

**Asamblea General**

Distr. general
18 de septiembre de 2018
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional****52º período de sesiones**

Viena, 8 a 26 de julio de 2019

**Alianzas público-privadas (APP): Propuestas de
actualización de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre
proyectos de infraestructura con financiación privada*
(revisión del capítulo IV)****Nota de la Secretaría****Índice**

	<i>Página</i>
IV. Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada . . .	2
A. Disposiciones generales sobre el contrato de participación público-privada	2
B. Estructura societaria del socio privado	5
C. Emplazamiento del proyecto, bienes y servidumbres	7
D. Arreglos financieros	11
E. Garantías reales	19
F. Cesión de derechos por el socio privado	22
G. Traspaso del control de la sociedad del proyecto	23
H. Obras de construcción	24
I. Explotación de la infraestructura	28
J. Arreglos contractuales generales	33



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

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

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

1. Criterios legislativos

2. El derecho interno contiene a menudo disposiciones que se refieren al contenido del contrato de participación público-privada. En algunos países, la ley se limita a mencionar la necesidad de que exista un acuerdo entre el socio privado y la autoridad contratante, mientras que en otros regula en detalle, en disposiciones que son de aplicación obligatoria, el contenido de las cláusulas que se han de incluir en el acuerdo. Adoptan un criterio legislativo intermedio las leyes que enumeran una serie de cuestiones que deberán abordarse en el contrato de participación público-privada sin regular en detalle el contenido de sus cláusulas.

3. Las disposiciones legislativas que versen sobre ciertos elementos esenciales del contrato de participación público-privada quizás ofrezcan la ventaja de establecer un marco general para la asignación de derechos y obligaciones a las partes, a fin de hacer efectiva la distribución de los riesgos en que se basa la concepción del proyecto (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párr. ...). Pueden además obedecer a la intención de tratar con coherencia ciertas cuestiones contractuales y de impartir orientación a las autoridades públicas que intervengan en la negociación de contratos de participación público-privada en los diversos niveles de la administración pública (nacional, provincial o local). Esa orientación resultará particularmente útil para las autoridades contratantes que carezcan de experiencia en la negociación de este tipo de contratos. Por último, a veces se ha de habilitar por ley a la autoridad contratante para dar su asentimiento a ciertas condiciones del contrato.

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

partes requieran autorización legal previa o que puedan afectar a los intereses de terceros, o a asuntos esenciales de política que no puedan modificarse por vía de acuerdo.

2. Derecho aplicable al contrato de participación público-privada

5. En la legislación nacional sobre APP no es frecuente hallar disposiciones legales referentes al derecho aplicable a los contratos de participación público-privada. Ello es así porque la legislación de muchos países trata a las APP como una categoría de contrato público que, por lo tanto, se rige por la ley del país de la autoridad contratante (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párr. ...). La legislación sobre APP que trata de esa cuestión normalmente lleva a la aplicación de las leyes del país anfitrión al hacer una remisión general al derecho interno o mencionar textos legales o reglamentarios especiales aplicables al contrato de participación público-privada. En algunos ordenamientos jurídicos puede haber una remisión tácita a las leyes del país anfitrión, incluso cuando no haya una disposición legal expresa en ese sentido. Sin embargo, en el caso de las APP transfronterizas, por ejemplo, cuando la infraestructura se encuentra o los servicios se prestan en más de una jurisdicción, es posible que sea necesario determinar cuál será la ley o leyes que regirán el contrato.

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

7. Los países anfitriones en que no exista legislación sobre las APP y que deseen adoptarla tal vez tengan que abordar en más de un instrumento legislativo las distintas cuestiones que se planteen en el contexto de esos proyectos. Otros países quizás deseen introducir legislación que regule únicamente ciertas cuestiones que no se hayan abordado ya satisfactoriamente en las leyes y reglamentaciones vigentes. Por ejemplo, las leyes específicas sobre las APP podrían prever ciertos rasgos concretos de los procedimientos de selección del socio privado y remitirse, en su caso, en lo que respecta a la administración del procedimiento, a la legislación vigente en materia de adjudicación de contratos públicos. Asimismo, los países anfitriones, al adoptar legislación sobre las APP, quizás necesiten derogar las leyes y reglamentaciones que, en opinión del legislador, obstaculicen su implementación y velar por que sean coherentes con esa legislación general sobre las APP (véase el cap. I, “Marco jurídico e institucional general”, párr. 26).

8. En aras de la claridad, puede ser útil proporcionar información a los posibles inversionistas sobre los textos legales y reglamentarios que sean directamente aplicables a la ejecución de las APP y, en su caso, sobre los textos que hayan sido derogados por el órgano legislativo. Sin embargo, dado que no sería posible enumerar exhaustivamente en una ley todas las leyes o reglamentaciones de importancia directa o subsidiaria para las APP, sería conveniente presentar esa lista en un documento que no tuviera carácter legislativo, por ejemplo, en un folleto de promoción preparado por la dependencia encargada de las APP, de existir (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párr. 47), o por el organismo encargado de promover las

inversiones. La normativa pertinente podría proporcionarse también a los licitantes en el momento de la emisión de la solicitud de propuestas (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párr. ...).

3. Concertación del contrato de participación público-privada

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

10. Las partes pueden reducir el riesgo de demora estableciendo, en la etapa de planificación, un calendario de medidas y elementos de referencia importantes, como procedimientos obligatorios de aprobación por la autoridad pública (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...). En cuanto a la etapa final en sí, se han mencionado varios factores que demoran la concertación del contrato, por ejemplo, la falta de experiencia de las partes, la coordinación deficiente entre las distintas autoridades públicas, la incertidumbre sobre el grado de respaldo público y las dificultades para concertar arreglos de garantía que sean aceptables para los prestamistas. La administración pública puede contribuir significativamente dando orientación adecuada a los representantes que actúen en nombre de las autoridades contratantes del país. Al respecto, el papel de la dependencia encargada de las APP o de una oficina de coordinación análoga es sumamente importante para que el proceso de concertación del contrato siga su curso y para facilitar que se avance rápidamente (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párr. 47). Cuanto mejor sepan las partes qué disposiciones deberán incluirse en el contrato de participación público-privada, mayor será la probabilidad de que se concierte de manera satisfactoria. Inversamente, si después de la adjudicación del contrato quedan por resolver cuestiones importantes y se da escasa orientación a las partes sobre el contenido del contrato de participación público-privada, existe un riesgo considerable de que las conversaciones resulten costosas y prolongadas y de que haya quejas justificadas de que el proceso de selección no ha sido suficientemente transparente y competitivo.

11. Varias organizaciones internacionales, como el Banco Mundial¹ o la Federación Internacional de Ingenieros Consultores², han proporcionado asesoramiento sobre la elaboración de contratos de participación público-privada o han compilado cláusulas estándar que pueden utilizarse como punto de partida para la redacción del contrato o

¹ “Guidance on PPP contractual provisions”, edición de 2017, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Banco Mundial.

² Se puede obtener información en el sitio web del FIDIC: <http://fidic.org/>.

de algunos de sus elementos. Esos modelos gozan de mucha aceptación y se utilizan en todo el mundo, y las instituciones los actualizan periódicamente. Además, se proporciona orientación sobre su sentido e interpretación, lo que asegura uniformidad y, por lo tanto, reduce riesgos.

12. Convendría asimismo revisar los procedimientos para la concertación y la entrada en vigor del contrato de participación público-privada con miras a agilizar los trámites y evitar las consecuencias negativas de las demoras en el calendario del proyecto. En algunos países, se ha delegado por ley la facultad de obligar a la autoridad contratante o a la administración pública, según el caso, en ciertos funcionarios públicos designados al efecto, a fin de que la entrada en vigor del contrato de participación público-privada se produzca al firmarse el acuerdo o al cumplirse ciertos actos, como la publicación en el boletín oficial. En los países en que ese procedimiento no resulte viable o en que se requiera además la aprobación final de otra entidad, sería deseable plantearse la posibilidad de simplificar los procedimientos de aprobación. Cuando se considere que esos procedimientos son arbitrarios o engorrosos, cabrá pedir a la administración pública que proporcione al socio privado y a los prestamistas suficientes garantías contra ese riesgo (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 45 a 50). En algunos países en que existen requisitos para la aprobación, a veces se ha facultado a las autoridades contratantes para indemnizar al licitante seleccionado por los gastos realizados en el proceso de selección y en la preparación del proyecto, en caso de que este se deje en suspenso por razones que no sean imputables al licitante seleccionado.

B. Estructura societaria del socio privado

13. En el derecho interno figuran a menudo ciertos requisitos relativos a la estructura societaria del socio privado que se detallan en las cláusulas de los contratos de participación público-privada. Estos requisitos suelen referirse a la constitución del socio privado como entidad jurídica, así como a su capital, al alcance de sus actividades y a sus estatutos y reglamentos. En la mayoría de los casos, los licitantes seleccionados constituyen la sociedad del proyecto en forma de entidad jurídica independiente dotada de personalidad jurídica propia, a la que a menudo se hace referencia como “sociedad instrumental” o “entidad instrumental”, que posteriormente se convertirá en el socio privado en el contrato de participación público-privada. 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 proyecto (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párr. 54). La existencia de una sociedad del proyecto independiente facilita la coordinación de la ejecución del proyecto e introduce un mecanismo para proteger los intereses de este, que no coinciden necesariamente con los de la empresa matriz o, según el caso, con los de los miembros del consorcio u otros promotores del proyecto. Este aspecto puede ser crucial cuando los miembros del consorcio del proyecto se comprometan a proporcionar una parte importante de los servicios o suministros necesarios para el proyecto.

14. Normalmente se exige que la sociedad del proyecto, si no se ha creado antes, se constituya poco después de la selección del consorcio ganador. Puesto que gran parte de las responsabilidades y obligaciones del socio privado, incluidas las que sean a largo plazo (contrato de participación público-privada, acuerdos de préstamo y garantía, y contratos de obras de construcción), 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. Asimismo, desde la perspectiva a largo plazo, es importante que la estructura accionarial de la sociedad del proyecto refleje el acuerdo entre los miembros del consorcio ganador en lo que respecta al grado de compromiso de cada uno y a su participación en el capital social del proyecto (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párr. 42). Algunos países en los que la inversión extranjera está sujeta a normas específicas y en que la autoridad competente debe aprobarla caso por caso han considerado útil consolidar los

requisitos para la inscripción de las inversiones y la autorización del proyecto de participación público-privada en un único procedimiento a fin de ahorrar tiempo y recursos.

15. Con frecuencia se exige que las entidades que prestan servicios públicos se constituyan como entidades jurídicas con arreglo al derecho interno del país anfitrión. Este requisito refleja el interés del órgano legislativo en asegurar, entre otras cosas, que los proveedores de servicios públicos cumplan con la normativa del país en materia de contabilidad y publicidad (por ejemplo, la divulgación 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 (véase el 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.

16. Otra cuestión importante será la inversión en capital social requerida para constituir la sociedad del proyecto. La autoridad contratante tiene un interés legítimo en exigir un nivel de capital social que asegure una base financiera sólida para la sociedad del proyecto y garantice su capacidad de hacer frente a sus obligaciones. Sin embargo, como la inversión total necesaria y la proporción ideal entre el capital obtenido en préstamo y los recursos propios varían de un proyecto a otro, tal vez no sea conveniente que la ley exija una cantidad mínima fija de capital para toda sociedad que realice proyectos de participación público-privada en el país. En cambio, cabría dejar a la autoridad contratante un mayor margen de flexibilidad para fijar la cantidad conveniente de inversión en capital social que corresponda a las necesidades financieras del proyecto. Por ejemplo, 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 deseable entre deuda y recursos propios, e incluir esa indicación entre los criterios de evaluación de las propuestas financieras y comerciales a fin de estimular la competencia entre los licitantes (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. 75 a 77).

17. En cualquier caso, es aconsejable revisar las disposiciones legales o los requisitos reglamentarios referentes a la organización del socio privado para garantizar que se ajusten a las obligaciones internacionales asumidas por el país anfitrión. Las disposiciones restrictivas o que requieran la utilización de determinado tipo de entidad jurídica o de empresa conjunta para 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.

18. Las observaciones formuladas precedentemente sobre la estructura societaria del socio privado también se aplican a la adjudicación de contratos de participación público-privada a una entidad jurídica existente, a la filial de una entidad jurídica que explota otros proyectos de participación público-privada en el país o a la adjudicación de un contrato de participación público-privada a una empresa estatal, que es lo que a menudo ocurre en algunos países. En los casos en que las empresas estatales llevan a cabo proyectos de participación público-privada, es importante considerar cuidadosamente —en lo posible en la etapa de planificación— medidas para mitigar los posibles conflictos de intereses que puedan darse entre el Estado, como accionista que ejerce el control de la sociedad del proyecto, y los accionistas minoritarios. También es importante tener en cuenta las inquietudes de los prestamistas en lo que respecta a los riesgos políticos derivados de la relación vicaria entre el Estado y la sociedad del proyecto. Además, también debería tomarse en consideración el tratamiento que se otorgue, desde el punto de vista contable, a la deuda asumida por una empresa estatal y las consecuencias que ello podría tener en los balances del Estado si hubiera alguna responsabilidad subsidiaria o indirecta (véase el cap. II,

“Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...; véase también el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. ...).

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

20. También es posible que la autoridad contratante desee asegurarse de que los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto reflejen debidamente las obligaciones que la sociedad haya asumido en el contrato de participación público-privada. Por tanto, los contratos de participación público-privada estipulan a veces que la entrada en vigor de todo cambio en los estatutos o reglamentos de la sociedad del proyecto se producirá una vez aprobado 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 promueve la autoridad contratante con la necesidad de dar a la sociedad del proyecto el margen de flexibilidad requerido para cumplir con su cometido. De juzgarse necesario exigir que la autoridad contratante apruebe las modificaciones propuestas de los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto, sería aconsejable limitar esa exigencia a las cuestiones que se consideren de importancia decisiva (por ejemplo, la cuantía del capital, las clases de acciones y sus privilegios, o los procedimientos de liquidación), que deberán precisarse en el contrato de participación público-privada.

C. Emplazamiento del proyecto, bienes y servidumbres

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

1. Propiedad de los bienes del proyecto

22. Como se indicó anteriormente, en los proyectos de participación público-privada cabe la posibilidad de que los bienes relativos al proyecto sean de propiedad pública o de propiedad y explotación íntegramente privadas (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. 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 que existan disposiciones

legislativas detalladas al respecto. En diversos países ha bastado con ofrecer un marco legislativo en que se delinee las cuestiones que es necesario resolver en el contrato de participación público-privada.

23. En algunos ordenamientos jurídicos, la infraestructura física requerida para prestar servicios públicos mediante las alianzas público-privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. ...) suele considerarse propiedad pública, aun cuando se haya adquirido o creado inicialmente con fondos privados. Suelen formar parte de ella los bienes expresamente adquiridos para la construcción de la infraestructura, así como los bienes que la autoridad contratante haya puesto a disposición del socio privado. No obstante, es posible que durante la vida del proyecto el socio privado introduzca mejoras en la infraestructura o la amplíe. No siempre podrá determinarse fácilmente, a tenor del derecho aplicable, si esas mejoras o ampliaciones pasarán a ser parte integrante de los bienes públicos puestos en manos del socio privado o si algunas de ellas son separables de esos bienes y pasarán a ser propiedad privada del socio privado. Por consiguiente, es aconsejable que en el contrato de participación público-privada se especifique, según corresponda, qué bienes serán propiedad pública y cuáles pasarán a ser de propiedad del socio privado.

24. La necesidad de claridad respecto de la propiedad de los bienes del proyecto no se limita a los ordenamientos jurídicos en que la infraestructura física requerida para prestar servicios públicos se considera de propiedad pública. En general, cuando la autoridad contratante facilite los terrenos o la infraestructura que se requieran para ejecutar el proyecto, es aconsejable que en el contrato de participación público-privada se especifique, según corresponda, qué bienes seguirán siendo de propiedad pública y cuáles pasarán a ser propiedad privada del socio privado. El socio privado podrá recibir la propiedad de esos terrenos o infraestructuras o únicamente un derecho de arrendamiento o el derecho de usar los terrenos o las infraestructuras y edificar en ellos, en particular cuando los terrenos sigan siendo de dominio público. En cualquier caso, deberá definirse claramente la naturaleza de los derechos del socio privado, ya que ello afectará directamente a la capacidad de este para constituir garantías reales sobre los bienes del proyecto a fin de obtener financiación (véanse los párrs. 54 y 55).

25. Además de la propiedad de los bienes durante el período de vigencia del contrato de participación público-privada, es importante tener presente el régimen de propiedad aplicable al rescindirse el contrato o a la fecha de vencimiento de este. En las alianzas público-privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, la autoridad contratante desea asegurar la continuidad del servicio y, por lo tanto, tiene un interés en los bienes físicos vinculados al proyecto, por lo que exigiría la entrega de todos los bienes del proyecto una vez que venza el contrato. En el caso de las alianzas público-privadas que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, en cambio, los contratos de participación público-privada son primordialmente considerados como un medio de contratar servicios durante un plazo determinado, y no como una forma de construir infraestructura física. Por ello, en el caso de estas últimas APP, la ley podría limitar las obligaciones del socio privado respecto de la entrega a los bienes públicos y a los bienes que haya recibido inicialmente de la autoridad contratante o de otro organismo público o a otros bienes que se consideren necesarios para asegurar la prestación del servicio. En el caso de que se nombre un nuevo socio privado, esos bienes se traspasan directamente de un socio privado a otro que lo suceda en la prestación del servicio (véase también el cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada”, párrs. ...).

26. La diversidad de enfoques legislativos a menudo refleja las diferentes funciones de los sectores privado y público según cual sea el ordenamiento jurídico o el sistema económico imperante en cada país, pero también puede ser resultado de consideraciones prácticas por parte de la autoridad contratante. Una razón práctica que podría tener la autoridad contratante para autorizar al socio privado a retener determinados bienes al final del período del proyecto es el deseo de reducir el costo de prestación del servicio. Si es probable que los bienes del proyecto posean un valor

residual para el socio privado y si ese valor puede tenerse en cuenta durante el proceso de selección, la autoridad contratante puede esperar que la tarifa que se cobre por el servicio sea inferior. En efecto, si el socio privado no prevé tener que pagar la totalidad del costo de esos bienes durante la vida del proyecto, sino que puede recuperar parte vendiéndolos o destinándolos a otros fines al vencer el contrato de participación público-privada, es probable que pueda ofrecer el servicio a un costo inferior que si se siente obligado a amortizar la totalidad de su costo a lo largo de la vida del proyecto. Además, algunos bienes tal vez deban ser renovados considerablemente o mejorados desde el punto de vista tecnológico al final de la vida del proyecto hasta tal punto que quizás no le sea rentable a la autoridad contratante reclamarlos. En ese momento quizás haya también responsabilidades residuales o costos emergentes, por ejemplo, por concepto de daños al medio ambiente o de gastos de demolición.

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

a) Bienes que deben traspasarse a la autoridad contratante. En esta categoría figuran normalmente los bienes de propiedad pública que el socio privado haya utilizado para prestar el servicio de que se trate. Este tipo de bienes incluye toda obra de infraestructura que haya sido facilitada al socio privado por la autoridad contratante y toda nueva obra que el socio privado haya construido a raíz del contrato de participación público-privada, aunque en las alianzas público-privadas que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión no siempre existirá un interés público en retener esos bienes. Algunas leyes exigen también el traspaso de toda otra obra, bien o terreno que el socio privado haya adquirido subsiguientemente para explotar 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 socio privado, o que este adquirió ulteriormente, y que, sin ser indispensables ni estrictamente necesarios para la prestación del servicio, pueden aumentar el provecho o la eficiencia de la explotación de la infraestructura o la calidad del servicio prestado;

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

28. En vista de lo anterior, es útil que la ley exija que en el contrato de participación público-privada se especifiquen, según corresponda, los bienes que serán de propiedad pública y los que serán propiedad privada del socio privado. En el contrato de participación público-privada deberían indicarse los bienes que el socio privado deberá traspasar a la autoridad contratante o a un nuevo socio privado cuando venza o se rescinda el contrato de participación público-privada; los bienes que la autoridad contratante, si así lo desea, podrá adquirir del socio privado; y los bienes que podrá retirar o enajenar libremente el socio privado cuando venza o se rescinda el contrato de participación público-privada. Estas disposiciones deberían complementarse con cláusulas contractuales que ayuden a determinar, en su caso, la retribución a que tenga derecho el socio privado por los bienes traspasados a la autoridad contratante o a un nuevo socio privado o comprados por la autoridad contratante al vencer o rescindirse el contrato de participación público-privada (véase el cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada”, párrs. 37 a 40).

