



Asamblea General

Distr. general
14 de marzo de 2019
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

52° 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 VII)

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Página</i>
VII. Otros ámbitos pertinentes del derecho	2
A. Observaciones generales	2
B. Otros ámbitos pertinentes del derecho	2
C. Acuerdos internacionales	19



VII. Otros ámbitos pertinentes del derecho

A. Observaciones generales

1. El grado de desarrollo de las leyes pertinentes del país anfitrión, la estabilidad de su ordenamiento jurídico y la existencia de recursos adecuados al alcance de las partes privadas son elementos esenciales del marco jurídico general de las APP. Al examinar y, según proceda, mejorar sus leyes en los ámbitos de interés directo para las APP, el país anfitrión hará una importante contribución al logro de un clima propicio para las inversiones del sector privado en infraestructuras y servicios públicos. Una mayor seguridad jurídica y un marco jurídico favorable se traducirán en una mejor evaluación por los prestamistas e inversionistas de los riesgos que presenta el país. Esto ejercerá una influencia positiva en el costo de movilizar capital privado y reducirá la necesidad de respaldo o garantías públicas (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...).

2. Las APP, cuando se preparan y planifican adecuadamente, pueden repercutir positivamente en el desarrollo económico y social de un país y desempeñan un papel importante en su estrategia de infraestructura (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...). Las APP también pueden contribuir a que los Estados logren muchos de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (véase el cap. I, “Marco jurídico e institucional general”, párr. 3). No obstante, la gran dimensión de los proyectos de participación público-privada y la cuantiosa financiación que precisan pueden influir de manera considerable en el marco económico, social y ambiental del país anfitrión, por lo que convendría que el país estudiara detenidamente la posibilidad de introducir cambios en sus leyes. A ese respecto, en la sección B se señalan algunos aspectos particulares de las leyes del país anfitrión que, sin referirse necesariamente de manera directa a las APP, pueden repercutir en su implementación (véanse los párrs. 3 a 52). En la sección C se indica la posible pertinencia de algunos acuerdos internacionales fundamentales para la implementación de las APP en el país anfitrión (véanse los párrs. 53 a 57).

B. Otros ámbitos pertinentes del derecho

3. Además de las cuestiones relativas a la legislación directamente aplicable a las APP, todo marco jurídico favorable también debe incluir disposiciones auxiliares en otras ramas del derecho. Una legislación que promueva y proteja la inversión privada en actividades económicas favorecerá la inversión privada en infraestructura y servicios. En los párrafos siguientes se señalan únicamente ciertos aspectos de otras ramas del derecho que pueden influir en la ejecución de proyectos de infraestructura. La existencia de disposiciones legales adecuadas en esas otras ramas puede facilitar ciertas operaciones necesarias para llevar a cabo proyectos de infraestructura y contribuir a la reducción del riesgo jurídico percibido de efectuar inversiones en el país anfitrión.

1. Promoción y protección de las inversiones

4. Una cuestión que preocupa especialmente a los promotores de proyectos y a los prestamistas es el grado de protección que se otorga a la inversión en el país anfitrión. Los inversionistas extranjeros en el país anfitrión requerirán garantías de protección contra toda medida de nacionalización o expropiación que se adopte sin posibilidad de recurso legal o sin indemnización adecuada de conformidad con las reglas vigentes en el país anfitrión y con las normas de derecho internacional. Asimismo, a los promotores de proyectos les interesará, entre otras cosas, introducir en el país, sin restricciones infundadas, al personal técnico que requiera el proyecto, así como los bienes y el equipo necesarios, tener acceso a las divisas necesarias y transferir al extranjero o repatriar sus beneficios o las cantidades necesarias para reembolsar los préstamos que la empresa haya tenido que obtener en razón del proyecto de participación público-privada. Además de las garantías específicas que la administración pública pueda aportar (véase el cap. II,

“Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...), la legislación sobre promoción y protección de inversiones puede desempeñar un importante papel en relación con las APP. En los países que ya dispongan de una legislación adecuada de protección de las inversiones, tal vez convenga estudiar la posibilidad de hacer expresamente extensiva esa protección a los proyectos de participación público-privada. Los países que deseen elaborar una política coherente y eficiente destinada a promover y proteger las inversiones pueden inspirarse en los principios fundamentales para la formulación de políticas de inversión que figuran en el Marco de Políticas de Inversión aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)¹.

