuerdo de proyecto; qué bienes la autoridad contratante podrá adquirir del concesionario y de qué bienes podrá disponer libremente el concesionario cuando expire o se rescinda el acuerdo de proyecto. Estas disposiciones deberán complementarse con cláusulas contractuales que ayuden a determinar, en su caso, la retribución abonable al concesionario por los bienes traspasados a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario o por los comprados por la autoridad contratante al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto (ver cap.V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, párrs. 37 a 40).

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

27. Cuando vaya a construirse una nueva infraestructura en un terreno que sea público (propiedad de la autoridad contratante o de otra autoridad pública) o se vaya a modernizar o rehabilitar una infraestructura ya existente, en general la entidad propietaria deberá poner dicho terreno o infraestructura a disposición del concesionario. La situación es más compleja cuando el terreno no sea aún propiedad de la autoridad contratante y deba ser comprado a sus dueños. En la mayoría de los casos, el concesionario no estará en las mejores condiciones para asumir la responsabilidad de comprar el terreno necesario para el proyecto, habida cuenta de la demora y de los gastos que posiblemente

entrañarán las negociaciones con un número tal vez grande de propietarios y, en algunas jurisdicciones, las complicadas búsquedas de títulos de propiedad, examinando la cadena de transmisiones anteriores de la titularidad para comprobar la regularidad del título de cada dueño. 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 de resultas de su adquisición. La autoridad contratante podrá comprar los terrenos necesarios a sus propietarios o, si es preciso, adquirirlos por vía forzosa.

28. El procedimiento para la adquisición estatal forzosa de bienes privados contra el pago de una indemnización adecuada a sus dueños, que se designa en el derecho interno por diversos términos técnicos como “expropiación”, en la *Guía* se denomina “adquisición forzosa”. En los países cuyo derecho interno prevea más de un procedimiento de adquisición forzosa, tal vez convenga autorizar a las autoridades competentes a efectuar todas las adquisiciones requeridas para infraestructuras con financiación privada siguiendo para ello el más eficiente de dichos procedimientos, como la vía especial seguida en algunos países cuando se dan razones de necesidad pública imperiosa (ver cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 22 y 23).

29. La adquisición forzosa de bienes suele ser competencia de una autoridad pública, pero la legislación de algunos países autoriza también a las empresas concesionarias de infraestructuras o de servicios públicos (por ejemplo, compañías de ferrocarriles, de electricidad o telefónicas) a iniciar las actuaciones para la adquisición forzosa de los bienes que sean necesarios para prestar sus servicios al público o para ampliarlos. Particularmente en países en los que se determina judicialmente la indemnización pagadera a los propietarios de bienes forzosamente adquiridos, se ha estimado conveniente delegar en el concesionario ciertas facultades conducentes a la adquisición forzosa, aunque siga correspondiendo a la autoridad pública adoptar toda medida que, conforme a la normativa aplicable, sea requerida para validar el procedimiento de adquisición. A raíz de su adquisición, el terreno suele pasar a ser propiedad pública, aunque en algunos países la autoridad contratante estará facultada para convenir con el concesionario algún arreglo distinto, según cómo se vaya a distribuir el costo de su adquisición.

3. *Servidumbres*

30. Pueden requerirse medidas especiales en los casos en que el concesionario deba pasar por terrenos que sean propiedad de terceros para tener acceso al emplazamiento del proyecto o para realizar o mantener obras necesarias para prestar el servicio (por ejemplo, para colocar señales de tráfico en terrenos adyacentes; para instalar postes o líneas de transmisión eléctrica que atraviesen la propiedad de terceros; para la instalación y el mantenimiento de equipo de transformación y conexión; para talar árboles

que obstaculicen líneas telefónicas situadas en terrenos colindantes; para instalar conducciones de petróleo, gas o agua).

31. A menudo se designa por el término de “servidumbre” el derecho a utilizar alguna propiedad ajena para un fin determinado o para realizar ciertos trabajos en ella. Para el establecimiento de una servidumbre se requerirá normalmente el consentimiento del propietario del predio en donde esté radicada, a menos de que se trate de derechos que establece la ley. No suele ser ni expeditivo ni rentable dejar que el concesionario negocie directamente las servidumbres con los propietarios. Por ello, es más frecuente que sea la autoridad contratante la que imponga por vía de adquisición forzosa las servidumbres requeridas por el proyecto, al tiempo que adquiere su emplazamiento.

32. Otra vía distinta sería que la propia ley facultase a los proveedores de servicios públicos para entrar y pasar por terrenos de terceros o para realizar obras o instalar estructuras en ellos cuando sean necesarias para la construcción, explotación o mantenimiento de infraestructuras públicas. Esta vía, que permite eludir la dificultad de tener que negociar cada servidumbre con un propietario distinto, podrá ser estatuida por una norma de índole sectorial, cuando sea posible determinar de antemano cuáles son las servidumbres mínimas que el concesionario necesitará. Por ejemplo, en una norma especial destinada al sector de la energía eléctrica podrán definirse las condiciones que darán derecho al concesionario a tender cables o a instalar ciertos tramos básicos de su red de distribución en terrenos ajenos. Este derecho puede ser esencial para ciertas tareas, como la instalación o el tendido de cables subterráneos y aéreos, así como para montar estructuras de apoyo y equipo de transformación y conexión o para mantener, reparar y desmontar dichas instalaciones, y para establecer una zona de seguridad a lo largo de todo el tendido subterráneo o aéreo, o para eliminar obstáculos al tendido de los cables o que invadan la zona de seguridad. El derecho interno dará, a veces, a los propietarios derecho a ser indemnizados por todo trastorno grave causado por esas servidumbres en el disfrute de sus propiedades.

D. Arreglos financieros

33. Los arreglos financieros suelen estipular las obligaciones del concesionario en orden a asegurar la financiación del proyecto, esbozar los mecanismos para el desembolso y la contabilización de los recursos, establecer los métodos para calcular y ajustar la tarifa cobrada por el concesionario y prever las garantías reales que podrán crearse a favor de los acreedores del concesionario. Es importante cerciorarse de que el derecho interno del país propicia y no obstaculiza la gestión financiera del proyecto.

1. Obligaciones financieras del concesionario

34. En los proyectos de infraestructura con financiación privada, el concesionario suele encargarse de conseguir los fondos necesarios para construir y explotar la infraestructura. Sus obligaciones a este respecto suelen estar pormenorizadas en las cláusulas del acuerdo de proyecto. En la mayoría de los casos, la autoridad contratante y demás autoridades públicas tendrán interés en limitar sus obligaciones financieras a las expresamente estipuladas en el acuerdo de proyecto o a las formas de respaldo público directo que se haya convenido en otorgar al proyecto.

35. La cuantía de capital aportada directamente por los accionistas de la sociedad del proyecto suele suponer sólo una parte de la inversión total propuesta. Una parte mucho mayor proviene de los préstamos otorgados al concesionario por bancos comerciales e instituciones financieras internacionales, así como del producto de la venta de obligaciones y otros títulos negociables en el mercado de capitales (ver “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 54 a 67). Por ello, es importante evitar que la ley restrinja innecesariamente la capacidad del concesionario para concertar los arreglos financieros que estime oportunos para financiar la infraestructura.

2. Determinación y control de la tarifa

36. La tarifa o las tasas cobradas por el concesionario pueden ser la fuente principal de recursos (a veces la única) para recuperar la inversión efectuada en el proyecto, a falta de subvenciones o de pagos de la autoridad contratante (ver párrs. 47 a 51) o del erario público (ver cap. II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 30 a 60). El concesionario procurará, pues, estar en condiciones de fijar y mantener la tarifa y las tasas a un nivel que le garantice una liquidez suficiente para el proyecto. No obstante, en algunos ordenamientos puede haber límites a la libertad del concesionario para fijar esas tarifas o tasas. El precio al que se prestan los servicios públicos suele formar parte de la política general en materia de infraestructura y ser causa de preocupación inmediata para amplios sectores de la población. Así pues, el marco regulatorio impone en muchos países controles especiales a las tarifas y tasas cobradas por la prestación de servicios públicos. Además, en algunos ordenamientos, la ley o alguna otra norma de índole general será la que defina los parámetros para fijar los precios cobrados por ciertos bienes o servicios, requiriendo, por ejemplo, que la tarifa cobrada sea “razonable”, “justa” o “equitativa”.

a) Facultad del concesionario para efectuar los cobros

37. En cierto número de países tal vez sea necesaria una autorización legal previa para que un concesionario cobre una tarifa a los usuarios de un servicio

público o de una infraestructura pública. La ausencia de una autorización legal ha dado lugar en algunos países a demandas judiciales en las que se ha impugnado la facultad del concesionario para cobrar una tarifa por dicho servicio.

38. Cuando se estime necesario incorporar a la legislación general disposiciones sobre el nivel de las tarifas y tasas que el concesionario podrá cobrar a los usuarios, deberán tratarse 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 tasas ponderen no sólo los factores sociales de interés general, sino también el interés del concesionario en lograr un nivel de liquidez que garantice la viabilidad económica y la rentabilidad comercial del proyecto. Además, conviene facultar a las partes para negociar arreglos apropiados, particularmente en materia de indemnización, para los supuestos en los que la reglamentación directa o indirecta de la tarifa cobrable por los servicios prestados resulte en la imposición de una tarifa inferior al nivel requerido para la explotación rentable del proyecto (ver párr. 124).

b) Métodos de control de la tarifa

39. La legislación interna somete a menudo las tarifas o las tasas cobrables a algún mecanismo de control. Muchos países han preferido definir sólo los principios generales de la fijación de tarifas y dejar su aplicación práctica al organismo regulador competente y a las condiciones impuestas en las licencias o concesiones. Este criterio es aconsejable, ya que la idoneidad de la fórmula empleada dependerá de cada sector y tal vez haya de ajustarse durante la vida del proyecto. En países donde sea aplicable algún control de tarifas, la ley suele exigir que la fórmula a emplear sea indicada en la solicitud de propuestas y consignada en el acuerdo de proyecto. Los sistemas de control consisten normalmente en fórmulas para reajustar la tarifa y en medidas de vigilancia para garantizar el cumplimiento de los parámetros impuestos. Los métodos de control más usuales en las leyes nacionales se basan en los criterios de la rentabilidad y del precio tope. Existen también regímenes híbridos en que se combinan ambos criterios. Cabe señalar que ningún mecanismo de control de tarifas funcionará bien sin un análisis comercial y económico detallado. Los párrafos siguientes se limitan a esbozar ciertos problemas y sus posibles soluciones.

i) Método de la rentabilidad

40. Con arreglo al método de la rentabilidad, el mecanismo de reajuste de la tarifa tiene por objeto permitir que el concesionario obtenga de su inversión la tasa de rendimiento convenida. La tarifa para determinado período se fijará sobre la base de los ingresos globales del concesionario que explote la infraestructura, lo que supone la determinación de sus gastos, de la inversión efectuada para prestar los servicios y de la rentabilidad autorizada. Se realizan

periódicas revisiones de la tarifa, a veces siempre que la autoridad contratante u otras partes interesadas estimen que los ingresos reales son superiores o inferiores a lo previsto. Con ese fin, la autoridad contratante comprobará los gastos de la infraestructura, determinará hasta qué punto las inversiones realizadas por el concesionario pueden incluirse en la base tarifaria, y calculará los ingresos que deben obtenerse para cubrir los gastos autorizados y la rentabilidad convenida. El método de la rentabilidad suele utilizarse cuando se trate de servicios públicos para los que quepa esperar una demanda constante, como en el suministro de electricidad, gas o agua. Para las infraestructuras o servicios sujetos a una demanda más elástica (como las carreteras de peaje), tal vez no sea posible mantener constante el nivel de rentabilidad del concesionario ajustando periódicamente la tarifa.

41. Se ha visto que el método de la rentabilidad ofrece un alto grado de seguridad a las empresas de infraestructura, ya que el concesionario tiene la garantía de que la tarifa aplicada será suficiente para cubrir sus gastos de explotación y obtener la rentabilidad convenida. Como la tarifa se reajusta periódicamente, manteniendo así la rentabilidad del concesionario más o menos constante, las inversiones en empresas que prestan servicios públicos están expuestas a escasos riesgos comerciales. A consecuencia de ello se registran normalmente unos costos de capital inferiores. La posible desventaja del método de la rentabilidad es que ofrece escaso incentivo a la empresa de infraestructura para minimizar sus costos, porque tiene la seguridad que los recuperará mediante reajustes tarifarios. Sin embargo, puede haber cierto grado de incentivo si la tarifa no se ajusta instantáneamente o si los reajustes no se aplican con carácter retroactivo. Cabe señalar que para aplicar el método de la rentabilidad se requiere un flujo continuo de información detallada, así como largas negociaciones (por ejemplo, sobre los gastos computables y su asignación).

ii) *Método del precio tope*

42. En virtud de este método, se establece un baremo de precios para un período determinado (por ejemplo cuatro o cinco años), teniendo en cuenta la inflación futura y las futuras mejoras de eficiencia que se esperan de la infraestructura. Se permite que la tarifa fluctúe dentro de los límites establecidos en el baremo. En algunos países, el baremo se calcula como la media ponderada de diversos índices, mientras que en otros es un índice de precios al consumo menos un factor de productividad. Cuando se requieran nuevas inversiones sustanciales, el baremo podrá incluir un componente adicional para cubrir esos costos extraordinarios. La fórmula puede aplicarse a todos los servicios de la empresa o sólo a grupos de servicios determinados, y cabe aplicar un baremo distinto a cada grupo. El reajuste periódico del baremo se basará, sin embargo, en cálculos de rentabilidad que requieren información tan detallada como la anteriormente indicada, aunque con menos frecuencia.

43. La aplicación del método del precio tope puede ser menos compleja que la del método de la rentabilidad. Se ha visto que el primero de esos métodos ofrece mayores incentivos a las empresas de servicios públicos, ya que el concesionario retendrá la ventaja de unos costos inferiores a los previstos hasta el siguiente período de reajuste. Al propio tiempo, sin embargo, las empresas de servicios públicos están normalmente expuestas a mayores riesgos cuando se aplica el método del precio tope que cuando se aplica el método de la rentabilidad. En particular, el concesionario correrá el riesgo de que los costos resulten superiores a los previstos, ya que no podrá elevar la tarifa, hasta el siguiente reajuste. Ese mayor riesgo aumentará los costos de capital. Si no se permite que la rentabilidad de la sociedad del proyecto aumente, la sociedad tendrá dificultades en captar nuevas inversiones, y tal vez se sienta tentada a disminuir la calidad del servicio para reducir sus costos.

iii) *Métodos híbridos*

44. Muchos métodos de reajuste de la tarifa actualmente utilizados combinan elementos de los métodos de la rentabilidad y del precio tope a fin de reducir los riesgos a que se exponen las empresas de servicios y de ofrecer incentivos suficientes para la eficiencia en la explotación de la infraestructura. Uno de esos métodos híbridos emplea escalas móviles para reajustar la tarifa, que reajustan la tarifa al alza cuando la tasa de rentabilidad descende 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. Otros criterios posibles para combinar ambos métodos son el examen por la autoridad contratante de las inversiones hechas por el concesionario, a fin de asegurarse de que satisfacen los criterios de utilidad que permitirán tenerlos en cuenta al calcular los ingresos previstos del concesionario. Otra técnica de reajuste de la tarifa que podrá utilizarse para fijarla o, en general, para vigilar su nivel, es su fijación en función de valores o índices de referencia. Al comparar los diversos componentes del costo de una empresa de servicios públicos con los de otra de igual índole y con las normas internacionales, la autoridad contratante podrá juzgar si el reajuste de tarifa solicitado por esa empresa es razonable.

c) *Consideraciones sobre políticas de control de la tarifa cobrada*

45. Cada uno de los métodos principales de reajuste de la tarifa anteriormente examinados tiene sus ventajas y desventajas e influye de distintas maneras en las decisiones de inversión del sector privado (ver párrs. 41 y 43), lo que el poder legislativo deberá tener en cuenta al considerar la idoneidad de los posibles métodos de control de tarifas para la situación interna. También cabría utilizar métodos distintos para cada sector de infraestructura. De hecho, algunas legislaciones facultan a la autoridad contratante para aplicar el método del precio tope o el de la rentabilidad al

seleccionar los concesionarios, según sea el alcance y la índole de las inversiones y de los servicios. Al seleccionar un método para controlar la tarifa, será importante tener en cuenta cómo influirá cada método en las decisiones de inversión del sector privado. Cualquiera que sea el método elegido, deberá examinarse detenidamente la capacidad de la autoridad contratante o del organismo regulador para verificar correctamente los resultados financieros del concesionario a fin de aplicar el método de reajuste de forma satisfactoria (ver también cap. I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 30 a 53).

46. Es importante tener presente que la fórmula de reajuste de la tarifa no puede fijarse de una vez para siempre, ya que es previsible que la tecnología, los tipos de cambio, el nivel salarial, la productividad y otros factores varíen de forma notable y, a veces, incluso imprevisiblemente, durante el período de la concesión. Además, esa fórmula de reajuste suele definirse dando por sentado cierto nivel de producción o de demanda y puede no dar resultado si el volumen de producción o la demanda varían considerablemente. Por ello, muchos países han previsto un mecanismo de revisión de la fórmula de reajuste de la tarifa, que puede ser periódico (por ejemplo, cada cuatro o cinco años) o al que podrá recurrirse siempre que se demuestre que la fórmula no permite remunerar adecuadamente al concesionario (ver también párrs. 59 a 68). El régimen tarifario exigirá también una estabilidad y previsibilidad que permitan a los proveedores y usuarios de servicios públicos planificar en consecuencia y obtener una financiación basada en unos ingresos previsibles. Los inversionistas y prestamistas pueden preocuparse especialmente por las modificaciones reglamentarias que afecten al método de reajuste de la tarifa. Por ello, normalmente exigirán que la fórmula de reajuste esté incorporada al acuerdo de proyecto.

3. Obligaciones financieras de la autoridad contratante

47. En supuestos en que el concesionario preste servicios directamente al público en general, cabe que la autoridad contratante u otra autoridad pública se comprometa a efectuar ciertos pagos directos al concesionario como complemento o en sustitución de las tasas cobradas por los servicios a los usuarios. En supuestos en que elabore un producto para su ulterior transmisión o distribución por otra empresa de servicios, cabe que la autoridad contratante se comprometa a adquirir ese producto al por mayor a un precio y en unas condiciones convenidas. A continuación se examinan brevemente los principales ejemplos de este tipo de arreglos.

a) Pagos directos

48. En algunos países, se recurre a la técnica de los pagos directos por la autoridad contratante como complemento o en sustitución del cobro de una tasa a los usuarios finales, en particular en proyectos de autopistas de peaje,

mediante un mecanismo conocido como “peaje encubierto”. Por la técnica del peaje encubierto el concesionario se obliga a proyectar, construir, financiar y explotar una carretera u otra infraestructura de transporte durante cierto número de años a cambio de pagos periódicos, efectuados en lugar de o además de los peajes real o explícitamente pagados por los usuarios. Los planes de peaje encubierto pueden utilizarse para responder a riesgos peculiares de los proyectos de transporte, en particular el de que sólo se alcancen niveles de tráfico inferiores a los previstos (ver cap. II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párr. 18). Además, los planes de peaje encubierto pueden ser políticamente más aceptables que el pago directo de peaje, por ejemplo cuando se teme que la introducción del pago de peajes en carreteras públicas pueda dar lugar a protestas de los usuarios. No obstante, cuando esos arreglos entrañen una subvención para la sociedad del proyecto, deberá examinarse detenidamente si son compatibles con ciertas obligaciones contraídas por el país anfitrión en el marco de acuerdos de integración económica regional o de liberalización del comercio.

49. El recurso al peaje encubierto puede suponer un gasto importante para la autoridad contratante y precisar de una vigilancia estrecha por su parte. En los países que han recurrido al peaje encubierto para el desarrollo de nuevos proyectos viarios, los pagos de la autoridad contratante al concesionario se basan principalmente en el nivel real de tránsito, medido en kilometraje total o acumulativo. Es aconsejable estipular que los pagos no se iniciarán hasta que la vía sea abierta al tránsito, con lo que el concesionario tendrá un incentivo para abrirla lo antes posible. Al mismo tiempo, se ha comprobado que es conveniente calcular los pagos sobre la base del tránsito real a lo largo de la concesión. Este sistema da al concesionario 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 acuerdo de proyecto una cláusula penal o de indemnización pactadas por el cierre de carriles durante obras de reparación. Se suele requerir del concesionario que efectúe recuentos para calcular el kilometraje anual del tránsito de vehículos, que la autoridad contratante deberá verificar periódicamente. Un sistema algo distinto sería combinar el peaje encubierto con el peaje directo pagado por los usuarios, de modo que la autoridad contratante sólo pagará peajes encubiertos caso de que el nivel de tránsito descienda durante cierto período por debajo del nivel mínimo acordado como necesario para que el concesionario pueda explotar rentablemente la carretera.

b) *Compromisos de compra*

50. En el caso de centrales termoeléctricas u otras infraestructuras que producen bienes o servicios susceptibles de ser suministrados o prestados durante largo tiempo a un comprador determinado, la autoridad pública asume a veces la obligación de comprar esos bienes o servicios ofrecidos por el concesionario, a una tarifa convenida. Los contratos de este tipo se denominan a veces “acuerdos de absorción” (*off-take agreements*). Los

acuerdos de absorción abarcan a menudo dos tipos de pago: los pagos por capacidad de producción disponible y los pagos por unidades de consumo real. En un proyecto de producción de energía eléctrica, por ejemplo, el acuerdo de compra de la energía puede prever los siguientes devengos:

a) *Devengos por capacidad*. Se trata de devengos pagaderos independientemente de la producción real en un período de facturación y se calculan para que sean suficientes para pagar todos los costos fijos del concesionario ocasionados por la financiación y el mantenimiento de la central, incluidos el servicio de la deuda y otros gastos corrientes de financiación, gastos fijos de explotación y mantenimiento y una cierta tasa de beneficio. El pago de los devengos por capacidad está a menudo sometido a la observancia de ciertas normas de rendimiento o disponibilidad;

b) *Devengos por consumo*. Estos devengos no pretenden cubrir todos los costos fijos del concesionario, sino pagar los costos variables o marginales que el concesionario ha de soportar para producir y entregar una unidad determinada del servicio o bien pertinente (por ejemplo un kilovatio-hora de electricidad). Los devengos por consumo se calculan comúnmente para que sufraguen los costos variables de explotación del concesionario, como el combustible consumido mientras funciona la central, gastos de tratamiento del agua y costos de productos consumibles. Los pagos variables se vinculan a menudo a los propios costos variables de explotación del concesionario o a un índice que refleje razonablemente los cambios de los costos de explotación.

51. Desde la perspectiva del concesionario, un sistema combinado de devengos por capacidad y por consumo es particularmente útil para garantizar la recuperación de los costos cuando la función de transmitir o distribuir los bienes o servicios producidos por el concesionario está sometida a monopolio. No obstante, los devengos por capacidad previstos en el acuerdo de absorción deberán ser proporcionales al costo de las demás fuentes de electricidad de que disponga o que realmente utilice la autoridad contratante. Con el fin de garantizar la disponibilidad de los fondos necesarios para los pagos de la autoridad contratante conforme al acuerdo de absorción, es aconsejable examinar si se necesitan mecanismos de presupuestación anticipada. Los pagos en un acuerdo de absorción pueden estar respaldados por una garantía pública interna o por una garantía de una entidad financiera nacional o internacional (ver cap. II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 46 y 47).

E. Garantías reales

52. En general, las garantías reales sobre bienes muebles otorgan al acreedor garantizado, en principio, dos tipos de derecho: un derecho real a tomar posesión de los bienes, o a hacer que un tercero tome posesión de los mismos 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. Generalmente, los mecanismos de garantía en la financiación de proyectos desempeñan una función defensiva o preventiva al dar la seguridad de que, en el caso de que un tercero adquiriera 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 proveedores de fondos tratarán de obtener garantías reales que puedan ejecutar para tomar posesión del proyecto a fin de hacerse cargo de su explotación para restablecer su viabilidad económica con miras a revenderlo en su momento o para retener el proyecto por tiempo indefinido y percibir los ingresos que reporte.

53. El dispositivo de garantía es 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 propio proyecto”. El marco financiero de un proyecto de infraestructura con financiación privada suele constar de garantías constituidas sobre los bienes físicos relacionados con el proyecto y de garantías constituidas sobre los bienes inmateriales del concesionario. A continuación se examinan algunos de los principales requisitos para concertar con éxito el dispositivo de garantía. No obstante, cabe señalar que en algunos ordenamientos jurídicos sólo podrán darse garantías a los proveedores de fondos, que les permita hacerse cargo del proyecto, en supuestos excepcionales y en condiciones especiales; por ejemplo, se exigirá que la autoridad contratante apruebe la garantía, que la garantía sea concedida con la finalidad expresa de facilitar la financiación o explotación del proyecto, y que los derechos reales otorgados no afecten a las obligaciones contraídas por el concesionario. Esas condiciones dimanarían a menudo de principios generales del derecho o de imperativos legales que la autoridad contratante no podría eludir mediante arreglos contractuales.

1. Garantías sobre bienes físicos

54. La negociación del dispositivo de garantía requerido para obtener financiación para el proyecto puede tropezar con obstáculos jurídicos cuando los bienes del proyecto sean de propiedad pública. Si el concesionario no goza del dominio sobre dichos bienes, tampoco podrá gravarlos en muchos ordenamientos (o sólo podrá hacerlo de manera limitada). De existir esas limitaciones, la ley podrá, no obstante, facilitar la negociación del dispositivo de garantía del proyecto indicando, por ejemplo, los tipos de bienes sobre los que podrán crearse garantías reales o el tipo de garantía real permisible. En algunos ordenamientos, un concesionario que obtenga un derecho de arriendo o un derecho de uso sobre ciertos bienes podrá crear una garantía real sobre ese derecho de arriendo o ese derecho de uso.

55. Además, también cabe crear garantías reales cuando la concesión abarca diferentes tipos de bienes de dominio público, como cuando se concede a una empresa ferroviaria la propiedad de ciertos terrenos adyacentes (y no sólo un derecho de uso) junto con el derecho a utilizar la infraestructura pública. Cuando sea posible crear alguna forma de garantía real sobre bienes pertenecientes a la autoridad contratante o que le hayan de ser cedidos, o sobre bienes respecto de los cuales la autoridad contratante tenga una opción contractual de compra (ver párr. 28), la ley tal vez exija la aprobación de la autoridad contratante para que el concesionario pueda crear esas garantías reales.

2. Garantías sobre bienes incorporales

56. El principal bien incorporal en un proyecto de infraestructura es la concesión misma, es decir, el derecho del concesionario a explotar la infraestructura o a prestar el servicio pertinente. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la concesión faculta a su titular para controlar todo el proyecto y habilita al concesionario para percibir los ingresos generados por el proyecto. De este modo, el valor de la concesión excede con mucho del valor combinado de todos los bienes físicos integrados en un proyecto. Dado que el titular de la concesión tendrá normalmente derecho a poseer todos los bienes del proyecto y a disponer de ellos (con la posible excepción de los que sean de propiedad ajena, como los bienes de propiedad pública en posesión del concesionario), la concesión abarcará normalmente los bienes presentes y futuros del proyecto de carácter material o inmaterial. En consecuencia, los prestamistas pueden considerar la concesión como un componente esencial del dispositivo de garantía negociado con el concesionario. La pignoración de la propia concesión conllevaría diversas ventajas prácticas para el concesionario y los prestamistas, en particular, en ordenamientos que de otro modo no permitirían crear garantías reales sobre todos los bienes de la sociedad, o que no reconocen en general la constitución de garantías reales sobre bienes sin traslado de la posesión al acreedor (ver cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 10 a 16). Estas ventajas consistirían en: evitar tener que crear una garantía real para cada bien por separado, permitir que el concesionario siga utilizando dichos bienes en el curso normal de su negocio, hacer posible la pignoración de ciertos bienes sin traslado efectivo de su posesión a los acreedores. Además, la pignoración de la propia concesión puede habilitar a los prestamistas, en caso de incumplimiento del concesionario, a impedir que se rescinda el acuerdo de proyecto, a fin de hacerse ellos cargo de la concesión y de concertar acuerdos que permitan que el proyecto siga adelante con otro concesionario. Constituir una prenda sin desplazamiento sobre la concesión puede, por tanto, complementar eficazmente o, en ciertos casos, reemplazar un acuerdo directo entre los prestamistas y la autoridad contratante sobre el derecho eventual de subrogación de los primeros en la posición contractual del concesionario (ver párrs. 147 a 150).

57. Puede haber, sin embargo, obstáculos en algunos ordenamientos jurídicos para dar en prenda una concesión sin autorización legal expresa. En diversos ordenamientos, sólo pueden crearse garantías reales sobre bienes que el otorgante de la garantía pueda libremente transmitir. Dado que el derecho a explotar la infraestructura no suele ser transmisible sin el consentimiento de la autoridad contratante (ver párrs. 62 y 63), es posible que el concesionario no pueda crear en esos países una garantía real sobre la concesión misma. La legislación reciente en algunos países de tradición romanista ha eliminado ese obstáculo creando una categoría especial de garantía real, designada a veces como “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 concesionario conforme al acuerdo de proyecto. 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 algunos ordenamientos de derecho anglosajón se ha logrado una solución algo más limitada al hacer una distinción entre el derecho no transmisible de llevar a cabo cierta actividad bajo licencia oficial (es decir, los “derechos públicos” otorgados por la licencia) y el derecho a reclamar el producto reportado por la explotación comercial de la licencia (es decir, los “derechos privados” reconocidos al licenciataria por la licencia).

3. *Garantías sobre los créditos comerciales del proyecto*

58. Otra forma de garantía que suele darse en muchos proyectos de infraestructura con financiación privada es la cesión a los prestamistas del producto financiero de los contratos celebrados con los clientes del concesionario. Cabe ceder el producto financiero de un único contrato (por ejemplo, del compromiso de comprar electricidad por parte de una red distribuidora de la misma) o de un gran número de operaciones (por ejemplo, los pagos mensuales de las facturas de una red distribuidora de gas o de agua). Este producto suele incluir las tasas cobradas a los usuarios de la infraestructura (por ejemplo, los peajes de una autovía) o el precio cobrado a los clientes por los bienes o servicios suministrados por el concesionario (por ejemplo, el importe de la electricidad). También pueden incluir los ingresos reportados por concesiones auxiliares. Las garantías de este tipo son 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 pignorada y en manos de un administrador fiduciario nombrado por los prestamistas. Este mecanismo puede también desempeñar un papel esencial en la emisión de obligaciones y de otros títulos negociables por parte del concesionario.

59. Las garantías constituidas sobre los créditos comerciales reportadas por la explotación del proyecto desempeñan un papel central en los arreglos de financiación que prevén la venta en bolsa de bonos y otros títulos negociables. Estos títulos pueden ser emitidos por el propio concesionario, en cuyo caso los inversionistas que adquieran el título se convertirán en sus acreedores, o pueden ser emitidos por un tercero, al que se hayan cedido los créditos o ingresos nacidos del proyecto, mediante una operación conocida como “bursatilización”. La bursatilización entraña la creación de títulos financieros respaldados por la corriente de ingresos del proyecto, que se pignora para destinarla al pago del principal y de los intereses de los títulos así emitidos. Las operaciones de bursatilización suelen conllevar la creación de una entidad jurídica distinta del concesionario y especialmente dedicada al negocio de bursatilizar esos activos o créditos, denominada, a veces, “vehículo para usos especiales”. El concesionario cederá los créditos nacidos del proyecto a esa entidad, la cual, a su vez, venderá a los inversionistas títulos con interés o bonos respaldados por esos créditos (nacidos como producto financiero del proyecto). Los titulares de esos bonos adquieren con ello el derecho al producto financiero de las operaciones comerciales del concesionario con sus clientes. El concesionario cobra de sus clientes las tasas fijadas y transfiere los fondos resultantes al llamado vehículo para fines especiales, que pagará con ellos a los tenedores de bonos. En algunos países, se ha reconocido recientemente por ley la facultad del concesionario para ceder los créditos reportados por el proyecto, o nacidos de él, a un vehículo para usos especiales, que se encargará de conservar y gestionar esos créditos en régimen fiduciario en beneficio de los acreedores del proyecto. Con miras a proteger a los tenedores de bonos del riesgo de insolvencia del concesionario, puede ser aconsejable que la ley prevea la separación jurídica entre el concesionario y el vehículo para fines especiales.

60. En la mayoría de los casos, no sería práctico que el concesionario especificara uno a uno los créditos por él cedidos a sus acreedores. Por consiguiente, la cesión de créditos en la financiación de proyectos suele revestir la forma de una cesión global de créditos futuros. En diversos ordenamientos se han promulgado disposiciones de rango legal que reconocen la facultad del concesionario para pignorar el producto financiero de los proyectos de infraestructura. No obstante, en algunos de ellos puede persistir cierta incertidumbre en lo relativo a la validez tanto de la cesión global de créditos como de la cesión de crédito futuros. Así pues, es importante velar por que el régimen de derecho interno de las garantías reales no sea obstáculo para una cesión válida, por el concesionario, de sus créditos comerciales a fin de obtener fondos para el proyecto (ver cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 10 a 16).

4. *Garantías constituidas sobre las acciones de la sociedad del proyecto*

61. Cuando no pueda efectuarse una cesión o traspaso de la concesión sin el consentimiento de la autoridad contratante (ver párrs. 62 y 63), la legislación prohíbe a veces la constitución de garantías reales sobre las acciones de la sociedad del proyecto. Debe, no obstante, señalarse que los prestamistas de la sociedad del proyecto suelen exigir que les sea dada una garantía sobre las acciones de la sociedad del proyecto, por lo que toda prohibición general de dicha garantía limitaría la capacidad de la sociedad del proyecto para obtener financiación para el proyecto. Al igual que ocurre con otras formas de garantía, convendría autorizar por ley a los accionistas del concesionario a crear esa garantía, sujeta a la aprobación previa de la autoridad contratante, en todo supuesto en que dicha aprobación sea necesaria para la transmisión de participaciones en el capital social de la sociedad del proyecto (ver párrs. 64 a 68).

F. Traspaso de la concesión

62. Las concesiones se adjudican en razón de las especiales calificaciones y de la fiabilidad del concesionario y en la mayoría de los ordenamientos no pueden traspasarse libremente. De hecho, el derecho interno prohíbe a menudo el traspaso de la concesión sin el consentimiento de la autoridad contratante. La finalidad de estas restricciones suele ser asegurar el control de la autoridad contratante sobre las calificaciones técnicas de las empresas gestoras de obras de infraestructura o de servicios públicos.