2. Adquisición de los terrenos necesarios para ejecutar el proyecto

29. Cuando vaya a construirse una nueva obra de infraestructura en un terreno público (es decir, propiedad de la autoridad contratante o de otra autoridad pública) o se vaya a modernizar o rehabilitar una obra de infraestructura ya existente, en general la entidad propietaria deberá poner dicho terreno u obra de infraestructura a disposición del socio privado. La situación será más compleja cuando el terreno no sea aún propiedad de la autoridad contratante y deba ser comprado a sus propietarios. En la mayoría de los casos, el socio privado no estará en las mejores condiciones para asumir la responsabilidad de comprar el terreno necesario para el proyecto, habida cuenta de la posible demora y de los gastos que posiblemente entrañen las negociaciones con un número tal vez grande de propietarios, ni para realizar las complicadas búsquedas de títulos de propiedad y estudiar las traslaciones de dominio anteriores para comprobar la validez del título de cada propietario, como puede ser necesario en algunas jurisdicciones. Por consiguiente, lo normal es que la autoridad contratante asuma la responsabilidad de proporcionar los terrenos requeridos para la ejecución del proyecto a fin de evitar demoras innecesarias o un aumento del costo del proyecto por la adquisición de terrenos. En los estudios sobre impacto ambiental y social que se hayan llevado a cabo en la etapa de preparación del proyecto se debería haber estimado el costo de adquisición de los terrenos necesarios, y haberse determinado el procedimiento que se seguiría, el tiempo que sería necesario y todos los obstáculos o fuentes de demora posibles (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párr. ...). La autoridad contratante podrá comprar los terrenos necesarios a sus propietarios o, si fuera preciso, adquirirlos por vía forzosa.

30. El procedimiento para la adquisición forzosa de bienes privados por la administración pública contra el pago de una indemnización adecuada a sus propietarios, que se designa en los distintos sistemas jurídicos por diversos términos técnicos como “expropiación”, en la *Guía* se denomina “adquisición forzosa”. La legislación de la mayoría de los países establece limitaciones y condiciones respecto de la adquisición forzosa de bienes privados por la administración pública, en particular el pago de una indemnización al propietario (véase el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. ...). En los países cuyo derecho interno prevea más de un tipo de procedimiento de adquisición forzosa, tal vez convenga facultar a las autoridades públicas competentes para efectuar todas las adquisiciones requeridas para las APP siguiendo para ello el más eficiente de dichos procedimientos, como la vía especial seguida en algunos países cuando se dan razones de necesidad pública imperiosa (véase el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 22 y 23).

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

3. Servidumbres

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

33. A menudo se designa con el término “servidumbre” el derecho a utilizar alguna propiedad ajena para un fin determinado o para realizar 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 que la ley establezca ese derecho. No suele ser ni expeditivo ni rentable dejar que el socio privado adquiera las servidumbres directamente de los propietarios correspondientes. En cambio, es más frecuente que sea la autoridad contratante la que imponga por vía forzosa las servidumbres cuando adquiera el emplazamiento para el proyecto.

34. Otra alternativa algo distinta sería que la propia ley facultase a los proveedores de servicios públicos para entrar y pasar por terrenos de terceros o realizar obras o instalar estructuras en ellos cuando fuera necesario para la construcción, explotación o mantenimiento de infraestructura pública. Esta vía, que permite eludir la necesidad de tener que obtener cada servidumbre de un propietario distinto, podrá ser establecida por leyes específicas para un sector, cuando sea posible determinar de antemano cuáles serán las servidumbres mínimas que necesitará el socio privado. Por ejemplo, en una ley especial destinada al sector de la energía eléctrica se podrán establecer las condiciones que darán derecho al socio privado a tender cables para instalar y explotar redes básicas y de distribución en terrenos ajenos. Este derecho puede ser necesario para llevar a cabo varias tareas, como la instalación o el tendido de cables subterráneos y aéreos, así como para montar estructuras de apoyo y equipos de transformación y conexión; para mantener, reparar y desmontar dichas instalaciones; 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. Si la legislación del país anfitrión no fija expresamente la cuantía de la indemnización que deba pagarse a los propietarios de los terrenos afectados por las servidumbres obtenidas por un proveedor de servicios, es aconsejable establecer disposiciones al respecto en la legislación general o sectorial relativa a las APP, según corresponda, para los casos en que los derechos otorgados al socio privado sean tales que obstaculicen considerablemente el uso de los terrenos por parte de sus propietarios (por ejemplo, si la explotación o el mantenimiento de la infraestructura provoca perturbaciones o si el valor de mercado del terreno se reduce debido a los derechos de servidumbre otorgados al socio privado).

D. Arreglos financieros

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

1. Obligaciones financieras del socio privado

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

37. La cuantía de capital privado aportada directamente por los accionistas de la sociedad del proyecto suele suponer solo una parte de la inversión total propuesta. Una parte mucho mayor proviene de los préstamos otorgados al socio privado por bancos comerciales e instituciones financieras internacionales, así como del producto de la venta de bonos y otros títulos negociables en el mercado de capitales (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. 54 a 67). Por lo tanto, es importante que la ley no restrinja innecesariamente la capacidad del socio privado para concertar los arreglos financieros que estime oportunos para financiar la infraestructura.

2. Fuentes y métodos de pago

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

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

a) Pagos que debe hacer el usuario

40. En las alianzas público-privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, la tarifas o los derechos que cobra el socio privado por el uso de la infraestructura pueden ser la fuente principal (a veces la única) de ingresos para recuperar la inversión en el proyecto, a falta de subvenciones o pagos de la autoridad contratante (véanse los párrs. ...) o de la administración pública (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 30 a 60). El socio privado

procurará, pues, estar en condiciones de fijar y mantener las tarifas y las tasas a un nivel que le garantice una liquidez suficiente para el proyecto. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos puede haber límites a la libertad que tiene el socio privado para fijar esas tarifas o tasas. El costo de prestación de los servicios públicos suele formar parte de la política de la administración pública 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 normas especiales para controlar las tarifas y tasas cobradas por la prestación de servicios públicos. Además, en algunos ordenamientos jurídicos, las disposiciones legales o la reglamentación general establecen parámetros para fijar los precios de los bienes o servicios, requiriendo, por ejemplo, que la tarifa cobrada sea “razonable”, “justa” o “equitativa”.

i) Facultad del socio privado para efectuar los cobros

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

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

ii) Métodos de control de la tarifa

43. La legislación interna somete a menudo las tarifas o los derechos por el uso a algún mecanismo de control. Muchos países han preferido establecer solo principios amplios para la fijación de tarifas en la legislación y dejar su aplicación práctica al organismo regulador competente y a las condiciones impuestas en las licencias o contratos de participación público-privada. Este criterio es aconsejable, ya que la idoneidad de la fórmula empleada dependerá de cada sector y tal vez haya de modificarse durante la vida del proyecto. En los países donde se aplica algún control de tarifas, la ley suele exigir que la fórmula que se vaya a emplear para determinar la tarifa se indique en la solicitud de propuestas y se consigne en el contrato de participación público-privada. Los sistemas de control de tarifas consisten normalmente en fórmulas para modificar y hacer un seguimiento de las disposiciones sobre tarifas a fin de garantizar el cumplimiento de los parámetros para su determinación. Los métodos de control más usuales en las leyes nacionales se basan en los principios de la tasa de rentabilidad y del precio tope. Existen también regímenes híbridos en que se combinan ambos criterios. Cabe señalar que ningún mecanismo de control de tarifas funcionará bien sin un análisis comercial y económico detallado. Los párrafos siguientes se limitan a esbozar algunos problemas que podrían plantearse y sus posibles soluciones.

a. Método de la tasa de rentabilidad

44. En el método de la tasa de rentabilidad, el mecanismo de reajuste de las tarifas tiene por objeto permitir que el socio privado obtenga de su inversión la tasa de rentabilidad convenida. Las tarifas para un determinado período se fijan teniendo en cuenta las necesidades de ingresos globales del socio privado para explotar la infraestructura, lo que supone la determinación de sus gastos, de la inversión efectuada para prestar los servicios y de la tasa de rentabilidad autorizada. Se realizan revisiones de las tarifas periódicamente, a veces cuando la autoridad contratante u otras partes interesadas estiman que los ingresos reales son superiores o inferiores a los ingresos que es necesario obtener para esa infraestructura. Con ese fin, la autoridad contratante comprueba los gastos que genera la infraestructura, determina hasta qué punto las inversiones realizadas por el socio privado pueden incluirse en la base tarifaria y calcula los ingresos que deben obtenerse para cubrir los gastos autorizados y conseguir la rentabilidad sobre la inversión que se haya convenido. El método de la tasa de rentabilidad suele utilizarse en el caso de los servicios públicos que se prevea tendrán una demanda constante, como ocurre con 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 la tasa de rentabilidad del socio privado reajustando periódicamente la tarifa.

45. Se considera que el método de la tasa de rentabilidad ofrece un alto grado de seguridad a las empresas explotadoras de infraestructura, ya que el socio privado tiene la garantía de que la tarifa aplicada será suficiente para cubrir sus gastos de explotación y obtener la tasa de rentabilidad convenida. Como la tarifa se reajusta periódicamente, manteniendo así la tasa de rentabilidad del socio privado más o menos constante, las inversiones en empresas que prestan servicios públicos están expuestas a escasos riesgos comerciales. Como consecuencia de ello, los costos de capital son normalmente inferiores. La posible desventaja del método de la tasa de rentabilidad es que ofrece poco incentivo a las empresas explotadoras de infraestructura para minimizar sus costos, porque tienen la seguridad de que los recuperarán mediante reajustes tarifarios. Sin embargo, puede haber algún incentivo si la tarifa no se reajusta instantáneamente o si los reajustes no se aplican con carácter retroactivo. Cabe señalar que para aplicar el método de la tasa de rentabilidad se requiere una gran cantidad de información, así como largas negociaciones (por ejemplo, sobre los gastos computables y su asignación).

b. Método del precio tope

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

47. La aplicación del método del precio tope puede ser menos compleja que la del método de la tasa de rentabilidad. Se considera que el primero de esos métodos ofrece mayores incentivos a los proveedores de servicios públicos, ya que el socio privado retendrá la ventaja de tener unos costos inferiores a los previstos hasta el siguiente período de reajuste. Al mismo tiempo, sin embargo, los proveedores de servicios públicos están en general expuestos a mayores riesgos cuando se aplica el método del precio tope que cuando se aplica el método de la tasa de rentabilidad. En particular,

el socio privado correrá el riesgo de sufrir pérdidas cuando los costos resulten superiores a los previstos, ya que no podrá elevar la tarifa hasta el siguiente reajuste. Esa mayor exposición al riesgo aumentará los costos de capital. Si no se permite que la rentabilidad de la sociedad del proyecto aumente, la sociedad tendrá dificultades para atraer nuevas inversiones, y tal vez se sienta tentada a disminuir la calidad del servicio para reducir sus costos.

c. Métodos híbridos

48. Muchos métodos de reajuste de las tarifas que se utilizan actualmente combinan elementos de los métodos de la tasa de rentabilidad y del precio tope a fin de reducir los riesgos a que se exponen los proveedores de servicios y de ofrecer incentivos suficientes para que la explotación de la infraestructura sea eficiente. Uno de esos métodos híbridos emplea escalas móviles para reajustar las tarifas, que consisten en modificar la tarifa al alza cuando la tasa de rentabilidad desciende por debajo de cierto umbral y a la baja cuando supera cierto máximo, sin que se hagan reajustes cuando esa tasa se sitúa entre ambos niveles. Otro criterio posible para combinar ambos métodos de modo que se logre un equilibrio es el examen por la autoridad contratante de las inversiones hechas por el socio privado, a fin de asegurarse de que satisfacen los criterios de utilidad que permitirán tomarlas en consideración al calcular la necesidad de ingresos del socio privado. Otra técnica de reajuste de tarifas que podrá utilizarse para fijar las tarifas o, en general, para vigilar su nivel, es establecer esas tarifas en función de valores o índices de referencia. Al comparar los diversos componentes del costo de un proveedor de servicios públicos con los de otro y con las normas internacionales, la autoridad contratante podrá juzgar si el reajuste de las tarifas solicitado por el proveedor de servicios públicos es razonable.

iii) *Consideraciones de política relativas al control de tarifas*

49. Cada uno de los métodos principales de reajuste de tarifas anteriormente examinados tiene sus ventajas y desventajas e influye de distintas maneras en las decisiones de inversión del sector privado. Los legisladores, los organismos reguladores y la autoridad contratante, según corresponda, deberían tener en cuenta estas cuestiones al considerar cuáles de los posibles métodos de control de tarifas son más adecuados a las circunstancias internas. También cabría utilizar métodos distintos para cada sector de infraestructura. De hecho, algunas leyes facultan a la autoridad contratante para aplicar el método del precio tope o el de la tasa de rentabilidad al seleccionar los socios privados, según sea el alcance y la índole de las inversiones y los servicios. Al seleccionar un método para controlar las tarifas, es importante tener en cuenta cómo influirán las distintas opciones de política en las decisiones de inversión del sector privado. Cualquiera que sea el método elegido, deberá examinarse detenidamente la capacidad de la autoridad contratante o del organismo regulador para vigilar adecuadamente el desempeño del socio privado y aplicar el método de reajuste de forma satisfactoria (véase también el cap. I, “Marco jurídico e institucional general”, párrs. 30 a 53). Sin perjuicio del interés que tenga el socio privado, la autoridad pública debería también asegurar un nivel suficiente de transparencia respecto de los usuarios finales en las alianzas público-privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión. El método para controlar las tarifas debería elegirse y comunicarse claramente en una etapa inicial, por ejemplo, en los estudios de viabilidad, los criterios de preselección o la solicitud de propuestas, según el caso, y la autoridad contratante o el organismo regulador deberían permitir que el público tuviera acceso al cálculo y al proceso de adopción de decisiones.

50. Es importante tener presente que la fórmula de reajuste de la tarifa no puede fijarse de una vez para siempre, ya que la tecnología, los tipos de cambio, el nivel salarial, la productividad y otros factores podrán variar de forma notable y, a veces, incluso imprevisiblemente, a lo largo del período de duración del contrato de participación público-privada. Además, esa fórmula de reajuste suele definirse suponiendo 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 para fijar las tarifas, que puede ser periódico (por ejemplo, cada cuatro o cinco años) o al que podrá recurrirse siempre que se demuestre que la fórmula no permite remunerar adecuadamente al socio privado (véase también el párr. 133). El régimen tarifario exigirá también una estabilidad y previsibilidad adecuadas que permitan a los proveedores y usuarios de servicios públicos planificar en consecuencia y obtener una financiación basada en un flujo de ingresos previsible. Es posible que los inversionistas y prestamistas se preocupen especialmente por las modificaciones reglamentarias que afecten al método de reajuste de tarifas. Por ello, suelen exigir que la fórmula de reajuste esté incorporada al contrato de participación público-privada.

b) Pagos por la autoridad contratante

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

52. Es posible que muchos proyectos de participación público-privada no sean factibles sin la realización de pagos directos, ya sea porque no haya una demanda directa en el mercado de los servicios prestados o de las obras de infraestructura desarrolladas fuera del sector público (por ejemplo, la recolección de residuos, las instalaciones penitenciarias o las plantas de tratamiento de aguas residuales), porque quizás la demanda sea insuficiente para cubrir los costos del proyecto (como puentes o túneles en regiones con poco tráfico) o porque la autoridad contratante sea el verdadero cliente del sector privado (por ejemplo, cuando una dependencia de la administración pública utiliza espacio de oficinas construido y gestionado por el socio privado o cuando el socio privado construye y mantiene un hospital explotado por el sistema de seguridad social y de salud del país). En las alianzas público-privadas que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, la autoridad contratante efectúa pagos directos al socio privado. De ese modo, el socio privado no asume el riesgo de la demanda (la cuantía del pago no depende del nivel de la demanda), sino únicamente el riesgo de la disponibilidad (por ejemplo, el riesgo de que el socio privado no pueda prestar el servicio al nivel acordado en el contrato de participación público-privada). La situación del socio privado es distinta en las alianzas público-privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, en que la remuneración se asegura principalmente por los pagos efectuados por los usuarios de

la infraestructura, lo que expone al socio privado al riesgo de que la demanda sea menor de la prevista. En todo caso, el tipo y la cuantía de los pagos, así como los métodos para calcularlos, deberían basarse en el desempeño y guardar coherencia con el modelo financiero preparado durante la evaluación del proyecto y en el momento de la adjudicación del contrato (véanse el cap. II “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...; y el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párr. ...). Además, en aras de la transparencia cabe exigir que la autoridad contratante o la administración pública, según el caso, notifique periódicamente los pagos efectuados directamente al socio privado para financiar el proyecto y proporcione justificación al respecto, como informes del cálculo de las cantidades o de evaluación del desempeño (véanse el párr. 104 *infra* y el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...). A continuación, se examinan brevemente los principales ejemplos de este tipo de acuerdos.

i) Pagos de una suma inicial o pagos de alquiler

53. El pago de una suma inicial o de un alquiler se utiliza a menudo en alianzas público-privadas que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión y en las que no se prevé que se reciban pagos de los usuarios finales. En esos casos, la autoridad contratante paga al socio privado por la construcción, renovación u otras labores realizadas con arreglo al contrato de participación público-privada, y, según corresponda, por la explotación y la gestión de los servicios y obras de infraestructura, con arreglo a las fórmulas convenidas en el contrato. El método más común consistiría en vincular los pagos mensuales o anuales a un calendario acordado para el desarrollo de la infraestructura. El contrato prevería que, una vez que se completen las obras y la infraestructura se pueda explotar, se hagan pagos en función de la disponibilidad o la utilización real de la infraestructura, con arreglo a un calendario de tasas por superficie u otros parámetros físicos similares.

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

ii) Pagos por capacidad y por uso

55. En algunos proyectos se prevé que la autoridad contratante realice pagos para compensar al socio privado por poner determinada capacidad de servicio o la posibilidad de su uso a disposición del usuario. Cuando se realizan pagos por capacidad y por uso es común que se utilicen formulas basadas en el número de unidades de servicio proporcionadas, multiplicadas por el precio acordado para cada unidad. En las alianzas público-privada que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, esos pagos constituyen la única fuente de remuneración del socio privado o se proporcionan en relación con otros tipos de pagos efectuados

directamente por la autoridad contratante (como los pagos iniciales o los pagos de alquiler). En las alianzas público-privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, esto se hace normalmente para complementar el nivel real de pagos que realicen los usuarios finales y que no alcancen el nivel estimado en el contrato.

56. Un ejemplo muy conocido de pagos por uso en el sector del transporte es el mecanismo conocido como “peaje encubierto”. El peaje encubierto es un arreglo por el que el socio privado se obliga a desarrollar, construir, financiar y explotar una carretera u otra infraestructura de transporte durante cierto número de años a cambio de pagos periódicos, efectuados en lugar o además de los peajes reales o explícitos pagados por los usuarios. Los planes de peaje encubierto pueden utilizarse para responder a riesgos que son específicos de los proyectos de transporte, en particular el riesgo de que solo se alcancen niveles de tráfico inferiores a los previstos (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párr. ...). Además, los planes de peaje encubierto quizás sean más aceptables desde el punto de vista político 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 alguna forma de subvención para la sociedad del proyecto, deberá examinarse detenidamente si son compatibles con ciertas obligaciones contraídas por el país anfitrión en el marco de los acuerdos internacionales de integración económica regional o de liberalización del comercio (véase el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 4 a 6).