5. Un número cada vez mayor de países han concertado acuerdos de inversión bilaterales cuyo objetivo es facilitar y proteger la corriente de inversiones entre las partes contratantes. Los acuerdos de protección de inversiones contienen generalmente disposiciones relativas a la admisión y las condiciones otorgadas a las inversiones extranjeras, la transferencia de capital entre las partes contratantes (por ejemplo, pago de dividendos en el extranjero o repatriación de inversiones), la disponibilidad de moneda extranjera para la transferencia o repatriación del producto financiero de la inversión, el amparo contra medidas de expropiación o nacionalización y la solución de controversias al respecto fuera del país anfitrión (véase el cap. VI, “Solución de controversias”, párrs. ...). La existencia de un acuerdo de este tipo entre el país anfitrión y el país o los países de origen de los patrocinadores del proyecto puede ser un factor determinante de la decisión de estos de invertir en el país anfitrión. Asimismo, las condiciones ofrecidas en dicha legislación relativa a acuerdos pueden hacer innecesarias ciertas seguridades o garantías públicas que se reclaman en relación con cada proyecto de infraestructura. La guía de la UNCTAD sobre el Marco de Políticas de Inversión (véase el párr. 4) también sigue esa línea: contiene recomendaciones para definir y aplicar una estrategia en la red sumamente compleja y fragmentada de tratados multilaterales existentes.

6. Además, en la legislación de ciertos países existen reglas encaminadas a facilitar y proteger la corriente de inversiones (que se reflejan también en las leyes de inmigración, el control de las importaciones y la reglamentación del cambio de divisas) que no dimanen necesariamente de tratados bilaterales o multilaterales.

2. La propiedad

7. Es aconsejable que la legislación relativa a la propiedad del país anfitrión refleje normas internacionales aceptables, contenga disposiciones adecuadas sobre la propiedad y la utilización de terrenos y edificios, así como de bienes muebles e incorporeales, y faculte al socio privado para comprar, vender y traspasar bienes y para autorizar su empleo, según lo requiera el caso. Las disposiciones constitucionales que hacen efectivo el derecho de propiedad han sido un factor importante para atraer y fomentar la inversión privada en muchos países.

8. Cuando el socio privado sea propietario de los terrenos en los que se construya la infraestructura, es importante que la propiedad o el derecho de utilización de los terrenos pueda demostrarse nítida e inequívocamente mediante su debida inscripción en el registro y procedimientos de publicidad adecuados. El socio privado y los prestamistas necesitarán contar con pruebas claras de que la propiedad o el derecho de utilización del terreno no será objeto de controversia. Por tanto, se mostrarán renuentes a aportar fondos al proyecto si la legislación del país anfitrión no proporciona medios adecuados para determinar quién es el propietario del terreno o quién tiene derecho a utilizarlo a largo plazo.

9. En algunos países, los derechos de propiedad otorgados al socio privado pueden estar limitados por la legislación aplicable a la propiedad pública, lo que sucede de manera particular cuando el proyecto de participación público-privada se ejecuta en

¹ El Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible de la UNCTAD (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/3) y sus “Principios para la formulación de políticas de inversión” pueden consultarse en la siguiente dirección: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ipfsd>.

terrenos de propiedad del Estado o de alguna autoridad pública. En la práctica, la legislación relativa a la propiedad pública normalmente evitaría que el socio privado utilizara el terreno para fines ajenos al proyecto, como el subarriendo de parte del terreno a terceros con el fin de generar ingresos adicionales. De existir ese régimen especial, el contrato de participación público-privada otorgaría al socio privado el derecho de utilizar el terreno durante el período de vigencia del contrato, con la condición de que el terreno cedido se utilice para el fin público específico determinado en el contrato (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...).

10. Es asimismo necesario ofrecer mecanismos eficaces para asegurar el respeto de los derechos de propiedad y de posesión que se otorguen al socio privado y evitar que sean vulnerados por terceros. Esto deberá ser asimismo aplicable a las servidumbres y derechos de paso que el socio privado pueda necesitar para prestar y mantener el servicio correspondiente (como la colocación de postes y cables en propiedad privada para la distribución de electricidad) (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...).

3. Garantías reales

11. Como se indicó anteriormente (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...), los mecanismos de garantía en proyectos de participación público-privada pueden ser complejos y consistir en diversas formas de garantía, incluida la garantía fija sobre bienes físicos del socio privado (por ejemplo, hipotecas u otros gravámenes), la pignoración de acciones del socio privado y la cesión de bienes incorpóreos (créditos por cobrar) del proyecto. Si bien los acuerdos de préstamo suelen regirse por la ley aplicable elegida por las partes, en la mayoría de los casos la ley del país anfitrión será la que determine el tipo de garantía que se podrá ejecutar sobre los bienes ubicados en el país anfitrión y los recursos disponibles.