63. Algunos países han juzgado conveniente enunciar por ley las condiciones en las que podrá aprobarse el traspaso de una concesión antes de que haya expirado su plazo, como, por ejemplo, que el nuevo concesionario acepte todas las obligaciones estipuladas en el acuerdo de proyecto y demuestre poseer la capacidad técnica y financiera requerida para prestar el servicio. Una regla de rango legal al respecto podría ser complementada en el acuerdo de proyecto con cláusulas que definan el alcance de dichas restricciones, así como las condiciones en que la autoridad contratante podrá dar su consentimiento. Sin embargo, cabe observar que estas restricciones se aplican normalmente al traspaso voluntario de sus derechos por el concesionario, por lo que no excluyen el traspaso forzoso 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 grave incumplimiento del concesionario (ver párrs. 147 a 150).

G Traspaso del control de la sociedad del proyecto

64. La autoridad contratante estará interesada en que los miembros originales del consorcio ganador 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 para ella desconocidas. Los concesionarios 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 (ver cap. III, “Selección del concesionario”, párrs. 38 a 40). Preocupa, pues, a las autoridades contratantes que, si se da a los accionistas del concesionario entera libertad para traspasar su participación en un proyecto determinado, se perderá toda seguridad acerca de quién prestará realmente los servicios dados en concesión.

65. La autoridad contratante tal vez se sienta segura a resultas de la experiencia demostrada por el consorcio ofertante seleccionado en la fase de preselección y de las garantías de buena ejecución otorgadas por las empresas matrices del consorcio original y sus subcontratistas. En la práctica, sin embargo, no debe uno fiarse en demasía de la pericia demostrada por los accionistas de la empresa concesionaria. Cuando se crea una entidad jurídica independiente para llevar a cabo un proyecto, como ocurre con frecuencia (ver párr. 12), el respaldo de los accionistas de la sociedad creada, en caso de tropezar el proyecto con dificultades, se vería limitado a su aportación al capital social de la misma. Por ello, las restricciones a la transferibilidad de las inversiones tal vez no sean por sí solas una protección suficiente contra el riesgo de incumplimiento del concesionario. En particular, estas restricciones serían un mal sustituto de los remedios propiamente contractuales previstos en el acuerdo de proyecto, como serían la supervisión de la calidad del servicio prestado (ver párrs. 147 a 150) o la rescisión sin plena indemnización en el caso de cumplimiento insatisfactorio (ver cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, ver párrs. 44 y 45).

66. Imponer restricciones a la transferibilidad de las acciones de empresas que prestan servicios públicos podría tener también desventajas para la autoridad contratante. Como antes se observó (ver “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 54 a 67), existen muchos tipos de financiación obtenibles de diversos inversionistas para distintos perfiles de riesgos y de remuneración del proyecto. Los inversionistas iniciales, como las empresas de obras y los proveedores de equipo, tratarán de ser remunerados por los mayores riesgos que asumen, mientras que los inversionistas posteriores pueden aceptar un rendimiento menor de su capital en función del menor riesgo que asumen. La mayoría de los inversionistas iniciales disponen de recursos limitados y han de reciclar su capital para poder trabajar 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 que acepte una remuneración menor de su capital. Una vez asegurado el funcionamiento de la infraestructura, cabe siempre refinanciar su explotación. Pero, si se reducen los márgenes del inversionista para invertir y reinvertir su capital en el desarrollo de proyectos, limitando la transferibilidad de su participación 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, por no estar dispuestos a participar en él algunos inversionistas que sean indispensables para su ejecución. Desde una perspectiva a largo plazo, se obstaculizaría el desarrollo del mercado de inversión en infraestructuras públicas si se limita innecesariamente la capacidad de los inversionistas para transferir su capital en proyectos de infraestructura con financiación privada.

67. Por todo ello, sería aconsejable limitar las restricciones a la transmisión de participaciones de control en el capital de la sociedad del proyecto a cierto plazo (por ejemplo, a cierto número de años después de la entrada en vigor del acuerdo de proyecto) o a supuestos en que tales restricciones se justifiquen por razones de interés público. Uno de ellos podría ser que el concesionario estuviera en posesión de bienes públicos o que hubiera recibido préstamos, subvenciones, fondos u otras formas de respaldo público directo. En esos casos, la responsabilidad de la autoridad contratante por el empleo correcto de los fondos públicos le obligará a asegurarse de que esos fondos se confían a una sociedad estable que cuente con el respaldo de sus inversionistas originales durante un plazo razonable. Otro supuesto que quizá justifique imponer limitaciones al traspaso de acciones de empresas concesionarias 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 participaciones dominantes en el capital de empresas de servicios públicos para evitar la formación de oligopolios o monopolios en los sectores liberalizados. O cabe pensar que se desea evitar que una empresa que defraudó a un ente público pueda ser empleada por otro ente público a través de alguna filial, recién adquirida por ella.

68. En estos casos excepcionales, puede ser conveniente exigir que los inversionistas iniciales obtengan el consentimiento previo de la autoridad contratante antes de traspasar su participación en el capital social. Debe quedar claro en el acuerdo de proyecto que ese consentimiento no será denegado sin razón ni retardado indebidamente. En aras de la transparencia, puede ser además aconsejable definir en la ley los motivos por los que sea denegable la aprobación y exigir a la autoridad contratante que motive en cada caso su negativa. Tal vez convenga examinar caso por caso la duración adecuada de esas limitaciones (por cierta fase del proyecto o por todo el plazo de la concesión). En algunos proyectos quizás sea posible suavizar esas restricciones una vez concluidas las obras. Es también conveniente aclarar en el acuerdo de proyecto si estas limitaciones, de haberlas, son aplicables al traspaso de toda participación financiera en la empresa concesionaria o si la

inquietud de la autoridad contratante se centra en un solo inversionista (por ejemplo, la empresa constructora o diseñadora de la infraestructura) mientras duren las obras o durante cierto plazo a partir de su conclusión.

H. Obras de construcción

69. La autoridad que adjudica un contrato de obras actúa normalmente como empleador en el marco del contrato de obras y conserva amplios derechos de vigilancia e inspección, incluido el de examinar el proyecto de obras y pedir modificaciones, seguir de cerca el calendario de ejecución de obras, inspeccionar y aceptar oficialmente la obra terminada y dar la autorización final de explotación de la infraestructura.

70. En cambio, en muchos proyectos de infraestructura con financiación privada, la autoridad contratante puede preferir transferir esa responsabilidad al concesionario. En lugar de asumir la responsabilidad directa de la gestión detallada del proyecto, las autoridades contratantes pueden preferir traspasar esa responsabilidad al concesionario, exigiéndole que asuma plena responsabilidad por la terminación de las obras en el plazo fijado. También el concesionario tendrá interés en que el proyecto se termine a tiempo y no se salga de presupuesto, y normalmente negociará contratos “llave en mano” de precio y plazo fijos, con garantías de buena ejecución por parte de los contratistas. Por ello, en los proyectos de infraestructura con financiación privada es el concesionario el que, para casi todos los efectos, asume la función que normalmente desempeñaría el empleador en un contrato de obras.

71. Ello explica que la normativa legal sobre obras de infraestructura con financiación privada se limite en algunos países a dar una definición general de la obligación del concesionario de realizar las obras de conformidad con las cláusulas del acuerdo de proyecto y a reconocer a la autoridad contratante un derecho general de vigilancia sobre la marcha de las obras a fin de cerciorarse de su conformidad con las cláusulas del acuerdo. En esos países, los detalles de las obras se pormenorizan en el acuerdo de proyecto.

1. Examen y aprobación de los planes de obras

72. Cuando se estime necesario legislar sobre los proyectos de obras y cuestiones conexas, será aconsejable prever 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 controversias entre el concesionario y las autoridades públicas interesadas. Por ejemplo cuando se exija por ley que la autoridad contratante examine y apruebe el proyecto de obras, el acuerdo de proyecto deberá fijar un plazo máximo para el examen del proyecto, estipulado que se tendrá por aprobado si la autoridad contratante no formula objeciones dentro de ese plazo. Puede ser útil también especificar en el acuerdo de proyecto 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 ecológicas o incumplimiento de las especificaciones).

2. *Modificación de las condiciones del proyecto*

73. Durante las obras de construcción de la infraestructura, es corriente que se den situaciones que hagan necesario o conveniente modificar algunos aspectos de la construcción. En consecuencia, quizá desee la autoridad contratante reservarse el derecho de ordenar modificaciones en relación con aspectos como la magnitud de la obra, las características técnicas del equipo o los materiales que se incorporarán a la obra o los servicios de construcción requeridos por las especificaciones. Esos cambios se denominan en la *Guía* “modificaciones”. Tal como se utiliza en la *Guía*, la palabra “modificación” no incluye los reajustes o la revisión de la tarifa por variación de los costos o fluctuaciones monetarias (ver párrs. 39 a 44). De igual modo, la *Guía* no considera como modificación la renegociación del acuerdo de proyecto por razón de cambios sustanciales en las condiciones (ver párrs. 126 a 130).

74. Dada la complejidad de la mayoría de los proyectos de infraestructura, no es posible excluir la necesidad de modificar las especificaciones de la construcción u otros requisitos del proyecto. Sin embargo, esas modificaciones causan a menudo demoras en la ejecución del proyecto o en la prestación del servicio público; también pueden hacer más gravoso para el concesionario el cumplimiento del acuerdo de proyecto. Además, el costo de ejecutar órdenes de modificación profunda de las obras puede exceder de los recursos financieros del propio concesionario, exigiendo una financiación adicional considerable que quizá no se pueda obtener a un costo aceptable. Por consiguiente, es aconsejable que la autoridad contratante estudie medidas para controlar la posible necesidad de modificaciones. La calidad de los estudios de viabilidad requeridos por la autoridad contratante y de las especificaciones dadas durante el proceso de selección (ver cap. III, “Selección del concesionario”, párrs. 61 y 64 a 66) desempeña una función importante para evitar modificaciones ulteriores del proyecto.

75. En el acuerdo de proyecto deberían especificarse las circunstancias en que la autoridad contratante podrá ordenar modificaciones en las especificaciones de la construcción, y la indemnización que podrá percibir el concesionario, cuando proceda, para sufragar los costos adicionales y las demoras que esas modificaciones supongan. El acuerdo de proyecto deberá aclarar también la medida en que el concesionario estará obligado a realizar las modificaciones y si podrá formular objeciones al respecto, y en caso afirmativo, por qué motivos. Conforme a una práctica contractual seguida en algunos ordenamientos, el concesionario quedará liberado de sus obligaciones cuando la cuantía de los costos adicionales que suponga la modificación exceda de un límite establecido.

76. En los contratos de obras importantes se han dado diversas soluciones al problema de las modificaciones ordenadas en las obras en relación con la obligación del contratista de introducirlas y con el reajuste requerido en el precio o en la duración del contrato¹. Esas soluciones podrán utilizarse también, *mutatis mutandis*, en relación con las modificaciones solicitadas por la autoridad contratante en el marco del acuerdo de proyecto. Hay que señalar, sin embargo, que en las concesiones de infraestructura la remuneración de la sociedad del proyecto proviene del cobro de la tarifa de utilización o del precio del servicio prestado por la infraestructura, más que del cobro de un precio global por la construcción. Por ello, los métodos de indemnización utilizados en relación con las concesiones de infraestructura prevén a veces una combinación de métodos diversos, que van desde el pago de una suma global al aumento de la tarifa o a la prórroga del período de la concesión. Por ejemplo, puede haber modificaciones que se traduzcan en un aumento de costos que el concesionario sea capaz de absorber o financiar por sí mismo, amortizándolo por medio de un reajuste de la tarifa o del sistema de pago, según proceda. Si el concesionario no consigue financiar las modificaciones por sí mismo, tal vez las partes prefieran convenir en el pago de una suma global, en vez de en una estructura de refinanciación complicada y costosa.

3. *Facultades de vigilancia de la autoridad contratante*

77. En algunos países, las autoridades públicas que contratan obras de construcción se reservan normalmente la facultad de ordenar la suspensión o interrupción de las obras por razones de interés público. Sin embargo, a fin de dar ciertas seguridades a posibles inversionistas, puede ser útil limitar la posibilidad de esa intervención y disponer que ninguna de esas interrupciones será de duración o amplitud mayor de las precisas, teniendo en cuenta las circunstancias que den lugar a la necesidad de suspender o interrumpir las obras. Puede ser útil también convenir un plazo máximo de suspensión y prever una indemnización adecuada del concesionario. Además, pueden darse garantías para garantizar el pago de la indemnización o para indemnizar al concesionario de las pérdidas resultantes de la suspensión del proyecto (ver también cap. II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 48 a 50).

78. En algunos ordenamientos jurídicos, las obras construidas para la prestación de ciertos servicios públicos pasan a ser de propiedad pública una vez concluidas (ver párr. 24). En tal caso, la ley exige que la obra concluida sea aceptada formalmente por la autoridad contratante o por otra autoridad pública. Esta aceptación formal no suele darse hasta que se haya inspeccionado la obra acabada y se hayan realizado las pruebas necesarias

¹ Véase un examen de los enfoques y las posibles soluciones utilizados en los contratos de construcción de instalaciones industriales complejas en *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.87.V.10), cap. XXIII, “Cláusulas de modificaciones en la construcción”.

para comprobar que dicha obra funciona y cumple con las especificaciones y los requisitos técnicos y de seguridad. Aun en los casos en que no se requiere la aceptación formal de la autoridad contratante (por ejemplo, cuando la obra siga siendo propiedad del concesionario), se requieren a menudo disposiciones para la inspección final y la aprobación de la labor de construcción por parte de la autoridad contratante a fin de velar por el cumplimiento de las normas de sanidad, seguridad y construcción o de las normas laborales. El acuerdo de proyecto deberá determinar detalladamente la naturaleza de las pruebas de aceptación o de inspección de la obra acabada; el calendario de las pruebas (por ejemplo, puede ser conveniente realizar pruebas parciales al cabo de cierto tiempo, en lugar de una sola prueba final); las consecuencias de no superar una prueba; y a quién corresponde organizar los medios para la prueba y 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 concesionario de rectificar los defectos que puedan encontrarse entonces.

4. *Período de garantía*

79. Los contratos de obras negociados por el concesionario preverán normalmente una garantía de calidad en la que los contratistas asumen responsabilidad por los defectos en las obras y las inexactitudes o insuficiencias en los documentos técnicos facilitados con las obras, excepto en supuestos exonerantes (por ejemplo, desgaste normal o defectos de mantenimiento o explotación del concesionario). Los contratistas tal vez hayan de asumir una responsabilidad adicional por efecto de la ley o de los principios generales de derecho interno que sean aplicables, como la prórroga especial de la responsabilidad por defectos estructurales en las obras prevista en algunos ordenamientos jurídicos. El acuerdo de proyecto deberá estipular que la aprobación o aceptación definitiva de la obra por la autoridad contratante no eximirá a los contratistas de su responsabilidad, por los defectos en las obras y por las inexactitudes o insuficiencias en los documentos técnicos facilitados, que esté prevista en los contratos de obras o en el derecho aplicable.

I. Explotación de la infraestructura

80. Las condiciones de explotación y mantenimiento de la infraestructura, así como normas de calidad y seguridad suelen estar reglamentados por ley, para ser luego detallados en el acuerdo de proyecto. Además, especialmente en el sector de la electricidad, del agua y el saneamiento, y del transporte público, la autoridad contratante o un organismo regulador independiente tal vez ejerzan cierta función de vigilancia de la explotación de la infraestructura. El examen exhaustivo de las cuestiones jurídicas relativas a las condiciones

de explotación de obras de infraestructura excedería del ámbito de la presente *Guía*. Por consiguiente, en los párrafos que siguen se hace solo una breve exposición de algunas de las cuestiones principales.

81. Los reglamentos de explotación de las infraestructuras y las normas legales para la prestación de los servicios públicos tienen por objeto lograr diversos objetivos de interés público. Dada la duración normalmente larga de los proyectos de infraestructura, existe la posibilidad de que esos reglamentos y requisitos tengan que modificarse durante la vida del acuerdo de proyecto. Sin embargo, es importante tener en cuenta la necesidad que tiene el sector privado de un marco normativo estable y previsible. La modificación frecuente de los reglamentos o la introducción de normas nuevas y más severas pueden perturbar la ejecución del proyecto y comprometer su viabilidad financiera. Por consiguiente, aunque las partes pueden concertar acuerdos contractuales para contrarrestar los efectos perjudiciales de las modificaciones reglamentarias ulteriores (ver párrs. 122 a 125), los organismos reguladores harán bien en no imponer una reglamentación excesiva, y en no modificar a menudo los reglamentos.

1. Normas de ejecución

82. Las empresas de servicios públicos tienen que cumplir, por lo general, una serie de normas técnicas y de normas de servicio. Esas normas son en la mayoría de los casos demasiado detalladas para figurar en la legislación, y pueden ser incluidas en decretos, reglamentos u otros instrumentos de aplicación. A veces se incluyen en el acuerdo de proyecto normas de servicio muy detalladas, que suelen ser normas de calidad, como por ejemplo requisitos de pureza y presión del agua; plazos máximos para realizar las reparaciones; techos para el número de defectos o reclamaciones; pautas de puntualidad para los servicios de transporte y de continuidad del servicio; y normas de salud, de seguridad y ecológicas. Sin embargo, la legislación puede sentar los principios rectores básicos en los que se inspirarán normas detalladas o exigir el cumplimiento de normas internacionales.

83. Normalmente, la autoridad contratante conserva la facultad de vigilar el cumplimiento por la sociedad del proyecto de los reglamentos de ejecución. El concesionario estará interesado en evitar en lo posible cualquier interrupción de la explotación de la infraestructura y en protegerse de las consecuencias de esa interrupción. Buscará garantías de que el ejercicio por la autoridad contratante de sus facultades de vigilancia o reguladoras no cause perturbaciones o interrupciones indebidas en la explotación de la infraestructura, ni se traduzca en costos adicionales indebidos para el concesionario.

2. *Ampliación de los servicios*

84. En algunos ordenamientos jurídicos, la entidad que preste, en virtud de una concesión pública, ciertos servicios esenciales (por ejemplo, electricidad o agua potable) a una comunidad o a un territorio y sus habitantes estará obligada a prestar un régimen de servicios que satisfaga razonablemente la demanda de la comunidad o del territorio. Esa obligación se refiere no sólo a la demanda en el momento en que se otorgó la concesión, sino que supone una obligación de adaptarse al crecimiento de la comunidad o territorio atendidos y de ampliar gradualmente su red en la medida en que lo requiera la demanda previsible de la comunidad o el territorio. En algunos ordenamientos, esa obligación tiene el carácter de una obligación pública reclamable por cualquier residente de la comunidad o el territorio de que se trate. En otros se trata de una obligación legal o contractual reclamable por la autoridad contratante o un organismo regulador, según los casos.

85. En algunos ordenamientos jurídicos, esa obligación no es absoluta ni sin reservas. De hecho, la obligación del concesionario de ampliar su infraestructura de servicios dependerá de diversos factores, como la necesidad y el costo de la ampliación y los ingresos que quepa esperar de ella; la situación financiera del concesionario; el interés público de realizar la ampliación; y el alcance de las obligaciones asumidas por el concesionario al respecto en virtud del acuerdo de proyecto. En algunos ordenamientos jurídicos, el concesionario puede estar obligado a ampliar su infraestructura de servicios aunque esa ampliación no sea inmediatamente rentable o aunque, como consecuencia de la misma, el territorio del concesionario llegue a incluir zonas no rentables. No obstante, la obligación está sujeta a ciertos límites, ya que el concesionario no estará 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 del servicio deberá ser absorbido por el concesionario, podrá ser trasladado a sus clientes o usuarios finales mediante aumentos de tarifa o recargos extraordinarios, o será absorbido total o parcialmente por la autoridad contratante o por otra autoridad pública por medio de subvenciones o donaciones. Dada la diversidad de los factores que puede ser preciso tener en cuenta a fin de evaluar la procedencia de cualquier ampliación concreta, conviene que el acuerdo de proyecto defina los supuestos en que se podrá exigir al concesionario que realice ampliaciones de su red de servicios y el método apropiado para financiar el costo de esa ampliación.

3. *Continuidad de servicio*

86. Otra obligación de las empresas de servicios públicos es garantizar la continuidad del servicio en casi todas las circunstancias, salvo en supuestos exonerantes claramente definidos (ver también párrs. 132 a 134). En ciertos ordenamientos jurídicos, se trata de una obligación legal exigible aunque no

figure expresamente en el acuerdo de proyecto. El corolario de esa norma, en los ordenamientos jurídicos donde existe, es que 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 por la otra parte) no podrán ser invocadas por el concesionario como motivo para la suspensión o interrupción, total o parcial, de la prestación de un servicio público. En algunos ordenamientos, la autoridad contratante gozará incluso de poderes de ejecución especiales para obligar al concesionario a reanudar la prestación del servicio en todo supuesto de interrupción que sea contrario a la ley.

87. También esta obligación está sujeta a un principio general de equidad. Diversos ordenamientos reconocen el derecho del concesionario a una indemnización justa por haber tenido que prestar el servicio en situaciones difíciles (ver párrs. 126 a 130). Además, en algunos ordenamientos jurídicos, se prevé que quien presta servicios públicos no podrá ser obligado a hacerlo cuando su explotación global se traduzca en pérdidas. Cuando un servicio público en su conjunto, y no sólo una o más de sus ramas o territorios, deja de ser rentable, el concesionario tendrá derecho a una indemnización directa a cargo de la autoridad contratante o bien a rescindir el acuerdo de proyecto. Sin embargo, esa rescisión requiere normalmente el consentimiento de la autoridad contratante o una decisión judicial. En los ordenamientos jurídicos que admiten esta solución, es aconsejable aclarar en el acuerdo de proyecto cuáles son los supuestos extraordinarios que justificarían la suspensión del servicio o incluso que el concesionario quedase liberado de sus obligaciones en virtud del acuerdo de proyecto (ver párrs. 132 a 139; ver también cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, párr. 34).

4. Igualdad del trato otorgado a los clientes o usuarios

88. En algunas jurisdicciones, las entidades que prestan determinados servicios al público en general tienen la obligación expresa de garantizar la disponibilidad del servicio en condiciones esencialmente iguales para todos los usuarios y clientes que entren en la misma categoría. Sin embargo, toda distinción basada en un criterio razonable y objetivo será aceptable para esos ordenamientos, siempre que los mismos servicios sean prestados al mismo tiempo a todo consumidor y usuario que lleve a cabo actividades semejantes en circunstancias también semejantes. En consecuencia, puede no ser incompatible con el principio de la igualdad de trato cobrar precios diferentes u ofrecer diferentes condiciones de acceso a categorías diferentes de usuarios (por ejemplo, consumidores familiares, por una parte, y consumidores mercantiles o industriales, por otra), siempre que la diferenciación 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 el precio o en otras condiciones del

servicio esté basada en diferencias reales en el servicio prestado (por ejemplo, precios más altos por los servicios prestados en horas de consumo máximo) esa diferencia deberá ser proporcional a la diferencia en la que esté basada.

89. Además de las distinciones establecidas por el propio concesionario, la ley puede exigir que se otorgue un trato favorable 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 con descuento para niños en edad escolar o ancianos, o tarifas reducidas de agua o electricidad para usuarios rurales o de bajos ingresos). Las empresas de servicios públicos podrán resarcirse de esas cargas de diversas formas, tal vez por medio de subvenciones públicas o de fondos oficiales creados para distribuir la carga financiera de esas obligaciones entre todos los que presten servicios públicos, o por medio de subvenciones cruzadas de la propia empresa, con fondos provenientes de sus sectores más rentables (ver cap. II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 42 a 44).

5. Interconexión y acceso a redes de infraestructura

90. Las empresas que explotan redes de infraestructura en sectores como el transporte ferroviario, las telecomunicaciones o el suministro de electricidad o de gas tienen que permitir a veces a otras empresas el acceso a la red. Esta obligación puede enunciarse en el acuerdo de proyecto o en las leyes o reglamentaciones específicas del sector. En algunos sectores de infraestructura se han introducido obligaciones de interconexión y acceso como complemento de las reformas estructurales de un determinado sector; en otros se han adoptado para fomentar la competitividad en sectores que siguen estando total o parcialmente integrados (para un breve examen de la estructura del mercado, ver “Introducción e información de antecedentes”, párrs. 21 a 46).

91. A menudo, las empresas explotadoras de redes tienen que facilitar 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 podrá utilizar la infraestructura del explotador de la red en condiciones que no sean menos favorables que las que ese explotador aplique a sus propios servicios o a los de los proveedores competidores. Sin embargo, hay que señalar, por ejemplo, que muchos regímenes de acceso a oleoductos no requieren que las condiciones sean totalmente iguales para el transportista y sus competidores. La obligación de acceso puede ser matizada de algún modo. Así, por ejemplo, puede limitarse sólo a la capacidad sobrante o estar sujeta a condiciones no ya iguales sino razonables.

92. Aunque la fijación de precios de acceso se basa normalmente en el costo, los organismos reguladores se reservan a veces el derecho a vigilar la

tarifa de acceso a fin de garantizar que sea suficientemente alta para ofrecer incentivos adecuados para la inversión en la infraestructura necesaria y suficientemente baja para que nuevos participantes puedan competir en condiciones justas. Cuando el explotador de la red presta servicios compitiendo con otros proveedores, puede exigirse que sus actividades se disocien de las otras desde el punto de vista contable, a fin de determinar el costo real de la utilización por terceros de la red o de alguna de sus partes.

93. Las condiciones de acceso técnico pueden ser igualmente importantes, y se puede exigir a los explotadores de una red que la adapten en función de las necesidades de acceso de los nuevos participantes. El acceso puede ser a la red en su conjunto o a partes o sectores monopolísticos de ella (denominados también segmentos críticos o esenciales). Muchas administraciones públicas permiten que las empresas de servicios construyan su propia infraestructura o utilicen, de haberla, la infraestructura existente. En estos casos, el proveedor de servicios tal vez sólo necesite obtener acceso a una pequeña parte de la red y, según muchas reglamentaciones, sólo se le podrá obligar a pagar el costo correspondiente a la parte que necesite, como el circuito local de una red de telecomunicaciones, capacidad de transmisión para suministrar electricidad o el empleo de cierto tramo de vía ferroviaria.

6. Obligación de informar

94. El derecho interno impone muy a menudo a las empresas de servicios públicos la obligación de facilitar al organismo regulador información exacta y oportuna sobre su explotación, y conceden a los organismos reguladores ciertos derechos de intervención. Esos derechos pueden dar lugar a una investigación y a una auditoría de cuentas, o a una comprobación detallada de los resultados y del cumplimiento, así como a sanciones por falta de cooperación, y a interdictos o sanciones judiciales para obtener la información.

95. Se suele exigir a las empresas de servicios públicos que lleven y comuniquen al organismo regulador su contabilidad y estados financieros, y también una contabilidad de costos detallada que permita a dicho organismo examinar por separado los diversos aspectos de las actividades de la empresa. Las operaciones financieras entre la empresa concesionaria y sus empresas afiliadas deberán ser también examinadas, ya que la empresa concesionaria puede tratar de transferir beneficios a empresas no sometidas a regulación o a empresas afiliadas extranjeras. Se podrá exigir también de la empresa que presente información detallada tanto técnica como de resultados. Sin embargo, por regla general, es importante definir con criterios razonables tanto el alcance como el tipo de información que se exigirá que presente dicha empresa. Además, deben adoptarse medidas apropiadas para proteger la confidencialidad de toda información de dominio privado que puedan facilitar al organismo regulador el concesionario y sus empresas afiliadas.

7. *Facultades coercitivas del concesionario*

96. En países en que tradicionalmente se adjudican concesiones para la prestación de servicios públicos, el concesionario puede estar facultado para dictar reglamentos de uso que faciliten la prestación del servicio (por ejemplo, instrucciones para los usuarios o normas de seguridad), así como para adoptar medidas razonables para poder imponer el cumplimiento de esos reglamentos y suspender el servicio por motivos de emergencia o seguridad. En la mayoría de los países, esa facultad suele requerir una autorización general o incluso de carácter expreso del poder legislativo. Pero en el acuerdo de proyecto se suele definir el alcance de las facultades delegadas en el concesionario, por lo que no suele ser necesario regularlas detalladamente en la ley. Puede ser aconsejable prever que las normas dictadas por el concesionario entren en vigor al ser aprobadas por el organismo regulador o la autoridad contratante, según proceda. Sin embargo, el derecho a aprobar las reglas de funcionamiento propuestas por el concesionario no debe ser arbitrario y el concesionario deberá poder recurrir contra toda decisión que deniegue la aprobación del reglamento propuesto (ver también el cap. I, “Marco legal e institucional”, párrs. 49 y 50).

97. De especial importancia para el concesionario es la cuestión de si la prestación del servicio podrá interrumpirse por incumplimientos o infracciones de los usuarios. A pesar de la obligación general del concesionario de garantizar la prestación continua del servicio (ver párrs. 86 y 87), muchos ordenamientos jurídicos reconocen que las entidades que prestan servicios públicos podrán dictar y aplicar reglamentos que prevean la clausura del servicio si el consumidor o usuario deja de abonarlo o infringe gravemente las condiciones de su utilización. La facultad de obrar así se considera a menudo esencial para impedir abusos y garantizar la viabilidad económica del servicio. Sin embargo, dada la índole esencial de algunos servicios públicos, esa facultad puede requerir en algunos ordenamientos respaldo legislativo, y su ejercicio puede estar sujeto a ciertas limitaciones o condiciones expresas o implícitas, como requisitos de notificación expresa y alguna vía de recurso para el consumidor. Puede haber, además, otras limitaciones y condiciones dimanantes de la normativa general protectora del consumidor (ver cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 45 y 46).

J. Arreglos contractuales generales

98. En esta sección se analizan determinados arreglos contractuales que suelen figurar en los acuerdos de proyecto que se conciertan en diversos sectores y que a menudo se reflejan en cláusulas contractuales modelo que utilizan las autoridades contratantes nacionales. Si bien los arreglos examinados en esta sección son esencialmente de carácter contractual, pueden

tener importantes repercusiones legislativas para el país anfitrión, en función de su normativa en vigor.

1. Subcontratación

99. Dada la complejidad de los proyectos de infraestructura, el concesionario utiliza normalmente los servicios de uno o más contratistas de obras para realizar una parte mayor o menor de la construcción con arreglo al acuerdo de proyecto. El concesionario puede desear también contratar los servicios de contratistas con experiencia en la explotación y mantenimiento de infraestructuras, en la etapa de explotación del proyecto. El derecho interno suele reconocer el derecho del concesionario a concertar todo contrato que necesite para realizar las obras. Pero, particularmente en países en los que esté limitada la facultad de los contratistas públicos para subcontratar, sería muy conveniente que la ley reconociera dicha facultad al concesionario.

a) Selección de los subcontratistas

100. La libertad del concesionario para contratar subcontratistas está restringida en algunos países por normas de rango legal que prescriben el recurso a la licitación o a procedimientos similares para que las empresas de servicios públicos puedan adjudicar subcontratos. Con frecuencia esas normas se promulgaron en tiempos en los que las infraestructuras estaban principal o exclusivamente a cargo de la administración pública, y la inversión del sector privado en infraestructura era escasa o sólo marginal. La finalidad de esas normas era garantizar la observancia de los principios de economía, eficiencia, integridad y transparencia en la utilización de fondos públicos. Sin embargo, en el caso de proyectos de infraestructura con financiación privada, esas disposiciones pueden desalentar la participación de posibles inversionistas, ya que entre los patrocinadores de estos proyectos suele haber empresas de ingeniería y de construcción que participan en el proyecto esperando que se les adjudique alguno de los contratos principales de construcción o de obras.

101. Sin embargo, la libertad del concesionario para seleccionar sus subcontratistas no es ilimitada. En algunos países, el concesionario tiene que indicar en su propuesta los contratistas que utilizará y facilitar información sobre su capacidad técnica y solvencia financiera. Otros países requieren que esa información se facilite en el momento de concertar el acuerdo de proyecto o someten los contratos a examen y aprobación previos por la autoridad contratante. La finalidad de esas disposiciones es evitar posibles conflictos de intereses entre la sociedad del proyecto y sus accionistas, ya que la cuestión interesará también normalmente a los prestamistas, que quizá deseen asegurarse de que los que contraten con la sociedad del proyecto no sean remunerados en exceso. En cualquier caso, si se considera necesario que la autoridad contratante tenga derecho a examinar y aprobar los subcontratos de

la sociedad del proyecto, en el acuerdo de proyecto deberán definirse claramente la finalidad de esos procedimientos de examen y aprobación y las circunstancias en que la autoridad contratante podrá denegar su aprobación. Por regla general, la aprobación no deberá denegarse a menos que se estime que los subcontratos contienen disposiciones manifiestamente contrarias al interés público (por ejemplo, disposiciones sobre pagos excesivos a los subcontratistas o limitaciones no razonables de su responsabilidad) o contrarias a normas imperativas de derecho público que se apliquen a la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada en el país anfitrión.

b) Ley aplicable

102. Es habitual que el concesionario y sus contratistas elijan una ley que les sea familiar y que, en su opinión, regule adecuadamente el objeto de su contrato. Según el tipo de contrato, se plantearán 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 quizá 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 concesionario podrá convenir en la aplicación de las leyes del país anfitrión en lo referente a los contratos celebrados con sus usuarios locales.

103. El derecho interno en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada rara vez contiene disposiciones acerca de la ley aplicable a los contratos celebrados por el concesionario. De hecho la mayoría de los países no han hallado razones de peso para regular de modo especial la cuestión de la ley aplicable a los contratos entre el concesionario y sus contratistas y han preferido dejarla al arbitrio de la cláusula relativa a la ley aplicable al contrato o a las normas aplicables de derecho internacional privado. Sin embargo, cabe señalar que en algunos ordenamientos jurídicos la autonomía de las partes para elegir el derecho aplicable a su contrato y demás relaciones jurídicas entre ellas está sujeta a condiciones y restricciones de derecho internacional privado o de derecho público del país anfitrión. Por ejemplo, los Estados Parte en algunos acuerdos de integración económica regional están obligados a promulgar un régimen armonizado de derecho internacional privado, que sea aplicable, entre otros, a los contratos entre las empresas de servicios públicos y sus contratistas. Si bien las reglas de derecho internacional privado 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 sean propiamente comerciales, como por ejemplo ciertos contratos concertados por las autoridades públicas del país anfitrión (garantías y promesas públicas, o compromisos de una autoridad pública de comprar electricidad o de suministrar combustible), ni para los contratos con consumidores.