57. El recurso al peaje encubierto (y a cualquier otro pago complementario basado en una estimación del uso) puede suponer un gasto importante para la autoridad contratante y precisar de un seguimiento minucioso y de amplio alcance. En los países que han recurrido al peaje encubierto para el desarrollo de nuevos proyectos viales, los pagos de la autoridad contratante al socio privado se basan principalmente en el nivel real de tránsito, medido en kilometraje por vehículo. Se considera aconsejable estipular que los pagos no se iniciarán hasta que la vía sea abierta al tránsito, con lo que el socio privado 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 por toda la duración del contrato de participación público-privada. Este sistema da al socio privado una razón para velar por que las obras de reparación perturben en la menor medida de lo posible la utilización de la carretera. Otra posibilidad sería incluir en el contrato de participación público-privada una cláusula de penalización o de indemnización pactada por el cierre de carriles que sea consecuencia de obras de reparación. Se suele requerir del socio privado que efectúe recuentos para calcular el kilometraje anual por vehículo, 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 solo pague peajes encubiertos si el nivel de tránsito desciende durante cierto período por debajo del nivel mínimo acordado como necesario para que el socio privado pueda explotar rentablemente la carretera.

iii) *Compromisos de compra*

58. Cuando el socio privado explota una infraestructura que produce bienes susceptibles de ser suministrados o servicios que pueden ser prestados a largo plazo a un comprador determinado (por ejemplo, una central eléctrica independiente), la autoridad contratante u otra autoridad pública a menudo asume la obligación de comprar esos bienes o servicios ofrecidos por el socio privado a una tarifa convenida. Los contratos de este tipo suelen denominarse “acuerdos de absorción”. Los acuerdos de absorción dan lugar a menudo a dos tipos de pago: los pagos por capacidad de producción disponible y los pagos por unidades de consumo real. En un proyecto de producción de energía eléctrica, por ejemplo, el acuerdo de compra de la energía puede prever los siguientes cargos:

a) *Cargos por capacidad.* Se trata de cargos pagaderos con independencia de cuál sea la producción real en un período de facturación y se calculan para que sean

suficientes para cubrir todos los costos fijos del socio privado ocasionados por la financiación y el mantenimiento del proyecto, incluidos el servicio de la deuda y otros gastos corrientes de financiación, gastos fijos de explotación y mantenimiento y una cierta tasa de rentabilidad. El pago de los cargos por capacidad está a menudo sujeto al cumplimiento de ciertas normas de desempeño o disponibilidad;

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

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

E. Garantías reales

60. Las garantías reales sobre bienes muebles otorgan al acreedor garantizado fundamentalmente dos tipos de derecho: un derecho real que, en principio, le permite recuperar la posesión de los bienes, o hacer que un tercero recupere la posesión de los bienes y los venda, y un derecho de prelación, aplicable en supuestos de insolvencia del deudor, a hacerse pagar con el producto de la venta de esos bienes (además de esta parte general económica y jurídica, véase el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. ...). 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 prestamistas tratarán en general de obtener garantías reales que les permitan ejecutarlas y tomar posesión de un proyecto que puedan explotar 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.

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

1. Garantías reales sobre bienes corporales

62. La negociación de los acuerdos de garantía requeridos para obtener financiación para el proyecto puede tropezar con obstáculos jurídicos cuando los bienes del proyecto sean de propiedad pública. Si el socio privado no goza del dominio sobre dichos bienes, en muchos ordenamientos jurídicos tampoco podrá gravarlos (o solo podrá hacerlo de manera limitada). De existir esas limitaciones, la ley podrá, no obstante, facilitar la negociación de los acuerdos de garantía indicando, por ejemplo, los tipos de bienes sobre los que podrán constituirse garantías reales o el tipo de garantía real permisible. En algunos ordenamientos jurídicos, un socio privado a quien se conceda un derecho de arriendo o de uso sobre ciertos bienes podrá constituir una garantía real sobre ese derecho de arriendo o de uso.

63. Además, también es posible constituir garantías reales cuando el contrato de participación público-privada abarca diferentes tipos de bienes de dominio público, como cuando se concede a una empresa ferroviaria la propiedad de ciertos terrenos adyacentes (y no solo un derecho de uso) junto con el derecho a utilizar la infraestructura pública. Cuando sea posible constituir 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 (véase el párr. 28), la ley tal vez exija la aprobación de la autoridad contratante para que el socio privado pueda constituir esas garantías reales.

2. Garantías reales sobre bienes incorporeales

64. El principal bien incorporeal en un proyecto de infraestructura en que las actividades se realicen bajo la modalidad de concesión es la concesión misma, es decir, el derecho del concesionario a explotar la infraestructura o a prestar el servicio pertinente y cobrar a los usuarios por la utilización de los servicios que presta. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la concesión vinculada al contrato de participación público-privada faculta a su titular para controlar todo el proyecto y habilita al socio privado para percibir los ingresos generados por el proyecto. De este modo, el valor de la concesión excede el valor combinado de todos los bienes corporales integrados en un proyecto. Dado que el socio privado tendría normalmente derecho a poseer y enajenar todos los bienes del proyecto (con la posible excepción de los que sean de propiedad ajena, como los bienes de propiedad pública en posesión del socio privado), la concesión abarcaría en general los bienes presentes y futuros de carácter corporal o incorporeal. En consecuencia, los prestamistas pueden considerar la concesión como un componente esencial del acuerdo de garantía negociado con el socio privado. La pignoración de la propia concesión puede tener diversas ventajas prácticas para el socio privado y los prestamistas, en particular, en ordenamientos jurídicos que de otro modo no permitirían constituir garantías reales sobre todos los bienes de la sociedad o que no reconozcan en general las garantías reales no posesorias (véase el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 10 a 16). Estas ventajas pueden consistir en no tener que constituir una garantía real para cada bien del proyecto por separado, permitir que el socio privado siga utilizando dichos bienes en el curso normal de su negocio y hacer posible la pignoración de ciertos bienes sin que se produzca un desplazamiento efectivo de su posesión a los acreedores. Además, la pignoración de la propia concesión puede habilitar a los prestamistas, en caso de incumplimiento del socio privado, para impedir que se ponga fin al proyecto al hacerse ellos cargo de la concesión y concertar acuerdos que permitan que el proyecto siga adelante con otro socio privado. La pignoración de la concesión puede, por tanto, complementar eficazmente o, en ciertas circunstancias,

reemplazar un acuerdo directo entre los prestamistas y la autoridad contratante respecto del derecho de los prestamistas a intervenir (véanse los párrs. 162 a 165).

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

3. Garantías reales sobre los créditos comerciales

66. Otra forma de garantía que suele darse en la mayoría de las APP es la cesión a los prestamistas del producto de los contratos celebrados con los clientes del socio privado. Cabe ceder el producto de un único contrato (por ejemplo, del compromiso de comprar electricidad por parte de una entidad distribuidora de electricidad o los pagos de alquiler por parte de la autoridad contratante en una alianza público-privada que no realice sus actividades bajo la modalidad de concesión) o de un gran número de operaciones (por ejemplo, los pagos mensuales de las facturas de gas o de agua). En las alianzas público-privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, esos productos suelen incluir las tasas cobradas a los usuarios de la infraestructura (por ejemplo, los peajes de una carretera) o el precio pagado por los clientes por los bienes o servicios suministrados por el socio privado (por ejemplo, los cargos de electricidad). También pueden incluir los ingresos reportados por contratos auxiliares de participación público-privada. 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 bloqueada gestionada por un administrador fiduciario nombrado por los prestamistas. Este mecanismo puede también desempeñar un papel esencial en la emisión de bonos y de otros títulos negociables por parte del socio privado.

67. Las garantías constituidas sobre los créditos comerciales desempeñan un papel central en los arreglos de financiación que prevén la venta de bonos y otros títulos negociables. Estos títulos pueden ser emitidos por el propio socio privado, en cuyo caso los inversionistas que adquieran la garantía se convertirán en sus acreedores, o pueden ser emitidos por un tercero, al que se hayan cedido los créditos nacidos del proyecto mediante una operación conocida como “titulización”. La titulización entraña la creación de títulos financieros respaldados por la corriente de ingresos del proyecto, que se pignora para destinarla al pago del capital y los intereses de los títulos así emitidos. Las operaciones de titulización suelen conllevar la creación de una entidad jurídica distinta del socio privado y especialmente dedicada al negocio de titularizar bienes o créditos, denominada, a veces, “sociedad instrumental”. El socio privado cederá los créditos nacidos del proyecto a la sociedad instrumental, la cual, a

su vez, venderá a los inversionistas títulos con interés respaldados por esos créditos. Los tenedores de esos bonos adquieren con ello el derecho al producto de las operaciones del socio privado con sus clientes. El socio privado cobra de sus clientes las tasas fijadas y transfiere los fondos resultantes a la sociedad instrumental, que pagará con ellos a los tenedores de bonos titulizados. En algunos países, la ley ha reconocido recientemente de manera expresa al socio privado la facultad de ceder los créditos nacidos del proyecto a una sociedad instrumental, que se encargará de conservar y gestionar esos créditos en beneficio de los acreedores del proyecto. Con miras a proteger a los tenedores de bonos del riesgo de insolvencia del socio privado, puede ser aconsejable adoptar las medidas legislativas necesarias para permitir la separación jurídica entre el socio privado y la sociedad instrumental.

68. En la mayoría de los casos, no sería práctico que el socio privado especificara uno a uno los créditos por él cedidos a sus acreedores. Por consiguiente, la cesión de créditos en la financiación en función del proyecto suele revestir la forma de una cesión global de créditos futuros. En la legislación de diversos países se han incluido disposiciones con rango de ley que reconocen la facultad del socio privado para pignorar el producto de los proyectos de infraestructura. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos puede persistir cierta incertidumbre respecto de la validez de la cesión global tanto de créditos presentes como de créditos futuros. Así pues, es importante velar por que el régimen de derecho interno de las garantías reales no sea obstáculo para que las partes cedan válidamente sus créditos comerciales a fin de obtener fondos para el proyecto (véase el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 10 a 16).

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

69. Cuando no pueda efectuarse una cesión o traspaso de la concesión sin el consentimiento de la autoridad contratante (véanse los párrs. 70 y 71), la ley prohíbe a veces la constitución de garantías reales sobre las acciones de la sociedad del proyecto. No obstante, debe señalarse que, en operaciones de financiación en función del proyecto, los prestamistas de la sociedad del proyecto suelen exigir que les sea dada una garantía sobre las acciones de esa sociedad, y que toda prohibición general de constituir una garantía tal puede limitar la capacidad de la sociedad del proyecto para obtener financiación para este. Así pues, al igual que ocurre con otras formas de garantía, convendría autorizar por ley a los accionistas del socio privado a constituir esa garantía, sujeta a la aprobación previa de la autoridad contratante, cuando dicha aprobación sea necesaria para la transmisión de participaciones en el capital social de la sociedad del proyecto (véanse los párrs. 72 a 76).

F. Cesión de derechos por el socio privado

70. Las concesiones que figuran en los contratos de participación público-privada se adjudican en razón de las cualificaciones específicas y de la fiabilidad del socio privado y en la mayoría de los ordenamientos jurídicos no pueden traspasarse libremente. En efecto, el derecho interno prohíbe a menudo la cesión de los derechos adquiridos por el socio privado tras la adjudicación del contrato sin el consentimiento de la autoridad contratante. La finalidad de estas restricciones suele ser asegurar el control de la autoridad contratante sobre las cualificaciones de las empresas explotadoras de infraestructura o de los proveedores de servicios públicos. Algunos países también impiden esa cesión antes de que la construcción de la infraestructura del proyecto haya sido concluida.

71. Algunos países han juzgado conveniente enunciar en su legislación las condiciones en las que podrá aprobarse el traspaso de una concesión antes de que haya vencido su plazo, por ejemplo, que el nuevo socio privado acepte todas las obligaciones estipuladas en el contrato de participación público-privada y demuestre poseer la capacidad técnica y financiera requerida para prestar el servicio. Las disposiciones legislativas generales al respecto podrían complementarse en el contrato de participación público-privada con cláusulas específicas que definan el

alcance de dichas restricciones, así como las condiciones en que la autoridad contratante podrá dar su consentimiento. A ese respecto, si el proyecto de contrato de participación público-privada se da a conocer a los posibles inversionistas en la etapa de licitación, estos podrán estar plenamente informados de las condiciones en que podría traspasarse la concesión (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párr. ...). Cabe observar que estas restricciones se aplican normalmente a la cesión voluntaria por el socio privado de sus derechos, por lo que no excluyen el traspaso 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 incumplimiento grave del socio privado (véanse también los párrs. ...). En cualquier caso, las restricciones a la cesión de derechos deberán ser coherentes con las restricciones impuestas al traspaso del control de la sociedad del proyecto (véanse los párrs. 72 a 75 *infra*).

G. Traspaso del control de la sociedad del proyecto

72. La autoridad contratante estará interesada en que los miembros originales del consorcio de licitantes mantengan su compromiso con el proyecto a lo largo de toda su duración y en que no se traspase el control efectivo de la sociedad del proyecto a entidades que sean desconocidas para ella. Los socios privados se escogen para llevar a cabo proyectos de infraestructura, al menos en parte, en razón de su experiencia y de su capacidad para ese tipo de proyecto (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. 38 a 40). Preocupa, pues, a las autoridades contratantes que, si se da a los accionistas del socio privado entera libertad para traspasar su participación en un proyecto determinado, se pierda toda seguridad acerca de quién prestará realmente los servicios pertinentes. Sin embargo, en términos prácticos, ese compromiso del socio privado y el consorcio de licitantes solo sirve en la medida en que tengan capacidad para cumplir sus obligaciones.

73. La experiencia que haya demostrado el consorcio de licitantes seleccionado en la etapa de preselección y las garantías de buena ejecución otorgadas por las empresas matrices del consorcio original y sus subcontratistas podrían ser tranquilizadoras para autoridad contratante. En la práctica, sin embargo, no sería prudente confiarse en demasía de la aparente pericia de los accionistas del socio privado. Cuando se crea una entidad jurídica independiente para llevar a cabo la APP, como ocurre con frecuencia (véase el párr. ...), el respaldo de los accionistas del socio privado, en caso de tropezar el proyecto con dificultades, se puede ver limitado al máximo de su responsabilidad. Por ello, las restricciones a la transferibilidad de las inversiones tal vez no constituyan por sí solas una protección suficiente contra el riesgo de incumplimiento del socio privado y sería necesario que el contrato de participación público-privada previera otras medidas apropiadas, como la supervisión de la calidad del servicio prestado (véanse los párrs. ...) o la rescisión sin plena indemnización en el caso de desempeño insatisfactorio (véase el cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada”, párrs. 44 y 45).

74. Por otro lado, imponer restricciones a la transferibilidad de las acciones de empresas que prestan servicios públicos puede tener también algunas desventajas para la autoridad contratante. Como se observó antes (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. 54 a 67), existen muchos tipos de financiación que pueden obtenerse de diversos inversionistas para distintos perfiles de riesgo y de remuneración. Los inversionistas iniciales, como las empresas de construcción y los proveedores de equipo, tratarán de obtener una rentabilidad acorde con los mayores riesgos que asumen, mientras que los inversionistas posteriores quizás acepten un rendimiento menor de su capital proporcional al menor riesgo que asumen. La mayoría de los inversionistas iniciales disponen de recursos limitados y han de reciclar su capital para poder participar en nuevos proyectos. Por consiguiente, esos inversionistas tal vez no estén dispuestos a inmovilizar su capital en proyectos de largo plazo. Al final de la etapa de construcción, los inversionistas iniciales tal vez prefieran vender su participación en el capital social a un inversionista secundario que

acepte una tasa de rentabilidad menor de su capital. Una vez haya más certidumbre con respecto al uso de la infraestructura o del servicio, 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 sus acciones en proyectos de infraestructura, se corre el riesgo de elevar el costo de la financiación y en algunos supuestos se imposibilitaría la financiación del proyecto, por no estar dispuestos a participar en él algunos inversionistas indispensables para su ejecución. Desde una perspectiva de largo plazo, se obstaculizaría el desarrollo del mercado de inversión en infraestructuras públicas si se limitara innecesariamente la libertad de los inversionistas para traspasar su participación en APP.

75. Por todo ello, sería aconsejable que la ley limitase las restricciones que se impongan al traspaso del control de la sociedad del proyecto a cierto plazo (por ejemplo, a cierto número de años después de la concertación del contrato de participación público-privada, o después de la conclusión de la etapa de construcción) o a supuestos en que tales restricciones se justifiquen por razones de interés público (por ejemplo, cuando la autoridad contratante considere que la presencia continuada de determinado miembro del consorcio en la estructura accionarial del socio privado es esencial para la explotación de la infraestructura o para la prestación del servicio de conformidad con los requisitos contractuales y regulatorios). Uno de esos supuestos podría ser que el socio privado estuviera en posesión de bienes públicos o que recibiera 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 la obligará a asegurarse de que esos fondos y bienes se confían a una sociedad estable que cuente con el respaldo de sus inversionistas originales por un plazo razonable. Otro supuesto que quizá justifique imponer limitaciones al traspaso de acciones del socio privado puede darse cuando la autoridad contratante tenga interés en impedir su traspaso a determinados inversionistas. Por ejemplo, la autoridad contratante tal vez desee controlar la adquisición de acciones que signifiquen una participación dominante en el capital de empresas proveedoras de servicios públicos para evitar la formación de oligopolios o monopolios en los sectores liberalizados. O quizás no se considere apropiado que una empresa que defraudó a un ente público pueda ser empleada por otro ente público a través de alguna filial recién adquirida por ella.

76. 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 contrato de participación público-privada que ese consentimiento no será denegado sin razón ni retrasado indebidamente. En aras de la transparencia, puede ser además aconsejable establecer los motivos por los que sea denegable la aprobación y exigir a la autoridad contratante que funde en cada caso su negativa. Tal vez convenga examinar caso por caso la duración adecuada de esas limitaciones (durante cierta fase del proyecto o durante toda la duración del contrato de participación público-privada). En algunos proyectos quizás sea posible suavizar esas restricciones una vez concluidas las obras. Es también conveniente aclarar en el contrato de participación público-privada si estas limitaciones, de existir, deberían aplicarse al traspaso de toda participación en el socio privado o si la inquietud de la autoridad contratante se centra en un solo inversionista (por ejemplo, una empresa de construcción o la empresa diseñadora de la obra de infraestructura) durante la etapa de construcción o durante cierto plazo a partir de la conclusión de la obra.

H. Obras de construcción

77. En la contratación pública tradicional, la autoridad que adjudica contratos de obras actúa normalmente como empleador en el marco del contrato y conserva amplios derechos de vigilancia e inspección, incluido el de examinar el proyecto de obras y pedir que se lo modifique, vigilar la labor de construcción y seguir de cerca el calendario de ejecución de obras, inspeccionar y aceptar oficialmente la obra

terminada y dar la autorización final para que la infraestructura pueda explotarse. En consecuencia, la autoridad contratante suele asumir los riesgos de sobre costo y demora y la ejecución del proyecto de construcción una vez finalizadas las obras.

78. En los proyectos de participación público-privada, el socio privado asume la responsabilidad de finalizar el proyecto en el plazo fijado y conforme a las normas y el costo especificados en el contrato de participación público-privada, así como el riesgo financiero conexo (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...). Por tanto, el socio privado tiene interés en que el proyecto se termine a tiempo y no se exceda del presupuesto previsto, y normalmente negociará contratos llave en mano de precio y plazo fijos, con garantías de desempeño de los contratistas.

79. Por esas razones, las disposiciones legales sobre obras de construcción de infraestructura llevadas a cabo mediante una APP se limitan en algunos países a dar una definición general de la obligación del socio privado de realizar las obras públicas de conformidad con las cláusulas del contrato de participación público-privada. La ley puede reconocer a la autoridad contratante un derecho general de vigilancia sobre la marcha de las obras a fin de cerciorarse de que se ajustan a las cláusulas del acuerdo. En esos países, las disposiciones más detalladas se incluyen en el contrato de participación público-privada.

1. Examen y aprobación de los planes de obras de construcción

80. Es aconsejable que el contrato de participación público-privada prevea procedimientos que ayuden a mantener la fecha de conclusión de las obras y su costo dentro de lo previsto y que reduzcan la posibilidad de que surjan controversias entre el socio privado y las autoridades públicas interesadas. Cuando se exija por ley que la autoridad contratante examine y apruebe el proyecto de obras de construcción, el contrato de participación público-privada debería establecer un procedimiento y fijar un plazo máximo para el examen del proyecto y disponer que se tendrá por aprobado si la autoridad contratante no formula objeciones dentro de ese plazo. Puede ser útil también especificar en el contrato de participación público-privada 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. Variación de las condiciones de la construcción

81. Durante la construcción de una obra de infraestructura, es habitual que se den situaciones que hagan necesario o conveniente alterar algunos aspectos de la construcción. En consecuencia, la autoridad contratante quizás desee reservarse el derecho de ordenar cambios en relación con aspectos como la magnitud de la obra, las características técnicas del equipo o los materiales que se incorporarán a la obra, los servicios de construcción requeridos por las especificaciones, o los planos y los requisitos técnicos de las obras. Esos cambios se denominan en la *Guía* “variaciones” y normalmente incluyen los cambios de un aspecto de las obras de construcción con respecto a lo requerido en los documentos contractuales originales. Las variaciones suelen estar previstas en el contrato y no suponen una modificación del contrato. Además, las variaciones no incluyen los reajustes de la tarifa ni la revisión del precio por cambio de los costos o fluctuaciones monetarias, ni tampoco la revisión de las condiciones de pago, si bien una variación puede dar lugar a un reajuste del precio, de conformidad con las condiciones establecidas en el contrato de participación público-privada (véanse los párrs. ...). En la *Guía* tampoco se considera una variación la renegociación del contrato de participación público-privada por cambios sustanciales en las condiciones, impedimentos exonerantes o por otras razones (véanse los párrs. ...).