104. En algunos casos, se han incluido en la legislación nacional disposiciones para aclarar, si procede, que los contratos celebrados entre el concesionario y sus contratistas se regirán por el derecho privado y que los contratistas no son mandatarios de la autoridad contratante. En algunos países, una disposición de ese tipo ofrecería diversas ventajas prácticas, como, por ejemplo, que la autoridad contratante no sea subsidiariamente responsable de los actos de los subcontratistas ni haya obligación por parte de la entidad pública competente de pagar indemnización por enfermedades, lesiones o muerte de los empleados del subcontratista.

2. Responsabilidad frente a los usuarios y terceros

105. Toda deficiencia en la construcción o explotación de una infraestructura puede ser causa de lesiones graves o incluso mortales para los empleados del concesionario, los usuarios de la infraestructura u otros terceros, y ocasionarles daños en sus bienes. La cuestión de la indemnización pagadera a terceros en tales casos es compleja y puede regirse no por el régimen de la ley aplicable al acuerdo de proyecto en materia de responsabilidad contractual sino por el régimen del derecho interno aplicable en materia de responsabilidad extracontractual, que suele ser de derecho imperativo. Además, algunos ordenamientos jurídicos tienen reglas especiales de carácter imperativo sobre la responsabilidad extracontractual de las autoridades públicas, que pueden ser aplicables a la autoridad contratante. Por otro lado, el acuerdo de proyecto no podrá limitar la responsabilidad del concesionario o de la autoridad contratante frente a terceros que no sean partes en el acuerdo de proyecto. Por consiguiente, es aconsejable que la autoridad contratante y el concesionario prevean la repartición de los riesgos entre ellos en lo que respecta a los daños y perjuicios pagaderos a las partes en casos de fallecimiento, lesiones o desperfectos, siempre que esta repartición no esté regida por reglas que sean imperativas. También es aconsejable que las partes se aseguren contra dichos riesgos (ver párrs. 119 y 120).

106. Si un tercero sufre lesiones personales o daños en sus bienes a resultas de la construcción o explotación de la infraestructura y presenta una demanda contra la autoridad contratante, la ley puede disponer que el concesionario será el único responsable a este respecto y que la autoridad contratante no asumirá responsabilidad alguna ante las reclamaciones de terceros, salvo cuando los daños hayan sido causados por grave incumplimiento o por impondencia temeraria de la autoridad contratante. En particular, no estará demás disponer que ni la mera aprobación del diseño o de las especificaciones de la infraestructura por la autoridad contratante, ni su aceptación de las obras, ni su autorización final de explotación de la infraestructura y de su utilización por el público acarrearán responsabilidad alguna para la autoridad contratante por los daños sufridos por los usuarios de la infraestructura u otros terceros a resultas de defectos en la construcción o explotación de la infraestructura o de la deficiencia en el diseño o en las especificaciones

aprobadas. Además, dado que una cláusula de repartición de la responsabilidad tal vez no pueda hacerse valer frente a terceros en virtud del derecho aplicable, puede ser aconsejable que el acuerdo de proyecto estipule que la autoridad contratante deberá ser protegida e indemnizada frente a las demandas de compensación presentadas por terceros que hayan sufrido lesiones personales o daños en sus bienes a resultas de defectos en la construcción o explotación de la infraestructura.

107. El acuerdo de proyecto debe prever asimismo que las partes se informarán mutuamente de toda demanda o causa en curso o que se prevea que pueda entablarse contra ellas y respecto de la cual la autoridad contratante tenga derecho a ser tenida indemne y las partes deberán prestarse mutua ayuda en la defensa, en la medida en que lo permita la ley del país en donde se entable dicha causa.

3. *Garantías de buena ejecución y seguros*

108. Las obligaciones del concesionario se complementan normalmente con alguna forma de garantía de buena ejecución para el supuesto de incumplimiento y con la cobertura de un seguro contra ciertos riesgos. El derecho interno requiere en general que el concesionario dé una garantía adecuada de buena ejecución, y remitiendo al acuerdo de proyecto para los detalles. En otros países, el régimen legal es más detallado, al exigir, por ejemplo que se constituya cierto tipo de garantía para cubrir hasta un porcentaje determinado de la inversión básica.

a) *Tipos, funciones y naturaleza de las garantías de buena ejecución*

109. Las garantías de buena ejecución son en general de dos tipos. Conforme al primero de ellos, la garantía monetaria de buena ejecución, el garante se compromete sólo a abonar a la autoridad contratante una suma monetaria, hasta un límite determinado, a fin de cubrir la responsabilidad del concesionario en el caso de que éste incumpla el acuerdo. Las garantías monetarias de buena ejecución pueden adoptar la forma de una garantía contractual o fianza de contratista, de una carta de crédito contingente o de una garantía pagadera a su reclamación. Conforme al segundo tipo de garantía, denominado a veces fianza de buena ejecución, el garante elige entre dos opciones: a) corregir la obra defectuosa o terminar la incompleta; o b) buscar otro contratista que corrija la obra defectuosa o termine la incompleta, e indemnizar a la autoridad contratante por las pérdidas debidas al 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 la fianza de buena ejecución, el garante se reserva a menudo la posibilidad de cumplir su compromiso únicamente mediante el pago de una suma de dinero a la autoridad contratante. Las garantías de buena ejecución suelen ser otorgadas por entidades especializadas, como las compañías de garantías y

seguros. Una modalidad de la garantía de buena ejecución es la garantía de mantenimiento, que protege a la autoridad contratante contra futuros incumplimientos que pudieran producirse durante la etapa inicial o de mantenimiento y garantiza que el concesionario realizará debidamente toda reparación o trabajo de mantenimiento necesario durante el período de garantía contractual posterior a la conclusión de las obras.

110. Por lo que se refiere a su naturaleza, las garantías de buena ejecución pueden dividirse en general en garantías independientes y garantías accesorias o fianzas. Se dice que una garantía es “independiente” cuando la obligación del garante es independiente de las obligaciones del concesionario en virtud del acuerdo de proyecto. Con arreglo a una garantía independiente (a menudo denominada “garantía pagadera a la primera reclamación”) o a una carta de crédito contingente, el garante o expedidor se obliga a pagar si lo solicita el beneficiario, y éste 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 acuerdo. El garante o expedidor no podrá retener el pago basándose en 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 una garantía accesorio o fianza cuando la obligación del garante o fiador entraña algo más que el mero examen de una reclamación documental del pago, al soler tener un fiador la obligación de evaluar las pruebas de la responsabilidad del contratista por concepto de incumplimiento del contrato de obras. La naturaleza del vínculo puede variar según el tipo de fianza y puede incluir la necesidad de demostrar la responsabilidad del contratista en un procedimiento arbitral. Por su naturaleza, las fianzas de buena ejecución tienen carácter accesorio con respecto al contrato principal o subyacente a la fianza.

b) Ventajas y desventajas de los diversos tipos de garantía de buena ejecución

111. Desde la perspectiva de la autoridad contratante, las garantías monetarias de buena ejecución pueden ser especialmente útiles para cubrir los gastos adicionales que quizá haya tenido que realizar la autoridad contratante como consecuencia de la demora o el incumplimiento del concesionario. Las garantías monetarias pueden servir también de instrumento para ejercer presión sobre el concesionario a fin de que termine las obras a tiempo y cumpla sus restantes obligaciones de conformidad con los requisitos del acuerdo de proyecto. Sin embargo, el importe de esas garantías es normalmente sólo una fracción 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 concesionario o de sus contratistas.

112. Desde la perspectiva de la autoridad contratante, una garantía pagadera a la primera reclamación tiene la ventaja de garantizar la pronta recuperación de la suma garantizada, sin necesidad de probar el incumplimiento del contratista o la cuantía de la pérdida del beneficiario. Además, los garantes que suelen otorgar garantías monetarias de buena ejecución, especialmente los bancos, prefieren las garantías pagaderas a la primera reclamación, ya que sus condiciones son claras en lo que se refiere a cuándo surge la obligación de pagar, y los garantes no se verán mezclados en controversias entre la autoridad contratante y el concesionario sobre si se ha producido o no incumplimiento a tenor del acuerdo de proyecto. Otra ventaja, para el banco garante, de una garantía pagadera a la primera reclamación es que su mecanismo permitirá recuperar rápida y eficientemente la suma eventualmente pagada al beneficiario, al estar previsto el acceso directo del banco a los bienes del concesionario.

113. Para la autoridad contratante, al ser beneficiaria de una garantía pagadera a la primera reclamación o de una carta de crédito contingente puede tener el inconveniente de elevar el costo global del proyecto, ya que el concesionario se verá obligado normalmente a negociar y constituir una cuantiosa contragarantía a favor de la entidad que otorgue esa garantía o esa carta de crédito. Además, el concesionario que haya de ofrecer esa forma de garantía quizá desee asegurarse contra el riesgo de que la autoridad contratante cobre la garantía o la carta de crédito sin que, de hecho, el concesionario haya incumplido el acuerdo, y el costo de ese seguro se sumará al costo del proyecto. Es probable que el concesionario contabilice en el costo del proyecto, el costo previsto de toda demanda que quizás haya de presentar contra la autoridad contratante para obtener el reembolso de la garantía indebidamente reclamada.

114. Para el concesionario, dar una garantía pagadera a la primera reclamación o una carta de crédito contingente tiene la desventaja de que, si la autoridad contratante reclama su pago sin que el concesionario haya incumplido el acuerdo, sufrirá una pérdida inmediata, al resarcirse el garante o el expedidor de la carta con bienes del concesionario. El concesionario puede tropezar también con dificultades y demoras al tratar de recuperar de la autoridad contratante la suma indebidamente reclamada.

115. Las condiciones de una garantía accesoria o fianza exigen normalmente que el beneficiario demuestre el incumplimiento del contratista y la cuantía de la pérdida sufrida. Además, el fiador dispondrá asimismo de toda excepción que pueda oponer el concesionario si se le demanda por incumplimiento del acuerdo. Por ello, existe el riesgo de que la autoridad contratante se encuentre con que le espera una larga controversia tras reclamar el pago de la fianza. En la práctica, ese riesgo podrá reducirse, por ejemplo si la reclamación del pago de la fianza se rige por un procedimiento como el previsto en el artículo 7 j) i)

de las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales (RUFC) elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional². El artículo 7 j) i) de las RUFC prevé que a pesar de que haya una disputa o diferencia entre el solicitante y el beneficiario de la fianza 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 al emitirse un certificado de incumplimiento por un tercero (que podrá ser, sin limitaciones, un arquitecto o ingeniero independiente o el autor de un dictamen prearbitral de la CCI), cuando la fianza así lo prevea y sea presentado al fiador ese certificado o una copia certificada conforme del mismo. De adoptarse tal procedimiento, la autoridad contratante podrá obtener el pago de la fianza contractual aun cuando el concesionario impugne su derecho a percibir tal pago.

116. Como reflejo del menor riesgo que corre el garante o fiador, el límite monetario de la fianza podrá ser considerablemente superior al de una garantía pagadera a la primera reclamación, cubriendo de esa forma un porcentaje mayor de las obras previstas en el acuerdo de proyecto. Una fianza de buena ejecución puede ser también ventajosa si la autoridad contratante no consigue ella misma corregir los defectos o concluir 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 sólo conozca el concesionario, tal vez no sea viable que un tercero corrija o concluya las obras, en cuyo caso la fianza de buena ejecución perdería la ventaja recién mencionada sobre una garantía monetaria de buena ejecución. Para el concesionario, las garantías accesorias tienen la ventaja de mantener su capacidad de endeudamiento, ya que una fianza, a diferencia de las garantías pagaderas a la primera reclamación y de las cartas de crédito contingente, no afectará a la solvencia crediticia del concesionario con los prestamistas.

117. De todo ello se deduce que diversos tipos de garantía pueden ser útiles en función de las diversas obligaciones asumidas por el concesionario. Aunque sea conveniente exigir del concesionario que ofrezca garantías de buena ejecución adecuadas, es aconsejable dejar que las partes determinen en qué medida se necesitan garantías y cuáles son las requeridas respecto de las diversas obligaciones asumidas por el concesionario, en lugar de exigir por ley cierta forma de garantía con exclusión de otras. Debe señalarse que la propia sociedad del proyecto exigirá garantías de buena ejecución a sus contratistas (ver párr. 6) y que toda garantía adicional exigida por la autoridad contratante aumentará normalmente el costo global y la complejidad del proyecto. En algunos países, se da directrices a las autoridades contratantes, aconsejándoles que examinen detenidamente cuándo y en qué circunstancias se necesitarán garantías, cuáles son los riesgos o las pérdidas que deberán cubrirse y cuál es la garantía adecuada para cada caso. La capacidad de la

² El texto original de las RUFC se reproduce en su versión inglesa en el documento A/CN.9/459/Add.1.

sociedad del proyecto para obtener financiación adecuada podría verse comprometida por la exigencia de un nivel de garantía excesivo.

c) Duración de las garantías

118. Un problema especial de los proyectos de infraestructura con financiación privada es el de la duración de la garantía. La autoridad contratante puede tener interés en obtener una garantía de buena ejecución válida para toda la vida del proyecto y que cubra tanto las obras como la etapa de explotación. Sin embargo, dada la larga duración de los proyectos de infraestructura y la dificultad de evaluar los diversos riesgos que pueden surgir, resultará problemático para el garante dar una garantía de buena ejecución para toda la duración del proyecto o bien obtener un reaseguro del riesgo cubierto por la garantía de buena ejecución otorgada. En la práctica, el problema se complica por las cláusulas que estipulan que la no renovación de una garantía de buena ejecución constituye un motivo para reclamar su pago, por lo que permitir simplemente que la sociedad del proyecto negocie garantías por períodos más breves puede no ser una solución satisfactoria. Una posible solución, utilizada en algunos países, es exigir garantías separadas para la etapa de construcción y de explotación, lo que permite evaluar mejor los riesgos y las perspectivas de reaseguro. El sistema puede mejorarse definiendo exactamente el riesgo que se cubrirá durante el período de explotación, lo que permite evaluar mejor los riesgos y disminuir el importe total de la garantía. Otra posibilidad que puede considerar la autoridad contratante es exigir garantías de buena ejecución para ciertas etapas decisivas y no por toda la duración del proyecto. Por ejemplo, cabría exigir una garantía para toda la etapa de construcción, que se prolongase durante un período apropiado tras su conclusión, a fin de cubrir los posibles vicios ocultos de la obra entregada. Esa garantía se sustituiría entonces por otra que cubriera un número apropiado de años de la etapa de explotación, lo que daría margen para que la sociedad del proyecto demostrase su capacidad de gestión de la infraestructura, conforme a las normas exigidas. Si los resultados de la sociedad del proyecto son satisfactorios, cabría renunciar a la garantía requerida por el resto de la etapa de explotación, hasta cierto período previo al cumplimiento del plazo de la concesión, en el que se exigiría a la sociedad del proyecto una garantía del cumplimiento de sus obligaciones de entrega de la infraestructura y de clausura del proyecto, según proceda (ver cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, párrs. 50 a 62).

d) Planes de seguros

119. Los planes de seguros para proyectos de infraestructura con financiación privada suelen variar según la etapa a la que se apliquen, y determinados tipos de seguros sólo se tomarán durante ciertas etapas determinadas del proyecto. El concesionario podrá tomar en su propio interés algunas formas de seguro,

como el seguro de interrupción comercial del negocio, mientras que otras le serán exigidas por el derecho interno. 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 indemnización laboral y el seguro de contaminación y daños ecológicos.

120. Las pólizas de seguro legalmente obligatorias en el país anfitrión deberán suscribirse a menudo con una empresa de seguros local u otra entidad autorizada para actuar en el país, lo que en algunos casos plantea ciertas dificultades prácticas. En algunos países, el tipo de cobertura normalmente ofrecido puede ser más reducido que la cobertura habitualmente ofrecida en el mercado internacional, en cuyo caso el concesionario puede quedar expuesto a cierto número de riesgos que excedan de su capacidad de autoaseguro. Ese riesgo es particularmente grave en relación con el seguro contra daños ecológicos. Otra dificultad que puede plantearse en algunos países sería que la capacidad limitada de los aseguradores locales, para reasegurar los riesgos en los mercados internacionales de seguros y reaseguros, obligue a la sociedad del proyecto a tomar un seguro adicional fuera del país, lo que elevaría el costo global de financiación del proyecto.

4. Cambios de circunstancias

121. Los proyectos de infraestructura con financiación privada son normalmente de larga duración, y muchas circunstancias externas que influyen en el proyecto pueden variar. Las repercusiones de esos cambios tal vez sean automáticamente resueltas por el acuerdo de proyecto, ya sea mediante algún dispositivo financiero como una cláusula de indexación de la tarifa (ver párrs. 39 a 46) o imputando, expresamente o por exclusión, ciertos riesgos a una u otra de las partes, (por ejemplo, si el precio del suministro de combustible o de electricidad no ha sido previsto en la cláusula de indexación, el riesgo de que ese precio sea superior a lo previsto será asumido por el concesionario). Sin embargo, hay cambios que podrían no prestarse fácilmente a ser incluidos en un mecanismo de ajuste automático o que las partes pueden preferir excluir de ese mecanismo. Desde la perspectiva del legislador, hay dos categorías que merecen particular atención: los cambios legislativos o reglamentarios y los cambios inesperados de la coyuntura económica.

a) Cambios legislativos y reglamentarios

122. Dada la larga duración de los proyectos de infraestructura con financiación privada, el concesionario puede encontrarse con costos adicionales al cumplir sus obligaciones nacidas del acuerdo de proyecto, debido a cambios imprevistos en la legislación aplicable a sus actividades. En casos extremos, la legislación podría incluso imposibilitar financiera o físicamente la conclusión del proyecto por el concesionario. A efectos de

examinar la respuesta apropiada a esos cambios legislativos, puede ser útil distinguir entre cambios legales que afecten particularmente a los proyectos de infraestructura con financiación privada o a un proyecto concreto, por un lado, y los cambios de alcance general que afecten también a otras actividades económicas y no sólo a la explotación de la infraestructura, por otro.

123. Todas las entidades comerciales, tanto del sector público como del privado, están expuestas a cambios en la normativa aplicable y, en general, deberán resolver las consecuencias que esos cambios puedan tener para las actividades comerciales, incluida su repercusión en los precios o en la demanda de sus productos. Entre los ejemplos cabría citar: cambios en la estructura de desgravación de los 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; reglamentos protectores de la salud y la seguridad de los trabajadores de la construcción en todos los proyectos de esta índole y no sólo en los de infraestructura; y cambios en los reglamentos para la eliminación de sustancias peligrosas. Los cambios generales de la legislación pueden considerarse como un riesgo comercial ordinario y no como un riesgo específico de las actividades del concesionario, y podría ser difícil para la administración pública comprometerse a proteger a las empresas de infraestructura de las consecuencias económicas y financieras de cambios legislativos que afecten por igual a otras entidades comerciales. Por consiguiente, puede no haber una razón aparente por la que el concesionario no deba soportar las consecuencias de los riesgos legislativos generales, incluido el de que sus costos aumenten a consecuencia de cambios legislativos aplicables a todo el sector comercial.

124. No obstante, es importante tener en cuenta las posibles limitaciones de la capacidad del concesionario para responder a los aumentos de costos resultantes de cambios legislativos generales o poder absorberlos. Las empresas de infraestructura suelen estar sometidas a reglamentos de servicio y mecanismos de control de la tarifa que no les permiten responder, a los cambios del marco legal, al igual que otras empresas privadas (por ejemplo, elevando su tarifa o reduciendo los servicios). Cuando el acuerdo de proyecto prevea mecanismos de control, el concesionario deberá tratar de obtener garantías de la autoridad contratante y del organismo regulador, según proceda, que le permitan resarcirse de todo costo adicional imputable a cambios en la legislación, elevando la tarifa. Cuando no pueda darse esa garantía, es aconsejable facultar a la autoridad contratante para negociar con el concesionario la indemnización a que podrá tener derecho en el supuesto de que el régimen de control de la tarifa no le permita resarcirse plenamente del costo adicional imputable a algún cambio legislativo general.

125. La situación es distinta cuando los costos del concesionario aumentan a resultas de un cambio del marco legal del propio proyecto, de a una clase de proyectos similares o de los proyectos de infraestructura con financiación privada en general. Esos cambios no pueden considerarse como riesgos comerciales ordinarios y pueden alterar de forma significativa los supuestos

económicos o financieros en que se basó la negociación del acuerdo de proyecto. Por ello, la autoridad contratante acepta a menudo asumir el costo adicional resultante de toda norma que se promulgue para el proyecto considerado, para una clase de proyectos similares o para los proyectos de infraestructura con financiación privada en general. Por ejemplo, en los proyectos de carreteras, un cambio del marco legal de un proyecto de carretera determinado, de la empresa concesionaria de una carretera, o de esa clase de proyectos de explotación privada de carreteras podría dar lugar a un reajuste de tarifa con arreglo a la cláusula pertinente del acuerdo de proyecto.

b) Cambios de la coyuntura económica

126. Algunos ordenamientos jurídicos tienen normas que permiten revisar las condiciones del acuerdo de proyecto en función de cambios en la situación económica o financiera que, sin impedir el cumplimiento de las obligaciones contractuales de una de las partes, lo hagan notablemente más gravoso de lo inicialmente previsto en el momento en que se convinieron. En algunos ordenamientos, la posibilidad de revisar las condiciones del acuerdo suele estar implícita en todo contrato público, o está expresamente prevista en la legislación pertinente.

127. Las consideraciones financieras y económicas para la inversión del concesionario se negocian a la luz de hipótesis basadas en las circunstancias existentes en el momento de negociarse el acuerdo de proyecto y de expectativas razonables de las partes sobre la forma en que esas circunstancias evolucionarán durante la vida del proyecto. En cierta medida, al formularse las propuestas financieras de los ofertantes se tendrán en cuenta, las proyecciones de los parámetros económicos y financieros del proyecto, incorporándose a veces un cierto margen de riesgo (ver cap. III, “Selección del concesionario”, párr. 68). No obstante, pueden producirse hechos que las partes no podían haber previsto cuando se negoció el acuerdo de proyecto y que, de haberse tenido en cuenta, se hubieran traducido en otra distribución de riesgos o en un tratamiento distinto de la inversión del concesionario. Dada la larga duración de los proyectos de infraestructura, es importante prever mecanismos para hacer frente a las consecuencias financieras y económicas de ciertos hechos. En algunos países se han aplicado normas de revisión y se ha considerado útil ayudar a las partes a encontrar soluciones equitativas que salvaguarden la viabilidad económica y financiera de los proyectos de infraestructura, evitando así una interrupción perturbadora de las actividades del concesionario. Sin embargo, las normas de revisión pueden tener también algunas desventajas, especialmente desde el punto de vista de la administración pública.

128. Como ocurre con los cambios legislativos generales, los cambios de la coyuntura económica son riesgos a que están expuestas la mayoría de las entidades comerciales si no pueden recurrir a una garantía pública general que las proteja de los efectos económicos y financieros de esos cambios. Una

promesa sin reservas de la autoridad contratante de indemnizar al concesionario por todo cambio de la coyuntura económica puede traspasar al sector público una parte sustancial de los riesgos comerciales inicialmente asignados al concesionario, creándole una obligación financiera indefinida. Además, hay que señalar que el nivel de la tarifa propuesta y los rasgos esenciales de la distribución de riesgos son factores importantes e incluso decisivos en la selección del concesionario. El abuso de la renegociación del proyecto puede dar lugar a que se presenten propuestas a la baja poco realistas durante la fase de selección, confiando en que se elevará la tarifa una vez adjudicado el proyecto. Por ello, la autoridad contratante tendrá interés en imponer límites legales o contractuales razonables a toda revisión eventual del acuerdo de proyecto por razón de cambios en la coyuntura económica.

129. Sería aconsejable estipular en el acuerdo de proyecto que para que un cambio de circunstancias justifique su revisión, ese cambio deberá estar fuera del control del concesionario y ser de tal naturaleza que no sea razonable esperar que éste lo tenga en cuenta al negociar el acuerdo, o que, en su momento, evite o supere sus consecuencias. Por ejemplo, no sería razonable esperar que el explotador de una carretera de peaje, que tenga una 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, cabe esperar normalmente que un concesionario tenga en cuenta la posibilidad de aumentos razonables en el costo de la mano de obra durante la vida del proyecto. Por ello, en circunstancias normales, el hecho de que los salarios resulten superiores a lo previsto no será razón suficiente para revisar el acuerdo de proyecto.

130. Puede ser conveniente también prever en el acuerdo de proyecto que, para que una solicitud de revisión del acuerdo sea aceptada, hará falta que los cambios aducidos en la coyuntura económica o financiera representen cierto valor mínimo en proporción al costo total del proyecto o a los ingresos del concesionario. Esta regla evitaría tener que abrir engorrosas negociaciones de reajuste en el caso de pequeños cambios, mientras éstos no se acumulen para representar una cifra significativa. En algunos países hay reglamentos que fijan un límite para el número total de revisiones periódicas del acuerdo de proyecto. La finalidad de esta regla es evitar que se abuse del mecanismo de revisión para obtener un balance financiero global que no guarde relación con el previsto en el acuerdo de proyecto original. Sin embargo, desde la perspectiva del concesionario y de los prestamistas, ese límite puede exponerles a un riesgo considerable en el supuesto de que, por ejemplo, los costos aumenten espectacularmente como consecuencia de un cambio sumamente grave de las circunstancias. Por ello, es preciso examinar detenidamente la conveniencia de ese límite, y la manera de fijarlo.

5. Disposiciones de exoneración

131. Durante la vida del proyecto de infraestructura pueden ocurrir hechos que impidan que una de las partes cumpla sus obligaciones contractuales. Los hechos que constituyen ese impedimento son normalmente ajenos al control de ambas partes y pueden ser de naturaleza física, como un desastre natural, o consecuencia de actos humanos, como guerras, disturbios o ataques terroristas. Muchos ordenamientos jurídicos reconocen en general que una parte que incumpla una obligación contractual por haber ocurrido cierto tipo de hecho quedará exonerada de las consecuencias de ese incumplimiento.

a) Definición de los impedimentos exonerantes

132. Los impedimentos exonerantes son normalmente hechos que escapan del control de la parte que no puede cumplir su obligación y que ha sido incapaz de superar pese al ejercicio de la diligencia debida. Entre los ejemplos usuales se citan los siguientes: desastres naturales (por ejemplo, ciclones, inundaciones, sequías, terremotos, tormentas, incendios o rayos); guerra (declarada o no) u otras actividades militares, incluidos los tumultos y disturbios civiles; avería o sabotaje de las instalaciones, actos de terrorismo, daños intencionados o la amenaza de tales daños; contaminación radiactiva o química o radiación ionizante; efectos de elementos naturales, incluidas las condiciones geológicas que no puedan preverse ni resistirse; y huelgas del personal de importancia excepcional.

133. Algunas disposiciones legales se refieren sólo en general a las circunstancias exonerantes, mientras que otras contienen listas detalladas de impedimentos que eximen a las partes del cumplimiento del acuerdo de proyecto. Este último método puede servir para garantizar un trato coherente de todos los proyectos elaborados con arreglo a la legislación vigente, evitando así los casos en que un concesionario obtenga un asignación de riesgos más favorable que la prevista en otros acuerdos de proyecto. Sin embargo, es importante considerar las posibles desventajas de enunciar en normas legislativas o reglamentarias una lista de hechos que se consideren impedimentos exonerantes en todos los casos. Existe el riesgo de que la lista sea incompleta, omitiendo 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 lugar del proyecto. Como tales, esos desastres naturales pueden suponer riesgos que cabe esperar que asuma toda empresa de servicios públicos en la región.

134. 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 concesionario que obtenga una licencia u otra aprobación oficial para cumplir algunas de sus obligaciones. Por ello, el acuerdo de proyecto podría prever que si la licencia o la aprobación se

deniega, o si se concede pero luego se retira, porque el concesionario no cumple con los criterios requeridos para obtenerla, el concesionario no podrá aducir esa denegación como impedimento exonerante. Sin embargo, si la licencia o aprobación se deniega o retira por motivos que no sean del caso, sería equitativo prever que el concesionario pueda 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 de política que requieran la interrupción o de importantes revisiones del proyecto que alteren sustancialmente el diseño original. En esas situaciones será importante considerar la relación institucional existente entre la autoridad contratante y la autoridad pública que cause el impedimento, así como su grado de mutua dependencia. Un hecho clasificado como impedimento exonerante constituiría en algunos casos un claro incumplimiento del acuerdo de proyecto por la autoridad contratante si ésta puede controlar o influir razonablemente en los actos de la otra autoridad pública.

b) Consecuencias para las partes

135. Durante la etapa de construcción, el hecho de que se produzcan impedimentos exonerantes justifica normalmente la prórroga del plazo concedido para concluir las obras. A este respecto, es importante examinar las consecuencias de cualquier prórroga sobre la duración general del proyecto, especialmente, cuando se tiene en cuenta la etapa de construcción para calcular el período total de la concesión. Las demoras en la conclusión de las obras reducen el período de explotación y pueden falsear la estimación global de los ingresos del concesionario por los prestamistas. Por ello, puede ser aconsejable examinar en qué circunstancias se justificará prorrogar el período de la concesión a fin de tener en cuenta posibles prórrogas concedidas durante la etapa de construcción. Por último, es aconsejable prever que, si el hecho acaecido es de carácter permanente, las partes podrán optar por rescindir el acuerdo de proyecto (ver también cap. V “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, párr. 34).

136. Otra cuestión importante es saber si el concesionario tendrá derecho a indemnización por el lucro cesante o por daños en los bienes imputables a un impedimento exonerante. La clave de esa cuestión radica en la distribución de riesgos prevista en el acuerdo de proyecto. Salvo en supuestos en que la administración pública preste alguna forma de apoyo directo, los proyectos de infraestructura con financiación privada se realizan normalmente por cuenta y riesgo del concesionario, lo que incluye el riesgo de las pérdidas imputables a desastres naturales y a otros impedimentos exonerantes, contra las cuales el concesionario deberá normalmente obtener una cobertura de seguro adecuada. Por ello, el derecho interno excluye a veces expresamente toda forma de indemnización al concesionario por pérdidas o daños resultantes de impedimentos exonerantes. Sin embargo, ello no significa necesariamente que

un hecho calificado de impedimento exonerante no justifique, al mismo tiempo, la revisión de las condiciones del acuerdo de proyecto a fin de restablecer el equilibrio económico y financiero (ver también párrs. 126 a 130).

137. A veces, no obstante, se prevé una distribución de riesgos distinta según que el proyecto prevea la construcción de infraestructuras que vayan a ser desde un principio propiedad de la autoridad contratante o de infraestructuras que le hayan de ser traspasadas al concluir el período del proyecto. En algunos países, la autoridad contratante está facultada para adoptar medidas de asistencia al concesionario para que repare o reconstruya obras de infraestructura dañadas por desastres naturales o por hechos similares definidos en el acuerdo de proyecto, siempre que se haya previsto la posibilidad de esa ayuda en la solicitud de propuestas. En ocasiones, la autoridad contratante estará facultada para acceder a pagar una indemnización al concesionario en el caso de que las obras se interrumpan por más de cierto número de días, hasta un período máximo, si la interrupción es imputable a un hecho del que el concesionario no sea responsable.

138. Si el concesionario no puede cumplir a resultas de alguno de esos impedimentos y las partes no logran una revisión aceptable del contrato, el derecho interno autoriza a veces al concesionario a rescindir el acuerdo de proyecto, sin perjuicio de la indemnización que pueda ser del caso (ver cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, párr. 34).

139. También deberán considerarse las disposiciones legales y contractuales sobre los impedimentos exonerantes a la luz de todo reglamento aplicable al servicio de que se trate. En algunos ordenamientos se exige de las empresas de servicios públicos que se esfuercen por seguir prestándolos, aun cuando sucedan ciertos hechos definidos como impedimentos contractuales (ver párrs. 86 y 87). En esos casos, es aconsejable examinar en qué medida sea razonable imponer esa obligación al concesionario y la indemnización que deba dársele por los costos y dificultades adicionales con que se enfrenta.

6. Incumplimiento y remedios disponibles

140. En general, existe una variada gama de medidas en las que pueden convenir las partes para remediar las consecuencias del incumplimiento, pudiendo llegar hasta la rescisión del acuerdo de proyecto. En los siguientes párrafos se examinan en general los incumplimientos y los remedios de que dispone cada una de las partes (ver párrs. 141 y 142). Se estudian los supuestos legales de determinadas medidas destinadas a rectificar las causas del incumplimiento y mantener la continuidad del proyecto, en particular la intervención de la autoridad pública (ver párrs. 143 a 146) o la sustitución del concesionario (ver párrs. 147 a 150). El remedio final consistente en la rescisión del acuerdo de proyecto y las consecuencias de esa rescisión se

examinan en otra parte de la *Guía* (ver cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, seccs. D y E).

a) *Consideraciones generales*

141. Los remedios disponibles contra el incumplimiento del concesionario, suelen ser los habituales en los contratos de obras o de servicios a largo plazo, como el vencimiento de las garantías, de las penas contractuales y de las indemnizaciones pactadas³. En la mayoría de los casos, esos remedios son típicamente contractuales y no dan lugar a consideraciones legislativas de importancia. No obstante, es importante establecer procedimientos adecuados para comprobar los incumplimientos y dar oportunidad de rectificarlos. En algunos países, la ejecución de las penas contractualmente estipuladas requiere inspecciones oficiales y otros requisitos de procedimiento, entre ellos el de que los cargos directivos de la autoridad contratante eximen el caso antes de que se dé curso a sanciones más graves. Esos procedimientos pueden complementarse con disposiciones que distingan entre los defectos que puedan corregirse y los que no se puedan corregir, y prescriban los procedimientos y remedios pertinentes. Normalmente es aconsejable exigir que se dé aviso al concesionario para que rectifique el incumplimiento en un período suficiente. También puede ser aconsejable reservar el pago por el concesionario de las penas o indemnizaciones pactadas para supuestos de incumplimiento de obligaciones esenciales, estipulándose que no serán aplicables en supuestos de incumplimiento de obligaciones secundarias o auxiliares, ni cuando se disponga de otros remedios con arreglo al derecho interno. Además, cabe complementar cierto régimen de vigilancia del cumplimiento que prevea penas o indemnizaciones contractuales con un plan de primas pagaderas al concesionario por resultados superiores a los convenidos.

142. Aunque la autoridad contratante puede protegerse de las consecuencias de un incumplimiento imputable al concesionario por diversas medidas contractuales judicialmente exigibles, los remedios de que disponga el concesionario frente a un incumplimiento de la autoridad contratante pueden estar sujetos a diversas limitaciones en el marco del derecho interno aplicable. Esas limitaciones serán importantes si las autoridades públicas gozan por ley de inmunidad frente a toda medida de procesamiento o de ejecución judicial. La condición jurídica reconocida a la autoridad contratante o a otras entidades públicas podría privar al concesionario de ciertas medidas de ejecución para obtener el cumplimiento de las obligaciones contraídas por esas entidades públicas (ver cap. VI, “Solución de controversias”, párrs. 33 a 35). Puede ser, por ello, muy importante prever mecanismos para proteger al concesionario

³ Véase un examen de las acciones utilizadas en los contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales complejas en *CNUDMI, Guía Jurídica para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales*, cap. XVIII, “Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento”.

contra las consecuencias de un incumplimiento por parte de la autoridad contratante, por ejemplo, mediante garantías públicas que cubran ciertos incumplimientos o mediante garantías otorgadas por terceros, como instituciones de crédito multilaterales (ver cap. II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 61 a 71).

b) Derecho de intervención de la autoridad contratante

143. 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 concesionario, en particular cuando la autoridad contratante esté obligada por ley a garantizar la prestación eficaz en todo momento del servicio de que se trate. En algunos ordenamientos jurídicos, esa prerrogativa se considera implícita en la mayoría de los contratos públicos y cabe presumir que existe aunque no se mencione expresamente en la legislación ni en el acuerdo de proyecto.

144. Hay que 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 la utilice o amenace utilizarla para imponer sus propias conveniencias sobre la forma en que se preste el servicio, o incluso para lograr el control de los bienes del proyecto. Por consiguiente, es aconsejable definir tan pronto como se pueda las circunstancias en que se podrán ejercitar esos derechos de intervención. Es importante limitar el derecho de intervención de la autoridad contratante a los supuestos de grave deficiencia en el servicio y no simplemente de insatisfacción con la actuación del concesionario. Puede ser útil que la ley disponga que la intervención de la autoridad contratante en el proyecto será temporal y tendrá por objeto remediar un problema específico y urgente que el concesionario no haya podido resolver. Una vez remediada la situación de emergencia, el concesionario volvería a hacerse cargo de la prestación del servicio.

145. La aptitud de la autoridad contratante para intervenir puede verse limitada por la dificultad que puede haber para encontrar y contratar rápidamente un subcontratista que remedie la deficiencia que motivó la intervención. Además, las intervenciones frecuentes tienen el inconveniente de hacer que recaigan sobre la autoridad contratante los riesgos que en el acuerdo de proyecto se habían traspasado al concesionario. El concesionario no debe confiar en que la autoridad contratante intervenga para hacer frente a determinado riesgo en vez de afrontarlo él mismo como exige el acuerdo de proyecto.

146. Es aconsejable aclarar en el acuerdo de proyecto cuál de las partes soportará el costo de la intervención de la autoridad contratante. En la mayoría de los casos, el concesionario deberá sufragar los gastos realizados por la autoridad contratante cuando la intervención haya sido provocada por

un incumplimiento atribuible a una falta del propio concesionario. En algunos casos, para evitar controversias sobre la responsabilidad y sobre el nivel de costos apropiado, el acuerdo puede autorizar a la autoridad contratante a adoptar medidas para remediar por sí misma el problema y cargar luego su costo efectivo (incluidos sus propios gastos administrativos) al concesionario. Sin embargo, cuando la intervención se produzca por haber ocurrido un impedimento exonerante (ver párrs. 131 a 139), las partes podrán convenir una solución diferente, en función de cómo se haya asignado ese riesgo en el acuerdo de proyecto.

c) Derecho de intervención de los prestamistas

147. Durante la vida del proyecto pueden surgir situaciones en que, por incumplimiento del concesionario o por suceder algún hecho extraordinario que esté fuera del control del concesionario, pueda interesar a las partes evitar la rescisión del proyecto, permitiendo que continúe a cargo de un concesionario diferente. A los prestamistas, cuya principal garantía son los ingresos obtenidos del proyecto, les preocupa especialmente el riesgo de la interrupción o rescisión del proyecto antes de que los préstamos se hayan reembolsado. En casos de incumplimiento o de un impedimento que afecte al concesionario, estarán interesados en asegurarse de que las obras no queden inconclusas y de que la concesión sea explotada de forma rentable. La autoridad contratante puede estar también interesada en permitir que el proyecto pase a manos de un nuevo concesionario, en vez de hacerse ella cargo y tener que continuarlo por su cuenta.

148. En cierto número de 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 concesionario que actúe con arreglo al acuerdo de proyecto existente. Esas cláusulas se complementan normalmente con un acuerdo directo entre la autoridad contratante y los prestamistas que proporcionan financiación al concesionario. La finalidad principal de ese acuerdo directo es permitir que los prestamistas eviten la rescisión por la autoridad contratante cuando el concesionario incumpla, sustituyéndolo por otro concesionario que siga actuando con arreglo al acuerdo de proyecto en lugar del concesionario que haya incumplido. 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 se aplican a casos en que la falta de prestación del servicio por parte del concesionario sea habitual o haya motivos para considerarla 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 concesionario alternativo da a los prestamistas mayores garantías contra el incumplimiento por parte del concesionario. Al mismo tiempo, ofrece a la autoridad contratante oportunidad de evitar la interrupción que supone la rescisión del acuerdo de proyecto, salvaguardándose así la continuidad del servicio.

149. Sin embargo, en algunos países la aplicación de esas cláusulas puede encontrar dificultades a falta de una autorización legislativa. La incapacidad del concesionario para cumplir sus obligaciones es normalmente motivo para que la autoridad contratante se haga cargo de la explotación de la infraestructura o rescinda el acuerdo (ver cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, párrs. 15 a 23). A fin de elegir un nuevo concesionario que sustituya al que ha incumplido sus obligaciones, la autoridad contratante deberá seguir a menudo los mismos procedimientos aplicables a la selección del concesionario original, y tal vez no sea posible contratar, en consulta con los prestamistas, un nuevo concesionario, si éste no ha sido seleccionado de acuerdo con esos procedimientos. En cambio, aunque la autoridad contratante esté autorizada a negociar con un nuevo concesionario en condiciones de emergencia, tal vez sea necesario concertar un nuevo acuerdo de proyecto con el nuevo concesionario y tal vez éste no sea capaz de asumir plenamente las obligaciones de su predecesor.

150. Por ello, 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 concesionario que prosiga el acuerdo de proyecto existente, cuando el concesionario haya incumplido gravemente su obligación de prestar el servicio con arreglo al acuerdo de proyecto o al producirse otros hechos especificados que podrían justificar la rescisión de acuerdo de proyecto. En el acuerdo entre la autoridad contratante y los prestamistas se debe especificar, entre otras cosas: las circunstancias en que se permitirá a los prestamistas recurrir a un nuevo concesionario; los procedimientos para la sustitución del concesionario; los motivos para que la autoridad contratante deniegue una sustitución propuesta; y las obligaciones de los prestamistas de mantener el servicio al mismo nivel y en las mismas condiciones exigidas por el acuerdo de proyecto.

V. Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto

A. Observaciones generales

1. La mayoría de los proyectos de infraestructura con financiación privada se conciertan por un cierto plazo al final del cual el concesionario traspasa a la autoridad contratante la función que venía ejerciendo en la explotación de la infraestructura. La sección B trata sobre los elementos que habrán de tenerse en cuenta al fijar el plazo de la concesión. La sección C se ocupa de las circunstancias que pueden dar lugar a una prórroga del acuerdo de proyecto. La sección D examina las circunstancias que pueden dar lugar a la rescisión del acuerdo de proyecto con anterioridad a la expiración de su plazo. Por último, la sección E se ocupa de las consecuencias de la expiración o rescisión del acuerdo de proyecto, así como del traspaso de los bienes del proyecto y de la indemnización a la que pudiera tener derecho alguna de las partes al producirse la rescisión y, de la liquidación del proyecto.

B. Duración del acuerdo de proyecto

2. La ley limita en algunos países la duración de las concesiones de infraestructuras a cierto número de años. En algunos de ellos la ley establece un límite general para la mayoría de los proyectos de infraestructura y límites especiales para determinados sectores de la misma. En otros ese límite de duración máxima sólo existe para determinados sectores de la infraestructura.

3. La duración conveniente de un acuerdo de proyecto puede depender de varios factores como, por ejemplo, el período de explotación de la infraestructura; el período durante el cual es probable que se requiera el servicio; la vida útil prevista de los bienes asociados al proyecto; el grado de variabilidad de la tecnología requerida para el proyecto; y el tiempo requerido por el concesionario para reembolsar sus deudas y amortizar la inversión inicial. En este contexto, el concepto de “amortización” económica significa la recuperación gradual de la inversión con los ingresos del proyecto en el supuesto de que la infraestructura carezca de todo valor residual al final del período del proyecto. Dado que es difícil establecer un único límite legal para la duración de los proyectos de infraestructura, es aconsejable dar cierto margen a la autoridad contratante para negociar, en cada caso, un plazo adecuado para el proyecto de que se trate.

4. En algunos ordenamientos jurídicos, este resultado se logra exigiendo por ley que todas las concesiones estén sujetas a un período de duración máxima, sin especificar el número de años. A veces la ley se limita a indicar los elementos que deberán tenerse en cuenta al fijar el plazo de la concesión,

que pueden ser la naturaleza y el importe de la inversión que deba hacer el concesionario y el período normal de amortización para la infraestructura considerada. En la normativa aprobada para determinados proyectos o sectores se establece un sistema combinado, por el que se requiere que el acuerdo de proyecto disponga la expiración de la concesión al concluir cierto plazo, o una vez que las deudas del concesionario hayan sido totalmente reembolsadas y se haya obtenido un determinado nivel de ingresos, de producción o de utilización, si se logra esto último antes.

5. Ahora bien, si se juzga necesario imponer cierto límite legal, el plazo máximo deberá ser lo bastante largo para que el concesionario pueda reembolsar por completo sus deudas y obtener un beneficio razonable. Además, tal vez convenga facultar a la autoridad contratante para aceptar, 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 acuerdo de proyecto

6. En la práctica contractual de algunos países, la autoridad contratante y el concesionario pueden convenir una o más prórrogas del plazo de la concesión. Lo más frecuente suele ser, no obstante, que el derecho interno sólo autorice la prórroga del acuerdo de proyecto en circunstancias excepcionales. De ser este el caso, al caducar el acuerdo del proyecto la autoridad contratante estará normalmente obligada a seleccionar a un nuevo concesionario, para lo que aplicará normalmente los mismos procedimientos que utilizó para seleccionar al concesionario cuya concesión ha caducado (para un análisis de los procedimientos de selección, ver cap. III, “Selección del concesionario”).

7. Cierta número de países han juzgado conveniente disponer que toda concesión otorgada en exclusiva habrá de ser periódicamente readjudicada mediante concurso, y no meramente prorrogada. Esta renovación periódica mediante concurso puede ser un fuerte incentivo para que el concesionario se esmere en el cumplimiento de la función asumida. La duración del plazo entre la adjudicación inicial y su primera (y toda subsiguiente) renovación deberá fijarse en función de la magnitud de la inversión requerida y de otros riesgos a los que haya de hacer frente el concesionario. Por ejemplo, para una concesión de recolección de basuras sólidas que no requiera una fuerte inversión en capital fijo, esos plazos pueden ser relativamente breves (por ejemplo, de tres a cinco años), mientras que se necesitarán plazos más largos para las concesiones de distribución de energía eléctrica o de agua, por dar un ejemplo. En la mayoría de los países, la renegociación coincide con el final del plazo del proyecto, pero en otros se asigna la concesión por un largo período (por ejemplo, de 99 años), combinado con un concurso periódico de renegociación (por ejemplo, cada 10 ó 15 años). Conforme al segundo

esquema, adoptado por algunos países, la primera reapertura de concurso tendrá lugar antes de que el concesionario inicial haya podido recuperar plenamente su inversión. A título de incentivo para la empresa concesionaria en funciones, algunas leyes dan cierta preferencia al concesionario sobre los demás concursantes en la adjudicación de nuevas concesiones para una misma actividad. Ahora bien, el concesionario gozará tal vez de derechos de indemnización si no consigue renovar su concesión, en cuyo caso la totalidad o una parte de los beneficios del concurso pueden acabar en manos del concesionario en funciones. De requerirse que el ganador del concurso indemnice al concesionario en funciones por el valor de sus derechos de propiedad y de la inversión no amortizada, se reducirá el riesgo a largo plazo de los inversionistas y prestamistas y se les ofrecerá una vía de salida atractiva (ver párrs. 39 y 40).

8. Pese a lo dicho, es aconsejable no excluir por completo la opción de negociar una prórroga del plazo de la concesión, en supuestos expresamente indicados. La duración de un proyecto de infraestructura es uno de los principales factores que han de tenerse en cuenta al negociar las condiciones financieras, ya que tendrá una repercusión directa sobre el precio de los servicios prestados por el concesionario. Las partes pueden descubrir que la prórroga del acuerdo de proyecto (como medida sustitutiva o complementaria de otros mecanismos compensatorios) puede ser una buena solución para hacer frente a ciertas circunstancias o cambios imprevistos que pudieran surgir durante la vida del proyecto. Cabe citar los siguientes supuestos: prórroga compensatoria de la suspensión del proyecto o de las pérdidas debidas a algún impedimento (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 131 a 139); prórroga compensatoria de una suspensión del proyecto debida a medidas de la autoridad contratante o de alguna otra autoridad pública (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 140 y 141); prórroga que permita al concesionario amortizar el costo de toda obra adicional requerida que no sea posible recuperar durante el plazo estipulado en el acuerdo de proyecto sin un incremento excesivo de la tarifa (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 73 a 76). En aras de una mayor transparencia o de una rendición más pormenorizada de las cuentas, en algunos países la prórroga del plazo de la concesión está sujeta a un límite global acumulativo o deberá ser aprobada por alguna autoridad pública expresamente designada al efecto.

D. Rescisión

9. Los eventuales motivos de rescisión de un acuerdo de proyecto antes de su expiración y las consecuencias de tal rescisión suelen ser objeto de alguna norma de derecho interno. Por lo general, la ley autoriza a las partes a rescindir el acuerdo a raíz de ciertos hechos. El interés principal de todas las

partes que intervienen en un proyecto de infraestructura con financiación privada está en asegurar la terminación satisfactoria de las obras, así como la prestación ordenada y continua del servicio público objeto de la concesión. Habida cuenta de las graves consecuencias de la rescisión del acuerdo, que pudiera interrumpir o incluso suprimir el servicio prestado, la rescisión deberá ser contemplada en la mayoría de los casos como una medida de última instancia. Deberán ponderarse cuidadosamente los requisitos para el ejercicio por una u otra parte de este derecho. Aun cuando no sea preciso que esos requisitos sean idénticos, suele ser conveniente que haya un cierto equilibrio entre los derechos de una u otra parte para rescindir el acuerdo y entre los requisitos impuestos a cada una de ellas para el ejercicio de esos derechos.

10. Además de definir las circunstancias o los hechos que pueden dar lugar a un derecho de rescisión, es aconsejable que las partes prevean un procedimiento adecuado para determinar, en su momento, si existe o no un motivo válido para rescindir el acuerdo de proyecto. Reviste particular importancia la cuestión de si el acuerdo de proyecto podrá rescindirse unilateralmente o si la rescisión habrá de hacerse por decisión de una entidad judicial o de algún otro órgano designado para resolver las controversias.

11. El concesionario no suele poder rescindir el acuerdo de proyecto sin motivo, y en algunos ordenamientos jurídicos la rescisión por el concesionario, incluso en caso de incumplimiento de la autoridad contratante, requiere un fallo judicial firme. No obstante, en otros países, conforme a las reglas aplicables a los contratos con entidades públicas, ese derecho podrá ser ejercido unilateralmente por una autoridad pública, a reserva del pago de una indemnización al concesionario. Sin embargo, en algunos países se hace una excepción respecto de aquellas concesiones de servicios públicos cuyo carácter contractual sea tenido por 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 de este tipo de acuerdos. Ahora bien, los promotores y prestamistas del proyecto tal vez se sientan inquietos ante el riesgo de una rescisión prematura e injustificada por la autoridad contratante, aun cuando quepa recurrir contra esa decisión por la vía prevista para la solución de controversias. Cabe también observar que aun cuando disponga de un derecho unilateral de rescisión del acuerdo de proyecto, la autoridad contratante no debe prescindir de un buen mecanismo contractual de supervisión del cumplimiento o de las debidas garantías de cumplimiento (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 80 a 97 y 108 a 120).

12. Por consiguiente, el régimen de la rescisión deberá ser coordinado con los recursos contractuales contra el incumplimiento previstos en el acuerdo de proyecto. En particular, sería conveniente distinguir las condiciones de rescisión de las que se establezcan para una intervención eventual de la autoridad contratante (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 143 a 146). Es

igualmente importante que los derechos de rescisión de la autoridad contratante sean perfilados sin perder de vista los acuerdos de financiación negociados por el concesionario con sus prestamistas. En la mayoría de los casos, los hechos que den lugar a una rescisión del acuerdo de proyecto constituirán asimismo supuestos de incumplimiento de los acuerdos de préstamo, dando tal vez lugar a un vencimiento inmediato de la totalidad de la deuda pendiente del concesionario. Sería por ello aconsejable tratar de evitar el riesgo de una rescisión dando margen a los prestamistas del proyecto para proponer otro concesionario cuando parezca inminente el riesgo de rescisión del acuerdo de proyecto con el concesionario inicial (ver cap.IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 108 a 120).

13. A la luz de lo anteriormente dicho, es en general aconsejable que, en la mayoría de los supuestos, la ley disponga que sólo podrá procederse a la rescisión del acuerdo de proyecto tras el fallo definitivo del órgano designado, en el propio acuerdo, para la solución de controversias. Ese requisito reduciría la inquietud ante una eventual 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 encargado de la solución de la controversia llegara a una decisión definitiva, siempre que el acuerdo de proyecto haya previsto ciertos remedios contractuales para el supuesto de incumplimiento, como pudiera ser algún derecho de intervención de la autoridad contratante o de los prestamistas. En los países en que ese requisito sería 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 acuerdo de proyecto no menoscabe el derecho del concesionario a presentar un recurso judicial contra la decisión de la autoridad contratante de rescindir el acuerdo.

1. Rescisión por la autoridad contratante

14. Los derechos de rescisión de la autoridad contratante suelen corresponder a tres tipos de supuesto: incumplimiento grave del concesionario; insolvencia o quiebra del concesionario; y rescisión por motivos de interés público.

a) Incumplimiento grave del concesionario

15. La autoridad contratante ha de velar por que los servicios públicos se presten de conformidad con las leyes, reglamentaciones y disposiciones contractuales aplicables. Así, algunos ordenamientos reconocen a la autoridad contratante el derecho a rescindir el acuerdo de proyecto en el supuesto de incumplimiento del concesionario. 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 insatisfactorio por parte del concesionario. Por el contrario, suele ser aconsejable no recurrir a la opción extrema de la rescisión sino en supuestos de incumplimiento “particularmente graves” o “reiterados”, y especialmente en supuestos en los que ya no quepa esperar razonablemente que el concesionario esté en condiciones de cumplir el acuerdo de proyecto o que esté dispuesto a hacerlo. En muchos ordenamientos se emplean ciertos 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 agotarse el plazo de su validez (por ejemplo, “incumplimiento básico”, “incumplimiento especial”, o expresiones similares). Esas situaciones son designadas en la *Guía* por las palabras “incumplimiento grave”.

16. El restringir la posibilidad de rescisión a los supuestos de incumplimiento grave puede servir de garantía a los prestamistas y promotores del proyecto de que estarán protegidos contra toda decisión prematura o poco razonable de la autoridad contratante. La ley puede reconocer en términos generales el derecho de la autoridad contratante a rescindir el acuerdo de proyecto en supuestos de incumplimiento grave del concesionario y dejar que sea el acuerdo de proyecto 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 dar, ya sea legislativamente o en el acuerdo del proyecto, una lista, legal o contractual, de los supuestos de rescisión.

17. Por regla general, es aconsejable otorgar al concesionario un plazo adicional para dar cumplimiento a sus obligaciones y eludir las consecuencias de ese incumplimiento antes de que la autoridad contratante recurra a los remedios de que disponga. Por ejemplo, se debe dar aviso al concesionario de toda circunstancia que por su gravedad pueda dar lugar a rescisión si no se rectifica en el plazo que le sea ofrecido. Esa posibilidad puede ser ofrecida también a los prestamistas y garantes, según sea el caso, para que eviten las consecuencias del incumplimiento del concesionario, por ejemplo contratando a un tercero que ponga remedio al incumplimiento del concesionario conforme a lo estipulado en las garantías de buena ejecución que hayan dado a la autoridad contratante o en el acuerdo directo entre los prestamistas y la autoridad contratante (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 108 a 120 y 147 a 150). El proyecto de acuerdo puede también disponer que, si no se rectifican las circunstancias especificadas antes del término del plazo otorgado, la autoridad contratante podrá dar por rescindido el acuerdo de proyecto, tras notificar previamente a los prestamistas y darles la oportunidad de ejercer su eventual derecho a buscar en un plazo determinado un sustituto del concesionario, a tenor de lo que hayan acordado directamente con la autoridad contratante. Ahora bien, deberán establecerse plazos límites razonables, ya que no cabe esperar que la autoridad contratante haya de

soportar indefinidamente el costo continuo de una situación de incumplimiento del acuerdo por el concesionario. Además, la puesta en marcha de esos procedimientos no debe ser obstáculo para que la autoridad contratante ejerza su derecho de intervenir para evitar el riesgo de interrupción del servicio por el concesionario (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 145 y 146).

i) *Incumplimiento grave antes del inicio de la construcción*

18. El concesionario deberá normalmente llevar a cabo una serie de medidas antes de iniciar las obras de construcción. Algunas de esas medidas pueden incluso constituir requisitos para la entrada en vigor de acuerdo del proyecto. Como supuestos que darían lugar a la retirada de la concesión en una etapa inicial del proyecto cabe citar los siguientes:

a) No haber reunido los recursos financieros requeridos, no haber suscrito el acuerdo de proyecto o no haber fundado la sociedad del proyecto dentro del plazo fijado al respecto;

b) No haber obtenido las licencias o los permisos requeridos para poder llevar a cabo la actividad que sea objeto de la concesión;

c) No haber emprendido las obras de construcción o la preparación del proyecto, o no haber presentado los planos y diseños requeridos, en un plazo contado a partir de la adjudicación de la concesión.

19. La rescisión debe en principio reservarse para supuestos en los que la autoridad contratante ya no pueda razonablemente prever que el concesionario seleccionado adoptará 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 pudiera excusar la demora del concesionario en el cumplimiento de sus obligaciones. Además, el concesionario no debe cargar con las consecuencias de cualquier omisión o error en que incurra la autoridad contratante o alguna otra autoridad pública. Por ejemplo, la rescisión de acuerdo de proyecto no estará normalmente justificada si el hecho de que el concesionario no haya obtenido las licencias y permisos públicos requeridos en el plazo convenido no es culpa del concesionario.

ii) *Incumplimiento grave durante la fase de construcción*

20. Como ejemplos de supuestos que podrían dar lugar a la rescisión del acuerdo de proyecto durante la fase de construcción cabe citar los siguientes:

a) La no observancia de los reglamentos de construcción o de las especificaciones y normas mínimas de diseño o rendimiento de las obras, y el incumplimiento de la obligación de terminar las obras dentro del calendario convenido sin que medie una excusa razonable;

b) La no aportación o renovación de las garantías requeridas en las condiciones acordadas;

c) La violación de alguna obligación legal o contractual esencial.

21. La rescisión no deberá ser declarada sino en casos en los que el grado de incumplimiento del concesionario y las consecuencias de ese incumplimiento para la autoridad contratante justifiquen esa medida. Por ejemplo, la autoridad contratante puede tener un interés legítimo en especificar la fecha en la que deberán concluirse las obras, por lo que puede tener motivo para considerar la demora a ese respecto como un incumplimiento grave que da lugar a rescisión. Ahora bien, la demora por sí sola, especialmente si no es excesiva en función de las especificaciones del acuerdo de proyecto, puede no ser tomada por motivo de rescisión si la autoridad contratante está por lo demás convencida de la capacidad del concesionario para terminar las obras de conformidad con las normas de calidad requeridas y de que el concesionario cumplirá con su compromiso.

iii) *Incumplimiento grave durante la etapa de explotación*

22. Como supuestos particulares de incumplimiento que suelen dar lugar a que la concesión sea rescindida durante la fase de explotación cabe citar los siguientes:

a) Todo incumplimiento grave relativo a la prestación de servicios de conformidad con las normas de calidad legales y contractuales que sean aplicables, incluido el hacer caso omiso de las medidas de control de precios;

b) Toda suspensión o interrupción inexcusable del servicio prestado sin el consentimiento previo de la autoridad contratante;

c) Todo incumplimiento grave por parte del concesionario en el mantenimiento de la infraestructura, de su equipo y de sus accesorios de conformidad con las normas de calidad convenidas o toda demora inexcusable en llevar a cabo las operaciones de mantenimiento conforme a lo convenido en los planes, programas y calendarios estipulados al efecto;

d) Toda inobservancia de las sanciones impuestas por la autoridad contratante o por el organismo regulador competente a raíz de alguna infracción de los deberes del concesionario.

23. En aras de la transparencia y de la integridad de los negocios públicos, las leyes de algunos países disponen también que el acuerdo de proyecto será rescindido si el concesionario es declarado culpable de fraude fiscal o de otros actos fraudulentos, o si sus agentes o empleados están implicados en el soborno de titulares de cargos públicos o en otras prácticas corruptas (ver también cap. VII, "Otros ámbitos jurídicos pertinentes", párrs. 50 a 52). Estas consideraciones ponen de manifiesto la importancia de prever remedios eficaces contra las prácticas corruptas y el soborno y de abrir vías de recurso

al concesionario contra las demandas de pagos ilegales o las amenazas provenientes de cargos públicos del país anfitrión.

b) Insolvencia del concesionario

24. Los servicios de infraestructura deben normalmente ser prestados con la debida continuidad, por lo que la mayoría de los ordenamientos internos disponen que podrá rescindirse el acuerdo si el concesionario es declarado insolvente o en quiebra. A fin de velar por la continuidad del servicio, se podrá excluir del proceso de insolvencia a las infraestructuras y bienes que hayan de ser entregados a la autoridad contratante para asegurar la continuidad del servicio y la ley podrá someter a aprobación pública previa todo acto de disposición por el síndico o administrador de la insolvencia de ciertas categorías de bienes que sean propiedad del concesionario.

25. En los ordenamientos que permiten constituir garantías reales sobre la propia concesión (ver cap.IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párr. 57), la ley suele disponer que la autoridad contratante podrá, previa consulta con los acreedores titulares de los créditos garantizados, designar a un administrador provisional que garantice la continuidad del servicio objeto de la concesión, hasta que los acreedores titulares de los créditos garantizados admitidos al procedimiento de insolvencia decidan, por recomendación del administrador de la insolvencia, si debe proseguirse la actividad comercial o si debe someterse a licitación el derecho a explotar la concesión.

c) Rescisión por motivos de interés público

26. 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 razones de interés público (es decir, sin tener que dar otra justificación que su interés en poner término a las obras). En algunos países de *common law* ese derecho, que a veces se denomina de “rescisión por conveniencia”, sólo podrá ejercerse si está expresamente previsto en una ley o en el contrato que rija la concesión. Varios ordenamientos de tradición romanista 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 toda mención legal o contractual al efecto. El derecho de la autoridad pública a declarar rescindido el acuerdo por razones de interés público es considerado, en los ordenamientos que lo reconocen, un factor esencial para preservar el libre ejercicio por la autoridad pública de su función al servicio del bien común.

27. Ahora bien, convendría sopesar las condiciones para el ejercicio de este derecho y sus consecuencias. La determinación de lo que constituye un

interés público puede ser una facultad discrecional de la autoridad pública, de modo que la decisión de la autoridad contratante de rescindir el acuerdo de proyecto sólo podría impugnarse en determinados supuestos (por ejemplo, por motivo improcedente o “abuso de poder”). Sin embargo, un derecho general y no condicionado de rescisión del acuerdo por motivos de interés público puede constituir un riesgo imponderable que ni el concesionario ni los prestamistas estén dispuestos a aceptar sin garantía suficiente de que recibirán una indemnización pronta y equitativa de toda pérdida que les sea ocasionada. La posibilidad de una rescisión por motivos de interés público, dondequiera que exista, debe ser dada a conocer a los inversionistas eventuales desde el primer momento y deberá ser expresamente mencionada en el borrador de acuerdo de proyecto que se distribuya con la solicitud de propuestas contractuales (ver cap. III, “Selección del concesionario”, párr. 67). La indemnización debida en el supuesto de rescisión por motivos de interés público deberá abarcar, en la práctica, todos aquellos elementos que se contabilizan para calcular la indemnización debida en un supuesto de rescisión por incumplimiento grave de la autoridad contratante (ver párr. 42). Suele ser además aconsejable limitar el ejercicio del derecho de rescisión del acuerdo de proyecto a situaciones en que un interés público imperioso reclame tal rescisión, lo cual debería interpretarse restrictivamente (por ejemplo, cuando una importante modificación ulterior de la política o de los planes del sector público requiera la integración del proyecto en una red más amplia o cuando la subsiguiente renovación de los planes de la autoridad contratante exija una revisión básica del proyecto que modifique sustancialmente el diseño original del proyecto o que le prive de su viabilidad financiera como explotación comercial privada). Cabe decir que no es aconsejable considerar el derecho de rescisión por razones de interés público como una alternativa adecuada de otros remedios contractuales contra una actuación poco satisfactoria del concesionario (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 140 a 150).

2. Rescisión por el concesionario

28. Mientras que la autoridad contratante puede reservarse en algunos ordenamientos un derecho incondicional de rescisión del acuerdo de proyecto, los motivos de rescisión alegables por el concesionario suelen estar limitados al supuesto de un incumplimiento grave de la autoridad contratante o a alguna otra situación excepcional sin que se prevea un derecho general de rescisión total del acuerdo de proyecto al arbitrio del interesado. Además, algunos ordenamientos jurídicos no reconocen el derecho del concesionario a rescindir unilateralmente el acuerdo de proyecto y únicamente prevén un derecho a demandar que un tercero, como por ejemplo el tribunal competente, declare rescindido el acuerdo de proyecto.

a) *Incumplimiento grave por parte de la autoridad contratante*

29. Generalmente, el derecho del concesionario a rescindir el acuerdo de proyecto 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 concesionario o no ha expedido las licencias necesarias para la explotación de la infraestructura por razones no imputables a una falta del concesionario). En aquellos ordenamientos en los que la autoridad contratante esté facultada para requerir modificaciones en el proyecto, algunas leyes reconocen al concesionario el derecho a rescindir el acuerdo de proyecto si la autoridad contratante altera o modifica el proyecto original provocando un aumento notable de la cuantía de la inversión requerida y si las partes no consiguen llegar a un acuerdo sobre la cuantía de la indemnización debida (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 73 a 76).

30. Además del supuesto de incumplimiento grave de la autoridad contratante, por razones de equidad tal vez deba facultarse al concesionario para rescindir el acuerdo de proyecto en el supuesto de que el concesionario se vea en la imposibilidad de prestar el servicio a resultas de actos de otras autoridades públicas que no sean la autoridad contratante, como sería la denegación de medidas de respaldo público que sean necesarias para la ejecución del acuerdo de proyecto (ver cap. II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 35 a 60).

31. Si bien la rescisión por obra del concesionario no siempre requiere una decisión definitiva emanada de un órgano judicial o de otra índole, los recursos de que disponga el concesionario contra un incumplimiento de la autoridad contratante pueden estar limitados por alguna ley. De conformidad con una regla general del derecho existente en muchos ordenamientos jurídicos, toda parte en un contrato podrá interrumpir el cumplimiento de sus prestaciones en el caso de que la otra parte incumpla una parte sustancial de sus obligaciones. En algunos ordenamientos esa regla no es, sin embargo, aplicable a los contratos públicos, al disponer la ley expresamente que los contratistas de contratos públicos no podrán excusarse de su obligación contractual únicamente en razón de un incumplimiento de la autoridad contratante salvo que el contrato sea rescindido por una resolución judicial o arbitral.

32. Las limitaciones del derecho del concesionario a suspender el cumplimiento suelen tener la finalidad de asegurar la continuidad de los servicios públicos (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 86 y 87). Debe observarse, no obstante, que si bien la autoridad contratante puede mitigar las consecuencias de un incumplimiento del concesionario haciendo valer su derecho de intervención, el concesionario no suele disponer de un recurso comparable. En el supuesto de un incumplimiento grave de la autoridad contratante, el concesionario podría tener que soportar daños considerables o

incluso irreparables, si le lleva demasiado tiempo obtener una resolución definitiva que lo libere de sus obligaciones dimanantes del acuerdo de proyecto. Esta consideración realza la importancia de las garantías públicas del cumplimiento de las prestaciones asumidas por una autoridad contratante (ver cap. II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 45 a 50) y la necesidad de que las partes dispongan de un mecanismo rápido y eficaz de solución de sus controversias (ver cap. VI, “Solución de controversias”, párrs. 3 a 42).

b) Cambios en la coyuntura

33. Las leyes permiten a veces que el concesionario rescinda el acuerdo de proyecto si las prestaciones del concesionario se han vuelto considerablemente más onerosas a resultas de un cambio imprevisto en la coyuntura y las partes no han conseguido llegar a un acuerdo sobre una revisión adecuada del acuerdo de proyecto para adaptarlo a las nuevas condiciones (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 126 a 130).

3. Rescisión por alguna de las partes

a) Impedimento del cumplimiento

34. Algunas leyes permiten que las partes rescindan el acuerdo de proyecto si el cumplimiento de alguna de sus prestaciones se ve impedido permanentemente a resultas de una circunstancia definida en el acuerdo de proyecto como impedimento exonerante (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 132 a 139). A este respecto, es aconsejable prever en el acuerdo de proyecto que si el impedimento exonerante persiste más allá de cierto plazo o si la duración acumulativa de dos o más impedimentos exonerantes sobrepasa cierto plazo, el acuerdo podrá ser rescindido por una u otra parte. Si la ejecución del proyecto se ve imposibilitada legalmente por cambios legislativos o a resultas de una decisión judicial que afecte a la validez del acuerdo de proyecto, por ejemplo, ese derecho de rescisión no requerirá plazo alguno para poderse ejercer tan pronto como surta efecto el cambio legislativo o el fallo judicial de que se trate.

b) De común acuerdo

35. Algunas leyes facultan a las partes para rescindir de consuno el acuerdo de proyecto, habitualmente a reserva de que esa rescisión sea aprobada por una autoridad superior. La autoridad contratante puede precisar de una autorización legal al efecto, en todo ordenamiento jurídico que considere la rescisión de común acuerdo como una interrupción de un servicio público, de la que sea responsable la autoridad contratante.