82. Dada la complejidad de la mayoría de los proyectos de infraestructura, no es posible excluir la necesidad de introducir variaciones en las especificaciones de la construcción u otros requisitos del proyecto. Sin embargo, esas variaciones causan a menudo demoras en la ejecución del proyecto o en la prestación del servicio público;

también pueden hacer más gravoso para el socio privado el cumplimiento del contrato de participación público-privada. Además, el costo de ejecutar cambios de gran envergadura en las especificaciones puede exceder los recursos financieros del propio socio privado, lo que exigiría fondos adicionales considerables que quizá no se puedan obtener a un costo aceptable. Por consiguiente, es aconsejable que la autoridad contratante estudie medidas para controlar la posible necesidad de introducir variaciones. La calidad de los estudios de viabilidad requeridos por la autoridad contratante y de las especificaciones dadas durante el proceso de selección (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. ... y ...) desempeña una función importante en lo que respecta a evitar cambios ulteriores del proyecto.

83. En el contrato de participación público-privada deberían especificarse las circunstancias en que la autoridad contratante podrá ordenar que se introduzcan variaciones en las especificaciones de la construcción y la indemnización que podrá percibir el socio privado, cuando proceda, para hacer frente a los costos adicionales y hacer las demoras que conlleven esas variaciones. El contrato de participación público-privada debería aclarar también la medida en que el socio privado estará obligado a trasladar a la práctica las variaciones y si podrá formular objeciones al respecto, y, en caso afirmativo, por qué motivos. Conforme a la práctica contractual seguida en algunos ordenamientos jurídicos, el socio privado podrá quedar liberado de sus obligaciones cuando la cuantía de los costos adicionales que suponga la variación exceda de un límite establecido. Cabe señalar que no todas las variaciones son iniciadas necesariamente por la autoridad contratante. En la práctica, las variaciones también podrían derivar del acuerdo de la autoridad contratante de aceptar las sugerencias formuladas por el socio privado, por ejemplo, de introducir técnicas o materiales más eficientes en la etapa de construcción, reducir los costos o mejorar el desempeño. Con miras a alentar la formulación de sugerencias para aumentar la eficiencia o reducir los costos, puede resultar útil que las partes reconozcan en el contrato de participación público-privada el derecho del socio privado de proponer cambios de índole técnica con esos fines, siempre que cuente con el visto bueno de la autoridad contratante. Además, muchos países consideran una buena política someter las variaciones que excedan de un cierto valor individual o acumulativo a la aprobación de una autoridad superior.

84. En los contratos de obras de gran envergadura se han utilizado diversos enfoques con respecto a las variaciones con el fin de establecer el alcance de la obligación del contratista de introducir los cambios, así como los ajustes necesarios en el precio o la duración del contrato. Esas soluciones podrán utilizarse también, *mutatis mutandis*, en relación con las variaciones solicitadas por la autoridad contratante en el marco del contrato de participación público-privada³. Cabe señalar, sin embargo, que en los contratos de participación público-privada relativos a infraestructura los ingresos que recibe la sociedad del proyecto provienen del cobro a los usuarios de una tarifa o precio por la utilización de la infraestructura o el servicio prestado por esta, más que del cobro de un precio global por la construcción. Por ello, la forma de remuneración utilizada en relación con los contratos de participación público-privada relativos a infraestructura combina a veces métodos diversos, desde el pago de una suma fija al aumento de la tarifa o a la prórroga del período del contrato de participación público-privada. Por ejemplo, puede haber cambios que se traduzcan en un aumento de los costos que el socio privado sea capaz de absorber y financiar por sí mismo y amortizar por medio de un reajuste de la tarifa o del sistema de pago, según proceda. Si el socio privado no consigue financiar o refinanciar los cambios por sí mismo, tal vez las partes deseen estudiar la posibilidad de efectuar el pago de una suma global, en vez de acordar una estructura de refinanciación complicada y costosa. En todo caso, es posible que las partes deban recurrir a la renegociación directa.

³ Para un examen de los enfoques y las posibles soluciones utilizados en los contratos de construcción de instalaciones industriales complejas, véase la *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.87.V.10), cap. XXIII, “Cláusulas de modificaciones en la construcción”.

3. Facultades de vigilancia de la autoridad contratante

85. En algunos ordenamientos jurídicos, las autoridades públicas que adjudican contratos de obras suelen reservarse 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 la que se requiera, teniendo en cuenta las circunstancias que dieron lugar a la necesidad de suspender o interrumpir las obras. La definición en la legislación de los hechos que se considera constituyen razones de interés público, como los problemas ambientales de gran envergadura o el poner en peligro a la población ubicada en la zona en que se está construyendo la obra, quizás tranquilice a los posibles inversionistas al respecto. Puede ser útil también convenir un plazo máximo de suspensión o prever una indemnización adecuada para el socio privado. Además, pueden darse garantías para asegurar el pago de la indemnización o para resarcir al socio privado de las pérdidas resultantes de la suspensión del proyecto y la restauración del equilibrio económico y financiero del contrato de participación público-privada, una vez que la suspensión se deje sin efecto (véanse también el párr. 140 *infra* y el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 48 a 50).

86. En algunos ordenamientos jurídicos, las obras de infraestructura construidas para la prestación de ciertos servicios públicos pasan a ser de propiedad pública una vez concluidas (véase el párr. ...). En tal caso, la ley exige a menudo que la obra concluida sea aceptada oficialmente por la autoridad contratante o por otra autoridad pública. Esta aceptación oficial no suele darse hasta que se haya inspeccionado la obra acabada y se hayan realizado las pruebas necesarias 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 es necesaria la aceptación oficial de la autoridad contratante (por ejemplo, cuando la obra de infraestructura siga siendo propiedad del socio privado), se requieren a menudo disposiciones sobre la inspección final y la aprobación de la labor de construcción por parte de la autoridad contratante para velar por el cumplimiento de las normas de sanidad, seguridad y construcción o de las normas laborales. El contrato de participación público-privada debería describir detalladamente las pruebas técnicas que se llevarán a cabo para confirmar que se ha concluido la obra o la 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 al final); las consecuencias de no superar una prueba; y la responsabilidad de organizar los recursos para llevarla a cabo, en particular el uso de servicios técnicos independientes, 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 socio privado de rectificar los defectos que puedan encontrarse entonces.

4. Período de garantía

87. Los contratos de obras negociados por el socio privado preverán normalmente una garantía de calidad en virtud de la cual los contratistas asumirán responsabilidad por los defectos en las obras y las inexactitudes o carencias que se encuentren en los documentos técnicos que se presenten con las obras, excepto en supuestos exonerantes (por ejemplo, desgaste normal o defectos de mantenimiento o explotación por el socio privado). También pueden derivarse responsabilidades adicionales de las disposiciones legales o los principios generales de derecho que sean aplicables, por ejemplo, la responsabilidad especial por defectos estructurales en las obras durante un período de tiempo más prolongado, prevista en algunos ordenamientos jurídicos. El contrato de participación público-privada debería estipular que la aprobación o aceptación definitiva de la obra de infraestructura por la autoridad contratante no eximirá a los contratistas que la han construido de su responsabilidad por los defectos que puedan tener las obras ni por las inexactitudes o carencias de los documentos

técnicos que se hayan presentado de conformidad con lo dispuesto en los contratos de obras o en el derecho aplicable.

I. Explotación de la infraestructura

88. Una vez concluida la etapa de construcción, desaparece uno de los riesgos más importantes asociados a una APP, que es que el proyecto no se complete (véanse el párr. 75 y el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párr. ...). Por lo tanto, no es raro que en el contrato de participación público-privada se autorice a las empresas constructoras a abandonar la sociedad del proyecto al final de la primera etapa (véase el párr. ...).

89. Las condiciones de explotación y mantenimiento de la infraestructura, así como las normas de calidad y seguridad, suelen estar enumeradas en la ley y explicadas en detalle en el contrato de participación público-privada. Además, especialmente en el sector de la electricidad, del agua y el saneamiento y del transporte público, la autoridad contratante o un organismo regulador independiente tal vez ejerzan cierta función de vigilancia respecto de la explotación de la infraestructura. El examen exhaustivo de las cuestiones jurídicas relativas a las condiciones de explotación de obras de infraestructura excedería el ámbito de la presente *Guía*. Por consiguiente, en los párrafos que siguen se hace solo una breve exposición de algunas de las cuestiones principales.

90. Las disposiciones que regulan la explotación de las infraestructuras y los requisitos legales para la prestación de servicios públicos tienen la finalidad de lograr diversos objetivos de interés público. Dada la duración normalmente prolongada de los proyectos de infraestructura, existe la posibilidad de que esas disposiciones y requisitos tengan que modificarse a lo largo de la vida del contrato de participación público-privada. En consecuencia, los cambios solicitados por la autoridad contratante o de otro modo convenidos por las partes podrían ser de mayor envergadura en la etapa de explotación que en la etapa de construcción. Serán particularmente importantes y complejos en los proyectos en que el socio privado preste servicios u ofrezca productos básicos a usuarios finales, como ocurre en el caso de las alianzas público-privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión. Sin embargo, es importante tener en cuenta que el sector privado necesita que el marco normativo sea estable y previsible. La modificación de las reglamentaciones o la introducción frecuente de normas nuevas y más exigentes pueden perturbar la ejecución del proyecto y comprometer su viabilidad financiera. Por lo tanto, aunque las partes pueden concertar acuerdos contractuales para contrarrestar los efectos perjudiciales que podrían generar las modificaciones reglamentarias ulteriores (véanse los párrs. 131 a 134), los organismos reguladores o la administración pública, según corresponda, harían bien en no imponer una reglamentación excesiva y en no modificar los reglamentos con demasiada frecuencia.

1. Normas técnicas y de servicio

91. Los proveedores de servicios públicos tienen que cumplir, por lo general, una serie de normas técnicas y de servicio. Esas normas son, en la mayoría de los casos, demasiado detalladas para figurar en leyes, y es posible que se encuentren en decretos, reglamentos u otros instrumentos. Sin embargo, las leyes pueden establecer los principios básicos que servirán de guía para la formulación de normas detalladas o exigir el cumplimiento de normas internacionales como las Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional⁴ (véase el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. ...). Las normas de servicio a menudo se exponen en detalle como parte de los requisitos de la autoridad contratante que se comunicaron a los licitantes durante el procedimiento de adjudicación del contrato (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. ...) y también se reflejan después en el propio

⁴ Corporación Financiera Internacional, Normas de Desempeño, 2012, pueden consultarse en <https://www.ifc.org/>.

contrato de participación público-privada. Estas incluyen normas de calidad, como los requisitos de pureza y presión del agua; los plazos máximos en que deben realizarse las reparaciones; topes a la cantidad de defectos o reclamaciones; pautas de puntualidad para los servicios de transporte; requisitos de continuidad del servicio; y normas ambientales, sociales, laborales, de salud y de seguridad.

92. Normalmente, la autoridad contratante conserva la facultad de vigilar si la sociedad del proyecto cumple las normas que regulan el desempeño. El socio privado 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 ni interrupciones indebidas en la explotación de la infraestructura, ni se traduzca en costos adicionales para el socio privado que este no deba asumir.

2. Ampliación de los servicios

93. En algunos ordenamientos jurídicos, la entidad que preste, en virtud de un contrato de participación público-privada celebrado con la administración pública, ciertos servicios esenciales (por ejemplo, de electricidad o agua potable) a una comunidad o a un territorio y sus habitantes estará obligada a prestar un sistema de servicios que satisfaga razonablemente la demanda de la comunidad o del territorio. Esa obligación a menudo se refiere no solo a la demanda del momento en que se adjudicó el contrato de participación público-privada, sino que supone también adaptarse al crecimiento de la comunidad o territorio atendidos y de ampliar gradualmente ese sistema en la medida en que lo requiera, dentro de ciertos límites razonables, la demanda de la comunidad o el territorio. En algunos ordenamientos jurídicos, esa obligación asume el carácter de un deber público cuyo cumplimiento puede reclamar cualquier residente de la comunidad o el territorio en cuestión. En otros ordenamientos, se trata de una obligación legal o contractual que puede hacer cumplir la autoridad contratante o un organismo regulador, según el caso.

94. En algunos ordenamientos jurídicos, esa obligación no es absoluta ni sin reservas. De hecho, la obligación del socio privado de ampliar su infraestructura de servicios dependerá de diversos factores, por ejemplo, de la necesidad y el costo de la ampliación y los ingresos que quepa esperar de ella; la situación financiera del socio privado; el interés público en que se realice la ampliación; y el alcance de las obligaciones asumidas por el socio privado al respecto en virtud del contrato de participación público-privada. En algunos ordenamientos jurídicos, el socio privado puede estar obligado a ampliar su infraestructura de servicios, aunque la ampliación en cuestión no sea inmediatamente rentable o aunque, como consecuencia de ella, el territorio abarcado por el socio privado pase a incluir zonas no rentables. No obstante, la obligación está sujeta a ciertos límites, ya que el socio privado 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 de la infraestructura de servicios quizás sea absorbido por el socio privado, trasladado a sus clientes o usuarios finales mediante aumentos de tarifa o recargos extraordinarios o absorbido total o parcialmente por la autoridad contratante o por otra autoridad pública por medio de subvenciones u otros tipos de pagos. Dada la diversidad de los factores que puede ser preciso tener en cuenta para evaluar la razonabilidad de cualquier ampliación concreta, conviene que el contrato de participación público-privada defina los supuestos en que se podrá exigir al socio privado que amplíe su infraestructura de servicios y el método apropiado para financiar el costo de esa ampliación.

3. Continuidad del servicio

95. Otra obligación de los proveedores de servicios públicos es garantizar la continuidad del servicio en casi todas las circunstancias, salvo en algunos casos excepcionales que se encuentran claramente definidos (véanse también los párrs. ...). En algunos ordenamientos jurídicos, se trata de una obligación legal que es exigible

aunque no figure expresamente en el contrato de participación público-privada. El corolario de esa norma, en los ordenamientos jurídicos en que existe, es que diversas circunstancias que, de conformidad con los principios generales del derecho contractual, podrían autorizar a una de las partes contratantes a suspender o interrumpir el cumplimiento de sus obligaciones (por ejemplo, dificultades económicas o incumplimiento de la otra parte) no podrán ser invocadas por el socio privado como motivo para la suspensión o interrupción, total o parcial, de la prestación de un servicio público. En algunos ordenamientos jurídicos, la autoridad contratante quizás tenga incluso facultades especiales para obligar al socio privado a reanudar la prestación del servicio en todo supuesto de interrupción que sea contrario a la ley.

96. Esta obligación está también sujeta a una norma general de equidad. Diversos ordenamientos jurídicos reconocen el derecho del socio privado a una indemnización justa por haber tenido que prestar el servicio en situaciones difíciles (véanse los párrs. ...). Además, en algunos ordenamientos jurídicos, se prevé que quien presta servicios públicos no podrá ser obligado a prestarlos cuando la explotación general del servicio arroje pérdidas. Cuando la explotación de un servicio público, tomada en su conjunto, y no solo considerando una o más de sus ramas o territorios, deja de ser rentable, el socio privado podrá tener derecho a una indemnización directa a cargo de la autoridad contratante o, como alternativa, a rescindir el contrato de participación público-privada. Sin embargo, esa rescisión requiere normalmente el consentimiento de la autoridad contratante o el dictado de una resolución judicial. En los ordenamientos jurídicos que admiten esta solución, es aconsejable aclarar en el contrato de participación público-privada cuáles son los supuestos extraordinarios que justificarían la suspensión del servicio o que incluso liberarían al socio privado de las obligaciones que le incumben en virtud del contrato de participación público-privada (véanse los párrs. ...; véase también el cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada”, párr. 34).

4. Igualdad del trato otorgado a los clientes o usuarios

97. En algunas jurisdicciones, las entidades que prestan determinados servicios al público en general tienen la obligación concreta de garantizar la disponibilidad del servicio en condiciones esencialmente iguales para todos los usuarios y clientes comprendidos en la misma categoría. Sin embargo, en esos ordenamientos jurídicos se aceptará toda distinción basada en una clasificación razonable y objetiva de los clientes y los usuarios, siempre que se presten los mismos servicios al mismo tiempo a todos los consumidores y usuarios que lleven a cabo actividades semejantes en circunstancias similares. En consecuencia, puede no ser incompatible con el principio de la igualdad de trato cobrar distintos precios u ofrecer diferentes condiciones de acceso a categorías diferentes de usuarios (por ejemplo, particulares, por una parte, y consumidores comerciales o industriales, por otra), siempre que la distinción se base en criterios objetivos y corresponda a diferencias reales en la situación de los consumidores o en las condiciones en que se les haya de prestar el servicio. No obstante, cuando una diferencia en el precio o en otras condiciones del servicio se funde en diferencias reales en el servicio prestado (por ejemplo, precios más altos por los servicios prestados en horas en que se registre un consumo máximo), esa diferencia normalmente deberá ser proporcional a la diferencia en que se base.

98. Además de las distinciones establecidas por el propio socio privado, la ley puede disponer que se otorgue un trato distinto a determinados usuarios o clientes. En muchos países, la ley exige que determinados servicios se presten en condiciones especialmente favorables a determinadas categorías de usuarios y clientes, por ejemplo, transporte con descuento para niños en edad escolar o ancianos o tarifas reducidas de agua o electricidad para usuarios rurales o de bajos ingresos. Los proveedores de servicios públicos podrán resarcirse de esas cargas o costos de diversas formas, por ejemplo, mediante subvenciones públicas, mediante fondos u otros mecanismos oficiales creados para distribuir la carga económica de esas obligaciones entre todos los proveedores de servicios públicos, o por medio de

subvenciones cruzadas de la propia empresa con fondos provenientes de sus servicios más rentables (véanse el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 42 a 44, y el cap. VII “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. ...).

5. Interconexión y acceso a redes de infraestructura

99. Las empresas que explotan redes de infraestructura en sectores como el transporte ferroviario, las telecomunicaciones o el suministro de electricidad o gas tienen que permitir a veces a otras empresas el acceso a la red. Esa obligación puede enunciarse en el contrato de participación público-privada o en las leyes o reglamentos específicos del sector. En algunos sectores de infraestructura se han introducido obligaciones de interconexión y acceso como complemento de las reformas estructurales en un sector determinado; en otros se han adoptado para fomentar la competitividad en sectores que seguían estando total o parcialmente integrados (para un breve examen de cuestiones sobre la estructura del mercado, véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. 21 a 46).

100. A menudo, se exige que las empresas que explotan redes faciliten el acceso en condiciones que sean justas y no discriminatorias tanto desde el punto de vista financiero como desde el punto de vista técnico. La no discriminación supone que el nuevo participante o proveedor de servicios debería poder utilizar la infraestructura de la empresa que explote la red en condiciones que no sean menos favorables que las que esa empresa otorgue en relación con sus propios servicios o los de otros proveedores competidores. Sin embargo, cabe señalar, por ejemplo, que muchos regímenes de acceso a oleoductos no requieren que las condiciones sean totalmente iguales para el transportista que para sus competidores. La obligación de dar acceso puede depender de que se cumplan ciertas exigencias. Así, por ejemplo, puede limitarse solo a la capacidad sobrante o estar sujeta a condiciones que no sean iguales, sino razonables.

101. Aunque la fijación de precios de acceso suele basarse en el costo, los organismos reguladores se reservan a menudo el derecho a vigilar las tarifas de acceso para garantizar que sean suficientemente altas para ofrecer incentivos adecuados para la inversión en la infraestructura necesaria y suficientemente bajas para que nuevos participantes puedan competir en condiciones justas. Cuando la empresa que explota la red presta servicios en competencia con otros proveedores, puede exigirse que sus actividades se separen de las otras desde el punto de vista contable, a fin de determinar el costo real que tiene la utilización por terceros de la red o de alguna de sus partes.