E. Consecuencias de la expiración o de la rescisión del acuerdo de proyecto

36. El derecho del concesionario a explotar la infraestructura y a prestar el servicio especificado suele expirar al término del plazo del proyecto o al rescindirse el acuerdo de proyecto. A menos que la infraestructura quede indefinidamente en manos del concesionario, la expiración o rescisión del acuerdo de proyecto conllevará a menudo la obligación de traspasar los bienes a la autoridad contratante o a algún otro concesionario que se haga cargo del funcionamiento de la infraestructura. Este traspaso puede tener importantes consecuencias financieras que deberán ser reguladas en detalle en el acuerdo de proyecto, particularmente en el supuesto de rescisión por alguna de las partes. Las partes deberán convenir asimismo diversas otras medidas que faciliten el traspaso ordenado de la explotación de la infraestructura y de la prestación del servicio.

1. Traspaso de bienes vinculados al proyecto

37. En la mayoría de los casos, los bienes y terrenos facilitados inicialmente al concesionario, así como los demás bienes vinculados al proyecto, deberán pasar a manos de la autoridad contratante cuando expire o se rescinda el acuerdo de proyecto (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 23 a 29). En un proyecto típico de “construcción, explotación y traspaso”, el concesionario tendría también la obligación de traspasar a la autoridad contratante la infraestructura física y otros bienes vinculados al proyecto al expirar o rescindirse el acuerdo de proyecto. Los bienes que deben traspasarse a la autoridad contratante son a veces activos inmateriales, como créditos pendientes y otros derechos existentes en el momento del traspaso. Según el proyecto de que se trate, pueden traspasarse tecnologías concretas o conocimientos especializados (ver párrs. 51 a 55). Cabe señalar que en algunos proyectos los bienes o activos se traspasan directamente del concesionario saliente al nuevo concesionario que asume sus funciones.

a) Traspaso de bienes a la autoridad contratante

38. Pueden requerirse diversos arreglos, según el tipo de bien que deba traspasarse (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párr. 28):

a) *Bienes que deban traspasarse a la autoridad contratante.* En algunos países se le exige normalmente al concesionario, al final del período del proyecto, que traspase esos bienes sin ninguna servidumbre o gravamen real y sin gasto alguno para la autoridad contratante, salvo la suma de toda indemnización debida al concesionario por concepto de las mejoras o modernizaciones efectuadas con miras a asegurar la continuidad del servicio y

cuyo costo no haya sido todavía amortizado. En la práctica, esa regla presupone la negociación de un plazo de la concesión lo bastante largo y un nivel de ingresos lo bastante elevado para que el concesionario pueda amortizar plenamente su inversión y reembolsar la totalidad de sus deudas. En otros ordenamientos se le da un margen más flexible a la autoridad contratante para indemnizar al concesionario conforme estime oportuno del valor residual que puedan tener las obras construidas por el concesionario;

b) *Bienes que la autoridad contratante podrá comprar, si así lo desea.* Si la autoridad contratante decide hacer valer su opción de compra sobre esos bienes, el concesionario deberá ser normalmente indemnizado por un importe equivalente a su valor justo de mercado en ese momento. Ahora bien, si se había previsto que esos bienes estuvieran plenamente amortizados (es decir, si las provisiones financieras del concesionario no han asignado un valor residual a esos bienes), entonces el precio abonado por su traspaso podrá ser meramente nominal. En la práctica contractual de algunos países, suele concederse a la autoridad contratante algún gravamen real sobre dichos bienes que le sirva de garantía de su traspaso efectivo;

c) *Bienes que seguirán siendo de propiedad privada del concesionario.* En general, esos bienes pueden ser libremente retirados o enajenados por el concesionario.

b) *Traspaso de bienes a un nuevo concesionario*

39. Como se indicó anteriormente, la autoridad contratante tal vez desee proceder a una nueva adjudicación de la concesión al final del acuerdo de proyecto, en vez de explotarla directamente ella misma (ver párr. 3). Para ese fin, puede ser conveniente exigir legalmente que el concesionario ponga los bienes a disposición del nuevo concesionario. A fin de asegurar una transición ordenada y la continuidad del servicio, el concesionario deberá estar obligado a cooperar con el nuevo concesionario en la operación de traspaso. El traspaso de los bienes a un nuevo concesionario tal vez requiera el pago de una cierta indemnización al concesionario en funciones, según que se haya o no amortizado el valor de los bienes.

40. Un importante elemento que debe tenerse en cuenta a este respecto es la estructura de la propuesta financiera formulada por el concesionario durante el proceso de selección (ver también cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párr. 27). En proyectos de infraestructuras públicas, una de las suposiciones básicas de las propuestas financieras de los ofertantes es que durante la vida del proyecto se amortizarán por completo todos los bienes que deban construirse o adquirirse para el proyecto (es decir, se recuperarán totalmente los costos). Así pues, las propuestas financieras contendrán normalmente una previsión del valor residual de los bienes al final del período del proyecto. En tales casos, es posible que no haya a simple vista ninguna razón que induzca a requerir al concesionario sucesor que pague una indemnización al concesionario inicial,

lo cual puede ser necesario para entregar todos los bienes disponibles al sucesor sin que ello entrañe costos para éste o sólo a cambio de una contraprestación nominal. En efecto, si el concesionario ha logrado el rendimiento previsto, todo pago de traspaso que haya de hacerle su sucesor supondría un costo adicional para el nuevo concesionario que éste habría de amortizar con un incremento de los precios cobrados en el marco del segundo acuerdo. No obstante, si el nivel de la tarifa previsto en la propuesta del concesionario inicial daba por supuesto que los bienes tendrían algún valor residual al final del período del proyecto, o si la propuesta financiera preveía notables ingresos provenientes de terceros, el concesionario podría tener derecho a percibir una cierta indemnización por los bienes traspasados a su sucesor.

c) Estado de los bienes en el momento del traspaso

41. Al traspasar los bienes a la autoridad contratante o al transferirlos directamente al nuevo concesionario, el concesionario suele estar obligado a entregarlos libres de toda servidumbre o gravamen real 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 suele estar consagrado en algunos países por la obligación legal impuesta al concesionario de mantener y traspasar el proyecto en el debido estado de funcionamiento de conformidad con las prácticas de buena administración comercial y de aportar alguna forma de garantía a ese respecto (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párr. 118). Cuando la autoridad contratante requiera que los bienes sean devueltos en el estado prescrito, las condiciones impuestas al respecto al primer concesionario deben ser razonables. Aun cuando sea razonable que la autoridad contratante requiera que los bienes gocen de un cierto plazo de vida residual, no será razonable exigir que se entreguen en condiciones equivalentes a las que cabría esperar si fueran nuevos. Además, esos requisitos pueden no ser aplicables en caso de rescisión del acuerdo de proyecto, sobre todo si la rescisión se produce antes de que concluya con éxito la fase de construcción.

42. Es aconsejable idear algún procedimiento para evaluar el estado de los bienes en el momento de su traspaso a la autoridad contratante. Tal vez convenga, por ejemplo, establecer un comité integrado por representantes tanto de la autoridad contratante como del concesionario para determinar si la infraestructura está en el estado prescrito y si cumple con los requisitos enunciados en el acuerdo de proyecto. El acuerdo de proyecto puede haber determinado asimismo el procedimiento de designación y el mandato de ese comité, que pudiera estar facultado para exigir del concesionario ciertas medidas de reparación razonables y la eliminación de 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 un año antes del final de la concesión, a raíz de la cual la autoridad contratante podría exigir

ciertas medidas adicionales de mantenimiento por parte del concesionario a fin de que la infraestructura se traspase en el estado prescrito. La autoridad contratante tal vez desee exigir que el concesionario dé alguna garantía especial del traspaso satisfactorio de la infraestructura (ver cap. IV “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párr. 118). La autoridad contratante tal vez se vea en la necesidad de reclamar el pago de esa garantía para sufragar la reparación de ciertos bienes o instalaciones que se entreguen en mal estado.

2. Disposiciones financieras para el momento de la rescisión

43. La rescisión del acuerdo de proyecto puede producirse antes de que el concesionario haya podido recuperar el capital invertido, reembolsar sus deudas y obtener la ganancia prevista, lo que puede suponer una muy notable pérdida para el concesionario. La autoridad contratante podría también sufrir pérdidas, al verse tal vez obligada a efectuar una inversión adicional o importantes gastos para, por ejemplo, terminar las obras o mantener en funcionamiento el servicio. Por todo ello, el acuerdo de proyecto suele regular en detalle los derechos y las obligaciones financieras de las partes en el momento de la rescisión. El nivel de la indemnización otorgada suele variar según cual sea el motivo de la rescisión. No obstante, en los acuerdos de indemnización las partes suelen tener en cuenta los siguientes factores:

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 concesionario. Dado que los acuerdos de préstamo suelen incluir una denominada “cláusula de aceleración” por la que la deuda vence en su totalidad en el supuesto de incumplimiento, la totalidad de la deuda pendiente al rescindirse el acuerdo del proyecto sería exigible y contabilizable como pérdida inmediata del concesionario. La posibilidad de que la autoridad contratante indemnice o no, y en qué medida, al concesionario dependerá del motivo por el que se rescinda el acuerdo de proyecto. Cabe prever una indemnización parcial limitada a una suma proporcional al valor de las obras satisfactoriamente efectuadas por el concesionario, o una indemnización completa por el importe total de la deuda pendiente. Otra categoría de pérdidas que en ocasiones se tienen en cuenta en las cláusulas contractuales de indemnización son las pérdidas de los promotores del proyecto por concepto de sus inversiones en el capital social de la sociedad del proyecto en la medida en que no se haya recuperado el capital invertido al rescindirse el acuerdo. Por último, la rescisión privará también al concesionario de las ganancias que cabía esperar que la infraestructura reportara en el futuro. Si bien el lucro cesante no suele ser considerado como daño efectivo, en supuestos excepcionales, como sería el de una rescisión indebida por parte de la autoridad contratante, el valor actualizado de las ganancias futuras podría ser contabilizado a efectos de la indemnización abonable al concesionario;

b) *Estado de las obras, valor residual de las mismas y amortización de bienes.* La indemnización contractual prevista para diversos motivos de rescisión suele determinarse en función del grado de terminación de las obras al rescindirse el acuerdo. El valor de las obras suele calcularse en función de la inversión requerida para la construcción (particularmente si el acuerdo se rescinde durante la fase de construcción) o en función del valor “residual” de las obras. Por valor residual debe entenderse el valor de mercado de la infraestructura en el momento de rescindirse la concesión. El valor de mercado puede ser inexistente o, al menos, difícil de determinar para ciertos tipos de infraestructuras físicas (como puentes o carreteras) o para infraestructuras cuya vida funcional esté cercana a su fin. En ocasiones, el valor residual puede calcularse habida cuenta de la utilidad prevista de la infraestructura para la autoridad contratante. Ahora bien, cabe prever cierto tipo de dificultades en orden a la determinación del valor de obras no acabadas, particularmente cuando la autoridad contratante haya de efectuar una inversión para que la infraestructura llegue a ser operativa que sea incluso superior a la suma ya invertida por el concesionario. En todo caso, rara vez se abona el valor residual completo de las obras, particularmente en supuestos en los que la rentabilidad del proyecto sea la única fuente de remuneración prevista para la inversión del concesionario. Por ello, el concesionario no suele recibir una indemnización plena del valor de la infraestructura sino una indemnización por concepto del valor residual de los bienes que no hayan sido plenamente amortizados en el momento de la rescisión.

a) *Rescisión por incumplimiento del concesionario*

44. El concesionario no suele tener derecho a indemnización en el supuesto de una rescisión del acuerdo que sea imputable a su incumplimiento. En algunos casos, el concesionario podrá estar obligado a pagar una indemnización a la autoridad contratante aunque, en la práctica, un concesionario que haya incumplido el acuerdo, y cuyas deudas sean declaradas vencidas al rescindirse el acuerdo, rara vez dispondrá de medios financieros suficientes para pagar esa indemnización.

45. Conviene señalar que la rescisión por incumplimiento, aun cuando sea vista como una sanción por graves incumplimientos, no debe dar lugar a un enriquecimiento injusto de una u otra parte. Por ello, la rescisión del acuerdo no entraña necesariamente un derecho de la autoridad contratante a hacerse cargo de la infraestructura sin efectuar pago alguno al concesionario. Para resolver este asunto con equidad convendría distinguir entre los diversos tipos de bienes, según cual sea el destino que se les haya asignado en el acuerdo de proyecto (ver párr. 38):

a) *Bienes que han de traspasarse a la autoridad contratante.* Cuando el acuerdo de proyecto requiera el traspaso automático de ciertos bienes del proyecto a la autoridad contratante al finalizar el acuerdo de proyecto, la rescisión por incumplimiento no suele dar lugar al pago de una indemnización

al concesionario por dichos bienes, salvo lo que corresponda al valor residual de las obras que hayan sido concluidas satisfactoriamente, en la medida en que no hayan sido ya amortizadas por el concesionario;

b) *Bienes que podrán ser comprados por la autoridad contratante, si así lo desea.* Cierta remuneración financiera será precisa en aquellos casos en los que la autoridad contratante goce de una opción para comprar ciertos bienes a su valor de mercado al expirar el acuerdo de proyecto o del derecho a exigir que esa opción sea ofrecida al ganador de un nuevo concurso relativo al proyecto. Ahora bien, tal vez sea legítimo que la indemnización financiera prevista sea inferior al valor total de esos bienes a fin de que esa pérdida eventual sirva para estimular al concesionario. Por ello mismo, no es preciso que esa indemnización cubra el costo total de reembolsar la deuda pendiente del concesionario. Convendría pormenorizar las fórmulas de indemnización financiera en el acuerdo de proyecto (es decir, determinar si se abonará el valor monetario neto de la infraestructura o únicamente el importe de la deuda pendiente o del valor de empleo alternativo de la infraestructura, de ser éste menor);

c) *Bienes que seguirán siendo propiedad privada del concesionario.* Los bienes que sean propiedad privada del concesionario y que no entren en los párrafos a) o b) *supra* podrán en general ser retirados y enajenados por el concesionario, 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 que todos los bienes, incluidos los bienes esenciales para la prestación de los servicios, sean propiedad del concesionario. En tales casos, para asegurar la continuidad de los servicios, la autoridad contratante tal vez estime necesario hacerse con esos bienes, aun cuando no se haya previsto su entrega en el acuerdo de proyecto. En tales casos, sería justo indemnizar al concesionario por el valor justo de mercado de dichos bienes. El acuerdo de proyecto tal vez disponga, sin embargo, que serán deducibles de esa indemnización los costos que hayan ocasionado a la autoridad contratante la explotación de la infraestructura o la contratación de un nuevo concesionario.

b) *Rescisión por incumplimiento de la autoridad contratante*

46. El concesionario suele tener derecho a ser plenamente indemnizado de las pérdidas que sufra al rescindirse el acuerdo por un motivo imputable a la autoridad contratante. La indemnización debida al concesionario suele incluir el valor de las obras e instalaciones, en la medida en que ese valor no haya sido amortizado, así como las pérdidas ocasionadas por la rescisión al concesionario, incluido el lucro cesante, que suele calcularse en función de las ganancias obtenidas por el concesionario en los ejercicios financieros anteriores. El concesionario puede tener derecho en este supuesto a reclamar la indemnización total de su inversión en el capital social y de su deuda, así como del servicio de la deuda y del lucro cesante.

c) *Rescisión por otros motivos*

47. Al considerar posibles arreglos de indemnización para el supuesto de rescisión por motivos que no sean imputables a ninguna de las partes, tal vez convenga distinguir el supuesto de un impedimento exonerante del supuesto de la rescisión declarada por la autoridad contratante por motivos de interés público o similares.

i) *Rescisión por impedimentos exonerantes*

48. Por definición, los impedimentos exonerantes son hechos que no dependen de la voluntad de las partes y que, por regla general, no dan lugar a derechos de indemnización que puedan ser invocados por alguna de las partes. Ahora bien, puede haber supuestos en los que sea justo otorgar alguna indemnización al concesionario por las obras ya terminadas, particularmente si, por razón de su índole especializada, el concesionario no podrá retirar los bienes o utilizarlos con provecho, mientras que la autoridad contratante sí podrá hacerlo para prestar el servicio (por ejemplo, un puente). Ahora bien, puesto que en el caso de un impedimento no cabe culpar a la autoridad contratante de la rescisión, la indemnización debida al concesionario no tendrá por qué ser una indemnización “plena” (es decir, reembolso de su deuda, de su inversión en el capital social y de su lucro cesante).

ii) *Rescisión por razón de conveniencia*

49. Cuando el acuerdo de proyecto reconozca a la autoridad contratante un derecho de rescisión por razón de conveniencia, la indemnización abonable al concesionario suele abarcar todos los factores indemnizables en el supuesto de rescisión por incumplimiento de la autoridad contratante (ver párr. 46), aun cuando no necesariamente en la misma medida. A fin de calcular la cuantía justa de la indemnización debida al concesionario, conviene distinguir entre la rescisión por razón de conveniencia durante la fase de construcción y la rescisión por razón de conveniencia durante la fase de explotación:

a) *Rescisión por conveniencia durante la fase de construcción*. Si se rescinde el acuerdo de proyecto durante la fase de construcción, las medidas de indemnización podrán ser similares a las que se suelen estipular para los grandes contratos de obras que prevén el supuesto de su rescisión por conveniencia. En tales casos, el contratista suele tener derecho a la parte del precio que corresponda a las obras ya efectuadas satisfactoriamente, así como a los gastos y pérdidas que haya tenido a resultas de la rescisión. Ahora bien, dado que la autoridad contratante no acostumbra a pagar un precio por las obras efectuadas por el concesionario, el principal criterio para calcular la indemnización será normalmente la suma total efectivamente invertida por el concesionario hasta la fecha de la rescisión, incluida toda suma efectivamente desembolsada de la suma prestada por los prestamistas al concesionario para

la realización de las obras con arreglo al acuerdo de proyecto, y los gastos relacionados con la cancelación de los acuerdos de préstamo. Una cuestión adicional sería la de hasta qué punto el concesionario podrá reclamar el lucro cesante por la parte de las obras que haya completado a tenor de un contrato rescindido por razón de conveniencia. Por una parte, es posible que el concesionario haya dejado pasar alguna oportunidad comercial en previsión de poder concluir el proyecto y explotar la infraestructura durante el plazo previsto de la concesión. Por otra parte, si al concesionario se le reconoce el derecho a ser compensado por su lucro cesante, la autoridad contratante podrá verse privada por razones financieras del ejercicio de su derecho de rescisión por conveniencia. Una posible solución sería la de que el acuerdo de proyecto estableciera una escala de indemnización del lucro cesante abonable en función del grado de finalización de las obras al rescindirse por conveniencia el acuerdo de proyecto;

b) *Rescisión por conveniencia durante la fase de explotación.* En lo que respecta a las obras satisfactoriamente terminadas por el concesionario, cabe aplicar las mismas reglas de indemnización que las aplicables durante la fase de construcción en un supuesto de rescisión por conveniencia. Ahora bien, una indemnización equitativa en un supuesto de rescisión por conveniencia durante la fase de explotación tal vez deba prever una indemnización por el lucro cesante. La norma de indemnización más severa que se aplica en este supuesto estaría justificada por la circunstancia de que, a diferencia de la rescisión durante la fase de construcción, en que la autoridad contratante tendría que concluir las obras a su propio costo, en el supuesto de rescisión durante la fase de explotación la autoridad contratante puede recibir una infraestructura acabada y en condiciones de ser explotada rentablemente. La indemnización por el lucro cesante se calcula a veces sobre la base de los ingresos percibidos por el concesionario durante anteriores ejercicios, pero en algunos casos deben tenerse en cuenta otros elementos como los beneficios previstos en función de la tarifa convenida. Es así porque 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 fases de explotación, puede producirse la rescisión antes de que el proyecto haya empezado a registrar beneficios.

3. *Traspaso de la infraestructura y medidas de transición*

50. Cuando se traspasa la infraestructura a la autoridad contratante al finalizar el plazo de la concesión, las partes tal vez deseen adoptar una serie de medidas para asegurarse de que la autoridad contratante estará en condiciones de explotarla conforme a las normas de eficiencia y de seguridad prescritas. El acuerdo de proyecto tal vez imponga al concesionario la obligación de traspasar la tecnología o los conocimientos operativos necesarios para explotar la infraestructura. El acuerdo de proyecto puede también prorrogar, durante el plazo de transición, ciertas obligaciones del

concesionario relativas a la explotación y al mantenimiento de la infraestructura. Puede incluso prever una obligación, por parte del concesionario, de suministrar o facilitar el suministro de los repuestos que puedan ser requeridos por la autoridad contratante para la reparación de la infraestructura. Sin embargo, cabe señalar que el concesionario tal vez no esté en condiciones de realizar por su cuenta algunas de las medidas de transición que se mencionan, ya que en la mayoría de los casos se designa al concesionario con el único fin de llevar a cabo el proyecto, por lo que tendrá que comprar a terceros la tecnología y los repuestos pertinentes.

a) Traspaso de la tecnología

51. En algunos casos, la infraestructura traspasada a la autoridad contratante incorporará diversos procesos tecnológicos necesarios para la obtención de ciertos bienes, como electricidad o agua potable, o la prestación de determinados servicios, como servicios telefónicos. La autoridad contratante deseará a menudo familiarizarse con esos procesos y su aplicación. También es posible que desee adquirir la información y los conocimientos técnicos necesarios para el funcionamiento y mantenimiento de la infraestructura. Aun cuando la autoridad contratante disponga de los medios técnicos 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 el buen funcionamiento de la infraestructura traspasada. La transmisión a la autoridad contratante de esos conocimientos, de esa información y de esa pericia operativa suele ser designada por el término “transferencia de tecnología”. Las obligaciones de transferencia de tecnología no pueden imponerse unilateralmente al concesionario, 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, deben tenerse debidamente en cuenta los intereses y las estrategias comerciales de los inversionistas privados.

52. Cabe adoptar diversos arreglos contractuales para el traspaso de tecnología y el cumplimiento de otras prestaciones necesarias para la construcción o explotación de la infraestructura. El traspaso de la tecnología suele efectuarse de diversos modos, por ejemplo a través de la licencia de patentes industriales, de la creación de una empresa conjunta con la sociedad proveedora o del suministro de información técnica confidencial. La presente *Guía* no trata de dar una visión completa de la negociación y redacción de cada contrato relativo a la licencia de patentes industriales o al suministro de conocimientos técnicos, ya que es un tema que ha sido abordado con cierto

detalle en publicaciones de otros órganos de las Naciones Unidas¹. Los párrafos siguientes se limitan a señalar ciertas cuestiones fundamentales relativas a la transmisión de los conocimientos técnicos necesarios para la explotación y el mantenimiento de la infraestructura mediante la capacitación del personal de la autoridad contratante o mediante la entrega de documentación.

53. El método más importante para el traspaso a la autoridad contratante de la información y de los conocimientos técnicos requeridos para el buen funcionamiento y mantenimiento de las obras es el de capacitar al personal de la autoridad contratante. A fin de que la autoridad contratante pueda decidir sobre las necesidades de capacitación de su personal, convendría que la autoridad contratante solicitara en su convocatoria de propuestas o durante la negociación del contrato que el concesionario presentara a la autoridad contratante un organigrama en el que se indicaran las necesidades de personal para la explotación y el mantenimiento de las obras y en el que se precisaran las calificaciones técnicas básicas y de otra índole de ese personal. Esa declaración debe ser lo bastante explícita para que la autoridad contratante pueda determinar el alcance de la capacitación requerida para el personal de que disponga. El concesionario dispondrá a menudo de los medios requeridos para impartir esa capacitación. En algunos casos, no obstante, la capacitación será impartida más eficazmente por un ingeniero consultor o por medio de una institución especializada en tareas de capacitación técnica.

54. La información y los conocimientos técnicos requeridos para el buen funcionamiento y mantenimiento de la infraestructura pueden ser asimismo transmitidos por medio de documentación técnica. La documentación facilitada constará normalmente de planos, diseños, fórmulas, manuales de funcionamiento y de mantenimiento e instrucciones de seguridad. Tal vez convenga también enumerar en el acuerdo de proyecto la documentación que deberá facilitar el concesionario, que deberá ser completa y clara y estar en el idioma convenido. Tal vez convenga también obligar al concesionario, a que, a petición de la autoridad contratante, efectúe demostraciones prácticas de los

¹ 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 patentes industriales y de suministro de saber técnico aplicado en *Licensing Guide for Developing Countries* (publicación de la OMPI N° 620 (E), 1977). Las principales cuestiones que han de abordarse en la negociación y redacción de esos contratos han sido examinadas en *Pautas para la Evaluación de Acuerdos de Transferencia de Tecnología*, Serie “Desarrollo y transferencia de tecnología”, N° 12 (ID/233, 1979), y en la *Guide for Use in Drawing Up Contracts Relating to the International Transfer of Know-How in the Engineering Industry* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta E.70.II.E.15). Otra publicación de interés al respecto es el *Manual de adquisición de tecnología para los países en desarrollo* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.78.II.D.15). Respecto del examen de la transferencia de tecnología en el marco de contratos de construcción de instalaciones industriales, véase la *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.87.V.10), cap. VI, “Transferencia de tecnología”.

procedimientos descritos en la documentación cuando ello sea preciso para una comprensión adecuada de esos procedimientos.

55. Cabría especificar el calendario de entrega de la documentación. El acuerdo de proyecto tal vez disponga que toda la documentación deberá haber sido entregada para la fecha de terminación de las obras. Las partes podrán estipular asimismo que no se tendrá por concluida la infraestructura mientras que no se haya entregado toda la documentación relativa a su funcionamiento que conforme al contrato haya de ser entregada con anterioridad a su terminación. Tal vez sea aconsejable estipular que algunos documentos, como, los manuales de funcionamiento, deberán ser entregados en el curso de las obras, ya que ello permitirá que los ingenieros y técnicos de la autoridad contratante se vayan familiarizando con la maquinaria y el equipo durante el proceso de su instalación.

b) Asistencia para la explotación y el mantenimiento de la infraestructura prestada con posterioridad a su traspaso

56. La asistencia que se deberá obtener del concesionario en lo relativo al suministro de piezas de repuesto y servicios dependerá de la tecnología y del personal especializado de que disponga la autoridad contratante. Si la autoridad contratante carece del personal especializado requerido para la explotación técnica de la infraestructura, tal vez desee obtener la asistencia técnica del concesionario, al menos durante el período inicial subsiguiente al traspaso. En algunos casos es posible que la autoridad contratante desee que el concesionario le facilite especialistas para la mayoría de los puestos técnicos de la infraestructura, mientras que en otros casos es posible que sólo desee que el concesionario le facilite expertos técnicos que colaboren con su personal en calidad de asesores en algunas operaciones sumamente especializadas.

57. A fin de ayudar a la autoridad contratante en la explotación y el mantenimiento de la infraestructura, el acuerdo de proyecto tal vez obligue al concesionario a presentar, con anterioridad al traspaso de la infraestructura, un programa de explotación y mantenimiento que asegure el funcionamiento de la misma, durante el resto de su vida útil, al nivel de eficiencia requerido por el acuerdo de proyecto. Ese programa deberá incluir un organigrama en el que se indiquen todos los especialistas necesarios para el funcionamiento técnico 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 podría incluir también funciones de carácter administrativo, como las de establecer un calendario de mantenimiento o llevar un registro de operaciones de mantenimiento. Tal vez convenga exigir al concesionario que presente manuales de explotación y mantenimiento en los que se indiquen los procedimientos que han de seguirse al respecto. Esos manuales deberán tener

una presentación y estar en un idioma que no suponga un obstáculo para el personal de la autoridad contratante y deben ser de fácil consulta.

58. Una forma eficaz de capacitar al personal de la autoridad contratante en la explotación y el mantenimiento de la infraestructura puede consistir en disponer en el acuerdo de proyecto que el personal de la autoridad contratante deberá colaborar con el personal del concesionario en las tareas de explotación y mantenimiento de la misma durante un cierto período de tiempo previo o posterior a su traspaso. Se procederá entonces a 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 describa claramente toda función de mando que haya de ejercer el personal de una de las partes sobre el personal de la otra.

c) Suministro de piezas de recambio

59. En proyectos que prevean el traspaso de la infraestructura a la autoridad contratante, la autoridad contratante deberá procurarse los repuestos necesarios para las piezas desgastadas o dañadas y para la explotación, el mantenimiento y la reparación de la infraestructura. Esas piezas tal vez no puedan obtenerse localmente, por lo que es posible que la autoridad contratante dependa del concesionario para su suministro. La planificación por las partes del suministro de repuestos y de servicios requeridos una vez traspasada la infraestructura se vería notablemente facilitada si las partes previeran y estipularan en el acuerdo de proyecto la forma de satisfacer las necesidades de la autoridad contratante a este respecto. Ahora bien, dada la larga duración de la mayoría de los proyectos de infraestructura, tal vez sea difícil para las partes prever en el acuerdo de proyecto las necesidades de la autoridad contratante una vez traspasada la infraestructura.

60. Una solución posible sería que las partes concertaran un contrato separado a este respecto². Ese contrato podrá ser concertado en un momento más próximo al del traspaso de la infraestructura, cuando la autoridad contratante conozca ya mejor sus eventuales necesidades. Si no es el concesionario sino sus proveedores los que fabrican esos repuestos, la autoridad contratante tal vez prefiera ser ella quien contrate con esos proveedores, aun cuando también sea posible que la autoridad contratante prefiera que el concesionario actúe como su mandatario para la compra de esos repuestos.

² La Comisión Económica para Europa ha preparado una guía relativa a los contratos internacionales de servicios de mantenimiento, reparación y funcionamiento 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*, tiene por objeto ayudar a las partes en la redacción de un contrato o contratos separados relativos al mantenimiento y reparación de una toda obra que haya de traspasarse a una autoridad contratante.

61. Conviene que el personal de la autoridad contratante adquiera la pericia técnica requerida para instalar los repuestos. Para este fin, tal vez convenga que el acuerdo de proyecto obligue al concesionario a suministrar los manuales de instrucciones, las herramientas y el equipo que puedan requerirse para este cometido. Los manuales de instrucciones deberán ser de fácil consulta y estar en un idioma que el personal de la autoridad contratante comprenda sin dificultad. El contrato podrá requerir asimismo que el concesionario 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 su instalación y para toda tarea de mantenimiento o reparación que pueda ser necesaria. En algunos casos, convendría obligar al concesionario a enseñar al personal de la autoridad contratante a instalar por sí solo las piezas de repuesto.

d) Reparaciones

62. El interés de la autoridad contratante está en concertar arreglos contractuales que garanticen una reparación rápida de la infraestructura si se produce una avería. En muchos casos, la entidad más indicada para llevar a cabo esas reparaciones es el propio concesionario. Además, si la autoridad contratante se ha comprometido en el acuerdo de proyecto a no dar a conocer a terceros la tecnología suministrada por el concesionario, esa cláusula de confidencialidad impediría contratar, para esa tarea, a todo tercero que no ofrezca al concesionario una garantía satisfactoria de confidencialidad respecto de su tecnología. Por el contrario, si ciertos elementos importantes del equipo del concesionario han sido fabricados por proveedores del concesionario, es posible que la autoridad contratante desee concertar acuerdos directos de reparación con esos proveedores. Al definir la naturaleza y la duración de las obligaciones de reparación impuestas al concesionario, en caso de imponerse alguna, sería aconsejable estipularlas en términos claros a fin de no confundirlas con las obligaciones contraídas por el concesionario, a título de garantía contractual de la calidad, de remediar todo defecto de la infraestructura.

VI. Solución de controversias

A. Observaciones generales

1. Un factor importante para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada es el marco legal existente en el país de acogida para la solución de controversias. Los inversionistas, contratistas y prestamistas se sentirán animados a participar en proyectos de países en donde puedan estar seguros de que toda controversia surgida de los contratos que sean parte del proyecto se resolverá de forma imparcial y eficiente. De igual modo, unos procedimientos eficientes de evitar las controversias o de resolverlas rápidamente facilitarán el ejercicio de las funciones de vigilancia de la autoridad contratante, reduciendo así sus gastos administrativos generales. A fin de crear un entorno más hospitalario para los inversionistas, el marco legal del país de acogida deberá basarse en principios como los siguientes: se debe dar a las empresas extranjeras acceso a los tribunales en condiciones sustancialmente idénticas a las de las empresas nacionales; las partes en contratos privados deben poder elegir la ley de otro país como ley aplicable a sus contratos; serán ejecutorias las sentencias extranjeras; y no deben imponerse restricciones innecesarias al acceso a las vías no judiciales de solución de controversias, ni impedimentos legales a la creación de otras vías de solución amigable de las controversias al margen del sistema judicial.

2. Los proyectos de infraestructura con financiación privada requieren normalmente el establecimiento de una red de contratos interconexos 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 deberán tener en cuenta la diversidad de relaciones, que puede reclamar métodos de solución de controversias distintos, según el tipo de contrato y las partes de que se trate. Las principales controversias pueden distribuirse en tres grandes categorías:

a) *Controversias surgidas en acuerdos entre el concesionario y la autoridad contratante y otros organismos públicos.* En la mayoría de los países de tradición romanista, el acuerdo de proyecto se registrará por el derecho administrativo (ver cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes al derecho”, párrs. 24 a 27), mientras que en otros países el acuerdo se registrará en principio por el derecho contractual, complementado por normas expresamente destinadas a las contrataciones con empresas de servicios públicos. Ese régimen puede tener repercusiones en el mecanismo de solución de controversias que las partes en el acuerdo de proyecto puedan convenir. Las mismas consideraciones pueden aplicarse a determinados contratos entre el concesionario y entidades o empresas públicas que suministren bienes o servicios al proyecto o compren bienes o servicios provenientes de la infraestructura.

b) *Controversias surgidas en el marco de contratos y acuerdos concertados por los promotores del proyecto o el concesionario con otras partes requeridas para la ejecución del proyecto.* Esta categoría de contratos incluye, al menos, los siguientes: i) contratos entre las partes con participación en el capital de la sociedad del proyecto (por ejemplo, acuerdos de accionistas, relativos a la aportación de fondos adicionales o relativos a los derechos de voto); ii) acuerdos de préstamos y 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 de la sociedad del proyecto con la empresa gestora de la infraestructura o con empresas de mantenimiento; y v) contratos entre el concesionario y empresas privadas para el suministro de los bienes y servicios requeridos para la explotación y mantenimiento de la infraestructura.

c) *Contratos entre el concesionario y otras partes interesadas.* Entre esas partes cabe citar a los usuarios o clientes de la infraestructura, que pueden ser, por ejemplo, una empresa de servicios públicos que adquiera electricidad o agua a la sociedad del proyecto para revenderla a los usuarios finales; empresas comerciales, como líneas aéreas o navieras que contraten la utilización de un puerto o aeropuerto; y personas particulares que paguen por utilizar una carretera de peaje. Las partes en esas controversias pudieran no estar vinculadas por una relación jurídica anterior de carácter contractual o similar.

B. Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario

3. Las controversias surgidas del acuerdo de proyecto suelen referirse a problemas que no son frecuentes en otros tipos de contratos. Ello se debe tanto a la complejidad de los proyectos de infraestructura como al hecho de que su ejecución suela requerir mucho tiempo y la intervención, en las etapas de construcción y de explotación, de diversas empresas. Además, esos proyectos afectan normalmente a organismos públicos y, en alto grado, al interés público. Todo ello hace más imperiosa la necesidad de disponer de mecanismos que eviten en lo posible que aumenten los desacuerdos entre las partes y preserven su relación comercial; impidan la interrupción de las obras o de los servicios; y se adapten a las características peculiares 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 proyectos de infraestructura con financiación privada. La solución de los recursos presentados por el concesionario contra las decisiones de los organismos reguladores fue examinada en el contexto de la autoridad para regular los

servicios de infraestructura (ver cap. I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 51 a 53). La solución de las controversias surgidas en el curso de la selección de un concesionario (es decir, las controversias precontractuales) ha sido también examinada en esta *Guía* (ver cap. III, “Selección del concesionario”, párrs. 127 a 131).

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 acuerdo de proyecto son las relacionadas con posibles violaciones del acuerdo en la etapa de construcción, en la explotación de la infraestructura o a raíz de la expiración o rescisión del acuerdo de proyecto. Esas controversias pueden ser muy complejas y a menudo implican cuestiones sumamente técnicas que deben resolverse con rapidez a fin de no interrumpir 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. Además, la larga duración de los proyectos de infraestructura con financiación privada realza la importancia de prever mecanismos para impedir, en lo posible, que surjan controversias, a fin de preservar la relación comercial entre las partes.

6. A fin de alcanzar los objetivos mencionados, los acuerdos de proyecto conllevan a menudo cláusulas complejas de solución de las controversias destinadas a impedir, en lo posible, que surja la controversia, a propiciar el logro de soluciones pactadas y a establecer métodos eficaces para la solución de las controversias que, pese a todo, surjan. Esas cláusulas, prevén normalmente una serie de etapas sucesivas que comienzan con una notificación anticipada de las cuestiones que pueden degenerar en una controversia a menos que las partes adopten medidas para impedirlo. De surgir una controversia, suele proceder que las partes intercambien información y examinen la controversia para darle una solución. Si no pueden resolver la controversia por sí mismas, cualquiera de ellas podrá solicitar la participación de un tercero independiente e imparcial que las ayude a encontrar una solución aceptable. En la mayoría de los casos, sólo se acude a la vía contenciosa, cuando las partes no han conseguido resolver su controversia por una vía conciliatoria.

7. Sin embargo, puede haber límites a la autonomía de las partes para convenir en recurrir a ciertos métodos de prevención o solución de controversias, dimanantes ya sea de la materia objeto de la controversia o, en algunos ordenamientos jurídicos, del carácter público de la autoridad contratante. En algunos ordenamientos, la posición tradicional ha sido que la administración pública y sus organismos no puedan convenir en acudir a ciertas vías de solución de controversias, en particular al arbitraje. Se ha limitado a menudo, este principio al decretarse que no sería aplicable a las empresas públicas industriales o comerciales que, en sus relaciones con

terceros, actuaran con arreglo al derecho privado en general o al derecho mercantil en particular.

8. Esas restricciones a la autonomía para convenir en ciertas vías para solución de controversias, entre ellas el arbitraje, pueden dimanar también de la índole jurídica del acuerdo de proyecto. En algunos ordenamientos romanistas, los acuerdos de proyecto son tenidos por contratos administrativos, por lo que cabe que las controversias hayan de resolverse ante los tribunales judiciales o administrativos del país de acogida. En otros ordenamientos cabe que haya prohibiciones expresas similares, en la legislación o en la jurisprudencia directamente aplicable a los acuerdos de proyecto, o que esas prohibiciones sean consecuencia de prácticas contractuales establecidas, basadas normalmente en normas legales o reglamentarias.

9. Para los países que deseen permitir el recurso a vías no judiciales, incluida la vía arbitral, para resolver las controversias a que den lugar los proyectos de infraestructura con financiación privada, será importante eliminar todo obstáculo jurídico y facultar claramente a las autoridades contratantes locales para convenir en vías extraoficiales de solución de controversias. La falta de una autorización legal puede dar lugar a dudas sobre la validez de una cláusula compromisoria y causar demoras en la solución de la controversia. Si, por ejemplo, un tribunal arbitral dictamina que el acuerdo de arbitraje se ha concertado válidamente pese a toda excepción ulteriormente aducida de 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 de acogida o de un tercer país en donde deba reconocerse o ejecutarse ese laudo.

2. Métodos comúnmente utilizados para impedir y resolver controversias

10. En los párrafos que siguen se exponen las características esenciales de ciertos métodos utilizados para impedir 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 a raíz de la rescisión o expiración del acuerdo de proyecto. Aunque suele ser normal que el acuerdo de proyecto prevea mecanismos complejos de prevención y solución de controversias, se debe procurar que esos procedimientos no sean excesivamente complejos o que establezcan demasiadas instancias de recurso. La breve presentación de métodos seleccionados de prevención y solución de controversias que se hace en los párrafos que siguen tiene por objeto informar al legislador de las características y la utilidad propia de los distintos métodos. No debe entenderse como una recomendación de ésta o de aquella vía de solución.

a) Notificación anticipada

11. Prever ciertas prácticas de notificación anticipada puede ser un medio muy útil para evitar controversias. Conforme a esas prácticas, cuando una de las partes en un contrato estime que han ocurrido hechos, o dicha parte se proponga presentar una queja que pueda ser causa de controversias, esos hechos o quejas deberán señalarse a la atención de la otra parte lo antes posible. La demora en presentar una queja puede no sólo ser fuente de conflictos, ya que sorprenderá probablemente a la otra parte, creando resentimiento y animosidad, sino que dificultará también la tarea de sustentar la queja. Por esa razón, las prácticas de notificación anticipada requieren normalmente que la parte demandante presente su queja o reclamación cuantificada, junto con las pruebas requeridas, dentro del plazo establecido. Para obtener la observancia de esa práctica, suele preverse una sanción para su incumplimiento, como la pérdida del derecho a presentar quejas o un aumento de la carga de la prueba. En los proyectos de infraestructura, se suele requerir la notificación anticipada de todo hecho que pueda 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 prácticas de notificación anticipada pueden ser útiles durante toda la vida del proyecto de infraestructura.

b) Vía asociativa

12. Otra vía que se utiliza como medio para evitar controversias es la vía asociativa. El objetivo de esta vía es crear, mediante una estrategia formal mutuamente definida y desde el comienzo del proyecto, un ambiente de confianza, trabajo en equipo y cooperación entre todas las partes principales que hayan de intervenir en el proyecto. Esta vía ha servido para evitar controversias y para interesar a las partes en colaborar eficientemente a fin de alcanzar los objetivos del proyecto. La relación asociativa será definida en reuniones de trabajo entre las principales partes en el proyecto, que serán normalmente organizadas por la autoridad contratante. En la reunión inicial se tratará de llegar a un entendimiento mutuo de la idea asociativa, definiéndose los objetivos del proyecto para todas las partes y formulándose un procedimiento para resolver rápidamente cuestiones críticas. Al terminar la reunión, se redactará una “carta asociativa” firmada por los participantes, en la que éstos expresarán su compromiso de trabajar conjuntamente por el éxito del proyecto. Esa carta prevé normalmente un procedimiento para resolver cuestiones, dictaminar sobre las reclamaciones y solventar otros problemas, que se iniciará al nivel de gestión más bajo posible y en la primera oportunidad. Si no se llega a una solución dentro de cierto plazo, la cuestión pasará al siguiente nivel de gestión. Sólo se recurrirá a personas ajenas al proyecto si las personas encargadas de éste no llegan a un acuerdo.

c) *Negociación facilitada*

13. La finalidad de este procedimiento es ayudar a las partes en el proceso de negociación. Las partes designan a un “facilitador” al iniciarse el proyecto. La función de esa persona es ayudarlas a resolver cualquier controversia, sin dar opiniones subjetivas sobre las cuestiones sino más bien convenciendo a las partes para que analicen detenidamente las circunstancias. Este procedimiento es especialmente útil cuando intervienen muchas partes, para las que sería difícil negociar y coordinar todas las opiniones diferentes sin esa facilitación.

d) *Conciliación y mediación*

14. El término de “conciliación” se utiliza en la *Guía* en sentido amplio como referido a los procedimientos en que una persona o un grupo ayudan a las partes de forma independiente e imparcial en su intento de llegar a una solución amistosa de su controversia. La conciliación se distingue de la mera negociación entre las partes en una controversia (que las partes suelen iniciar a raíz de ésta) en que en la conciliación interviene un tercero 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 conciliación y el arbitraje está en que la conciliación fracasa si no se llega a una solución pactada de la controversia entre las partes, mientras que en el arbitraje, el tribunal arbitral impone a las partes una decisión vinculante, a menos que éstas hayan resuelto la controversia antes de que se dicte el laudo. En la práctica, esos procedimientos de conciliación se designan por diversos términos, entre ellos el de “mediación”. No obstante, en algunos ordenamientos, se hace una distinción entre “conciliación” y “mediación”, para subrayar que, en la conciliación, hay un tercero que trata de poner de acuerdo a las partes en la controversia, a fin de ayudarlas a reconciliar sus diferencias, mientras que la mediación va más lejos, al permitir al mediador que sugiera condiciones para la resolución de la controversia. Sin embargo, estos dos términos de “conciliación” y “mediación” se utilizan con frecuencia como sinónimos.

15. La conciliación se practica cada vez más en diversas partes del mundo, incluidas regiones en donde no se utilizaba comúnmente hasta ahora. Esta tendencia se refleja, entre otras cosas, en la creación de diversos órganos privados y públicos que ofrecen servicios de conciliación a los interesados. El procedimiento de conciliación es normalmente privado, confidencial, oficioso y sencillo. También puede ser rápido y poco costoso. El conciliador puede asumir funciones múltiples y, en general, es más activo que un facilitador. Frecuentemente puede impugnar la posición de las partes para subrayar las debilidades que normalmente facilitan el acuerdo y, si se le autoriza, puede sugerir posibles planes de solución. El procedimiento no es en general vinculante, y la tarea del conciliador consiste en facilitar la solución, orientando la atención de las partes hacia los problemas y sus posibles

soluciones, y no en dictar una sentencia. El procedimiento resulta especialmente útil cuando intervienen muchas partes y, por ello, sería difícil llegar a un acuerdo mediante negociaciones directas.

16. Si las partes estipulan la conciliación en el acuerdo de proyecto, tendrán que resolver algunas cuestiones de procedimiento a fin de aumentar la probabilidad de llegar a una solución. Esas cuestiones de procedimiento resolverán más fácilmente si se incorpora al contrato, por remisión, algún juego de reglas de conciliación, como el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI¹. Diversas organizaciones internacionales y nacionales han preparado sus propios reglamentos de conciliación.

e) Dictamen pericial no vinculante

17. Se trata de un procedimiento por el que se encarga a un tercero neutral que prepare un dictamen sobre la controversia y sugiera una solución. Sirve de “evaluación realista”, para indicar a las partes en la controversia cuál sería el posible resultado de acudir a otras vías más costosas y normalmente más lentas como el arbitraje o la vía judicial. El procedimiento es útil cuando las partes tienen dificultades para comunicarse porque sus posiciones se han encastillado o cuando no comprenden claramente la debilidad de su propia posición o la solidez de la ajena. El dictamen pericial no vinculante dará normalmente lugar a la apertura de negociaciones, directas o facilitadas.

f) Juicio informal por jurado

18. Este procedimiento adopta la forma de un juicio simulado en el que personal local de cada parte presenta alegaciones ante un “jurado” compuesto por un ejecutivo de categoría superior de cada parte y un tercero neutral. Después de las alegaciones, que deberán normalmente hacerse dentro de un plazo previamente estipulado, los ejecutivos de cada parte inician un procedimiento de negociación facilitada con ayuda de una persona neutral, tratando de llegar a un acuerdo que aproveche las cuestiones aclaradas durante el “juicio”. Las partes cuentan frecuentemente con asistencia letrada, que resulta útil para determinar las cuestiones pertinentes. La finalidad de ese juicio es informar a los ejecutivos de categoría superior de las cuestiones a

¹ El texto oficial del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI puede verse reproducido en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 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, sección A (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.81.V.8)). El Reglamento de Conciliación de la CNUDMI publicado también en forma de folleto (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.81.V.6). Acompaña al Reglamento un modelo de cláusula de conciliación, que dice: “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, ésta tendrá lugar de conformidad con el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI actualmente en vigor”. La Asamblea General, en su resolución 35/52 de 4 de diciembre de 1980 recomendó el recurso al Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

que afecta la controversia y dar una evaluación realista de cuál podría ser el resultado de un auténtico juicio.

g) Dictamen emitido por personal ejecutivo de alto rango

19. Este procedimiento es similar al del juicio informal por jurado pero es de índole menos contenciosa, al adoptarse desde el principio un enfoque orientado hacia el consenso. El procedimiento se inicia con la presentación de breves escritos de alegaciones por cada parte, seguida de una breve réplica. En una “conferencia de evaluación” dirigida por un facilitador, un ejecutivo de categoría superior de cada una de las partes hace una breve presentación verbal para aclarar las cuestiones sometidas en los escritos de alegaciones u otros puntos suscitados por las partes o por el facilitador. Esta reunión va seguida por otra de negociación, presidida por el facilitador, a fin de llegar a un acuerdo. Tanto el juicio informal por jurado como el dictamen emitido por personal ejecutivo de alto rango suelen dar una evaluación realista del caso menos contundente que la de un dictamen pericial no vinculante, por lo que es menos probable que ayuden a adoptar decisiones difíciles, particularmente en ausencia de una presión comercial al respecto.

h) Examen de controversias técnicas por expertos independientes

20. En la etapa de construcción, quizá deseen las partes prever que determinados tipos de controversia sean sometidos al peritaje 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, sobre si las obras cumplen las especificaciones contractuales o las normas técnicas).

21. Las partes, por ejemplo, pueden designar a un inspector de diseño o de ingeniería, respectivamente, para que examinen los desacuerdos relativos a la inspección y aprobación del diseño, y el progreso de las obras (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 69 a 79). Esos expertos independientes deberán poseer conocimientos técnicos en materia de diseño y construcción de proyectos similares. Las facultades del experto independiente (como, por ejemplo, si puede formular recomendaciones o dictar decisiones vinculantes), así como las circunstancias en que las partes podrán solicitar el asesoramiento o el dictamen de un experto, deberán especificarse en el acuerdo de proyecto. En algunos proyectos de infraestructura importantes, por ejemplo, el concesionario podrá solicitar el asesoramiento de un experto independiente siempre que exista desacuerdo entre él y la autoridad contratante sobre si algunos aspectos del diseño o de las obras de construcción se ajustan a las especificaciones u obligaciones contractuales que sean aplicables. Someter un asunto al dictamen de un inspector de diseño o de ingeniería, según proceda, puede ser especialmente pertinente en relación con las disposiciones del acuerdo de proyecto que requieran el consentimiento previo de la autoridad

contratante para determinados actos del concesionario, como la autorización definitiva para la explotación de la infraestructura (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párr. 78).

22. 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 los proyectos de infraestructura con financiación privada. Pero debe señalarse que el alcance de las controversias entre la autoridad contratante y el concesionario no es necesariamente el mismo que el de las controversias habituales en el marco de un contrato de obras. Ello se debe a que las posiciones respectivas de la autoridad contratante y del concesionario en virtud del acuerdo de proyecto no son plenamente comparables a las del propietario y el realizador de las obras en un contrato de construcción. Por ejemplo, las controversias relativas a los pagos debidos al contratista por las cantidades de obra efectivamente realizadas, que son frecuentes en los contratos de obras, no son normales en las relaciones entre la autoridad contratante y el concesionario, ya que este último no recibe por lo común pagos de la autoridad contratante por las obras realizadas.

i) *Juntas de examen de controversias*

23. Los acuerdos de proyecto para grandes proyectos de infraestructura establecen a menudo juntas permanentes compuestas de expertos designados por ambas partes, posiblemente con la ayuda de alguna autoridad, a fin de que preste asistencia en la solución de las controversias que puedan surgir en las fases de construcción y explotación (llamadas en la *Guía* “juntas de examen de controversias”). Las actuaciones ante una junta de examen de las controversias pueden ser informales o rápidas, y adaptarse a las características de la controversia que la junta tenga que resolver. El nombramiento de una junta de examen puede impedir que los malentendidos o diferencias entre las partes degeneren en controversias formales que hayan de dirimirse en un procedimiento arbitral o judicial. De hecho, su eficacia como instrumento para evitar controversias es una de las ventajas especiales de este procedimiento, pero una junta de examen de controversias podrá resolver también controversias, en particular si está facultada para dictar decisiones vinculantes.

24. Conforme al procedimiento de una junta de examen de controversias, las partes seleccionan normalmente, al iniciarse el proyecto, tres expertos de pericia reconocida en la esfera del proyecto, a fin de que constituyan la junta. Esos expertos pueden ser sustituidos si el proyecto comprende diferentes etapas que requieran conocimientos diferentes (es decir, pueden requerirse conocimientos para la construcción de la infraestructura que sean distintos de los requeridos para la administración ulterior del servicio público), y en

algunos grandes proyectos de infraestructura se ha creado más de una junta. Por ejemplo, una junta de examen de controversias se ocuparía exclusivamente de las relativas a cuestiones de naturaleza técnica (diseño técnico, idoneidad de determinada tecnología, cumplimiento de normas ambientales), mientras que otra se ocuparía de las controversias de naturaleza contractual o financiera (por ejemplo, las relativas a la indemnización debida por demoras en la expedición de licencias o a los desacuerdos en la aplicación de fórmulas de ajuste de precios). Cada miembro de la junta debe tener experiencia en el tipo particular del proyecto, incluida la necesaria en la interpretación y administración de acuerdos de proyecto, y debe comprometerse a ser imparcial e independiente de las partes. Se puede facilitar a esas personas informes periódicos sobre el progreso de las obras o sobre la explotación de la infraestructura, según proceda, y se las puede informar inmediatamente de las diferencias surgidas entre las partes. La junta podrá reunirse con las partes, a intervalos regulares o cuando la necesidad surja, a fin de examinar las diferencias planteadas y de sugerir posibles formas de resolverlas.

25. En su calidad de agentes para evitar 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 ayudarán a detectar pronto los conflictos potenciales, antes de que comiencen a enconarse y se conviertan en controversias en toda regla. Cuando se detectan posibles conflictos, la junta propone soluciones que, dados los conocimientos y el prestigio de sus miembros, serán aceptadas probablemente por las partes. Al serle presentada una controversia, la junta, procederá a su evaluación que se realizará de modo informal, 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 plena oportunidad de exponer sus opiniones, y la junta de examen de controversias puede formular preguntas libremente y solicitar documentos u otras pruebas. Las ventajas de realizar estas vistas en el emplazamiento de las obras, poco después de haber ocurrido los hechos y antes de que las posiciones contenciosas se endurezcan, son evidentes. La junta se reúne luego en privado y trata de llegar a una recomendación o una decisión. Si las partes no aceptan las propuestas que les sean presentadas y se perfilan claramente las controversias, la junta, si las partes la autorizan, estará en excelente posición para resolverlas sin demora, por su conocimiento de los problemas y de los documentos contractuales.

26. Dada su duración normalmente larga, muchas circunstancias pertinentes para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada pueden cambiar antes de que expire el plazo de la concesión. Aunque las repercusiones de algunos cambios puedan ser automáticamente resueltos a tenor del acuerdo de proyecto (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 126 a 130), hay cambios que pueden no prestarse 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 en relación con el cambio de las circunstancias. Esto tiene importancia especial en la etapa de explotación del proyecto. Cuando las partes hayan estipulado ciertas reglas para revisar las cláusulas del acuerdo de proyecto a raíz de ciertos hechos, puede plantearse la cuestión de si se han producido esos hechos y, en tal caso, cómo deberán adaptarse o complementarse dichos términos contractuales. A fin de facilitar la resolución de las controversias y evitar una paralización resultante de que las partes no puedan llegar a un acuerdo sobre la revisión del contrato, es aconsejable que las partes indiquen claramente si la junta de examen de controversias podrá adaptar o complementar ciertas cláusulas contractuales, y en qué medida. Hay que señalar, al respecto, que las partes quizá no puedan recurrir a un tribunal arbitral o judicial para dicho fin. De hecho, en algunos ordenamientos, los tribunales judiciales y arbitrales no gozan de competencia para adaptar o complementar las cláusulas contractuales, en algunos otros, sólo podrán hacerlo si las partes los autorizan expresamente, mientras que en otros, los árbitros pueden hacerlo pero los tribunales no.

27. Es posible que el derecho aplicable a los procedimientos arbitrales o judiciales determine la medida en que las partes podrán facultar a los árbitros o a un tribunal para reconsiderar la decisión de la junta de examen de controversias. Excluir esa posibilidad tiene la ventaja de que la decisión de la junta de examen de controversias será inmediatamente firme y vinculante. No obstante, permitir esa reconsideración ofrecería a las partes mayor garantía de que la decisión será correcta. Las primeras cláusulas fundacionales de las juntas de examen de controversias no preveían que sus recomendaciones se convirtieran en vinculantes si no eran impugnadas en un procedimiento arbitral o judicial. En la práctica, sin embargo, la fuerza persuasiva de las recomendaciones unánimes hechas por expertos independientes designados por las propias partes ha impulsado tanto a las autoridades contratantes como a las empresas de proyectos a aceptar voluntariamente las recomendaciones en lugar de litigar. Las disposiciones contractuales recientes sobre juntas de examen de controversias prevén normalmente que la decisión de la junta, aunque no vinculante directamente para las partes, se convertirá en vinculante a menos que una de las partes o ambas sometan la controversia a arbitraje o inicien actuaciones judiciales en un plazo especificado. Además de evitar litigios o arbitrajes prolongados, las partes tienen en cuenta a menudo la posible dificultad de impugnar con éxito lo que el tribunal judicial o arbitral consideraría como una recomendación convincente, efectuada por expertos independientes conocedores del proyecto desde un principio y basada en una observación contemporánea a los hechos y antes de que la controversia surgiera.

28. Aunque esto ocurra pocas veces, las partes pueden convenir en que la decisión de la junta sea firme y vinculante. Pero de recordarse que, pese al acuerdo de las partes en quedar vinculadas por la decisión de la junta, en

muchos ordenamientos la decisión de una junta de examen de controversias, aunque vinculante como contrato, no sería ejecutoria por vía de un procedimiento sumario, como podría serlo un laudo arbitral, ya 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, será necesario que regulen los diversos aspectos de ese tipo de procedimiento en el acuerdo de proyecto. Sería conveniente que el acuerdo de proyecto definiera con la mayor precisión posible las facultades conferidas a la junta de examen de controversias. Con respecto a la naturaleza de sus funciones, el acuerdo de proyecto podría autorizar a la junta de examen de controversias a determinar ciertos hechos y a adoptar medidas cautelares. El acuerdo puede especificar las funciones que desempeñará la junta de examen de controversias y el tipo de cuestiones de las que podrá conocer. Si se permite a las partes iniciar procedimientos arbitrales o judiciales en un plazo determinado después de dictada la decisión, las partes podrán especificar que las conclusiones sobre cuestiones de hecho a que haya llegado la junta de examen de controversias no serán impugnables en un procedimiento arbitral o judicial. El acuerdo de proyecto podría obligar también a las partes a ejecutar la decisión de la junta de examen de controversias 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 de las funciones de la junta, el acuerdo de proyecto puede prever que ésta siga funcionando durante cierto tiempo después de expirar o de rescindirse el acuerdo de proyecto, a fin de ocuparse de las controversias que puedan surgir en esa etapa (por ejemplo, sobre la situación jurídica y la indemnización debida por los bienes entregados a la autoridad contratante).

j) Arbitraje no vinculante

29. Este procedimiento se utiliza a veces cuando no han tenido éxito métodos menos contenciosos, como los de negociación facilitada, conciliación o juntas de examen de controversias. El arbitraje no vinculante se realiza de la misma forma que el vinculante, y cabe utilizar el mismo reglamento, salvo que el procedimiento dará lugar a una mera recomendación. Este procedimiento prevé que las partes pasen directamente a litigar si la controversia sigue sin resolverse por el arbitraje no vinculante. Los que elijan este procedimiento lo harán: a) si abrigan reservas en cuanto a la naturaleza vinculante del arbitraje; o b) como incentivo para evitar tanto el arbitraje como el litigio: el arbitraje, porque parecería redundante seguir dos veces el mismo procedimiento y el litigio por su duración y su costo.

k) Arbitraje

30. En los últimos años se está recurriendo cada vez más al arbitraje para resolver controversias surgidas en proyectos de infraestructura con financiación privada. El arbitraje se utiliza normalmente tanto para la

solución de controversias surgidas durante la construcción o explotación de la infraestructura como para resolver las relacionadas con la expiración o rescisión del acuerdo de proyecto. Los inversionistas y prestamistas privados, en particular los extranjeros, prefieren el arbitraje, que suele organizarse en un país que no sea el país anfitrión, por razón de que 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 suelen plantearse en un acuerdo de proyecto, por lo que a menudo exigen este procedimiento. Las partes pueden seleccionar como árbitros a personas que posean conocimientos especializados en el tipo de proyecto de que se trate. Podrán elegir el lugar donde se sustanciará el procedimiento arbitral, así como el idioma o los idiomas que se utilizarán en el procedimiento. El procedimiento arbitral puede ser menos perturbador de las relaciones comerciales entre las partes que un procedimiento judicial. Los procedimientos y laudos arbitrales pueden ser confidenciales, lo que no suele suceder con los procedimientos y decisiones judiciales. Además, la ejecución de los laudos arbitrales en países distintos de aquel en que se dictan se ve facilitada por la amplia aceptación del Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de 1958².

31. Especialmente con respecto a los proyectos de infraestructura en que intervengan inversionistas extranjeros, cabe señalar que el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados³ puede ofrecer un marco jurídico para la solución de las controversias surgidas entre la autoridad contratante y las empresas extranjeras participantes en un consorcio del proyecto. El Convenio suscrito hasta la fecha por 131 Estados, creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Este centro es una organización internacional autónoma que tiene estrechas vinculaciones con el Banco Mundial. El CIADI ofrece servicios de conciliación y arbitraje de controversias entre países miembros y los inversionistas que sean nacionales de otros países miembros. El recurso a la conciliación y al arbitraje del CIADI es voluntario. Sin embargo, una vez que las partes en un contrato o controversia hayan consentido en someterse a arbitraje con arreglo al Convenio del CIADI, ninguna de ellas podrá retirar unilateralmente su consentimiento. Todos los países miembros del CIADI, sean o no partes en la controversia, deben reconocer y ejecutar, según la Convención, los laudos del CIADI. El consentimiento de las partes en someterse al arbitraje del CIADI puede darse con respecto a una controversia existente o con respecto a una clase definida de controversias futuras. Sin embargo, el consentimiento de las partes no necesita expresarse en relación con un proyecto concreto; un país de acogida podría ofrecer en su normativa de promoción de inversiones someter

² Ver *United Nations Treaties Series*, vol. 330, N° 4739 (1959), pág. 38, reproducido en *Registro de textos de convenciones y otros instrumentos relativos al derecho mercantil internacional*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.73.V.3).

³ Ver *United Nations Treaties Series*, vol. 575, pág. 160, N° 8359, (1996).

las controversias derivadas de determinadas clases de inversiones a la jurisdicción del CIADI, y el inversionista podría dar su consentimiento, aceptando esa oferta por escrito.

32. Los acuerdos de inversión bilaterales pueden ofrecer también un marco jurídico para la solución de controversias entre la autoridad contratante y las empresas extranjeras. En esos tratados, el Estado de acogida extiende normalmente a los inversionistas que sean nacionales de otros Estados signatarios cierto número de garantías (ver cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 4 a 6) y expresa su consentimiento en someterse al arbitraje, por ejemplo, remitiéndose al CIADI o a un tribunal arbitral que aplique el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI⁴.

i) *Inmunidad soberana*

33. El legislador tal vez desee examinar su normativa interna en materia de inmunidad soberana para aclarar en la medida deseable, cuáles son las esferas en las que una autoridad contratante podrá, o no podrá, alegar inmunidad soberana. Cuando se permita el arbitraje y lo convengan las partes en el acuerdo de proyecto, la aplicación del acuerdo de arbitraje podrá verse frustrada o estorbada si la autoridad contratante puede alegar inmunidad soberana, ya sea para impedir la iniciación de un procedimiento arbitral o como excepción al reconocimiento y ejecución del laudo. A veces la legislación en esta materia no es clara, lo que puede suscitar temor en las partes interesadas (por ejemplo, el concesionario, los promotores del proyecto y los prestamistas) de que la cláusula compromisoria resulte ineficaz. Para responder a esa inquietud, es conveniente examinar la legislación en la materia e indicar hasta qué punto la autoridad contratante podrá alegar inmunidad soberana.

34. Además, la autoridad contratante contra la que se haya dictado un laudo podrá alegar su inmunidad contra toda medida de ejecución sobre bienes públicos. Hay diversos enfoques de esta clase de inmunidad. Por ejemplo, en algunas leyes nacionales la inmunidad no se extiende a las entidades públicas que se dedican a actividades mercantiles. En otras leyes nacionales se requiere la existencia de una vinculación entre el bien de que se trate y la reclamación, en el sentido de que, por ejemplo, no se podrá alegar inmunidad

⁴ El texto oficial del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI ha sido reproducido en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/31/17)*, cap. V, secc. C (Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, vol. VII, 1976, primera parte, cap. II, secc. A (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.77.V.1). El Reglamento de Arbitraje ha sido además publicado en forma de folleto (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.77.V.6). Acompaña al Reglamento un modelo de cláusula compromisoria que dice: “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, tal como se encuentra en vigor”. En su resolución 31/98, de 15 de diciembre de 1976, la Asamblea General recomendó el recurso al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

con respecto a fondos asignados a actividades económicas o comerciales sometidas al derecho privado en que se base la reclamación, o no se podrá alegar inmunidad con respecto a bienes que la administración pública reserve para sus actividades mercantiles. En algunos países se estima que incumbe a la administración pública demostrar que los bienes de que se trate se destinan a usos no comerciales.

35. En algunos contratos que afectan a entidades que podrían aducir inmunidad soberana se han incluido cláusulas en el sentido de que la administración pública renuncia a su derecho a alegarla. Esa renuncia podrá hacerse en el acuerdo de proyecto o en un acuerdo internacional; puede que se limite a reconocer que determinados bienes se utilizan con fines comerciales o que se tiene la intención de utilizarlos con esos fines. Esas cláusulas por escrito serán necesarias en la medida en que no resulte claro si la concertación de un acuerdo de arbitraje y la participación en un procedimiento arbitral por la entidad pública constituya, de por sí, una renuncia implícita a la inmunidad soberana en materia de ejecución.

ii) *Eficacia del acuerdo de arbitraje y ejecutoriedad del laudo*

36. La eficacia de una cláusula compromisoria dependerá del régimen jurídico en que se produzca el arbitraje. Si el régimen jurídico del arbitraje en el país de acogida se considera insatisfactorio, por ejemplo porque impone restricciones poco razonables a la autonomía de las partes, puede que alguna de éstas desee estipular un lugar de arbitraje no situado en el país de acogida. Por ello, es importante que el país anfitrión se asegure de que el régimen legal nacional del arbitraje resuelve adecuadamente las principales cuestiones procesales suscitadas por un arbitraje internacional. Un régimen adecuado sería el de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional⁵.

37. Si el arbitraje se realiza fuera del país de acogida o si el laudo dictado en éste debe ejecutarse en el extranjero, la eficacia del acuerdo de arbitraje dependerá también de la legislación aplicable al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. La Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (ver párr. 30), se ocupa entre otras cosas, del reconocimiento de un acuerdo de arbitraje y de los motivos por los que un tribunal podrá negarse a reconocer o ejecutar un laudo. En general, se considera que la Convención ofrece un régimen aceptable y equilibrado para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. El

⁵ Ver el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 18º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, suplemento N° 17 (A/40/17)*, párr. 332 y anexo I. La Asamblea General, en su resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, recomendó que todos los Estados examinaran debidamente la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, a la luz de la conveniencia de uniformidad del derecho procesal arbitral y de las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional.

hecho de que el país de acogida sea parte en la Convención se considerará probablemente elemento esencial al evaluar la seguridad jurídica de los compromisos vinculantes y la fiabilidad del arbitraje como método para resolver las controversias con partes sitas en dicho país. También facilitará la ejecución en el extranjero de una sentencia arbitral dictada en el país de acogida.

l) Vía judicial

38. Como se ha indicado anteriormente, hay ordenamientos jurídicos en los que la solución de controversias surgidas de acuerdos que se relacionen con la prestación de servicios públicos es cuestión de la competencia exclusiva de los tribunales judiciales o administrativos nacionales. En algunos países, los organismos públicos carecen de facultades para someterse al arbitraje, salvo en supuestos bien definidos (ver párrs.7 a 9), mientras que en otros ordenamientos las partes pueden elegir libremente entre la vía judicial y la arbitral.

39. Si las partes pueden elegir entre la vía judicial y la arbitral, quizá la autoridad contratante estime conveniente que toda controversia sea resuelta por los tribunales judiciales del país de acogida. Esos tribunales conocen bien el derecho interno del país, que con frecuencia contiene normas expresamente dictadas para el acuerdo de proyecto. Además, la autoridad contratante u otros organismos públicos afectados por la controversia pueden preferir la vía judicial interna por conocer su procedimiento y el idioma que utiliza. También cabe considerar que, en la medida en que los acuerdos de proyecto afecten a cuestiones de orden público y de protección del interés público, los tribunales nacionales son los más indicados para salvaguardar esos valores.