102. Las condiciones de acceso técnico pueden ser igualmente importantes, y se puede exigir a las empresas que explotan una red que la adapten en función de las necesidades de acceso de los nuevos participantes. El acceso puede ser a la red en su conjunto o a partes o sectores de la red sujetos a monopolio (en ocasiones denominados también infraestructuras críticas o esenciales). Muchas administraciones públicas permiten que los proveedores de servicios construyan su propia infraestructura o utilicen alguna infraestructura alternativa, si la hubiera. En estos casos, el proveedor de servicios quizás solo necesite obtener acceso a una pequeña parte de la red y, según muchas reglamentaciones, solo se le podrá obligar a pagar el costo correspondiente a la parte que necesite, por ejemplo, el costo correspondiente al circuito local de una red de telecomunicaciones, a la capacidad de transmisión para suministrar electricidad o al uso de cierto tramo de vía ferroviaria.

6. Obligación de informar y obligaciones relacionadas con la transparencia

103. El derecho interno impone a menudo a los proveedores de servicios públicos la obligación de facilitar a los organismos reguladores información exacta y oportuna sobre sus actividades y concede a los organismos reguladores ciertas facultades para asegurar el cumplimiento. Estas pueden consistir en investigaciones y auditorías, por ejemplo, una auditoría detallada del desempeño y del cumplimiento, sanciones por falta de cooperación y mandamientos judiciales o mecanismos de sanción para obtener información.

104. Se suele exigir a los proveedores de servicios públicos que lleven su contabilidad y estados financieros y los pongan a disposición del organismo regulador, y que lleven también una contabilidad detallada de los costos que permita a dicho organismo examinar por separado los diversos aspectos de las actividades de la empresa. Es posible que las operaciones financieras entre el socio privado y sus empresas afiliadas también deban examinarse, ya que el socio privado puede tratar de transferir beneficios a empresas no sometidas a regulación o a empresas afiliadas extranjeras. Asimismo, podría exigirse a las empresas explotadoras de infraestructura que presenten información técnica y de desempeño detallada. Sin embargo, por regla general, es importante definir razonablemente tanto el alcance como el tipo de información que se exigirá a las empresas explotadoras de infraestructura. Además, deberían adoptarse medidas apropiadas para proteger la confidencialidad de toda información de dominio privado que puedan facilitar al organismo regulador el socio privado y sus empresas afiliadas. Junto con la información que el socio privado podría tener que presentar a la autoridad contratante o los organismos reguladores, en aras de la transparencia y para probar que los pagos realizados al socio privado por su desempeño están justificados, la propia autoridad contratante podría estar obligada a publicar ciertos elementos de la evaluación del desempeño (véase el párr. 52, véanse también el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párr. ..., y el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párr. ...).

7. Facultad del socio privado para asegurar el cumplimiento de normas que facilitan la prestación del servicio

105. En países en que tradicionalmente se adjudican contratos de participación público-privada para la prestación de servicios públicos, el socio privado puede estar facultado para fijar normas que faciliten la prestación del servicio (por ejemplo, instrucciones para los usuarios o normas de seguridad), así como para adoptar medidas razonables para asegurar el cumplimiento de esas normas y suspender el servicio por motivos de emergencia o seguridad. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, esa facultad suele requerir una autorización general o incluso de carácter expreso del órgano legislativo. No obstante, en el contrato de participación público-privada se suele definir el alcance de las facultades otorgadas al socio privado, por lo que en general no es necesario regularlas detalladamente en la ley. Puede ser aconsejable disponer que las normas establecidas por el socio privado entren en vigor al ser aprobadas por el organismo regulador o la autoridad contratante, según proceda. Sin embargo, la facultad de aprobar las normas de funcionamiento propuestas por el socio privado no debería ser arbitraria y el socio privado debería poder recurrir contra toda decisión por la que se deniegue la aprobación de las normas propuestas (véase también el cap. I, “Marco jurídico e institucional general”, párrs. 49 y 50).

106. De especial importancia es la cuestión de si el socio privado puede interrumpir el servicio por incumplimientos o infracciones de los usuarios a pesar de tener la obligación general de garantizar la continuidad de la prestación de ese servicio (véanse los párrs. ... y ...). En muchos ordenamientos jurídicos, las entidades que prestan servicios públicos pueden dictar y aplicar normas que permitan la interrupción del servicio si el consumidor o usuario deja de abonarlo o 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, es posible que en algunos ordenamientos jurídicos esa facultad deba ser otorgada por ley, y su ejercicio puede estar sujeto a varias limitaciones o condiciones expresas o implícitas, por ejemplo, la exigencia de una notificación expresa y vías de recurso específicas para el consumidor. Puede haber, además, otras limitaciones y condiciones que deriven de la aplicación de la normativa general de protección del consumidor (véase el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 45 y 46).

J. Arreglos contractuales generales

107. En esta sección se analizan determinados arreglos contractuales que suelen figurar en los contratos de participación público-privada concertados en diversos sectores y que a menudo se reflejan en las cláusulas contractuales modelo utilizadas por las autoridades contratantes nacionales. Si bien los arreglos examinados en la presente sección son esencialmente de carácter contractual, pueden tener importantes repercusiones legislativas para el país anfitrión, en función de lo que disponga su ordenamiento jurídico.

1. Subcontratación

108. Dada la complejidad de los proyectos de infraestructura, el socio privado utiliza generalmente los servicios de uno o más contratistas de obras para realizar total o parcialmente las obras de construcción con arreglo al contrato de participación público-privada. El socio privado tal vez desee también recurrir a los servicios de contratistas con experiencia en la explotación y el mantenimiento de infraestructuras durante la etapa de explotación del proyecto. La legislación de algunos países suele reconocer el derecho del socio privado a suscribir los contratos que se necesiten para realizar las obras. En los países en que se limite la facultad de los contratistas públicos para subcontratar podría ser especialmente conveniente que se les reconociera dicha facultad en una disposición legislativa. Dependiendo del tipo de infraestructura construida o gestionada con arreglo al contrato de participación público-privada, la autoridad contratante tal vez desee saber quién está presente en los sitios de construcción en los que se realizan obras para ellos, o en que los contratistas proporcionan servicios, o en los edificios, infraestructuras o emplazamientos (como ayuntamientos, escuelas municipales, instalaciones deportivas, puertos o autopistas) de los que las autoridades contratantes sean responsables o que deban supervisar.

a) Selección de los subcontratistas

109. La libertad del socio privado para contratar subcontratistas está restringida en algunos países por normas que establecen la obligatoriedad de que los proveedores de servicios públicos recurran a la licitación y a procedimientos similares para poder adjudicar subcontratos. Con frecuencia esas normas legales fueron promulgadas en tiempos en que la explotación de la infraestructura estaba principal o exclusivamente a cargo de la administración pública, y la inversión del sector privado en infraestructura era escasa o solo marginal. La finalidad de esas normas era garantizar la economía, eficiencia, integridad y transparencia en la utilización de fondos públicos. Sin embargo, en el caso de las APP, esas disposiciones pueden desalentar la participación de posibles inversionistas, ya que los patrocinadores de los proyectos podrían considerar que esas normas son muy engorrosas o que restringen su flexibilidad para recurrir a subcontratistas.

110. Sin embargo, aun cuando no existan esas limitaciones expresas, la libertad del socio privado para seleccionar a sus subcontratistas no es ilimitada. La obligación del principal contratista de divulgar información relacionada con los subcontratistas siempre resulta aplicable, ya sea que se trate del proceso de licitación o de la etapa de construcción. En algunos países, el socio privado debe indicar en sus propuestas qué contratistas utilizará y facilitar información sobre su capacidad técnica, solvencia financiera y administración de la sociedad (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párr. ...). Otros países o bien exigen que esa información se facilite en el momento de concertar el contrato de participación público-privada o bien someten los contratos a examen y aprobación previos por la autoridad contratante. La transparencia en la cadena de subcontratación cumple varios propósitos. La autoridad contratante tiene interés en conocer a los subcontratistas y tener garantías de que cumplirán con las obligaciones aplicables en las esferas ambiental, social y laboral, así como con las medidas regulatorias ordenadas por los organismos de inspección laboral o de protección ambiental. La divulgación de información sobre los subcontratistas también permitiría a la autoridad contratante verificar que los

propios subcontratistas no se encuentren en ninguna de las situaciones que habrían impedido al socio privado participar en la licitación por el contrato de participación público-privada, lo que aseguraría que las empresas a las que se hubiera prohibido participar en procesos de licitación de contratos públicos (por ejemplo, por haber infringido leyes de lucha contra la corrupción o blanqueo de dinero, véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. ...) no sortearían esas restricciones legales ni se beneficiarían ilegalmente de un contrato público. La transparencia en la cadena de subcontratación también ayudaría a evitar conflictos de intereses entre la autoridad contratante y los subcontratistas, por ejemplo, en los casos en que las personas o empresas que tengan una relación vicaria no deseable con funcionarios de la autoridad contratante posean acciones u otro tipo de interés en un subcontratista. También pueden darse posibles conflictos de intereses entre la sociedad del proyecto y sus accionistas, una cuestión que interesará también normalmente a los prestamistas, que quizá deseen asegurarse de que los contratistas de la sociedad del proyecto no reciban una remuneración excesiva. En cualquier caso, si se considera necesario que la autoridad contratante esté facultada para examinar y aprobar los subcontratos de la sociedad del proyecto, en el contrato de participación público-privada deberían definirse claramente la finalidad de esos procedimientos de examen y aprobación y las circunstancias en que la autoridad contratante podrá denegar su aprobación. Por regla general, el alcance de las facultades de examen delegadas a la autoridad contratante debería limitarse y la aprobación no debería denegarse a menos que se estime que los subcontratos contienen disposiciones manifiestamente contrarias al interés público (por ejemplo, disposiciones que prevén pagos excesivos a los subcontratistas o limitaciones no razonables de su responsabilidad, pruebas de corrupción) o los subcontratistas no cumplen con las normas imperativas de derecho público que se apliquen a la ejecución de las APP en el país anfitrión (como las leyes ambientales, sociales y laborales internacionales o nacionales). En otras palabras, es importante que toda limitación impuesta a la autoridad pública respecto de la elección del socio privado se aplique también a la elección de subcontratistas por parte del socio privado.

b) Ley aplicable

111. Es habitual que el socio privado y sus contratistas elijan una ley que les sea familiar y que, en su opinión, regule adecuadamente las cuestiones a que se refiere su contrato. Según el tipo de contrato, se 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 contra los defectos o la no conformidad del equipo. A su vez, el socio privado podrá convenir en la aplicación de las leyes del país anfitrión en lo referente a los contratos celebrados con sus clientes locales.

112. El derecho interno en materia de APP rara vez contiene disposiciones acerca de la ley aplicable a los contratos celebrados por el socio privado. De hecho, la mayoría de los países no han hallado razones de peso para elaborar disposiciones específicas relativas a la ley aplicable a los contratos entre el socio privado y sus contratistas. Por lo tanto, en la mayoría de los países esos contratos se rigen por la ley a que se haga referencia en la cláusula sobre la ley aplicable que figure en el contrato suscrito por las partes o a las normas aplicables de derecho internacional privado. Sin embargo, cabe señalar que en algunos ordenamientos jurídicos la libertad que tienen las partes para elegir el derecho aplicable a su contrato y demás relaciones jurídicas entre ellas está sujeta a condiciones y restricciones de derecho internacional privado o a ciertas disposiciones de derecho público del país anfitrión. Por ejemplo, los Estados partes 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 los proveedores de servicios públicos y sus contratistas. Si bien las normas de derecho internacional privado a menudo dan a las partes considerable autonomía para elegir la ley aplicable a los contratos comerciales, en algunos países esa autonomía no existe para los contratos y las relaciones jurídicas

que no sean propiamente comerciales, por ejemplo, ciertos contratos concertados por las autoridades públicas del país anfitrión (como garantías y promesas de la administración pública o compromisos de una autoridad pública de comprar electricidad o de suministrar combustible), ni para los contratos con consumidores. La elección de la ley extranjera aplicable a los contratos celebrados entre el socio privado y sus subcontratistas no debería liberarlos de la obligación de cumplir con las leyes imperativas nacionales que rijan la construcción o la explotación de la infraestructura (como las leyes y reglamentaciones ambientales, laborales o de seguridad).

113. En algunos casos, se han incluido en la legislación nacional disposiciones para aclarar, si procede, que los contratos celebrados entre el socio privado y sus contratistas se regirán por el derecho privado y que los contratistas no son mandatarios de la autoridad contratante. En algunos países, una disposición de ese tipo puede tener varias consecuencias prácticas, por ejemplo, que la autoridad contratante no será subsidiariamente responsable por los actos de los subcontratistas ni habrá obligación por parte de la entidad pública competente de indemnizar a los empleados del subcontratista por enfermedades, lesiones o muertes relacionadas con su trabajo.

2. Responsabilidad frente a los usuarios y terceros

114. Toda deficiencia en la construcción o explotación de una infraestructura puede causar la muerte o lesiones a los empleados del socio privado, los usuarios de la infraestructura u otros terceros, y ocasionarles daños en sus bienes. Las cuestiones relativas a la indemnización pagadera a terceros en tales casos son complejas y podrían no regirse por el régimen de la ley aplicable al contrato de participación público-privada en materia de responsabilidad contractual, sino por el régimen de derecho aplicable en materia de responsabilidad extracontractual, que suele ser de aplicación obligatoria. Además, en algunos ordenamientos jurídicos existen normas especiales de carácter imperativo sobre la responsabilidad extracontractual de las autoridades públicas que pueden ser aplicables a la autoridad contratante, en particular cuando la APP realice actividades del ámbito de los servicios públicos. Por otro lado, el contrato de participación público-privada no podrá limitar la responsabilidad del socio privado ni de la autoridad contratante de indemnizar a terceros que no sean partes en el contrato de participación público-privada. Por consiguiente, es aconsejable que la autoridad contratante y el socio privado prevean la distribución de los riesgos entre ellos en lo que respecta a los daños y perjuicios pagaderos a terceros en casos de fallecimiento, lesiones o daños a sus bienes, siempre que esa distribución no esté sujeta a la aplicación de normas imperativas. También es aconsejable que las partes se aseguren contra dichos riesgos (véanse los párrs. 128 y 129).

115. Si un tercero sufre lesiones personales o daños en sus bienes de resultas de la construcción o explotación de la infraestructura y presenta una demanda contra la autoridad contratante, la ley puede disponer que el socio privado será el único responsable de ello y que la autoridad contratante no debería asumir responsabilidad alguna ante las reclamaciones de terceros, salvo cuando los daños hayan sido causados por incumplimiento grave o por imprudencia temeraria de la autoridad contratante. En particular, podría resultar útil disponer que ni la mera aprobación del diseño o especificaciones de la infraestructura por la autoridad contratante, ni su aceptación de las obras, ni su autorización final de explotación de la infraestructura o 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 la construcción o explotación de la infraestructura o de la deficiencia en el diseño o en las especificaciones aprobadas. Además, dado que las cláusulas por las que se distribuya la responsabilidad tal vez no puedan hacerse valer frente a terceros de conformidad con el derecho aplicable, puede ser aconsejable que el contrato de participación público-privada estipule que la autoridad contratante deberá ser protegida e indemnizada contra las demandas por daños y perjuicios

presentadas por terceros que hayan sufrido lesiones personales o daños en sus bienes como consecuencia de la construcción o explotación de la infraestructura.

116. El contrato de participación público-privada debería prever asimismo que las partes se informarán mutuamente de toda demanda o proceso que se haya entablado o que se prevea que se entable contra ellas y respecto de los cuales la autoridad contratante tenga derecho a quedar indemne y se prestarán mutua ayuda en la defensa de esas demandas o procesos, en la medida en que lo permita la ley del país en donde se incoen.

3. Garantías de buena ejecución y seguros

117. Las obligaciones del socio privado 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 asociados a las etapas de construcción (véanse los párrs. ...) y explotación (véanse los párrs. ...). El derecho interno de algunos países requiere en general que el socio privado dé garantías adecuadas de buena ejecución y remite al contrato de participación público-privada en cuanto a los detalles. En otros países, el régimen legal es más detallado, al exigir, por ejemplo, que se constituya cierto tipo de garantía para cubrir hasta un porcentaje determinado de la inversión básica.

a) Tipos, funciones y naturaleza de las garantías de buena ejecución

118. Las garantías de buena ejecución son en general de dos tipos. Conforme al primero de ellos, la garantía pecuniaria de buena ejecución, el garante se compromete solo a abonar a la autoridad contratante una suma, hasta un límite determinado, a fin de cubrir la responsabilidad del socio privado en el caso de que este incumpla el contrato. Las garantías pecuniarias de buena ejecución pueden adoptar la forma de una fianza contractual, de una carta de crédito contingente o de una garantía pagadera a su reclamación⁵. Conforme al segundo tipo de garantía, la fianza de buena ejecución, el garante elige entre dos opciones: a) rectificar una obra defectuosa o terminar una obra incompleta o b) buscar a otro contratista que rectifique la obra defectuosa o termine la 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 una fianza de buena ejecución, el garante también se reserva a menudo la posibilidad de cumplir esa obligación únicamente mediante el pago de una suma de dinero a la autoridad contratante. Las fianzas de buena ejecución suelen ser emitidas por entidades especializadas, como las compañías de garantías y seguros. Una modalidad especial de fianza de buena ejecución es la fianza de mantenimiento, que protege a la autoridad contratante contra futuros fallos que pudieran producirse durante la etapa inicial o de mantenimiento y garantiza que el socio privado realizará debidamente y a su cargo toda reparación o trabajo de mantenimiento necesario durante el período de garantía contractual posterior a la conclusión de las obras.

119. Por lo que se refiere a su naturaleza, las garantías de buena ejecución pueden dividirse en general en garantías independientes y garantías accesorias. Se dice que una garantía es “independiente” cuando la obligación del garante es independiente de las obligaciones del socio privado en virtud del contrato de participación público-privada. Con arreglo a una garantía independiente (a menudo denominada “garantía pagadera a la primera reclamación”) o a una carta de crédito contingente, el garante o emisor se obliga a pagar si lo solicita el beneficiario, y este tendrá derecho a reclamar el pago de la garantía si presenta el documento o los documentos estipulados en las cláusulas de la garantía o de la carta de crédito contingente. Esa documentación

⁵ Para obtener más información sobre garantías pagaderas a su reclamación, véanse las Reglas Uniformes relativas a las Garantías Pagaderas a su Reclamación de la Cámara de Comercio Internacional (RUG 758) revisadas en 2010 y aprobadas por la CNUDMI en su 44º período de sesiones; Asamblea General, *Documentos Oficiales, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (párrs. 247 a 249).

puede ser simplemente una declaración del beneficiario de que el contratista ha incumplido el contrato. El garante o emisor 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 accesoria cuando la obligación del garante entraña algo más que el mero examen de una reclamación documental del pago, ya que el garante puede tener que evaluar las pruebas de la responsabilidad del contratista en caso de incumplimiento del contrato de obras. La naturaleza del vínculo puede variar según el tipo de garantía y puede incluir la necesidad de demostrar la responsabilidad del contratista en un procedimiento arbitral. Por su naturaleza, las fianzas de buena ejecución tienen carácter accesorio con respecto al contrato subyacente.

b) Ventajas y desventajas de los diversos tipos de garantía de buena ejecución

120. Desde la perspectiva de la autoridad contratante, las garantías de buena ejecución pecuniarias pueden ser especialmente útiles para cubrir los gastos adicionales que pueda haber tenido que realizar la autoridad contratante como consecuencia de la demora o el incumplimiento del socio privado. Estas garantías pueden servir también de instrumento para ejercer presión sobre el socio privado a fin de que termine las obras a tiempo y cumpla sus obligaciones restantes de conformidad con los requisitos del contrato de participación público-privada. Sin embargo, el importe de las garantías suele ser solo una 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 socio privado o de sus contratistas.

121. 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 emiten garantías de buena ejecución pecuniarias, especialmente los bancos, prefieren las garantías pagaderas a la primera reclamación, ya que sus condiciones son claras en lo que se refiere al momento en que nace la obligación de pagar. De este modo, los garantes no se verán envueltos en controversias entre la autoridad contratante y el socio privado sobre si se ha producido o no incumplimiento a tenor del contrato de participación público-privada. Otra ventaja para el banco que emite una garantía pagadera a la primera reclamación es que su mecanismo permitirá recuperar rápida y eficientemente la suma abonada en virtud de dicha garantía al estar previsto el acceso directo del banco a los bienes del socio privado.

122. Para la autoridad contratante, beneficiarse de una garantía pagadera a la primera reclamación o de una carta de crédito contingente tiene el inconveniente de que estos instrumentos pueden elevar el costo global del proyecto, ya que el socio privado se verá obligado normalmente a negociar y constituir una cuantiosa contragarantía a favor de las instituciones que otorguen esa garantía o esa carta de crédito. Además, el socio privado que ofrezca esa forma de garantía quizá desee contratar un seguro que lo proteja del riesgo de que la autoridad contratante exija el pago haciendo valer la garantía o la carta de crédito sin que, de hecho, el socio privado haya incumplido el contrato, y el costo de ese seguro se sumará al costo del proyecto. Es posible también que el socio privado contabilice en el costo del proyecto el costo previsto de toda demanda que pueda tener que presentar contra la autoridad contratante para obtener el reembolso de la suma indebidamente reclamada.

123. Para el socio privado, 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 socio privado haya incumplido el contrato, este sufrirá una pérdida inmediata cuando el garante o el emisor de la carta de crédito se resarza con bienes del socio privado tras haber pagado a la autoridad contratante. El socio privado

también puede tropezar con dificultades y demoras al tratar de recuperar de la autoridad contratante la suma indebidamente reclamada.

124. Las condiciones de una garantía accesoria exigen normalmente que el beneficiario demuestre el incumplimiento del contratista y la cuantía de la pérdida sufrida. Además, el garante dispondrá asimismo de todo recurso que pueda oponer el deudor si se le demanda por incumplimiento del contrato. Por ello, existe el riesgo de que la autoridad contratante se exponga a una larga controversia tras reclamar el pago de la fianza. En la práctica, ese riesgo podrá reducirse, por ejemplo, si la reclamación del pago se rige por un procedimiento como el previsto en el artículo 7 j) i) de las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional⁶. El artículo 7 j) i) de las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales prevé que, incluso en los casos de controversia o diferencia entre el afianzado y el beneficiario en relación con el cumplimiento del contrato o de cualquier obligación contractual, se considerará probado el incumplimiento a los efectos del pago de una fianza contractual ante la emisión de un certificado de incumplimiento por parte de un tercero (que podrá ser, aunque no necesariamente, un arquitecto, un ingeniero o un árbitro independientes), si así lo estipula la fianza, y la entrega al garante de dicho certificado o de una copia compulsada de este. De adoptarse tal procedimiento, la autoridad contratante podrá obtener el pago de la fianza contractual aun cuando el socio privado impugne su derecho a percibir tal pago.

125. Como reflejo del menor riesgo que corre el garante, el límite pecuniario de la responsabilidad del garante podrá ser considerablemente superior al de una garantía pagadera a la primera reclamación, con lo que se cubriría un porcentaje mayor de las obras previstas en el contrato de participación público-privada. Una fianza de buena ejecución puede ser también ventajosa si la autoridad contratante no consigue organizar convenientemente la rectificación de los defectos o la conclusión de las obras y ha de procurarse la asistencia de un tercero para hacerlo. Ahora bien, cuando las obras requieran la utilización de una tecnología que solo conozca el socio privado, tal vez no sea viable que un tercero rectifique los defectos o concluya las obras, en cuyo caso la fianza de cumplimiento podría no tener la ventaja recién mencionada respecto de una garantía de buena ejecución pecuniaria. Para el socio privado, las garantías accesorias tienen la ventaja de mantener su capacidad de endeudamiento, dado que las garantías accesorias, a diferencia de las garantías pagaderas a la primera reclamación y de las cartas de crédito contingente, no afectan la línea de crédito del socio privado con respecto a los prestamistas.

126. De todo ello se deduce que los diversos tipos de garantía pueden ser útiles en función de las diversas obligaciones asumidas por el socio privado. Aunque sea conveniente exigir al socio privado que ofrezca garantías de 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 socio privado, en lugar de exigir por ley cierta forma de garantía con exclusión de otras. Cabe señalar que la propia sociedad del proyecto exigirá una serie de garantías de buena ejecución a sus contratistas (véanse los párrs. 109 y 110) y que, por lo general, toda garantía adicional exigida por la autoridad contratante aumentará el costo global y la complejidad del proyecto. En algunos países, en las orientaciones prácticas que se proporcionan a las autoridades contratantes se les aconseja que examinen detenidamente si se necesitarán garantías y, de ser así, en qué circunstancias, cuáles son los riesgos o pérdidas específicos que deberían cubrirse y cuál es la garantía adecuada para cada caso. La capacidad de la sociedad del proyecto para obtener financiación para este podría verse comprometida por la exigencia de un nivel de garantía excesivo.

⁶ El texto original de las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales se reproduce en su versión inglesa en el documento [A/CN.9/459/Add.1](#).

c) Duración de las garantías

127. Un problema que afecta específicamente a las APP es la duración de la garantía. La autoridad contratante puede tener interés en obtener una garantía de buena ejecución válida para toda la vida del proyecto y que cubra tanto la etapa de construcción como la de explotación. Sin embargo, dada la larga duración de los proyectos de infraestructura y la dificultad de evaluar los diversos riesgos que pueden surgir, puede ser problemático para el garante otorgar una fianza de buena ejecución por toda la duración del proyecto o bien obtener un reaseguro del riesgo cubierto por la fianza de buena ejecución otorgada. En la práctica, el problema se complica por las cláusulas que estipulan que la no renovación de una fianza de buena ejecución constituye un motivo para reclamar su pago, por lo que permitir simplemente que la sociedad del proyecto otorgue fianzas por períodos más breves puede no ser una solución satisfactoria. Una posible solución, utilizada en algunos países, es exigir fianzas separadas para las etapas de construcción y de explotación, lo que permite evaluar mejor los riesgos y las perspectivas de reaseguro. Este sistema puede mejorarse definiendo exactamente el riesgo que ha de cubrirse durante el período de explotación, lo que permite evaluar mejor los riesgos y disminuir el importe total de la fianza. Otra posibilidad que puede considerar la autoridad contratante es exigir garantías de buena ejecución para ciertas etapas decisivas y no por toda la duración del proyecto. Por ejemplo, podría exigirse una fianza que abarcara toda la etapa de construcción e incluyese un período apropiado tras su conclusión a fin de cubrir los posibles vicios ocultos. Esa fianza se podría sustituir entonces por otra que cubriera un número apropiado de años de explotación, lo que daría margen para que la sociedad del proyecto demostrase su capacidad de explotación de la infraestructura conforme a las normas exigidas. Si el desempeño de la sociedad del proyecto es satisfactorio, cabría renunciar a exigir una fianza por el resto de la etapa de explotación, hasta cierto período previo al término del período de vigencia del contrato de participación público-privada, momento en el que se podría exigir a la sociedad del proyecto otra fianza para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones de entrega de bienes y otras medidas para la liquidación ordenada del proyecto, según proceda (véase el cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada”, párrs. 50 a 62).

d) Planes de seguros

128. Los planes de seguros para APP suelen variar según la etapa a la que se apliquen, y determinados tipos de seguros solo se tomarán durante ciertas etapas del proyecto. El socio privado podrá tomar en su propio interés algunas formas de seguro, como el seguro de interrupción de la actividad, mientras que otras le serán exigidas por el derecho interno del país anfitrión. Entre las formas de seguro que suelen ser exigidas por ley cabe citar el seguro de daños a la infraestructura, el seguro de responsabilidad civil, el seguro de accidentes laborales y el seguro de contaminación y daños medioambientales.

129. Las pólizas de seguro legalmente obligatorias en el país anfitrión a menudo deben suscribirse con una compañía aseguradora local u otra entidad autorizada para operar en el país, lo que en algunos casos plantea varias dificultades de índole práctica. En algunos países, el tipo de cobertura normalmente ofrecido puede ser más reducido que la cobertura habitualmente ofrecida en el mercado internacional, en cuyo caso el socio privado puede quedar expuesto a determinados riesgos que excedan de su capacidad de autoseguro. Ese riesgo es particularmente grave en relación con el seguro de daños medioambientales. Otra dificultad que puede plantearse en algunos países es que la capacidad limitada de las aseguradoras locales para reasegurar los riesgos en los mercados internacionales de seguros y reaseguros obliga a menudo a la sociedad del proyecto a tomar un seguro adicional fuera del país, lo que eleva el costo global de financiación del proyecto.

4. Cambios de circunstancias

130. Dado que la duración de las APP suele ser larga, muchas de las circunstancias que influyen en el proyecto pueden cambiar. Es posible que las repercusiones de muchos de esos cambios queden automáticamente resueltas en el contrato de participación público-privada, ya sea mediante algún arreglo financiero, como una cláusula de indexación de la tarifa (véanse los párrs. 43 a 50), o la asunción de ciertos riesgos por una de las partes, expresamente o por exclusión (por ejemplo, si 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 socio privado). Sin embargo, la inclusión de algunos de esos cambios en un mecanismo de ajuste automático puede no ser factible, o las partes pueden preferir excluir la posibilidad de ajuste automático y permitir que las partes modifiquen el contrato de mutuo acuerdo cuando convengan en que las circunstancias así lo requieren. Aunque por lo general se considera una buena práctica que el contrato de participación público-privada contenga mecanismos de ajuste a largo plazo que supriman la necesidad de renegociar el contrato, no se aconseja que el legislador trate de formular una lista de todas las circunstancias en que resulta pertinente el ajuste automático del contrato. Los apartados a) y b) tratan situaciones que a menudo llevan a cambiar el contrato, con independencia de que tal cambio resulte de un mecanismo automático (ajuste), de la negociación entre las partes (modificación) o de un mecanismo externo, como la solución de controversias (adaptación). Desde la perspectiva del legislador, hay dos categorías específicas que merecen particular atención: los cambios legislativos o reglamentarios y los cambios inesperados de la coyuntura económica.

a) Cambios legislativos y reglamentarios

131. Dada la larga duración de las APP, el socio privado puede encontrarse con costos adicionales al cumplir sus obligaciones emanadas del contrato de participación público-privada debido a cambios imprevistos en la legislación aplicable a sus actividades. En casos extremos, la legislación podría incluso imposibilitar financiera o físicamente la continuación del proyecto por el socio privado. A efectos de examinar la respuesta apropiada a esos cambios legislativos, puede ser útil distinguir entre cambios legislativos que afecten particularmente a las APP o a un proyecto concreto, por un lado, y cambios legislativos generales que afecten también a otras actividades económicas y no solo a la explotación de la infraestructura, por otro.

132. Todas las entidades empresariales, tanto del sector público como del privado, están expuestas a cambios en la normativa aplicable y, en general, deben afrontar las consecuencias que esos cambios puedan tener para sus actividades, incluida su repercusión en los precios o en la demanda de sus productos. Entre los ejemplos cabría citar: 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; reglamentaciones relativas a la salud y la seguridad de los trabajadores de la construcción aplicables a todos los proyectos de esta índole y no solo a los de infraestructura; y cambios en las reglamentaciones relativas a la eliminación de sustancias peligrosas. Los cambios generales de la legislación pueden considerarse un riesgo empresarial ordinario y no un riesgo específico de las actividades del socio privado, y puede ser difícil para la administración pública comprometerse a proteger a las empresas explotadoras de infraestructura frente a las consecuencias económicas y financieras de los cambios legislativos que afecten por igual a otras entidades empresariales. Lo anterior es particularmente cierto en los casos en que la APP depende de una autoridad local que no está sometida a la supervisión directa de la administración central, la cual mantiene la facultad de regular el sector en cuestión. Por consiguiente, puede no haber una razón aparente por la que el socio privado no deba afrontar las consecuencias de los riesgos legislativos generales, incluido el de que sus costos aumenten como resultado de cambios legislativos aplicables a todo el sector empresarial.

133. Cuando el contrato de participación público-privada prevea mecanismos de control de las tarifas, el socio privado tratará de que la autoridad contratante y del organismo regulador, según proceda, le ofrezcan garantías de que se le permitirá resarcirse de todo costo adicional imputable a cambios en la legislación elevando la tarifa. Cuando eso no sea posible, es aconsejable facultar a la autoridad contratante para negociar con el socio privado la indemnización a que este podrá tener derecho en el supuesto de que las medidas de control de la tarifa no le permitan resarcirse plenamente del costo adicional imputable a algún cambio legislativo general. Es aconsejable incluir esta hipótesis económica y financiera en los documentos preparatorios elaborados en la etapa de planificación (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...) y en el documento contractual.

134. La situación es distinta cuando los costos del socio privado aumentan como consecuencia de un cambio legislativo específico que afecta al proyecto en cuestión, a una clase de proyectos similares o a las APP en general. Esos cambios no pueden considerarse riesgos empresariales ordinarios y pueden alterar de forma significativa los supuestos económicos o financieros en que se basó la negociación del contrato de participación público-privada. Por ello, la autoridad contratante acepta a menudo asumir el costo adicional resultante de toda ley específica que afecte al proyecto en cuestión, una clase de proyectos similares o las APP en general. Por ejemplo, en los proyectos de autopistas, la legislación que afecte a un proyecto de carretera determinado, a la empresa explotadora de la carretera o a esa clase de proyectos de explotación privada de carreteras podría dar lugar a un reajuste de las tarifas con arreglo a la cláusula pertinente del contrato de participación público-privada. Cuando la APP incluye inversión extranjera, el socio privado tal vez pueda también recurrir a los mecanismos de solución de controversias previstos en un tratado de promoción o protección de las inversiones que sea aplicable (véase el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párr. ...).

b) Cambios en la coyuntura económica

135. Algunos ordenamientos jurídicos tienen normas que permiten modificar el contrato de participación público-privada en función de los cambios que se produzcan en la coyuntura económica o financiera que, sin impedir el cumplimiento de las obligaciones contractuales de una de las partes, lo hagan financieramente más arriesgado en comparación con la previsión inicial en el momento en que se concertó el contrato de participación público-privada. En algunos ordenamientos jurídicos, la posibilidad de modificar las condiciones del acuerdo suele estar implícita en todo contrato público o está expresamente prevista en la legislación pertinente. En algunos países los tribunales pueden exigir que se modifique el contrato. Al mismo tiempo, es importante velar por que estas teorías jurídicas generales no se traduzcan en responsabilidades indefinidas para las autoridades contratantes.

i) Circunstancias que llevan a la modificación del contrato

136. Las consideraciones financieras y económicas pertinentes a la inversión del socio privado se negocian a la luz de hipótesis basadas en las circunstancias del momento en que se negoció el contrato y de expectativas razonables de las partes sobre la evolución de esas circunstancias durante la vida del proyecto. En cierta medida, en las hipótesis económicas y financieras de los documentos de licitación expedidos por la autoridad contratante y en la asunción de las propuestas financieras presentadas por los licitantes suelen incluirse las proyecciones de los parámetros económicos y financieros, e incluso a veces un cierto margen de riesgo (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párr. 68). No obstante, pueden producirse hechos que las partes no podían haber previsto razonablemente cuando se negoció el contrato de participación público-privada y que, de haberse tenido en cuenta, se habrían traducido en otra distribución de los riesgos o en un tratamiento distinto de la inversión del socio privado. Dada la larga duración de los proyectos de infraestructura, es importante prever mecanismos para hacer frente a las consecuencias financieras y económicas de estos hechos. En algunos países, se han

aplicado normas relativas a la modificación de los contratos 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 los trastornos que se derivarían del incumplimiento del socio privado. Sin embargo, esas normas pueden tener también algunas desventajas, especialmente desde el punto de vista de la administración pública.

137. Como ocurre con los cambios legislativos generales, los cambios en la coyuntura económica son riesgos a que están expuestas la mayoría de las entidades empresariales si no pueden recurrir a una garantía pública general que las proteja de los efectos económicos y financieros de esos cambios. Si la autoridad contratante asume sin reservas la obligación de indemnizar al socio privado por todo cambio en la coyuntura económica, una parte sustancial de los riesgos comerciales inicialmente asignados al socio privado puede revertir en el sector público, creándole una obligación financiera indefinida. Además, hay que señalar que el nivel de las tarifas propuesto y los rasgos esenciales de la distribución de los riesgos son factores importantes e incluso decisivos en la selección del socio privado (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...). El abuso de la renegociación del proyecto da pie 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 razonables a las modificaciones del contrato de participación público-privada por razón de cambios en la coyuntura económica que estén permitidas conforme a las disposiciones legales o cláusulas contractuales.

138. Sería aconsejable estipular en el contrato de participación público-privada que, para que un cambio de circunstancias justifique la modificación del contrato, ese cambio deberá estar fuera del control del socio privado y ser de naturaleza tal que no sea razonable esperar que el socio privado lo tuviera en cuenta al negociar el contrato o que, en su momento, pudiera haber evitado o superado sus consecuencias. Por ejemplo, no cabría esperar que la empresa que explota una carretera de peaje en régimen de concesión exclusiva tenga en cuenta y asuma el riesgo de un descenso del tráfico imputable a la apertura ulterior de una carretera alternativa de uso gratuito por una entidad distinta de la autoridad contratante. Sin embargo, sí cabría esperar que un socio privado considere la posibilidad de 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 modificar el contrato de participación público-privada.

139. Puede ser conveniente también que el contrato de participación público-privada prevea que, para atender una solicitud de modificación del contrato, hará falta que los cambios en la coyuntura económica o financiera aducidos representen cierto valor mínimo en proporción al costo total del proyecto que se defina en los documentos de licitación (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. ...) o a los ingresos del socio privado. Esta regla de mínimo exigible podría resultar útil para evitar tener que abrir engorrosas negociaciones de reajuste en el caso de pequeños cambios, mientras estos no se acumulen y en conjunto representen una cifra importante. En algunos países, hay normas que fijan un límite para el número total de revisiones periódicas del contrato de participación público-privada. La finalidad de esas normas es evitar que se abuse del mecanismo de revisión para obtener un balance financiero global que no guarde relación con el previsto en el contrato original. Sin embargo, desde la perspectiva del socio privado y de los prestamistas, ese límite puede exponerlos a un riesgo considerable en el supuesto de que, por ejemplo, los costos aumenten espectacularmente como consecuencia de un cambio extraordinariamente radical de las circunstancias. Por ello, es preciso examinar detenidamente la conveniencia y la magnitud de ese límite.

ii) *Gama de modificaciones contractuales admitidas*

140. Las autoridades contratantes deberían tener la posibilidad de prever modificaciones del contrato de participación público-privada dentro de unos límites razonables. Lo mejor que pueden hacer las partes a tal fin es insertar en el contrato de participación público-privada cláusulas específicas sobre la revisión o el derecho de opción en las que se establezcan, por ejemplo, mecanismos claros para reajustar o indexar los precios (véanse los párrs. ... *supra*) o se determine con precisión el alcance de otras adaptaciones del contrato que se requieran a la luz de las dificultades técnicas que surjan durante la explotación de la infraestructura, como intervenciones de mantenimiento extraordinarias que pudieran ser necesarias para garantizar que se siga prestando un determinado servicio público (véanse los párrs. ... *infra*).

141. Además de las modificaciones previstas en un mecanismo de variación, indexación o ajuste convenido en el contrato, las autoridades contratantes también pueden hacer frente a circunstancias externas que no estaban previstas inicialmente en el momento en que adjudicaron el contrato de participación público-privada. Puede ser aconsejable permitir modificaciones contractuales que garanticen en todo momento la sostenibilidad económica y práctica de un contrato de participación público-privada cuando el cumplimiento del contrato existente se haga considerablemente más oneroso por acontecimientos o novedades que la autoridad contratante no haya podido prever a pesar de haber preparado de forma razonablemente diligente la adjudicación inicial, teniendo en cuenta la naturaleza y las características del proyecto específico y las buenas prácticas en el ámbito correspondiente. No obstante, también debería limitarse al mismo tiempo el derecho de las partes a modificar el contrato para evitar situaciones en las que la modificación prevista produzca una alteración fundamental de la naturaleza del contrato en su conjunto. Esto podría suceder, por ejemplo, si las partes sustituyeran las obras que han de ejecutarse o los servicios que han de prestarse por algo diferente o cambiaran fundamentalmente el tipo de acuerdo de participación público-privada (es decir, transformándolo de una alianza público-privada que realiza sus actividades bajo la modalidad de concesión en un acuerdo de reparto de riesgos que entraña importantes pagos directos por cuenta de la autoridad contratante).