40. Sin embargo, esa opinión de la autoridad contratante puede no ser compartida por los futuros inversionistas, los financieros y otras partes privadas. Esas partes pueden considerar que es preferible el arbitraje al procedimiento judicial porque aquél, al estar sometido en mayor grado al acuerdo de las partes que los procedimientos judiciales, podrá resolver su controversia de forma más eficiente. 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 visto que dejar a las partes elegir el mecanismo de solución de controversias ayuda a atraer a la inversión extranjera para el desarrollo de la infraestructura.

41. Al considerar si una controversia debe resolverse por la vía judicial o si debe 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 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 acuerdo de proyecto son otros factores que habrán de tenerse en cuenta. Además, teniendo en cuenta que los proyectos de infraestructura implican normalmente cuestiones sumamente técnicas y complejas, las partes considerarán también la conveniencia de recurrir a árbitros elegidos por sus conocimientos y experiencia especializados, en vez de a los tribunales nacionales, que pueden no tener conocimientos o experiencia en las cuestiones técnicas que sean objeto de la controversia. Otra consideración puede ser la confidencialidad del procedimiento arbitral, su relativa informalidad y, posiblemente, la mayor flexibilidad que pueden tener los árbitros para adoptar sus medidas correctoras apropiadas, todo lo cual puede ser beneficioso para conservar y desarrollar la relación a largo plazo implícita en los acuerdos de proyecto.

C. Controversias entre los promotores del proyecto y entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas y proveedores

42. El derecho interno suele reconocer que en las operaciones comerciales, particularmente en las internacionales, las partes podrán elegir libremente el foro que dirimirá, por una decisión vinculante, toda controversia que surja entre ellas. El arbitraje ha pasado a ser el método preferido en las operaciones comerciales internacionales, vaya o no precedido por la conciliación, o celebrándose a veces simultáneamente a ella. Los contratos entre un concesionario y sus prestamistas, contratistas y proveedores, concertados en relación con el proyecto, suelen considerarse como mercantiles. Por consiguiente, las partes en esos contratos suelen gozar de autonomía para seleccionar su vía preferida para la solución de controversias, que en la mayoría de los casos incluirá el arbitraje. En cambio, los prestamistas, pese a preferir casi siempre el arbitraje para resolver las controversias surgidas del acuerdo de proyecto (y cada vez más para las controversias entre prestamistas), suelen preferir la vía judicial para la solución de las controversias entre ellos y el concesionario surgidas de los acuerdos de préstamo. Cuando la vía arbitral sea la preferida, las partes desearán normalmente ser ellas quienes elijan el lugar del arbitraje y quienes determinen si éste o aquel caso será o no dirimido por una institución arbitral. Los países, que deseen crear un marco legal propicio para los proyectos de infraestructura con financiación privada, harán bien en revisar su legislación relativa a esos contratos mercantiles a fin de eliminar toda incertidumbre respecto de la autonomía de las partes para elegir la vía de solución de controversias que prefieran.

D. Controversias con clientes o usuarios de la infraestructura

43. En función del tipo de proyecto, el concesionario tal vez suministre bienes o servicios a diversas personas y entidades como, por ejemplo, una empresa pública de servicios que compren electricidad o agua a la empresa concesionaria para revenderla a los usuarios finales; empresas comerciales, como navieras o líneas aéreas, que contraten la utilización de un puerto o aeropuerto; o 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 según quiénes sean las partes en esas relaciones, las condiciones en que se presten los servicios y el régimen reglamentario aplicable.

44. 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 ser aplicable únicamente a las compras de bienes y servicios por los clientes en ciertos sectores. La obligación legal de ofrecer esa vía para la solución de controversias puede ser aplicable a toda reclamación presentada por un cliente del concesionario o estar limitada a las reclamaciones de personas particulares que actúen con carácter no mercantil. La obligación del concesionario puede limitarse a abrir una vía para recibir y tramitar reclamaciones de los consumidores particulares. Esa vía tal vez sea una dependencia o departamento especial de la propia empresa concesionaria que se encargue de recibir y tramitar sin demora las reclamaciones, por ejemplo, poniendo a disposición de los clientes formularios normalizados o números de teléfono gratuitos para que expresen sus quejas. Si la cuestión no se resuelve satisfactoriamente, el cliente puede tener derecho a presentar una reclamación ante el organismo regulador, en su caso, que en algunos países puede tener facultades para adoptar una decisión vinculante en la materia. Esas vías son a menudo optativas para el consumidor y normalmente no excluyen el recurso de las personas perjudicadas a los tribunales.

45. 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 concesionario y negocian los términos de su respectivo contrato, las partes resolverán normalmente cualquier controversia por los métodos habituales en los contratos mercantiles, incluido el arbitraje. En consecuencia, puede no ser necesario ocuparse de la solución de esas controversias en la legislación relativa a los proyectos de infraestructura con financiación privada. Sin embargo, cuando los clientes del concesionario sean entidades públicas, su capacidad para aceptar métodos de solución de controversias puede estar limitada por las normas de derecho administrativo que rijan la solución de controversias en que intervengan entidades públicas. En el caso de países que deseen permitir

el recurso vías no judiciales, incluido el arbitraje, para resolver controversias entre el concesionario y sus clientes públicos, es importante eliminar posibles obstáculos jurídicos y facultar claramente a esas entidades para convenir en el recurso a esas otras vías de solución de controversias (ver párrs. 7 a 9).

VII. Otros ámbitos pertinentes del derecho

A. Observaciones generales

1. El grado de desarrollo de las disposiciones pertinentes del país anfitrión, la estabilidad de su ordenamiento jurídico y la existencia de vías de recurso adecuadas al alcance de las partes privadas son elementos esenciales del marco legal general para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Al reexaminar y, eventualmente, mejorar sus disposiciones sobre aspectos de interés directo para los proyectos de infraestructura con financiación privada, el país anfitrión hará una importante contribución al logro de un clima hospitalario para las inversiones del sector privado en infraestructura. Una mayor certidumbre jurídica y un marco legal favorable se traducirán en una mejor evaluación por los prestamistas y patrocinadores de los proyectos de los riesgos que el país presenta. Esto ejercerá una influencia positiva en el costo de movilizar capital privado y reducirá la necesidad de respaldo o garantías públicas (ver cap. II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 30 a 60).

2. La sección B señala algunos aspectos particulares de las leyes del país anfitrión que, sin referirse necesariamente de manera directa a los proyectos de infraestructura con financiación privada, pueden repercutir en su ejecución (ver párrs. 3 a 52). La sección C indica la posible pertinencia de algunos acuerdos internacionales para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada en el país anfitrión (ver párrs. 53 a 57).

B. Otros ámbitos pertinentes del derecho

3. Además de las cuestiones relativas a la legislación directamente aplicable a los proyectos de infraestructura con financiación privada, todo marco legal favorable debe incluir disposiciones auxiliares en otras ramas del derecho. Una legislación que promueva y proteja la inversión privada en actividades económicas favorecería la inversión privada en infraestructura. En los párrafos siguientes se señalan únicamente ciertos aspectos de otras ramas del derecho que pueden favorecer la ejecución de proyectos de infraestructura. Una normativa adecuada en esos otros ámbitos facilitaría ciertas operaciones necesarias para llevar a cabo proyectos de infraestructura y reduciría el riesgo jurídico perceptible de efectuar inversiones en el país.

1. Promoción y protección de las inversiones

4. Una cuestión que preocupa especialmente a los promotores del proyecto y a los prestamistas es el grado de protección que se otorga a la inversión en

el país anfitrión. Los inversionistas en el país anfitrión requerirán garantías de protección contra toda medida de nacionalización o expropiación que se adopte sin control judicial o sin indemnización adecuada de conformidad con las reglas vigentes en el país anfitrión y con el derecho internacional. Los promotores de proyectos desearán, asimismo, poder entre otras cosas introducir en el país, sin restricciones infundadas, el personal técnico requerido por el proyecto, así como los bienes y el equipo necesarios, tener acceso a las divisas necesarias, y que se les permita 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 infraestructura. Además de las garantías específicas que la administración pública pueda aportar (ver cap. II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 45 a 50), la legislación sobre promoción y protección de inversiones puede desempeñar un importante papel en relación con los proyectos de infraestructura con financiación privada. 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 estas características.

5. Un número cada vez mayor de países ha concertado acuerdos de inversión bilaterales cuyo objetivo es facilitar y proteger la corriente de inversiones entre las partes contratantes. Los acuerdos de protección de inversiones contienen generalmente disposiciones relativas a la admisión y las condiciones otorgadas a las inversiones extranjeras; las transferencias financieras entre las partes contratantes (por ejemplo, pago de dividendos en el extranjero o repatriación de inversiones); la disponibilidad de moneda extranjera para la transferencia o repatriación del producto financiero de la inversión; el amparo contra medidas de expropiación o nacionalización y la solución de controversias al respecto. La existencia de un acuerdo de este tipo entre el país anfitrión y el país o los países de origen de los promotores del proyecto puede ser un factor determinante de su decisión de invertir en el país anfitrión. Las condiciones ofrecidas en dichos acuerdos pueden hacer innecesarias ciertas seguridades o garantías públicas que se reclaman en relación con cada proyecto de infraestructura. Los tratados multilaterales también pueden ser una fuente de normas protectoras de las inversiones.

6. Además, en ciertos países existen reglas encaminadas a facilitar y proteger la entrada 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 dimanen necesariamente de tratados bilaterales o multilaterales.

2. *Régimen de la propiedad*

7. Es aconsejable que el régimen de la propiedad del país anfitrión refleje pautas internacionales aceptables que amparen debidamente el derecho de propiedad y de utilización de terrenos y edificios, así como de bienes muebles

e inmateriales, y que faculten al concesionario para comprar, vender y traspasar bienes y para autorizar su empleo, según lo requiera el caso. Las disposiciones constitucionales que amparan el derecho de propiedad han sido un factor importante en orden al fomento de la inversión privada en muchos países.

8. Cuando el concesionario sea propietario de los terrenos en los que se construya la infraestructura, es importante que la propiedad de los terrenos pueda demostrarse clara e inequívocamente mediante su inscripción en el registro y la publicidad que se le dé. El concesionario y los prestamistas necesitarán contar con pruebas razonables de que la propiedad del terreno no será controvertida. Por tanto, se mostrarán renuentes a aportar fondos al proyecto si la legislación del país anfitrión no proporciona medios adecuados para determinar quién es el propietario del terreno.

9. Es asimismo necesario ofrecer mecanismos eficaces para asegurar el respeto de los derechos de propiedad y de posesión que se otorguen al concesionario contra violaciones de terceros. Esto deberá ser asimismo aplicable a las servidumbres y derechos de paso que el concesionario pueda necesitar para prestar y mantener el servicio correspondiente (como la colocación de postes y cables en propiedad privada para la distribución de electricidad) (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 30 a 35).

3. *Garantías reales*

10. Como se indicó anteriormente (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 52 a 61), los mecanismos de garantía en proyectos de infraestructura con financiación privada pueden ser complejos y consistir en diversas formas de garantía, incluida la garantía fija sobre bienes físicos del concesionario (por ejemplo, hipotecas u otros gravámenes), la pignoración de acciones del concesionario y la cesión de bienes inmateriales (créditos a 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 será la que determine el tipo de garantía que podrá hacerse valer sobre los bienes ubicados en el país anfitrión y los medios judiciales disponibles.

11. La diversidad de los tipos de garantía o las limitaciones de los remedios judiciales ofrecidos en las leyes del país anfitrión pueden ser motivo de inquietud para los eventuales proveedores de fondos. 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 apropiados de garantía. Por razón de la gran diversidad del régimen de las garantías reales de un ordenamiento a otro, la *Guía* no examina en detalle las particularidades técnicas de la legislación necesaria,

ciñéndose en los siguientes párrafos a presentar un esbozo de los principales elementos de un régimen moderno para las operaciones garantizadas.

12. En algunos ordenamientos jurídicos, pueden crearse garantías reales sobre prácticamente cualquier clase de bienes, incluida la propiedad intelectual, mientras que en otros sólo pueden crearse sobre ciertas categorías de bienes, como los inmuebles. En algunos países se pueden constituir garantías reales sobre bienes que aún no existen (haber futuros) y pueden abarcar todos los bienes de una sociedad, permitiendo a la vez que ésta siga empleándolos en el giro normal de sus negocios. Algunos ordenamientos permiten que se constituya una garantía real sin desplazamiento de la posesión, pudiéndose 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 real o legal de los mismos. Conforme a ciertos ordenamientos, se puede ejecutar la garantía real sin intervención de los tribunales, mientras que en otros sólo cabe ejecutar la garantía por vía judicial. Algunos países prevén formas de ejecución que permiten no sólo la venta de los bienes, sino su explotación por el prestamista garantizado que tomará posesión de ellos o nombrará 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 éstos gozan de prelación sobre cualquier tipo de garantía. En algunos países, la creación de una garantía real es poco costosa, 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 el caso de ejecución de la garantía, como la de velar por que la venta de los bienes se haga a su justo valor de mercado.

13. Como medida de protección legal básica de los acreedores cabe citar la de disponer que las garantías reales (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 recibirá la propiedad de ese bien a reserva de esa garantía. Esto puede resultar difícil, ya que muchos países no disponen de un registro especializado de la propiedad. Además, esas garantías deberán ser oponibles a terceros, lo cual puede requerir que se constituyan como un derecho real y no como una mera obligación, y facultándose así a la persona que reciba la garantía para vender los bienes gravados, en ejecución de la garantía.

14. Otro aspecto importante se refiere a la flexibilidad que se da a las partes para definir los bienes que sirven de base a la garantía. En algunos ordenamientos se da gran libertad a las partes para la determinación de los bienes que pueden darse en garantía. En algunos de ellos es posible constituir una garantía real sobre todos los bienes de una empresa, haciendo posible la venta de la empresa como un negocio en marcha, lo que puede permitir salvar

a 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 creación de una garantía real sobre bienes concretos y no reconocen las garantías constituidas sobre todos los bienes del deudor. Tal vez se limite también la capacidad del deudor para negociar con bienes que se han dado en garantía. Estas y otras restricciones hacen 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 negocios.

15. Dada la larga duración de los proyectos de infraestructura con financiación privada, es probable que las partes deseen gozar de autonomía para definir en términos ya sea precisos o ya sea genéricos los bienes dados en garantía. Puede que asimismo deseen constituir dicha garantía sobre los bienes presentes y futuros, así como sobre bienes susceptibles de sufrir alteración a lo largo de la vida de la garantía. Quizá sea conveniente revisar la normativa vigente en materia de garantías a fin de dar margen a las partes para estipular entre ellas garantías adecuadas.

16. Hasta el momento, ningún organismo intergubernamental internacional ha elaborado un régimen ni un modelo uniforme completo para la modernización de la legislación nacional en materia de garantías reales. La autoridad competente o el legislador haría bien, no obstante, en tener en cuenta diversas iniciativas de diferentes organizaciones ¹. La ley modelo sobre operaciones garantizadas, preparada por el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) para ayudar en la reforma legislativa de los países de Europa central y oriental ofrece un modelo al respecto. Además de regular en términos generales quién podrá constituir y recibir una garantía real, y de

¹ La CNUDMI prepara actualmente una convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional. El proyecto de convención trata de dar certeza y transparencia a esta vía de financiación, ayudando a modernizar su régimen y facilitando así la obtención de crédito y capital financieros a tasas de interés más bajas. El régimen del proyecto de convención facilita el logro de esos objetivos mediante, entre otras cosas, el reconocimiento de la validez de la cesión de créditos, especialmente de la cesión global de créditos y de créditos futuros, y facilitando esa cesión que se ha convertido en una fuente esencial de crédito en los mercados financieros internacionales. Está previsto ultimar el proyecto de convención en el año 2001. Otra iniciativa internacional es el proyecto de convenio sobre garantías reales internacionales en bienes de equipo móvil que preparan actualmente el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y otras organizaciones. La finalidad esencial del proyecto de convenio del UNIDROIT es la de regular la constitución y efectos de una nueva modalidad de garantía real sobre bienes de equipo móvil, definida en términos que engloben no sólo la garantía real clásica sino también lo que se está viendo cada vez más como su equivalente funcional, es decir, el derecho que retiene el arrendador a tenor de un acuerdo de arrendamiento financiero. El proyecto de convenio del UNIDROIT y sus anteproyectos de protocolo (un anteproyecto de protocolo sobre cuestiones que sean propias del equipo de aeronaves, un anteproyecto de protocolo sobre cuestiones que sean propias del material rodante ferroviario y un anteproyecto de protocolo sobre cuestiones que sean propias de los bienes de equipo espacial) regulan ciertas categorías de bienes de equipo móvil de valor elevado, que por razón de su índole es probable que se desplacen con regularidad a través y más allá de las fronteras en el curso normal de su explotación comercial, y que son bienes susceptibles de ser singularizados a efectos de su identificación.

enunciar ciertas reglas generales relativas a las deudas garantizadas y a los bienes gravados al efecto, la ley modelo sobre operaciones garantizadas del BERD aborda otras materias, como la constitución de garantías reales, los derechos de terceros, la ejecución de la garantía y los trámites de inscripción en el registro.

4. Régimen de la propiedad intelectual

17. Los proyectos de infraestructura con financiación privada 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 patentada y amparada por un derecho de propiedad intelectual. Por lo tanto, los inversionistas privados, nacionales y extranjeros, que aporten tecnología nueva o avanzada al país anfitrión o ideen soluciones originales, exigirán la seguridad de que sus derechos de propiedad intelectual estarán protegidos y que podrán hacerlos valer frente a toda infracción, lo cual puede requerir la promulgación de alguna norma de derecho penal para combatir toda infracción de un derecho de propiedad intelectual.

18. Cabría ofrecer un marco legal para la protección de la propiedad intelectual adhiriéndose a algún acuerdo internacional relativo a la protección e inscripción en un registro de los derechos de 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 (1883)². El Convenio se aplica a la propiedad industrial en el sentido más amplio y abarca las invenciones, las marcas de fábrica o de comercio, los diseños y planos industriales, así como los modelos de aplicación, nombres comerciales, indicaciones geográficas y medidas de 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 garantías de su derecho interno. Regula asimismo el derecho de prioridad para las patentes, marcas y diseños industriales, y establece algunas reglas comunes que todos los Estados contratantes deberán observar en materia de patentes, marcas, diseños industriales, nombres comerciales, denominaciones de origen, competencia desleal y prácticas administrativas internas. Un marco de protección internacional adicional es el ofrecido por el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (1970), que hace posible procurarse simultáneamente, en un gran número de países, la protección de una patente de invención presentando una única solicitud internacional de patente. En algunos países, las normas internacionales se

² Revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington 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.

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.

19. Otros importantes instrumentos que dan protección internacional a los derechos de propiedad industrial son el Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas (1891)³, el Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid (1989) y el Reglamento Común del Arreglo de Madrid y el Protocolo concerniente al mismo (1998). El Arreglo de Madrid prevé el registro internacional de marcas (tanto de fábrica o de comercio 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 las Marcas de Fábrica o de Comercio (1994) simplifica y armoniza los procedimientos para la solicitud del registro de marcas, los cambios después de la inscripción y la renovación de ésta.

20. En el ámbito de los diseños y modelos industriales, el Arreglo de La Haya relativo al depósito internacional de diseños y modelos industriales (1925)⁴ prevé el depósito internacional de los diseños y modelos industriales en la Oficina Internacional de la OMPI. El depósito internacional tiene, 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 de ese país hubiera realizado todos los actos administrativos requeridos para ese fin.

21. El acuerdo multilateral más amplio que se ha concertado hasta la fecha es el Acuerdo sobre los regímenes relacionados con los aspectos comerciales de las inversiones y de los derechos de propiedad intelectual (el "Acuerdo TRIPS"), que fue negociado bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y entró en vigor el 1º de enero de 1995. El Acuerdo regula los siguientes aspectos de la propiedad intelectual: los derechos de autor y derechos conexos (es decir, los derechos de las personas que actúan en público y de los productores de grabaciones sonoras y organizaciones de radiodifusión); las marcas comerciales, incluidas las marcas de servicios; las indicaciones geográficas, entre ellas las denominaciones de origen; los diseños industriales; las patentes, incluida la protección de nuevas variedades de plantas; los diseños de estructura de los circuitos integrados; y la información no revelada como los secretos comerciales y los datos de

³ Revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington 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.

⁴ 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 depósito internacional de dibujos y modelos industriales de 1998.

pruebas. Con respecto a cada uno de los principales ámbitos de propiedad intelectual que abarca, el Acuerdo TRIPS fija las normas mínimas de protección que debe ofrecer cada Parte Contratante exigiendo, en primer lugar, el cumplimiento de las obligaciones de fondo, entre otras, las del Convenio de París en su versión más reciente. Las principales disposiciones de fondo del Convenio de París se incorporan por remisión y pasan a ser así obligaciones reguladas por el Acuerdo TRIPS. El Acuerdo TRIPS agrega además un número sustancial de obligaciones relativas a cuestiones sobre las que las convenciones anteriores de propiedad intelectual no son explícitas o que no regulan de forma adecuada. Además, el Acuerdo establece ciertos principios generales aplicables a todos los procedimientos para hacer valer los derechos de propiedad intelectual. Asimismo, el Acuerdo TRIPS contiene disposiciones sobre las vías procesales de recurso o impugnación civil y administrativas, así como sobre medidas cautelares, requisitos especiales de índole transfronteriza y procedimientos penales, que especifican con cierto detalle las vías procesales de que deben disponer los titulares de derechos de propiedad intelectual para hacer valer eficazmente tales derechos.

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

22. Cuando las autoridades del país asuman la responsabilidad de proporcionar los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto, podrán hacerlo comprándolos a sus propietarios o, de ser ello necesario, procediendo a su adquisición forzosa mediante el pago de una compensación adecuada por una vía denominada a veces de “adquisición forzosa” o “expropiación” (ver cap.IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 27 a 29). Muchos países han regulado por ley el procedimiento a seguir para la adquisición forzosa de bienes de propiedad privada y esa normativa será probablemente aplicable a toda medida de adquisición forzosa que se requiera para los proyectos de infraestructura con financiación privada.

23. 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 tanto, las autoridades tal vez deseen revisar la normativa vigente en materia de adquisición forzosa por razones de interés público para comprobar si se ajusta a las necesidades de los grandes proyectos de infraestructura y determinar si permite un procedimiento rápido y asequible, que proteja adecuadamente los derechos de los propietarios. En la medida en que lo permita la ley, es importante que las autoridades puedan tomar posesión de los bienes sin demoras innecesarias a fin de que no aumenten los costos del proyecto.

6. Régimen de los contratos públicos y derecho administrativo

24. En muchos ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición romanística o influenciados por ella, la prestación de los servicios públicos puede regirse por un cuerpo de legislación conocido como “derecho administrativo”, aplicable a una amplia gama de funciones públicas. Esos ordenamientos funcionan siguiendo el principio de que la autoridad pública podrá ejercitar sus poderes y funciones por medio de una norma o decreto administrativo o mediante un contrato administrativo. Sucede, a menudo, que la autoridad pública podrá también celebrar contratos privados, con arreglo a la normativa de derecho civil o mercantil que les sea aplicable. Las diferencias entre uno y otro tipo de contrato pueden ser apreciables.

25. Conforme al concepto del contrato administrativo, la autonomía contractual de que gozan las partes en un contrato privado está subordinada al interés público. La autoridad tiene, en algunos ordenamientos jurídicos, el derecho a modificar el alcance y las cláusulas de los contratos administrativos e incluso a rescindirlos por razones de interés público, normalmente mediante indemnización de las pérdidas ocasionadas a la parte contratante privada (ver cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, párrs. 26, 27 y 49). La administración pública gozará también de extensas facultades de vigilancia e inspección, así como de imponer sanciones al operador privado por incumplimiento. Éste será compensado a veces con la facultad de reclamar otros cambios en el contrato a fin de restablecer el equilibrio financiero inicial entre las partes y de mantener el valor global del contrato para la parte contratante privada (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 126 a 130). En algunos ordenamientos, las controversias suscitadas por los contratos públicos son de la exclusiva competencia de tribunales especiales dedicados únicamente a asuntos administrativos, que, en algunos países, están separados del sistema judicial (ver cap. VI, “Solución de controversias”, párrs. 38 a 41).

26. La existencia de un régimen jurídico especial aplicable a las empresas de infraestructura y de servicios públicos no se limita a los ordenamientos antes mencionados. Si bien en otros ordenamientos influidos por la tradición del *common law* no se hace esa distinción conceptual entre contratos administrativos y contratos privados, puede llegarse a las mismas consecuencias por medios diferentes. Mientras que en esos ordenamientos se sostiene con frecuencia que la mejor manera de respetar el principio de legalidad es que la administración pública se someta al derecho privado ordinario, se reconoce en general que la administración no puede comprometer por vía contractual el ejercicio legítimo de alguna función soberana. No podrá obstaculizar el futuro ejercicio de su autoridad al servicio del interés público. Conforme al principio de derecho general de los actos soberanos, aplicable en algunos países de derecho anglosajón, toda autoridad o entidad pública contratante estará excusada del cumplimiento de su contrato si el Estado, en el ejercicio de su soberanía, promulga alguna ley, reglamento

o decreto en defensa del interés público que impida ese cumplimiento. Por ende, la ley puede permitir que la autoridad pública interfiera en el ejercicio de derechos contractuales adquiridos. Por lo común, tratará de limitarse esa intervención a fin de que los cambios no sean tan grandes que impidan que la otra parte pueda adaptarse a ellos sin que le ocasionen pérdidas contrarias a la equidad. En tales casos, la parte privada 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 autoridad pública para modificar unilateralmente las condiciones o para introducir cambios como resultado de un acto de intervención soberana ulterior.

27. Las prerrogativas especiales del poder público y sus órganos se justifican en esos ordenamientos jurídicos por razones de interés público. Se reconoce, no obstante, que, de utilizarse incorrectamente esas prerrogativas especiales, como el poder de modificar unilateralmente las cláusulas de los contratos, se estaría atentando contra los derechos adquiridos de quienes han contratado con la autoridad. Por esta razón, los países con una tradición arraigada de participación privada en proyectos de infraestructura han concebido una serie de mecanismos de control y vías de recurso para proteger a esos contratistas de los actos arbitrarios o incorrectos 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 adecuada, toda norma legal por la que se confiera a las autoridades públicas de prerrogativas especiales podría ser considerada por los posibles inversionistas como un riesgo imponderable que quizá los desaliente a la hora de invertir en determinadas jurisdicciones. Por esta razón, algunos países han revisado su legislación sobre contratos públicos con miras a ofrecer el grado de protección requerido para fomentar la inversión privada y han eliminado toda norma que suscitara dudas sobre la estabilidad contractual a largo plazo necesaria para los proyectos de infraestructura.

7. Derecho contractual privado

28. El derecho interno aplicable a los contratos privados desempeña una importante función con respecto a los contratos celebrados por el concesionario con los subcontratistas, proveedores y otras entidades privadas. El derecho contractual interno debe ofrecer soluciones adecuadas a las necesidades de las partes contratantes, incluida la flexibilidad requerida para negociar contratos que respondan bien a las necesidades de 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, de la ejecutoriedad judicial de las obligaciones contractuales y de remedios adecuados para los supuestos de incumplimiento de contrato, el derecho interno puede crear condiciones favorables para los

proyectos de infraestructura con financiación privada facilitando soluciones contractuales susceptibles de ser utilizadas en estos proyectos. Es asimismo importante que exista un conjunto de normativa adecuada de derecho internacional privado, dado que es muy probable que los contratos celebrados por el concesionario contengan elementos internacionales.

29. Cuando vaya a construirse una nueva infraestructura, es probable que el concesionario necesite importar grandes cantidades de suministros y equipo. Se dará mayor certeza jurídica a esas operaciones si el derecho interno contiene disposiciones expresamente adaptadas a la compraventa internacional. Se dispondrá 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)⁵ o en otros instrumentos internacionales relativos a contratos especiales, como el Convenio relativo al arriendo financiero internacional de bienes de equipo (Ottawa, 1988)⁶, elaborado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

8. *Derecho de sociedades*

30. En la mayoría de los proyectos de construcción de una infraestructura nueva, los promotores del proyecto crearán la sociedad del proyecto como entidad jurídica independiente en el país anfitrión (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 12 a 18). Se reconoce que la sociedad del proyecto puede adoptar diversas formas en los distintos países, que tal vez no configuren necesariamente una sociedad anónima. Como en la mayoría de los casos se elige como forma una sociedad anónima, es particularmente importante que el país anfitrión cuente con un derecho moderno y adecuado de sociedades en cuestiones fundamentales como lo relativo a la fundación y administración de la sociedad, la emisión de acciones y su venta o cesión, prácticas de publicidad contable y financiera y la protección de los accionistas minoritarios. Además, el reconocimiento de la capacidad de los inversionistas de crear entidades aparte que sirvan a título de “vehículos para usos especiales” para fines de financiación y recaudación de fondos puede facilitar el éxito de las operaciones de financiación del proyecto (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párr. 59).

⁵ *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, N° de venta S.82.V.5), primera parte.

⁶ *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.*

31. Aunque cabe utilizar diversas formas de sociedad, es característica común que los propietarios (o accionistas) de la empresa concesionaria querrán que se limite su responsabilidad al valor de su participación en el capital social. Si se quiere que la sociedad del proyecto ofrezca en bolsa sus acciones, la responsabilidad de sus socios habrá de ser limitada, ya que los posibles inversionistas comprarán, en general, las acciones de la sociedad por razón de su valor a título de inversión y no intervendrán de cerca en su gestión. Por tanto, es importante que el derecho interno limite adecuadamente la responsabilidad de los accionistas. Además, una normativa adecuada de la emisión por las sociedades mercantiles de bonos, obligaciones u otros títulos bursátiles, permitirá al concesionario obtener fondos de los inversionistas en el mercado de valores, lo que facilitará la financiación de ciertos proyectos de infraestructura.

32. El derecho interno debe definir las responsabilidades de los miembros del consejo de administración y del personal directivo de la sociedad del proyecto, sentando las bases de su responsabilidad penal eventual. Debe asimismo prever la protección de todo tercero afectado por algún incumplimiento de la sociedad. El derecho moderno de sociedades impone a menudo normas de conducta para el personal gestor con miras a evitar conflictos de intereses. En esas normas se exige que todo directivo actúe de buena fe al servicio de los intereses de la sociedad, y que no utilice su cargo en provecho de sus propios intereses financieros o los de un tercero y en detrimento de la sociedad. Toda norma destinada a evitar conflictos eventuales de intereses en la gestión de la sociedad puede tener particular importancia para los proyectos de infraestructura, en los que el concesionario desea a veces 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 (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 100 y 101).

33. Es importante que la ley regule de manera adecuada el propio proceso decisorio, tanto en las reuniones de accionistas como en las de los órganos rectores de la sociedad (por ejemplo, en su junta directiva o consejo de administración). 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 una serie de otras cuestiones relativas a la gestión de la empresa concesionaria mediante acuerdos entre ellos mismos o contratos de gestión con los titulares de los cargos directivos de la empresa.

9. *Derecho tributario*

34. Además de los incentivos fiscales habitualmente ofrecidos en el país anfitrión o que tal vez se concedan expresamente a ciertos proyectos de infraestructura con financiación privada (ver cap. II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs.51 a 54), el régimen tributario general del país anfitrión juega un papel importante en las decisiones de una empresa privada 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 examinarán cuestiones como la transparencia general del sistema tributario nacional, el grado de discrecionalidad que ejercitan las autoridades tributarias, la claridad de las directrices e instrucciones dadas a los contribuyentes, y la objetividad de los criterios utilizados para calcular la base imponible de la empresa. Este asunto puede ser complejo, particularmente en países en los que se haya descentralizado la autoridad de imponer o de elevar los impuestos, o de ejecutar la las deudas fiscales.

35. Los proyectos de infraestructura con financiación privada suelen depender en gran medida del capital tomado en préstamo y requieren un nivel de liquidez predecible. Por ello, es crucial poder evaluar con facilidad el importe de la carga tributaria total durante todo el período de ejecución del proyecto. Toda elevación imprevista de los impuestos que reduzca esta liquidez puede tener graves consecuencias para el proyecto. En algunos países, la autoridad pública está autorizada a celebrar acuerdos con los inversionistas con el fin de garantizar que la liquidez del proyecto no se verá afectada por incrementos fiscales imprevistos. Estos arreglos se denominan a veces “acuerdos de estabilización fiscal”. No obstante, la autoridad tal vez no pueda, por razones constitucionales o políticas, otorgar este tipo de garantía, en cuyo caso las partes podrán acordar mecanismos de indemnización o de revisión del contrato para hacer frente a todo aumento del costo imputable a cambios fiscales (ver también cap.IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 122 a 125).

36. La mayoría de los regímenes tributarios nacionales responden a uno de tres criterios generales. Conforme al criterio de la tributación universal con créditos compensatorio, 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 acreditación de los impuestos extranjeros, que reducirá los impuestos del país de origen por el equivalente de los impuestos extranjeros ya pagados. Si el país de origen de un inversionista utiliza este criterio, la carga tributaria del inversionista no podrá ser inferior a la que lo gravaría en su país. Conforme a otro criterio, los ingresos en el país anfitrión, que hayan ya tributado en ese país, quedarán exentos de los tributos del país de origen del inversionista. Pero con arreglo a un criterio puramente territorial, los ingresos obtenidos en el extranjero estarán totalmente exentos de la tributación del país del inversionista. Los inversionistas cuyo país de origen utilice los dos últimos criterios de tributación se beneficiarán de las

vacaciones fiscales ofrecidas por el país anfitrión, así como de toda tasa impositiva inferior aplicable en ese país, pero esa exoneración o ventaja fiscal no supondría ningún incentivo para un inversionista con sede en un paraíso fiscal.

37. Las partes que intervienen en un proyecto suelen albergar diversas inquietudes acerca de la deuda tributaria eventual. Preocupa normalmente a los inversionistas la tasa imponible a los beneficios obtenidos en el país anfitrión, la que grava los pagos a los contratistas, proveedores, inversionistas y prestamistas, y el trato fiscal de las ganancias (o pérdidas) de capital al liquidarse la empresa concesionaria. Los inversionistas pueden encontrarse con que ciertos pagos deducibles de la base imponible 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 lo son en el país anfitrión, o viceversa. Dado que sólo se permite la acreditación de los impuestos extranjeros que gravan los ingresos, los inversionistas han de asegurarse de que los impuestos sobre la renta pagados en el país anfitrión satisfacen la definición de impuesto sobre la renta de la autoridad tributaria de su propio país. 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 activos pasan a ser propiedad pública, esto puede impedir que se apliquen las deducciones por depreciación con arreglo a las leyes fiscales del país de origen.