142. La razón para evitar modificaciones sustantivas del contrato es garantizar la transparencia, la integridad y la economía en la adjudicación y gestión de los contratos de participación público-privada. De hecho, al menos hipotéticamente, el resultado del proceso de adjudicación del contrato podría haber sido diferente si en el momento de la licitación se hubieran conocido o previsto las condiciones que posteriormente se modificaron, de modo que quizás otro licitante podría haber presentado una propuesta más ventajosa que la efectivamente seleccionada, en el sentido de aportar una mayor rentabilidad general a la autoridad contratante. Por principio, la legislación debería exigir que tenga lugar un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato cuando se hagan cambios sustantivos al contrato inicial, especialmente en cuanto al alcance y el contenido de los derechos y las obligaciones de las partes o cualquier modificación de la distribución de los riesgos contemplada inicialmente.

143. No obstante, debería ser posible modificar el contrato de participación público-privada efectuando algún cambio leve en el valor del contrato hasta un determinado nivel sin tener que llevar a cabo un nuevo procedimiento de adjudicación. A tal fin, y con miras a garantizar la seguridad jurídica, la legislación podría prever niveles máximos por encima de los cuales solo sería posible modificar un contrato de participación público-privada en casos excepcionales y previstos expresamente. Con miras a fijar el umbral máximo por encima del cual sería necesario adjudicar un nuevo contrato, la legislación podría remitir al valor actual del contrato de participación público-privada definido en los documentos de licitación (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. ...). Un ejemplo de caso excepcional en que podría modificarse un contrato sería la necesidad de atender las solicitudes de una autoridad contratante en relación con obligaciones medioambientales, de seguridad y de otra índole previstas en la legislación que podrían evolucionar con el tiempo. Otro ejemplo podría ser la necesidad de refinanciar el contrato de participación

público-privada. Esa situación no es inusual en proyectos de participación público-privada de gran envergadura, por lo que la administración pública tal vez desee facilitar arreglos financieros que permitan que el proyecto prosiga.

144. A fin de evitar que se eluda el umbral máximo establecido, la legislación también podría disponer que, en caso de realizarse modificaciones sucesivas, el valor debería evaluarse sobre la base del valor acumulado neto de las modificaciones sucesivas. Ese cálculo acumulado puede aplicarse únicamente durante un período determinado y no durante todo el período de vigencia del contrato de participación público-privada.

5. Impedimentos exonerantes

145. Durante la vida del proyecto de infraestructura pueden ocurrir hechos que impidan que una de las partes cumpla sus obligaciones contractuales. Los hechos que ocasionan ese impedimento son normalmente ajenos al control de las partes y pueden ser de naturaleza física, como un desastre natural, o consecuencia de actos humanos, como guerras, disturbios o atentados terroristas. Muchos ordenamientos jurídicos reconocen en general que una parte que incumpla una obligación contractual por haber ocurrido ciertos tipos de hechos quedará exonerada de las consecuencias de ese incumplimiento. Este concepto, a veces denominado “fuerza mayor”, es de larga data y tiene una definición clara, lo cual acarrea importantes consecuencias para las partes en el contrato de participación público-privada.

a) Definición de los impedimentos exonerantes

146. Los impedimentos exonerantes tienen una doble vertiente: consisten por lo general en hechos que escapan al control de una de las partes y no le permiten cumplir su obligación y que esa parte no puede superar pese a ejercer la diligencia debida. Entre los ejemplos más comunes se citan los siguientes: 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 infraestructura, 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 laborales de alcance excepcional.

147. Algunas leyes se refieren solo en términos generales a los impedimentos exonerantes, mientras que otras contienen listas detalladas de circunstancias que eximen a las partes del cumplimiento del contrato de participación público-privada. Esta última técnica puede servir para garantizar un trato coherente de todos los proyectos desarrollados con arreglo a la legislación pertinente, evitando así que un socio privado obtenga una distribución de los riesgos más favorable que la prevista en otros contratos de participación público-privada. Sin embargo, es importante 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 y se omitan impedimentos importantes. Además, algunos desastres naturales, como las tormentas, los ciclones y las inundaciones, pueden ser condiciones normales en ciertas épocas del año en el emplazamiento del proyecto. Como tales, esos desastres naturales pueden suponer riesgos que debería asumir toda empresa que preste servicios públicos en la región.

148. Otro aspecto que puede ser necesario examinar detenidamente es si determinados actos de autoridades públicas distintas de la autoridad contratante pueden constituir impedimentos exonerantes y en qué medida. Es posible que se exija al socio privado que obtenga una licencia u otra aprobación oficial para cumplir algunas de sus obligaciones. Por tanto, el contrato de participación público-privada podría prever que, si se deniega la licencia o la aprobación, o si se concede, pero luego se retira porque el socio privado no cumple los criterios requeridos para obtener la

licencia o aprobación, el socio privado no podrá aducir esa denegación como impedimento exonerante. Sin embargo, si la licencia o aprobación se deniega o retira por motivos indebidos o ajenos al caso, sería equitativo prever que el socio privado 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 políticas públicas que requieran la interrupción o la revisión a fondo del proyecto y que alteren sustancialmente el diseño original. En tales situaciones será importante considerar la relación institucional existente entre la autoridad contratante y la autoridad pública que cause el impedimento, así como el grado de dependencia entre ellas. Un hecho clasificado como impedimento exonerante puede constituir en algunos casos un claro incumplimiento del contrato de participación público-privada por la autoridad contratante si esta puede razonablemente controlar los actos de la otra autoridad pública o influir en ellos.

b) Consecuencias para las partes

149. Durante la etapa de construcción, el hecho de que se produzcan impedimentos exonerantes justifica normalmente la prórroga del plazo concedido para concluir la obra de infraestructura. A este respecto, es importante examinar las repercusiones que tendría una prórroga en la duración general del proyecto, especialmente cuando se tiene en cuenta la etapa de construcción para calcular el período de vigencia del contrato de participación público-privada. Las demoras en la conclusión de la obra de infraestructura reducen el período de explotación y pueden afectar negativamente la estimación global de los ingresos del socio privado y los prestamistas. En vista de ello, puede ser aconsejable examinar en qué circunstancias se justifica prorrogar el período de vigencia del contrato de participación público-privada a fin de tener en cuenta las posibles prórrogas concedidas durante la etapa de construcción. Por último, es aconsejable prever que, si el hecho en cuestión es de carácter permanente, las partes podrán optar por rescindir el contrato (véase también el cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada”, párr. 34).

150. Otra cuestión importante es si el socio privado tendrá derecho a una indemnización por lucro cesante o por daños en los bienes imputables a un impedimento exonerante. La clave de esa cuestión radica en la distribución de los riesgos prevista en el contrato de participación público-privada. Salvo en supuestos en que la administración pública preste alguna forma de apoyo directo, las APP se emprenden normalmente por cuenta y riesgo del socio privado, lo que incluye el riesgo de las pérdidas imputables a desastres naturales y a otros impedimentos exonerantes, contra las cuales el socio privado deberá normalmente obtener una cobertura de seguro adecuada. Por ello, algunas legislaciones excluyen expresamente toda forma de indemnización al socio privado por pérdidas o daños resultantes de impedimentos exonerantes. Sin embargo, esto no significa necesariamente que un hecho calificado de impedimento exonerante no pueda justificar, al mismo tiempo, la revisión de las condiciones del contrato de participación público-privada a fin de restablecer el equilibrio económico y financiero (véanse también los párrs. 135 a 144).

151. No obstante, a veces se prevé una distribución de los riesgos distinta en el caso de proyectos relacionados con la construcción de obras de infraestructura que vayan a ser desde un principio propiedad de la autoridad contratante o 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 socio privado para que repare o reconstruya obras de infraestructura dañadas por desastres naturales o por hechos similares definidos en el contrato de participación público-privada, 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 socio privado en el caso de que las obras se interrumpan por más de cierto número de días, hasta un máximo, si la interrupción es imputable a un hecho del que el socio privado no sea responsable.

152. Si el socio privado no puede cumplir sus obligaciones debido a uno de esos impedimentos y las partes no logran una revisión aceptable del contrato, el derecho interno de algunos países autoriza al socio privado a rescindir el contrato de participación público-privada, sin perjuicio de la indemnización que proceda pagar en esas circunstancias (véase el cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada”, párr. 34).

153. Las disposiciones legales y las cláusulas contractuales sobre los impedimentos exonerantes deberán considerarse también a la luz de otras normas aplicables a la prestación del servicio de que se trate. En algunos ordenamientos jurídicos se exige a los proveedores de servicios públicos que hagan lo posible por seguir prestándolos, aun cuando sucedan ciertos hechos definidos como impedimentos contractuales (véanse los párrs. 95 y 96). En esos casos, es aconsejable examinar en qué medida es razonable imponer esa obligación al socio privado y qué indemnización se le debe pagar por los costos y las dificultades adicionales que afronta.

154. Además de los mecanismos que se describen a continuación, algunos de los riesgos (fundamentalmente, conflictos armados y disturbios civiles) pueden ser cubiertos en parte por instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial, a través del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), siempre que el país reúna los requisitos de cobertura del OMGI y las demás condiciones aplicables (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párr. ...).

6. Incumplimiento y medidas correspondientes

155. En general, existe una amplia variedad de medidas que pueden convenir las partes para remediar las consecuencias del incumplimiento, que pueden llegar hasta la rescisión del contrato de participación público-privada. En los siguientes párrafos figuran algunas consideraciones generales respecto del incumplimiento por alguna de las partes y las medidas correspondientes (véanse los párrs. 156 y 157). Se estudian las consecuencias legislativas de determinadas medidas destinadas a rectificar las causas del incumplimiento y preservar la continuidad del proyecto, en particular la intervención de la autoridad contratante (véanse los párrs. 158 a 161) o la sustitución del socio privado (véanse los párrs. 162 a 165). La medida de última ratio consistente en la rescisión del contrato de participación público-privada y sus posibles consecuencias se examinan en otra parte de la *Guía* (véase el cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada”, seccs. D y E).

a) Consideraciones generales

156. Las medidas aplicables en caso de incumplimiento del socio privado suelen ser las habituales en los contratos de obras o de servicios a largo plazo, como la pérdida de las garantías, las penalizaciones contractuales y las indemnizaciones pactadas⁷. En la mayoría de los casos, esas medidas son típicamente contractuales y no dan lugar a consideraciones legislativas de importancia. No obstante, es importante establecer procedimientos adecuados para comprobar los incumplimientos y ofrecer la oportunidad de rectificarlos. En algunos países, la imposición de penalizaciones contractuales requiere inspecciones oficiales y otros requisitos de procedimiento, entre ellos el de que los altos funcionarios de la autoridad contratante examinen el caso antes de que se impongan sanciones más graves. Esos procedimientos pueden complementarse con disposiciones que distingan entre los defectos que puedan subsanarse y los que no se puedan subsanar y prescriban los procedimientos y medidas pertinentes. Aunque no siempre es posible avisar por adelantado, en particular en situaciones de emergencia, por norma general se debería exigir que la autoridad contratante diera aviso al socio privado para que rectifique el incumplimiento en un

⁷ Véase un examen de las acciones utilizadas en los contratos de construcción de instalaciones industriales complejas en la *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales*, cap. XVIII, “Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento”.

período razonable. También puede ser aconsejable prever el pago por el socio privado de penalizaciones o indemnizaciones pactadas en caso de incumplimiento de obligaciones esenciales y dejar claro que no se aplicará penalización alguna en supuestos de incumplimiento de obligaciones secundarias o auxiliares para los cuales se dispone de otras medidas con arreglo al derecho interno. Además, cabe complementar algún tipo de régimen de vigilancia del cumplimiento que prevea penalizaciones o indemnizaciones pactadas con un plan de primas pagaderas al socio privado por resultados superiores a los convenidos.

157. La autoridad contratante puede protegerse de las consecuencias de un incumplimiento del socio privado recurriendo a diversas medidas contractuales judicialmente exigibles, mientras que las medidas de que dispone el socio privado frente a un incumplimiento de la autoridad contratante pueden estar sujetas a diversas limitaciones de conformidad con la ley aplicable. Las reglamentaciones nacionales o internacionales que reconozcan la inmunidad de las autoridades públicas frente a todo proceso o medida de ejecución judiciales pueden plantear importantes limitaciones. En función de la condición jurídica reconocida a la autoridad contratante o a otras entidades públicas que adquieren obligaciones frente al socio privado, se podría privar a este de la posibilidad de aplicar ciertas medidas de ejecución para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por esas entidades públicas (véase el cap. VI, “Solución de controversias”, párrs. 33 a 35). Por ello, es importante prever mecanismos para proteger al socio privado contra las consecuencias de un incumplimiento por parte de la autoridad contratante, por ejemplo, mediante garantías públicas que cubran supuestos específicos de incumplimiento o garantías otorgadas por terceros, como instituciones de crédito multilaterales (véase también el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 61 a 71).

b) Derecho de intervención de la autoridad contratante

158. La ley de algunos países autoriza expresamente a la autoridad contratante a hacerse cargo temporalmente de la explotación de la infraestructura, normalmente en casos de incumplimiento por el socio privado, en particular cuando la autoridad contratante esté obligada por ley a garantizar la prestación eficaz en todo momento del servicio de que se trate. En algunos ordenamientos jurídicos, esa prerrogativa está implícita en la mayoría de los contratos públicos y cabe presumir que existe aunque no se mencione expresamente ni en la legislación ni en el contrato de participación público-privada.

159. Cabe señalar que el derecho de la autoridad contratante a intervenir (“*step-in right*”), es una medida extrema. Es posible que los inversionistas privados teman que la autoridad contratante la utilice o amenace con utilizarla para imponer sus propias conveniencias sobre la forma de prestar el servicio o incluso para lograr el control de los bienes del proyecto. Por consiguiente, es aconsejable definir lo más claramente posible las circunstancias en que se podrá ejercitar ese derecho. Es importante limitar el derecho de intervención de la autoridad contratante a los supuestos de grave deficiencia en el servicio y no hacerlo extensivo a los simples casos de insatisfacción con el desempeño del socio privado. Puede ser útil que la ley deje claro que la intervención de la autoridad contratante en el proyecto será temporal y tendrá por objeto remediar un problema específico y urgente que el socio privado no haya podido resolver. Una vez remediada la situación de emergencia, el socio privado debería volver a hacerse cargo de la prestación del servicio.

160. La capacidad de la autoridad contratante para intervenir puede verse limitada por la dificultad que puede haber para encontrar y contratar inmediatamente un subcontratista que subsane la deficiencia que motivó la intervención. Además, las intervenciones frecuentes pueden hacer que reviertan a la autoridad contratante los riesgos que en el contrato de participación público-privada se habían traspasado al socio privado. El socio privado no debería confiar en que la autoridad contratante intervenga para hacer frente a determinado riesgo en vez de afrontarlo él mismo como exige el contrato de participación público-privada.

161. Es aconsejable aclarar en el contrato de participación público-privada cuál de las partes asumirá el costo de la intervención de la autoridad contratante. En la mayoría de los casos, el socio privado debería sufragar los gastos realizados por la autoridad contratante cuando la intervención haya sido provocada por un incumplimiento atribuible a una falta del propio socio privado. En algunos casos, para evitar controversias sobre la responsabilidad y sobre el nivel de costos apropiado, el acuerdo puede facultar a la autoridad contratante para adoptar medidas para remediar por sí misma el problema y cargar luego su costo efectivo (incluidos sus propios gastos administrativos) al socio privado. Sin embargo, cuando la intervención se produzca a raíz de un impedimento exonerante (véanse los párrs. 131 a 139), las partes podrían convenir una solución diferente, en función de cómo se haya asignado ese riesgo específico en el contrato de participación público-privada.

c) Derecho de intervención de los prestamistas

162. Durante la vida del proyecto pueden surgir situaciones en que, pese a un incumplimiento del socio privado o a algún hecho extraordinario que esté fuera del control del socio privado, pueda interesar a las partes evitar la rescisión del proyecto, permitiendo que continúe a cargo de un socio privado diferente. A los prestamistas, cuya principal garantía son los ingresos derivados del proyecto, les preocupa especialmente el riesgo de la interrupción del proyecto o la rescisión del contrato antes de que los préstamos se hayan reembolsado. En casos de incumplimiento o de un impedimento que afecte al socio privado, los prestamistas estarán interesados en asegurarse de que las obras no queden inconclusas y de que el contrato de participación público-privada siga ejecutándose de forma rentable. Por su parte, la autoridad contratante puede tener interés en que el proyecto pase a manos de un nuevo socio privado, en vez de hacerse ella cargo y tener que continuarlo bajo su responsabilidad.

163. En varios acuerdos recientes de grandes proyectos de infraestructura se han incluido cláusulas que permiten a los prestamistas, con el consentimiento de la autoridad contratante, seleccionar un nuevo socio privado que actúe con arreglo al contrato de participación público-privada existente. Esas cláusulas se complementan normalmente con un acuerdo directo entre la autoridad contratante y los prestamistas que proporcionan financiación al socio privado. La finalidad principal de ese acuerdo directo es permitir que los prestamistas eviten la rescisión por la autoridad contratante en caso de incumplimiento por el socio privado, sustituyéndolo por otro socio privado que siga actuando con arreglo al contrato. A diferencia del derecho a intervenir de la autoridad contratante, que se refiere a una deficiencia concreta, temporal y urgente del servicio, los derechos de intervención de los prestamistas se aplican a casos en que la falta de prestación del servicio por parte del socio privado sea habitual o haya motivos razonables 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 socio privado alternativo da a los prestamistas mayores garantías contra el incumplimiento por parte del socio privado. Al mismo tiempo, da a la autoridad contratante la oportunidad de evitar la interrupción que supone la rescisión del contrato de participación público-privada, salvaguardándose así la continuidad del servicio.

164. Sin embargo, en algunos países la aplicación de esas cláusulas puede encontrar dificultades a falta de una autorización legislativa. La incapacidad del socio privado para cumplir sus obligaciones suele ser motivo para que la autoridad contratante se haga cargo de la explotación de la infraestructura o rescinda el contrato (véase el cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada”, párrs. 15 a 23). A fin de seleccionar a un nuevo socio privado que sustituya al que ha incumplido sus obligaciones, la autoridad contratante debe seguir a menudo los mismos procedimientos que se siguieron para seleccionar al socio privado original, y tal vez no le sea posible contratar, en consulta con los prestamistas, a un nuevo socio privado que no haya sido seleccionado de acuerdo con esos procedimientos. Por otra parte, aunque la autoridad contratante esté autorizada a

negociar con un nuevo socio privado en situaciones de emergencia, tal vez sea necesario concertar un nuevo contrato de participación público-privada con el nuevo socio privado y tal vez este no sea capaz de asumir plenamente las obligaciones de su predecesor.

165. Por tanto, tal vez convenga reconocer por ley el derecho de la autoridad contratante a concertar acuerdos con los prestamistas que les permitan nombrar, con el consentimiento de la autoridad contratante, a un nuevo socio privado que cumpla el contrato de participación público-privada existente cuando el socio privado haya incumplido gravemente su obligación de prestar el servicio con arreglo al contrato o se hayan producido otros hechos concretos que pudieran justificar la rescisión del contrato. En el acuerdo entre la autoridad contratante y los prestamistas se debería especificar, entre otras cosas: las circunstancias en que se permitirá a los prestamistas recurrir a un nuevo socio privado, los procedimientos para la sustitución del socio privado, 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 contrato de participación público-privada.