38. Un problema propio de los proyectos de infraestructura con financiación privada y participación extranjera 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, derechos de patentes 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 pueden también plantear problemas. Varios países han celebrado acuerdos bilaterales para eliminar o, por lo menos, reducir los efectos negativos de la doble imposición, los cuales, en caso de haberse celebrado entre el país anfitrión y los países de origen de los promotores del proyecto, desempeñan a menudo un papel en sus consideraciones fiscales.

39. En último término, 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 central, el concesionario 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 vencidos y pagaderos antes de que el concesionario haya tenido ningún ingreso. Figuran entre ellos el impuesto sobre las ventas, llamado a veces “impuesto sobre el tráfico comercial”, el impuesto al valor añadido, el impuesto sobre la propiedad, el impuesto del timbre o de sellos y los derechos de importación. A veces se hacen ofertas especiales de exoneración total o parcial de estos pagos.

10. Reglas y prácticas contables

40. En varios países se exige a las empresas que apliquen prácticas contables uniformes de aceptación internacional y que contraten los servicios de contables o auditores profesionales. Una de las razones para hacerlo radica en que la adopción de prácticas contables uniformes es una medida con la que se fomenta la uniformidad en la valoración de las empresas. En relación con la selección del concesionario, la utilización de prácticas contables normalizadas puede asimismo facilitar la tarea de evaluar la solvencia financiera de los ofertantes con objeto de determinar si satisfacen los criterios de preselección establecidos por la autoridad contratante (ver cap.III, “Selección del concesionario”, párrs. 38 a 40). El empleo de prácticas contables uniformes es además indispensable para auditar los beneficios de las sociedades, lo que puede ser necesario a fin de que el organismo regulador pueda supervisar la aplicación de la fórmula para fijar la tarifa y el cumplimiento por parte del concesionario (ver cap.IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 39 a 46).

41. En algunos países se han introducido reglas especiales de contabilidad para las empresas de infraestructuras a fin de tener en cuenta las características específicas de los ingresos de los proyectos de infraestructura. Los proyectos de construcción de obras de infraestructura, 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 crecientes ingresos 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 quedaría reflejada en las cuentas de la sociedad del proyecto como una fase de resultados continuamente negativos seguida por otra más larga de beneficios netos. Esta anomalía contable no sólo tendría consecuencias negativas, por ejemplo, para la solvencia crediticia aparente de la empresa durante la fase de construcción, sino que además podría dar lugar a que le sea 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 infraestructura con financiación privada no pueden ser positivos a corto plazo (sólo a mediano plazo). Estas reglas especiales suelen permitir que las empresas de infraestructura difieran la inscripción de una parte de los costos financieros incurridos durante la fase deficitaria a ejercicios ulteriores, de conformidad con los calendarios financieros previstos en el acuerdo de proyecto. No obstante, estas reglas especiales de contabilidad en nada alteran otras reglas de derecho que tal vez prohíban la distribución de dividendos durante los ejercicios financieros clausurados con resultados negativos.

11. Protección del medio ambiente

42. La protección del medio ambiente abarca una gran variedad de cuestiones, que van desde la eliminación de residuos y sustancias peligrosas hasta la reubicación de personas desplazadas por grandes proyectos que utilizan mucho espacio. Se reconoce ampliamente que la protección del medio ambiente es un requisito previo crítico del desarrollo sostenible. Es muy posible que la legislación sobre protección del medio ambiente ejerza en diversos planos un efecto directo sobre la ejecución de proyectos de infraestructura y las cuestiones ecológicas suelen ser una causa frecuente de controversias. Las leyes de protección del medio ambiente pueden contener diversos requisitos, como el consentimiento de diversas autoridades competentes en la materia, pruebas de que no quedan responsabilidades pendientes por daños al medio ambiente, seguridades de que se observarán las normas ecológicas, compromisos de remediar los daños causados y requisitos de notificación. Estas leyes suelen requerir una autorización previa para diversas actividades comerciales, con requisitos particularmente estrictos para ciertos tipos de infraestructura (por ejemplo, el tratamiento de aguas residuales, la recolección de residuos, el sector termoeléctrico dependiente del carbón, las líneas de transmisión de electricidad, las carreteras y los ferrocarriles).

43. Es, por tanto, aconsejable prever medidas legislativas que den transparencia a las obligaciones derivadas de las leyes sobre cuestiones ecológicas. Es importante velar por el mayor grado posible de claridad en las normas que regulen las comprobaciones que podrán llevar a cabo las autoridades competentes, los requisitos de documentación y de otro tipo que deban cumplir los solicitantes de una licencia, las condiciones impuestas para la expedición de una licencia y las circunstancias que justifican su denegación o retirada. De particular importancia es que se garantice por ley el acceso de los solicitantes a vías de recurso expeditivas, tanto administrativas como, llegado el caso, judiciales. Asimismo puede ser aconsejable cerciorarse, en la medida de lo posible, antes de la adjudicación definitiva del proyecto, de que la empresa podrá cumplir las condiciones impuestas para la obtención de las licencias pertinentes. En algunos países, algunas autoridades públicas o determinados grupos defensores del medio ambiente pueden tener derecho a acudir ante los tribunales para tratar de evitar que se causen daños al medio ambiente, entre los que puede incluirse el derecho a solicitar la retirada de una licencia, por considerar que no se cumplen las normas aplicables. En algunos países se ha juzgado oportuno que representantes de la población eventualmente afectada participen en los procedimientos conducentes a la expedición de licencias en cuestiones que afectan al medio ambiente. La ley tal vez prevea la escala de sanciones imponibles y determine quiénes habrán de responder por los daños ocasionados.

44. Con la adhesión a tratados de protección del medio ambiente se puede contribuir a reforzar el régimen internacional de la protección del medio ambiente. Durante los últimos decenios se han elaborado numerosos instrumentos internacionales encaminados a establecer normas internacionales comunes. Entre esos instrumentos cabe destacar: el Programa 21⁷ y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁸, 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 desechos peligrosos y su eliminación, de 1989; la Convención sobre la evaluación del impacto ecológico de la contaminación ambiental en un contexto transfronterizo, de 1991⁹; y el Convenio sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, de 1992¹⁰.

12. Legislación protectora del consumidor

45. Varios países tienen normas jurídicas 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 consumidor contienen a menudo disposiciones como plazos favorables para presentar reclamaciones y obtener la ejecución judicial de ciertos derechos contractuales, reglas especiales para la interpretación de todo contrato cuyas condiciones no hayan sido negociadas con el consumidor (llamados 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 (ver también cap. VI, “Solución de controversias”, párrs. 43 a 45); y otras medidas protectoras.

46. Desde el punto de vista del concesionario, es importante examinar si las leyes del país anfitrión sobre protección de los consumidores pueden limitar u obstaculizar la capacidad del concesionario 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.

⁷ 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, N° de venta S.93.I.8 y correcciones), vol. I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia, resolución 1, anexo II*.

⁸ *Ibíd.*, anexo I.

⁹ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1989, N° I-34028 (no publicado aún).

¹⁰ *Ibíd.*, vol. 1936, N° I-33207 (no publicado aún).

13. Régimen de la insolvencia

47. La insolvencia de la empresa gestora de una infraestructura o de un servicio público 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 (ver cap.V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, párrs. 24 y 25). La continuidad en la prestación del servicio puede lograrse mediante un marco legal que permita el rescate de empresas en dificultades financieras mediante procedimientos de reorganización o análogos. En el caso de que resulte inevitable la apertura de un procedimiento de quiebra, a los prestamistas garantizados les preocupará especialmente el régimen aplicable a los créditos garantizados, y en particular si los acreedores así protegidos podrán ejecutar la garantía pese a la apertura de un procedimiento de insolvencia, si los acreedores garantizados tendrán prioridad para resarcirse con el producto del pago de la garantía y cómo se determinará el orden de prelación de los créditos de los acreedores garantizados. Como antes se observó, una parte sustancial de la deuda del concesionario adopta la forma de préstamos “principales”, en que los prestamistas requieren precedencia en el pago respecto de la deuda subordinada del concesionario (ver “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párr. 58). La medida en que los prestamistas podrán obtener la ejecución judicial de estos arreglos de subordinación dependerá del régimen de prelación aplicable a los acreedores conforme a la ley del foro ante el que se haya abierto el procedimiento de insolvencia. 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.

48. Entre las cuestiones de que tiene que ocuparse la legislación figuran las siguientes: el orden de prelación entre los acreedores, la relación entre el administrador de la insolvencia y los acreedores, los mecanismos jurídicos para la reorganización del deudor insolvente, normas especiales concebidas para garantizar la continuidad del servicio público en caso de insolvencia del concesionario, y disposiciones sobre la anulación de las operaciones efectuadas por el deudor poco antes de la apertura del procedimiento de insolvencia.

49. En 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 tanto, tal vez sea 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. En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza se ofrece un modelo idóneo para los países que deseen actualizar su legislación a este fin.

14. *Medidas contra la corrupción*

50. Las condiciones para las inversiones y los negocios en el país anfitrión pueden también mejorarse con medidas para luchar contra la corrupción en la administración de los contratos públicos. Es particularmente importante que el país anfitrión adopte medidas pertinentes y eficaces para combatir el soborno y las prácticas ilícitas conexas, en particular velando por la aplicación eficiente de la normativa en vigor contra el soborno.

51. La promulgación de leyes que incorporen acuerdos y normas internacionales sobre la integridad de la gestión de los negocios públicos podría ser un paso significativo en esa dirección. Contienen normas importantes dos resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas: la resolución 51/59 de 12 de diciembre de 1996, por la que la Asamblea aprobó el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, y la resolución 51/191 de 16 de diciembre de 1996, por la que aprobó la Declaración de las Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales. Otros importantes instrumentos son el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los titulares de cargos públicos extranjeros en las operaciones comerciales internacionales de 1997, negociado bajo los auspicios de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.

52. 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. Si no existen reglas de este tipo, convendría preparar y promulgar 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.

C. Acuerdos internacionales

53. Además de depender del derecho interno del país anfitrión, los proyectos de infraestructura con financiación privada pueden verse afectados por acuerdos internacionales concertados por el país anfitrión. A continuación se examinan brevemente las consecuencias de ciertos acuerdos internacionales, no debiéndose olvidar otros acuerdos internacionales mencionados en toda la *Guía*.

1. *Participación en instituciones financieras multilaterales*

54. La participación en instituciones financieras multilaterales como el Banco Mundial, la Asociación Internacional de Fomento (AIF), la Corporación Financiera Internacional (CFI), el Organismo Multilateral de

Garantía de Inversiones (OMGI) y los bancos regionales de desarrollo puede repercutir directamente de diversa manera en los proyectos de infraestructura con financiación privada. 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 pueden tener una incidencia directa sobre las condiciones del acuerdo de proyecto y de los acuerdos de préstamo negociados por el concesionario (por ejemplo, la cláusula de no pignorabilidad de los bienes públicos y la constitución de contragarantías a favor de la institución financiera internacional). Finalmente, las instituciones financieras multilaterales persiguen cierto número de objetivos de política cuya realización tratan de garantizar en relación con los proyectos que respaldan (como la observancia de normas ecológicas de aceptación internacional; sostenibilidad a largo plazo del proyecto más allá del plazo de la concesión inicial; y la transparencia y la integridad en la selección del concesionario y en el desembolso de sus préstamos).

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

55. 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 (GATT) y posteriormente de la Organización Mundial del Comercio (OMC). En estos acuerdos pueden figurar disposiciones generales sobre la promoción y el favorecimiento del comercio de mercaderías (como la cláusula de la nación más favorecida, la prohibición de contingentes y otros obstáculos comerciales discriminatorios) y sobre la promoción de prácticas comerciales equitativas (como la prohibición del *dumping* y la restricción de las subvenciones). El objetivo de algunos acuerdos es específicamente la eliminación de los obstáculos que impiden a los extranjeros prestar servicios en los Estados contratantes o la promoción de la transparencia y la eliminación de la discriminación de los proveedores en la contratación pública. Estos acuerdos pueden tener importancia en la legislación nacional sobre proyectos de infraestructura con financiación privada que prevea limitaciones de la participación de sociedades extranjeras en proyectos de infraestructura, o que establezca preferencias para entidades nacionales o para la contratación pública de suministros en el mercado local.

3. *Acuerdos internacionales sobre sectores industriales concretos*

56. 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 Organización Mundial del Comercio (OMC) que representan la mayoría del mercado mundial de los

servicios de telecomunicación han asumido compromisos concretos para facilitar el comercio de servicios de telecomunicación. Cabe señalar que todos los Estados Miembros de la OMC (incluso los que aún no han asumido compromisos especiales en materia de comunicaciones) están obligados por el reglamento general sobre servicios del AGCS, así como por determinados requisitos relativos a la cláusula de nación más favorecida y en materia de transparencia, reglamentación, monopolios y prácticas comerciales. El acuerdo de telecomunicaciones de la OMC agrega compromisos específicos por sectores y por países al acuerdo general 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 la mejora de los servicios. Por tanto, los legisladores de los actuales o posibles Estados miembros de la OMC deberán 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.

57. Otro acuerdo sectorial importante de ámbito internacional es la Carta Europea de la Energía, firmada en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 y en vigor desde el 16 de abril de 1998, que se promulgó para promover la cooperación a largo plazo en el campo de la energía. En la Carta se prevén diversas medidas comerciales, como el desarrollo de mercados abiertos y competitivos para recursos y productos energéticos y el favorecimiento del tránsito, la transferencia de tecnología energética y facilidades de acceso a esa tecnología. Asimismo, la Carta intenta evitar las distorsiones en los mercados y las medidas que obstaculizan la actividad económica en el sector de la energía y promueve la apertura de los mercados de capital y la circulación de capitales a fin de financiar el comercio de recursos y productos. La Carta contiene asimismo reglamentos para la protección y el fomento de las inversiones donde se prevén condiciones equitativas para los inversionistas, las transferencias monetarias relacionadas con las inversiones, la compensación por pérdidas debidas a guerras, conflictos civiles y otros hechos similares, así como indemnizaciones en caso de expropiación.

Índice

En el presente índice se utiliza la numeración romana para los capítulos y la arábica para los párrafos. Por ejemplo, “III, 67” designa al Capítulo III “Selección del concesionario”, párrafo 67. El símbolo “__” sustituye al texto del epígrafe principal para evitar repetir su texto en cada uno de los subepígrafes.

Acuerdo de proyecto

- concertación del __ IV 9-11
- contenido del ____ y marco legal IV 2-4
- definición *Introducción* 14
- duración del V 2-5
- ley aplicable al __ IV 5-8
- prórroga del __ V 6-8
- rescisión del __ (ver *Rescisión*)

Administración pública

- definición *Introducción* 16

Adquisición forzosa

- __ de terrenos necesarios para el emplazamiento del proyecto IV 27-29
- legislación del país anfitrión en materia de __ VII 22-23

Agua y saneamiento

- desagregación del sector del __ *Introducción* 38-39

Asistencia técnica

- __ al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto V 56-58

Autoridad contratante

- aprobación y modificación de los planes del proyecto por la __ IV 72-76
- definición *Introducción* 17
- en calidad de parte en el proyecto *Introducción* 69-70
- obligaciones financieras de la __ IV 47-51
- vigilancia de las obras de construcción por la __ IV 77-78

Autoridades públicas

- definición *Introducción* 16

Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD)

- Ley modelo sobre operaciones garantizadas VII 16

Banco Mundial (ver también Instituciones financieras internacionales)

- Introducción* 64, 75, 77; I 32; II 61-63; III 1, 18, 80; VI 31; VII 54

*Bancos regionales de desarrollo (ver Instituciones financieras internacionales)**Beneficios fiscales y aduaneros*

- __ como modalidades de respaldo público II 37-39

*Bienes (ver Emplazamiento y bienes del proyecto)**Bienes de infraestructura*

- propiedad pública y explotación privada de los __ *Introducción* 50-51
- propiedad y explotación privadas de los __ *Introducción* 52-53
- propiedad y explotación públicas de los __ *Introducción* 48-49

Capital social (ver también Respaldo público)

- __ requerido para constituir la sociedad del proyecto IV 15-16
- función general de __ al financiar proyectos de infraestructura
Introducción 57

Carta Europea de la Energía VII 57

Centralización de trámites “en ventanilla única” (ver Coordinación administrativa)

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones

función del__ VI 31

CNUDMI (UNCITRAL)

Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional VI 36

Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios
III 2, 25, 37 (nota 4), 38 (nota 5), 44, 51, 60 (nota 6), 62 (nota 7),
81, 104, 121, 124, 127

Ley Modelo sobre la insolvencia transfronteriza VII 49

Proyecto de convención sobre la cesión de créditos en el comercio
internacional VII 16 (nota 1)

Reglamento de Arbitraje de la __ VI 32

Reglamento de Conciliación de la __ VI 16

Competencia comercial

margen para la __ en diferentes sectores *Introducción* 28-29

política en materia de__ y monopolios *Introducción* 24-27

protección contra la __ (como modalidad de respaldo público) II 55-57

Competencia jurídica

__ para otorgar concesiones I 15-22

__ para regular servicios de infraestructura (ver Entidad reguladora)

Compromisos de compra (acuerdos de absorción), ver también Respaldo público (garantías estatales)

__ contraídos por la autoridad contratante u otra autoridad pública
IV 50-51

Concesión

- definición *Introducción* 13
- duración (ver Acuerdo de proyecto)
- finalidad y alcance I 19-22
- organismos autorizados para otorgar una ___ I 16-17
- pignorabilidad de la ___ IV 56-57
- readjudicación de la ___ por vía de licitación V 7
- retirada de la ___ (ver *Rescisión*)
- sectores explotables por medio de una ___ I 18
- traspaso IV 62-63

Concesión (otorgada) sin recurrir a una vía competitiva

- circunstancias en que se podrá autorizar la (adjudicación) de una ___ III 89
- consideraciones de política general III 85-88
- medidas para aumentar la transparencia de la (adjudicación) de una ___ III 90-96

Concesionario (ver también Sociedad del proyecto)

- definición *Introducción* 15
- organización de la empresa concesionaria ___ IV 12-18

Construcción

- examen y aprobación de los planes de obras de ___ IV 72
- modificaciones requeridas por la autoridad contratante IV 73-76
- período de garantía de las obras de ___ IV 79
- vigilancia de la ___ IV 77-78

Construcción-arrendamiento-explotación-traspaso (CAET)

- definición *Introducción* 19 c)

Construcción-arrendamiento financiero-explotación-traspaso (CAFET)

- definición *Introducción* 19 c)

*Construcción-explotación-traspaso (CET)*definición *Introducción* 19 a)

traspaso de bienes vinculados al proyecto de __ V 37

*Construcción-propiedad-explotación (CPE)*definición *Introducción* 19 e)*Construcción-propiedad-explotación-traspaso (CPET)*definición *Introducción* 19 d)*Construcción-traspaso-explotación (CTE)*definición *Introducción* 19 b)*Coordinación administrativa*

__ de las medidas preparatorias I 25-26

expedición de licencias y permisos I 27-29

observaciones generales I 23-29

*Corrupción*Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos
(resolución 51/59 de la Asamblea General) VII 51Convenio de la OCDE sobre la lucha contra el soborno de titulares de
cargos públicos extranjeros en las operaciones comerciales
internacionales VII 51

__ como causa de rescisión V 23

__ y proceso de selección III 12

medidas del país anfitrión para luchar contra la __ VII 50-52

Declaración de las Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en
las transacciones comerciales internacionales (resolución general
51/191) VII 51*Coyuntura económica*

cambios subsiguientes en la __ IV 126-130

Derecho administrativo

___ del país anfitrión VII 24-27

*Derecho constitucional (ver Marco constitucional, legal e institucional)**Derecho contractual*

___ del país anfitrión VII 28-29

Derecho fiscal

___ del país anfitrión VII 34-39

*Derecho de intervención (ver Incumplimiento y remedios disponibles)**Derecho de sociedades*

___ del país anfitrión VII 30-33

Diseño-construcción-financiación-explotación (DCFE)

definición *Introducción* 20

Electricidad

desagregación en el sector de la ___ *Introducción* 36-37

Emplazamiento y bienes del proyecto

adquisición de terrenos IV 27-29

amortización y valor residual del ___ V 3, 40, 43 b)

constitución de prenda o hipoteca sobre el (los) ___ IV 54-55

propiedad del ___ IV 20-26

traspaso del ___ (ver *Rescisión*)

Entidad reguladora

- atribuciones I 39-42
- competencia sectorial y mandato de una __ I 33-35
- composición, personal y presupuesto de una __ I 43-45
- definición *Introducción* 18
- independencia y autonomía de una __ I 37-38
- medios institucionales I 36-38
- proceso y procedimientos I 46-48
- recurso contra las decisiones de una __ I 49-50
- solución de controversias entre proveedores de servicios públicos 51-53

Exclusividad (ver también Competencia comercial)

- __ y alcance de las concesiones I 20-22

Expertos y asesores

- función en el procedimiento de selección III 29
- función general en un proyecto *Introducción* 76-77

Explotación de la infraestructura

- ampliación de los servicios IV 84-85
- continuidad de los servicios IV 86-87
- facultades coercitivas del concesionario IV 96-97
- igualdad del trato otorgado a los clientes o usuarios IV 88-89
- interconexión y acceso a redes de infraestructura IV 90-93
- normas de ejecución IV 82-83
- obligación de informar IV 94-95

Facilitación y fomento del comercio

- acuerdos internacionales generales VII 55

Financiación en función del proyecto

- deuda subordinada *Introducción* 59
- financiación por el mercado de capitales *Introducción* 61-62
- financiación pública y privada combinada *Introducción* 67
- noción de la __ *Introducción* 54-55
- préstamos comerciales *Introducción* 58
- __ y determinación de riesgos (en general) II 3-5

Fomento y protección de las inversiones (ver también Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones)

- legislación del país anfitrión en materia de __ VII 4-6

*Fuentes auxiliares de ingresos (ver Respaldo público)**Fuerza mayor (ver Impedimentos exonerantes)**Garantía de buena ejecución*

- duración de la __ IV 118
- tipos, funciones e índole IV 109-110
- ventajas y desventajas de los diversos tipos de __ IV 111-117

*Garantías estatales (ver Respaldo público)**Garantías reales*

- consideraciones generales IV 52-53
- __ sobre acciones de la sociedad del proyecto IV 61
- __ sobre bienes físicos IV 54-55
- __ sobre bienes incorporales IV 56-57
- __ sobre créditos comerciales del proyecto IV 58-60
- legislación del país anfitrión en materia de __ VII 10-16
- Ley modelo del BERD sobre operaciones garantizadas VII 16

Garantías de préstamos (ver Respaldo público)

Guía legislativa

- finalidad *Introducción* 4, 7
- proyectos que abarca *Introducción* 4
- terminología utilizada en la __ *Introducción* 9-20

*Hipoteca (ver Garantías reales)**Impedimentos exonerantes*

- consecuencias de los __ IV 135-139
- definición IV 132-134

*Incumplimiento contractual (ver Incumplimiento y remedios disponibles)**Incumplimiento y remedios disponibles*

- consideraciones generales IV 141-142
- definición de “incumplimiento grave” V 15
- derecho de intervención de la autoridad contratante IV 143-146
- derecho de intervención de los prestamistas V 12,17
- plazo para rectificar las consecuencias del incumplimiento V 17

Indemnización

- __ debida en el supuesto de rescisión (ver *Rescisión*)
- __ por aumento de costos IV 45-46, 126-130
- __ por suspensión o interrupción IV 77
- __ por trabajo adicional IV 76
- __ y prórroga del acuerdo de proyecto V 8

Infraestructura

- desagregación de sectores de __ *Introducción* 32-34
- evolución histórica de los servicios de __ *Introducción* 1-3
- medidas de transición en los sectores de __ *Introducción* 44-46
- política de __ *Introducción* 23-29
- reestructuración de sectores de __ *Introducción* 30-46

*Infraestructura pública*definición *Introducción* 10*Insolvencia*

__ del concesionario V 24-25

régimen del país anfitrión en materia de __ VII 47-49

*Instituciones financieras internacionales*en calidad de partes interesadas *Introducción* 74

función en la financiación de proyectos de infraestructura

Introducción 64-65

garantías dadas por __ II 61-71

pertenencia del país anfitrión a __ VII 54

régimen de la contratación pública de __ III 18

Instituciones financieras islámicas

función en la financiación de proyectos de infraestructura

Introducción 63*Inversionistas institucionales*

función en la financiación de proyectos de infraestructura

Introducción 60*Lando arbitral* ver *Sentencias arbitrales**Legislación*, ver también *Marco constitucional, legal e institucional*

cambios subsiguientes en la __ IV 122-125

__ general y sectorial I 10-14

*Legislador*definición *Introducción* 16*Licitación* (ver *Concesión otorgada sin recurrir a una vía competitiva, Preselección de ofertantes, Proceso de selección, Propuestas no solicitadas*)

Marco constitucional, legal e institucional

- equidad del __ I 5
- estructura legislativa I 10-14
- transparencia del __ I 4
- __ y proyectos de infraestructura con financiación privada I 7-9
- __ y sostenibilidad a largo plazo de los proyectos I 6

Modernización-explotación-traspaso (MET)

- definición *Introducción* 19 (20)

Modernización-posesión-explotación (MPE)

- definición *Introducción* 19 (20)

Monopolio

- __ y política en materia de competencia comercial *Introducción* 24-27

ONUDI

- Pautas para proyectos de infraestructura mediante la fórmula Construcción-Explotación-Traspaso (CET) *Introducción* 9, III 1

Organismos de crédito a la exportación y de fomento de las inversiones

- función en la financiación de proyectos de infraestructura *Introducción* 66
- __ en calidad de partes interesadas *Introducción* 74
- seguros y garantías proporcionados por __ *Introducción* 72-74

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) VII 19*Organización Mundial del Comercio (OMC)*

- acuerdo de telecomunicaciones de la __ VII 56
- Acuerdo sobre los aspectos comerciales de los derechos de propiedad intelectual VII 21
- Acuerdo General sobre el comercio de servicios VII 56
- acuerdos negociados bajo el auspicio de la __ VII 55

Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

Convenio sobre la lucha contra el soborno de titulares de cargos públicos extranjeros en las operaciones comerciales internacionales VII 51

Pagos

___ por la autoridad contratante IV 48-49

Piezas de recambio

suministro después de expirar o rescindirse el acuerdo de proyecto V 59-61

Precios (ver Tarifa)

Prenda (ver Garantías reales)

Preselección de los ofertantes

convocatoria a la ___ III 35-37

criterios de preselección III 38-40

participación de consorcios ofertantes III 41-42

proceso de ___ III 47-50

___ y preferencias nacionales III 43-44

Prestamistas

derecho de intervención de las ___ (ver *Incumplimiento y remedios disponibles*)

en calidad de partes interesadas *Introducción* 72-73

Préstamos públicos (véase Respaldo público)

Promotores del proyecto

función general en calidad de partes en el proyecto *Introducción* 71

Proceso de selección (ver también *Concesión otorgada sin recurrir a una vía competitiva, Preselección de ofertantes, Propuestas no solicitadas*)

- aclaraciones y modificaciones de la solicitud de propuestas III 71-72
- aviso de la adjudicación de un proyecto III 119
- calificación de los ofertantes (véase también *Preselección de ofertantes*) III 63
- comité de adjudicación III 28-29
- confidencialidad de las negociaciones en el __ III 118
- condiciones contractuales III 67-70
- contribución a los gastos de participación en el __ III 45-46
- criterios de evaluación III 23-24, 73-77
- definición de los requisitos del proyecto III 21-22
- documentación III 32-33
- economía y eficiencia en __ III 6-9
- estudios de viabilidad III 30-31, 61
- expediente del __ III 120-126
- garantías de oferta III 62
- integridad del __ III 10-13
- negociaciones con los ofertantes III 25-26, 83-84
- ofertantes a invitar III 20
- pliego de condiciones e indicadores de ejecución III 64-66
- preparativos para el __ III 27-33
- presentación, apertura, comparación y evaluación de las propuestas III 78-82
- procedimientos abordados en la *Guía* III 3-4
- procedimientos en una etapa y en dos etapas III 52-58
- solicitud de propuestas III 59-70
- transparencia de las leyes y los procedimientos III 14-16
- vías de recurso __ III 127-131

Propiedad industrial e intelectual

- Acuerdo de La Haya relativo al depósito internacional de diseños y modelos industriales, de 1925 VII 20
- Acuerdo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas VII 19
 - Protocolo concerniente al __ VII 19
 - Reglamento Común del __ VII 19
- Acuerdo sobre los regímenes relacionados con los aspectos comerciales de las inversiones y de los derechos de la propiedad intelectual VII 21
- Convenio de París de 1883 para la Protección de la Propiedad Industrial VII 18
- Tratado de Cooperación en Materia de Patentes, de 1970 VII 18
- Tratado sobre el Derecho de las Marcas de Fábrica o de Comercio, de 1994 VII 19

Propuestas no solicitadas (ver también Concesión otorgada sin recurrir a una vía competitiva, Preselección de ofertantes, Proceso de selección, propuestas no solicitadas)

- consideraciones de política III 98-108
- tramitación III 107-117, 123

Protección del consumidor

- legislación del país anfitrión en materia de __ VII 45-46

Protección del medio ambiente

- Carta Mundial de la Naturaleza (resolución 37/7 de la Asamblea General, anexo) VII 44
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992 VII 44
- Convención de 1991 sobre la evaluación del impacto ecológico de la contaminación ambiental en un contexto transfronterizo VII 44
- Convenio de Basilea de 1989 sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación VII 44
- Convenio sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, de 1992 VII 44
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo VII 44

legislación del país anfitrión en materia de __ VII 42-44

Programa 21 VII 44

Proyectos de infraestructura

fuentes de financiación de __ *Introducción* 56-67

principales partes involucradas en __ *Introducción* 68-77

Recomendaciones legislativas

finalidad *Introducción* 5-6

Régimen de la propiedad

__ del país anfitrión VII 7-9

Reglas y prácticas de contabilidad

__ del país anfitrión VII 40-41

Renovación-explotación-traspaso (RET)

definición *Introducción* 20

Renovación-posesión-explotación (RPE)

definición *Introducción* 20

Reparaciones

necesarias tras la expiración o rescisión del acuerdo de proyecto V 62

Rescisión

consideraciones generales V 9-13

indemnización debida en el supuesto de rescisión V 27, 36, 38-40,
43-49

por cualquiera de las partes V 34-35

por razón de impedimento V 34

de común acuerdo V 35

por el concesionario V 28-33

cambios en la coyuntura V 33

- incumplimiento grave por parte de la autoridad contratante V 29-32
- por la autoridad contratante V 14-27
- incumplimiento grave por parte del concesionario V15-23
- insolvencia del concesionario V 24-25
- por motivos de interés público V 26-27
- traspaso de bienes vinculados al proyecto en el momento de la __
 - V 37-42
 - __ a la autoridad contratante V 38
 - __ a un nuevo concesionario V 39-40
 - estado de los bienes en el momento del traspaso V 41-42
- traspaso de la infraestructura y medidas de transición V 50-62

Respaldo público

- consideraciones de política II 32-34
- definición *Introducción* 16
- modalidades de __
 - fuentes de ingresos auxiliares II 58-60
 - garantías estatales II 45-50
 - participación en el capital social II 40-41
 - préstamos públicos y garantías públicas de préstamos II 37-39
 - subvenciones II 42-44
- presupuestación del __ II 34

Responsabilidad

- __ del concesionario frente a usuarios y terceros IV 105-107

Riesgos

- asignación contractual de los __ II 21
- garantía contra específicos II 45-50, 61-74
- reparto y atenuación de los __ II 21-29
- __cambiaris y otros riesgos financieros II 19-20
- __causados por hechos fuera del control de las partes II 12

- __comerciales II 17-18
- __de la construcción y explotación II 14-16
- __del proyecto y distribución de los mismos II 8-10
- __políticos II 13

Riesgos del proyecto (ver Riesgos)

Seguros

- función de los aseguradores como partes interesadas *Introducción* 75
- __ requeridos durante la explotación de la infraestructura IV 119-120

Sentencias arbitrales (ver también Arreglo de controversias)

- Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de __ VI 30, 37

Servicios públicos

- definición *Introducción* 10

Servidumbres

- __ requeridas por el proyecto IV 30-32

Sociedad del proyecto (ver también Concesionario)

- alcance de las actividades de la __ IV 17
- definición *Introducción* 15
- estatutos y reglamento de la __ IV 18
- función general en calidad de parte en el proyecto *Introducción* 71
- pignoración de acciones de la __ IV 61
- traspaso del control de la __ IV 64-68

Solicitud de propuestas (ver Concesión otorgada sin recurrir a una vía competitiva, Preselección de ofertantes, Proceso de selección. Propuestas no solicitadas)

Solución de controversias

- arbitraje VI 30-37
- arbitraje no vinculante VI 29
- autonomía para convenir en una vía para la ___ VI 7-9
- conciliación y mediación VI 14-16
- controversias en operaciones comerciales VI 2 (b), 42
- controversias entre el concesionario y la autoridad contratante VI 1 (a), 3-41
- controversias con clientes o usuarios de la infraestructura
- controversias entre proveedores de servicios públicos I 51-53
- dictamen emitido por personal ejecutivo de alto rango VI 19
- dictamen pericial no vinculante VI 17
- ejecutoriedad del laudo VI 36-37
- examen de controversias técnicas por expertos independientes VI 20-22
- importancia de la eficiencia de mecanismos de ___ VI 1
- inmunidad soberana y arbitraje VI 33-35
- juicio informal por jurado VI 18
- juntas de examen de controversias VI 23-28
- negociación facilitada VI 13
- notificación anticipada VI 11
- objetivos VI 5-6
- vía asociativa VI 12
- vía judicial VI 38-41

Subcontratación

- ley aplicable a la ___ IV 102-104
- selección de los subcontratistas IV 100-101

Subvenciones

- ___ como forma de respaldo público II 42-44

Tarifa

- ajustes de la ___ como resultado de cambios coyunturales
IV 121, 124-125
- consideraciones sobre políticas de control de la tarifa IV 45-46
- determinación y control de la ___ IV 36
- facultad del concesionario para cobrar la ___ IV 37-38
- métodos de control de la___ IV 39-44

*Tasas (ver Tarifa)**Telecomunicaciones*

- desagregación en el sector de las ___ *Introducción* 35

Transporte

- desagregación en el sector del ___ *Introducción* 40-43

Traspaso de la tecnología

- ___ al expirar o rescindirse el acuerdo de proyecto V 51-55

UNIDROIT

- Convenio de ___ relativo al arriendo financiero internacional de bienes de equipo (Ottawa, 1988) VII 29
- Proyecto de convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil VII 16 (nota 1 a pie de página)

Naciones Unidas

- Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena, 1980) VII 29