III. Contenido y ejecución del contrato de participación público-privada

Disposición modelo 33. Contenido y ejecución del contrato de participación público-privada

El contrato de participación público-privada regulará las cuestiones que las partes estimen apropiadas³⁷, tales como:

- a) La naturaleza y el alcance de las obras que deba realizar y de los servicios que deba prestar el socio privado (véase el cap. IV, párr. 1);
- b) Las condiciones para prestar esos servicios y, cuando proceda, el grado de exclusividad de los derechos que tenga el socio privado de conformidad con el contrato de participación público-privada;
- c) La asistencia que la autoridad contratante se haya comprometido a prestar al socio privado para obtener las licencias y los permisos necesarios para ejecutar el proyecto de infraestructura;
- d) Todo requisito relativo a la creación y al capital mínimo de la persona jurídica constituida de conformidad con la disposición modelo 35 (véase la disposición modelo 30);
- e) La propiedad de los bienes relacionados con el proyecto y, cuando proceda, las obligaciones de las partes relativas a la adquisición del emplazamiento del proyecto y las servidumbres necesarias, de conformidad con las disposiciones modelo 36 a 39 (véanse las disposiciones modelo 36 a 39);
- f) En caso de que la remuneración del socio privado consista en ingresos de explotación, como el cobro de tarifas y derechos en concepto de utilización de la obra de infraestructura o de prestación de servicios: el importe y el método de pago, su desglose, las modalidades de modificación y toda subvención pública cuando proceda;
- g) En caso de que la remuneración del socio privado consista en pagos efectuados por la autoridad contratante: el costo total del servicio prestado a la autoridad pública y su desglose; los métodos y las fórmulas para establecer o ajustar esos pagos; el procedimiento de pago, en particular las condiciones conforme a las cuales, cada año, las sumas brutas adeudadas por la autoridad contratante al socio privado se compensarán con los importes que el socio privado deba pagar en concepto de multas, penalizaciones contractuales o indemnización pactada, cuando proceda;
- h) Los procedimientos para el examen y la aprobación de los proyectos de ingeniería, los planes de obras y las especificaciones por parte de la autoridad contratante, y los procedimientos para realizar pruebas y para proceder a la inspección final, la aprobación y la aceptación de la infraestructura;
- i) El alcance de las obligaciones del socio privado de asegurar, en su caso, la modificación del servicio a fin de poder atender la demanda efectiva, preservar la continuidad del servicio y prestarlo en condiciones esencialmente idénticas para todos los usuarios (véase la disposición modelo 43);

³⁷ Los Estados promulgantes tal vez deseen tomar nota de que, de conformidad con otras disposiciones modelo, es obligatorio incluir en el contrato de concesión cláusulas que regulen algunas de las cuestiones enumeradas en la presente disposición modelo.

j) El derecho de la autoridad contratante o de otra autoridad pública a supervisar las obras que deba realizar o los servicios que deba prestar el socio privado y las condiciones y el margen de que dispondrá la autoridad contratante o un organismo regulador para ordenar que se introduzcan variaciones en las condiciones de servicio y las obras o adoptar otras medidas razonables que considere apropiadas para velar por que la infraestructura se explote debidamente y que los servicios se presten de conformidad con los requisitos legales y contractuales aplicables;

k) El alcance de la obligación del socio privado de facilitar a la autoridad contratante o a un organismo regulador, en su caso, informes y otros datos sobre sus actividades;

l) Los mecanismos para regular los costos suplementarios y otras consecuencias que pudieran derivarse de una orden emitida por la autoridad contratante o por otra autoridad pública en relación con los apartados i) y j) *supra*, incluida la indemnización a que pueda tener derecho el socio privado;

m) Todo derecho de la autoridad contratante a examinar y aprobar los contratos más importantes que deba concertar el socio privado, en particular los celebrados con los propios accionistas del socio privado o con personas conexas;

n) Las garantías de buena ejecución que deba dar el socio privado y las pólizas de seguros que este deba suscribir en relación con la ejecución del proyecto de infraestructura;

o) Las medidas de que dispondrá cada una de las partes en caso de incumplimiento de la otra parte;

p) 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 contrato de participación público-privada por circunstancias que sean razonablemente ajenas a su control;

q) La duración del contrato de participación público-privada y los derechos y obligaciones de las partes al vencer o al rescindirse dicho contrato;

r) La forma de calcular la indemnización conforme a la disposición modelo 53;

s) La ley aplicable y los mecanismos mediante los cuales habrán de resolverse las controversias que surjan entre la autoridad contratante y el socio privado (véanse las disposiciones modelo 34 y 54);

t) Los derechos y obligaciones de las partes respecto de la información confidencial (véase la disposición modelo 29).

Disposición modelo 34. Ley aplicable

El contrato de participación público-privada se registrará por la ley de [*el Estado promulgante*], a menos que dicho contrato disponga otra cosa³⁸.

³⁸ Los ordenamientos jurídicos tienen respuestas diferentes a la pregunta de si las partes en un contrato de concesión pueden elegir como ley aplicable al contrato un derecho distinto del vigente en el país anfitrión. Además, tal como se explica en la *Guía legislativa* (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. 5 a 8), en algunos países el contrato de concesión puede estar sujeto al derecho administrativo, mientras que en otros puede registrarse por el derecho privado (véase también el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 24 a 27). La ley aplicable incluye también las normas jurídicas de otros ámbitos del derecho que rigen las diversas cuestiones que se plantean durante la ejecución de un proyecto de infraestructura (véase, en general, el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, secc. B).

Disposición modelo 35. Estructura societaria del socio privado

La autoridad contratante podrá exigir que el licitante seleccionado cree una persona jurídica constituida con arreglo a la legislación de [*el Estado promulgante*], siempre y cuando se haya hecho a este efecto una declaración en los documentos de preselección o en la solicitud de propuestas, según el caso. En el contrato de participación público-privada deberán especificarse los eventuales requisitos relativos al plazo para constituir tal persona jurídica, su capital mínimo y los procedimientos que se habrán de seguir para obtener de la autoridad contratante la aprobación de sus estatutos y reglamentos, así como de toda modificación esencial de dichos documentos, conforme a lo establecido en la solicitud de propuestas.

Disposición modelo 36. Propiedad de los bienes³⁹

En el contrato de participación público-privada se especificarán, cuando proceda, los bienes que son o serán de propiedad pública y los que son o serán de propiedad privada del socio privado. En particular, en el contrato se especificarán los bienes que pertenezcan a las siguientes categorías:

- a) Los bienes que, en su caso, el socio privado esté obligado a devolver o traspasar a la autoridad contratante o a cualquier otra entidad indicada por la autoridad contratante de conformidad con lo dispuesto en el contrato de participación público-privada;
- b) Los bienes que, en su caso, la autoridad contratante pueda comprar, si así lo desea, al socio privado; y
- c) Los bienes que, en su caso, el socio privado pueda retener o enajenar al vencer o al rescindirse el contrato de participación público-privada.

Disposición modelo 37. Adquisición de derechos relativos al emplazamiento del proyecto

1. La autoridad contratante u otra autoridad pública, con arreglo a la ley y al contrato de participación público-privada, otorgará al socio privado o, cuando proceda, le ayudará a obtener los derechos relativos al emplazamiento del proyecto, incluida la propiedad de este, que sean necesarios para la ejecución del proyecto.

³⁹ La participación del sector privado en proyectos de infraestructura puede revestir diversas formas (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. 47 a 53). La política general suele determinar el criterio legislativo para regular la propiedad de los bienes relacionados con proyectos. Independientemente de la política general o sectorial del país anfitrión, el régimen de propiedad de los diversos bienes implicados debería definirse con claridad y tener una base legislativa suficiente. La claridad a este respecto es importante, ya que afectará directamente a la capacidad del socio privado para constituir garantías reales sobre los bienes del proyecto con miras a obtener financiación para el proyecto. De conformidad con el criterio flexible adoptado en diversos ordenamientos jurídicos, la disposición modelo no prevé un traspaso incondicional de todos los bienes a la autoridad contratante, sino que permite hacer una distinción entre los bienes que deben traspasarse a la autoridad contratante, los bienes sobre los que esta tiene opción de compra y los bienes que siguen siendo propiedad privada del socio privado, al vencer o al rescindirse el contrato de concesión o en cualquier otro momento.

2. Toda adquisición forzosa de tierras que pueda requerirse para la ejecución del proyecto se llevará a cabo de conformidad con *[el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de sus leyes que rijan la adquisición forzosa de propiedad privada por parte de las autoridades públicas por razones de interés público⁴⁰]*.

Disposición modelo 38. Servidumbres⁴¹

Variante A

1. La autoridad contratante u otra autoridad pública, con arreglo a la ley y al contrato de participación público-privada, otorgará al socio privado o, cuando proceda, le ayudará a obtener el derecho a entrar en terrenos de terceros o transitar por ellos o a realizar obras o instalar estructuras en ellos cuando proceda y sea necesario para la ejecución del proyecto de conformidad con *[el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan las servidumbres y otros derechos similares que sus leyes confieran a las empresas de servicios públicos y a las empresas explotadoras de infraestructuras]*.

Variante B

1. El socio privado tendrá el derecho a entrar en terrenos de terceros o transitar por ellos o a realizar obras o instalar estructuras en ellos cuando proceda y sea necesario para la ejecución del proyecto de conformidad con *[el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan las servidumbres y otros derechos similares que sus leyes confieran a las empresas de servicios públicos y a las empresas explotadoras de infraestructuras]*.

2. Toda servidumbre que pueda requerirse para la ejecución del proyecto se constituirá de conformidad con *[el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de sus leyes que rijan la constitución de servidumbres por razones de interés público]*.

Disposición modelo 39. Arreglos financieros

1. Cuando el socio privado explote una infraestructura utilizada por la población o preste un servicio público en virtud del contrato de participación público-privada, el socio privado tendrá derecho a imponer, percibir o cobrar tarifas o derechos por la utilización de la infraestructura o de sus servicios de conformidad con el contrato de participación público-privada. Dicho contrato preverá los métodos y las fórmulas para fijar y reajustar el importe de las sumas abonables por este concepto *[de conformidad con las reglas establecidas por el organismo regulador competente]*⁴².

⁴⁰ Si el Estado promulgante no dispone de legislación de esa índole, la ley específica relativa a las APP debería contener disposiciones al respecto.

⁴¹ El derecho a atravesar terrenos adyacentes o transitar por ellos con fines relacionados con el proyecto o a hacer obras en esos terrenos puede ser adquirido directamente por el socio privado o de manera forzosa por una autoridad pública cuando esta adquiera el emplazamiento del proyecto. Otra opción ligeramente distinta, que aparece reflejada en la variante B, consiste en que la propia ley faculte a los proveedores de servicios públicos a entrar en terrenos de terceros, a atravesarlos o a realizar obras o instalar estructuras en ellos cuando sea necesario para la construcción, la explotación y el mantenimiento de la infraestructura pública.

⁴² Los peajes, derechos, precios u otras sumas que perciba el socio privado, que en la *Guía legislativa* se denominan “tarifas”, pueden ser la principal fuente de ingresos, o incluso la única, que permita amortizar las inversiones realizadas en el proyecto cuando la autoridad contratante u otras autoridades públicas no aporten subvenciones u otros pagos (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 30 a 60). El precio al que se prestan los servicios públicos suele constituir un elemento de la política de infraestructuras de la administración pública y es motivo de preocupación inmediata para grandes sectores de la

2. La autoridad contratante estará facultada para efectuar pagos directos al socio privado en sustitución o como complemento de las tarifas o derechos previstos en el párrafo anterior por la utilización de la infraestructura o de sus servicios.

3. Cuando el socio privado explote una infraestructura utilizada por la población o preste un servicio a la autoridad contratante u otro órgano público, el socio privado tendrá derecho, de conformidad con el contrato de participación público-privada, al alquiler, los derechos por utilización y demás pagos previstos en el contrato por el uso efectivo o la disponibilidad de la infraestructura o el servicio. El contrato preverá los métodos y las fórmulas para establecer y ajustar dichos pagos.

Disposición modelo 40. Garantías reales

1. Salvo las limitaciones que puedan establecerse en el contrato de participación público-privada⁴³, el socio privado tiene derecho a constituir garantías reales sobre cualquiera de sus bienes o derechos, incluidos los relativos al proyecto de infraestructura, cuando estas garantías sean necesarias para obtener la financiación que requiera el proyecto. En particular, el socio privado podrá constituir los siguientes tipos de garantías reales:

a) Garantías sobre bienes muebles o inmuebles que sean propiedad del socio privado o sobre los derechos reales que este tenga sobre bienes del proyecto;

b) Prendas sobre el producto y los créditos adeudados al socio privado en concepto de utilización de la infraestructura o de los servicios que preste.

2. Los accionistas de la sociedad del socio privado tendrán derecho a pignorar o a constituir cualquier otro tipo de garantía real sobre las acciones que tengan en la sociedad del socio privado.

3. No podrán constituirse las garantías previstas en el párrafo 1 sobre bienes de propiedad pública u otros bienes o derechos necesarios para prestar un servicio público cuando la constitución de tales garantías esté prohibida por la ley de [el Estado promulgante].

Disposición modelo 41. Cesión del contrato de participación público-privada

A menos que la disposición modelo 40 disponga otra cosa, el socio privado no podrá ceder a terceros los derechos y obligaciones que tenga en virtud del contrato de participación público-privada sin el consentimiento de la autoridad contratante. En el contrato se enunciarán las condiciones en que la autoridad contratante dará su consentimiento para que el socio privado ceda los derechos y obligaciones que tenga en virtud del contrato; esas condiciones incluirán la aceptación de todas estas obligaciones por el nuevo socio privado y la demostración de que este cuenta con los medios técnicos y financieros necesarios para prestar el servicio.

población. Por lo tanto, el marco reglamentario para la prestación de servicios públicos incluye en muchos países reglas especiales para el control de las tarifas. Además, en algunos ordenamientos jurídicos las leyes o las reglas generales de derecho establecen parámetros para fijar los precios de bienes o servicios, por ejemplo, exigiendo que las sumas se atengan a ciertos criterios “razonables”, “justos” o “equitativos”.

⁴³ Esas restricciones pueden afectar, en particular, al ejercicio de los derechos relativos a los bienes del proyecto de infraestructura.

Disposición modelo 42. Traspaso del control⁴⁴ de la sociedad del socio privado

Salvo estipulación en contrario en el contrato de participación público-privada, no podrá traspasarse a un tercero, sin el consentimiento de la autoridad contratante, el control de la sociedad del socio privado o la participación de un accionista cuya aportación a la sociedad del proyecto se estime esencial para el mantenimiento y explotación satisfactorios del proyecto. En el contrato se enunciarán las condiciones en que la autoridad contratante podrá dar su consentimiento.

Disposición modelo 43. Explotación de la infraestructura

1. En el contrato de participación público-privada se determinarán, en su caso, las obligaciones del socio privado a fin de garantizar:

- a) la modificación del servicio para responder a la demanda de dicho servicio;
- b) la continuidad del servicio;
- c) la prestación 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 socio privado.

2. A reserva de su aprobación por la autoridad contratante o por un organismo regulador, el socio privado estará facultado para dictar y aplicar el reglamento por el que se rija la utilización de la infraestructura.

Disposición modelo 44. Indemnización por cambios legislativos concretos

El contrato de participación público-privada estipulará la medida en que el socio privado tiene derecho a indemnización en caso de que el costo que le exige el cumplimiento del contrato haya aumentado sustancialmente o de que el beneficio que perciba por dicho cumplimiento haya disminuido considerablemente con respecto a lo previsto en el cálculo inicial de los costos y beneficios del cumplimiento, cuando ello se deba a cambios legislativos o reglamentarios que afecten directamente a la infraestructura o al servicio que presta.

⁴⁴ Por lo general, el concepto de “control” se refiere al poder de nombrar a los miembros del órgano de gestión de una sociedad y de determinar la marcha de sus negocios o influir en ella. Los criterios aplicables pueden variar de un ordenamiento jurídico a otro o incluso entre distintos cuerpos de leyes en un mismo ordenamiento jurídico; el criterio puede consistir en fijar condiciones formales para atribuir el control al titular de una suma determinada del total combinado de votos de todas las clases de acciones de una sociedad (generalmente, más de un 50 %) o pueden fijarse criterios más complejos que tengan en cuenta la estructura de gestión real de una sociedad. Los Estados promulgantes que no hayan definido en sus leyes el concepto de “control” tal vez tengan que definirlo en la normativa que dicten para aplicar la disposición modelo.

Disposición modelo 45. Modificación del contrato de participación público-privada

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición modelo 44, el contrato de participación público-privada estipulará además la medida en que el socio privado tiene derecho a solicitar la modificación del contrato en caso de que el costo que le exige el cumplimiento del contrato haya aumentado sustancialmente o de que el beneficio que perciba por dicho cumplimiento haya disminuido considerablemente con respecto a lo previsto en el cálculo inicial de los costos y beneficios del cumplimiento, cuando ello se deba a:

- a) cambios en las condiciones económicas o financieras; o
- b) cambios legislativos o reglamentarios que no afecten directamente a la infraestructura o al servicio que presta;

siempre y cuando los cambios económicos, financieros, legislativos o reglamentarios:

- se produzcan una vez concertado el contrato;
- escapen al control del socio privado; y
- sean de naturaleza tal que no quepa razonablemente esperar que el socio privado hubiera podido preverlos al negociar el contrato de participación público-privada o hubiera podido evitar o superar sus consecuencias.

2. Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 5, la autoridad contratante y el socio privado podrán acordar la ampliación del ámbito del contrato de participación público-privada de forma que prevea obras o servicios adicionales por parte del socio privado que, si bien no estaban incluidos en el contrato inicial, han pasado a ser necesarios con posterioridad y para cuya ejecución la selección de otro socio privado no respondería al interés público:

- i) por razones económicas o técnicas, como los requisitos de intercambiabilidad o interoperabilidad con el equipo, los servicios o las instalaciones existentes y disponibles en virtud del contrato inicial; y
- ii) por los inconvenientes significativos o la duplicación sustancial de costos para la autoridad contratante que ocasionaría la selección de otro socio privado.

3. En el contrato de participación público-privada se establecerán procedimientos para modificar sus cláusulas de conformidad con los párrafos 1 y 2.

4. La autoridad contratante requerirá la aprobación de [*el Estado promulgante indicará aquí el órgano o entidad pública*] para cualquier modificación del contrato de participación público-privada:

- a) que exceda [*el Estado promulgante indicará aquí el porcentaje*] del valor del contrato inicial; o
- b) que prevea obras o servicios adicionales por parte del socio privado que no estuvieran incluidos en el contrato inicial de conformidad con el párrafo 2.

5. La autoridad contratante no podrá aceptar cambios o modificaciones del contrato de participación público-privada del tipo mencionado en el párrafo 2 que desvirtúen sustancialmente el contrato inicial. Se considerará que la modificación es sustancial cuando se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

- a) El valor total de la remuneración del socio privado resultante de la modificación superaría [*el Estado promulgante indicará aquí el porcentaje*] de la suma combinada del valor actual de los peajes, las tasas, los precios unitarios y otros derechos que se vayan a cobrar durante el período del contrato y del valor actual de los pagos directos propuestos que deba efectuar la autoridad contratante, cuando proceda, que la autoridad contratante haya tenido en cuenta para evaluar las propuestas de conformidad con la disposición modelo 19, párrafos 2 a) y 2 b). Si se hicieran varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las modificaciones sucesivas, en un período de [*el Estado promulgante indicará aquí el plazo deseado*];
- b) La modificación introduce condiciones que, de haber formado parte del procedimiento de adjudicación del contrato inicial, habrían permitido la admisión de otros licitantes distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de otra propuesta distinta de la aceptada inicialmente, o habrían atraído a otros participantes al procedimiento de adjudicación del contrato;
- c) La modificación amplía considerablemente el alcance del contrato;
- d) Un socio privado nuevo sustituye al socio privado al que la autoridad contratante adjudicó inicialmente el contrato en casos distintos de los previstos en la disposición modelo 47.

Disposición modelo 46. Asunción del proyecto de infraestructura por la autoridad contratante

En las circunstancias enunciadas en el contrato de participación público-privada, la autoridad contratante tendrá derecho a hacerse cargo temporalmente de la explotación de la infraestructura con miras a asegurar la prestación eficaz e ininterrumpida del servicio en caso de incumplimiento grave de las obligaciones del socio privado que este no haya podido rectificar en un período razonable tras un requerimiento de la autoridad contratante en tal sentido.

Disposición modelo 47. Sustitución del socio privado

La autoridad contratante podrá convenir con las entidades que colaboren en la financiación de un proyecto de infraestructura y con el socio privado en que se prevea la sustitución de este por una nueva entidad o una nueva persona que asuma las obligaciones del contrato de participación público-privada en caso de incumplimiento grave por parte del socio privado o en caso de que se produzcan otros acontecimientos que justifiquen la rescisión del contrato u otras circunstancias similares⁴⁵.

⁴⁵ Con la sustitución del socio privado por otra entidad, propuesta por los prestamistas y aceptada por la autoridad contratante conforme a lo que convengan, se pretende dar a las partes la oportunidad de evitar las perturbaciones que supone la rescisión del contrato de participación público-privada (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 147 a 150). Las partes tal vez deseen recurrir previamente y de forma sucesiva a otras medidas prácticas como la asunción temporal del proyecto por los prestamistas o un administrador provisional nombrado por estos o la ejecución de la garantía de los prestamistas sobre las acciones de la sociedad del socio privado vendiendo dichas acciones a un tercero aceptable para la autoridad contratante.