12. La diversidad de los tipos de garantía o las limitaciones de los recursos que se ofrezcan en las leyes del país anfitrión pueden ser motivo de inquietud para los posibles prestamistas. Por consiguiente, es importante velar por que el derecho interno ofrezca una protección jurídica idónea a los acreedores garantizados y no impida que las partes establezcan mecanismos de garantía apropiados. Por razón de las grandes diferencias que existen entre unos ordenamientos jurídicos y otros en lo que respecta al régimen de las garantías reales, la *Guía* no examina en detalle las particularidades técnicas de la legislación necesaria, sino que, en los siguientes párrafos, se limita a presentar un esbozo de los principales elementos de un régimen moderno de operaciones garantizadas.

13. En algunos ordenamientos jurídicos pueden constituirse garantías reales sobre prácticamente cualquier clase de bienes, incluida la propiedad intelectual, mientras que en otros solo pueden constituirse sobre ciertas categorías de bienes, como los inmuebles. En algunos países se pueden constituir garantías reales sobre bienes que aún no existen (haberes futuros) y estas pueden abarcar todos los bienes de una sociedad, permitiendo a la vez que la sociedad siga empleándolos en el curso normal de sus negocios. Algunos ordenamientos permiten que se constituya una garantía real no posesoria, por lo que se pueden gravar ciertos bienes sin traspaso físico de su posesión; en otros ordenamientos no cabe constituir garantías reales sobre bienes no inscritos en el registro de la propiedad sin tomar posesión física o implícita de esos bienes. Algunos ordenamientos permiten que se ejecute la garantía real sin intervención de los tribunales, mientras que otros solo permiten ejecutar la garantía por vía judicial. Algunos países prevén medidas de ejecución que permiten no solo la venta de los bienes, sino también su explotación por el prestamista garantizado, ya sea tomando posesión de ellos o nombrando a un administrador; en otros países, la venta judicial de los bienes constituye la vía primaria de ejecución. Según algunos ordenamientos, ciertos tipos de garantía prevalecen sobre los acreedores privilegiados, mientras que en otros estos acreedores gozan de prelación sobre cualquier tipo de garantía. En algunos países, la constitución de una garantía real es económica, habiéndose de abonar una tasa o un derecho mínimo, mientras que en

otros puede resultar costosa. En algunos países, el monto de la garantía constituida puede ser ilimitado, mientras que en otros su valor no puede ser excesivo en comparación con la cantidad debida. Algunos ordenamientos jurídicos imponen obligaciones al prestamista garantizado en caso de ejecución de la garantía, como la de velar por que la venta de los bienes se haga a su justo valor de mercado.

14. Como medida de protección legal básica de los acreedores cabe citar la de disponer que las garantías fijas (por ejemplo, una hipoteca) sean registrables y que, una vez inscrita una garantía en el registro de la propiedad o en algún otro registro público, cualquier comprador del bien gravado por dicha garantía recibirá la propiedad de ese bien a reserva de esa garantía. Esto puede resultar difícil, ya que muchos países no disponen de un registro especializado de la propiedad. Además, esas garantías deberían ser oponibles a terceros, lo cual puede requerir que se constituyan como un derecho real y no como una mera obligación, y deberían facultar a la persona que reciba la garantía para vender los bienes gravados en un proceso de ejecución.

15. Otro aspecto importante se refiere a la flexibilidad que se da a las partes para definir los bienes que sirven de base a la garantía. En algunos ordenamientos se da gran libertad a las partes para determinar los bienes que pueden darse en garantía. En algunos de ellos es posible constituir una garantía sobre todos los bienes de una empresa, haciendo posible la venta de la empresa como un negocio en marcha, lo que puede permitir salvar a una empresa en dificultades financieras a la vez que aumenta la cuantía disponible para reembolsar el crédito garantizado. Sin embargo, otros ordenamientos permiten únicamente la constitución de una garantía sobre bienes concretos y no reconocen las garantías constituidas sobre todos los bienes del deudor. Tal vez se limite también la capacidad del deudor para negociar con bienes que se han dado en garantía. Este tipo de limitaciones y restricciones hacen difícil o incluso imposible que el deudor constituya una garantía sobre bienes genéricos o sobre bienes con los que haya de negociar en el curso normal de sus actividades.

16. Dada la larga duración de las APP, es posible que las partes deseen gozar de autonomía para definir en términos ya sean precisos o ya sean genéricos los bienes dados en garantía. Puede que asimismo deseen constituir dicha garantía sobre los bienes presentes o futuros, así como sobre bienes susceptibles de sufrir alteración a lo largo de la vida de la garantía. Quizá convenga revisar la normativa vigente en materia de garantías reales a fin de incluir disposiciones que permitan a las partes acordar acuerdos de garantía adecuados.

17. Varios órganos internacionales intergubernamentales, como la CNUDMI, han elaborado instrumentos que pueden utilizarse como modelos para formular o modernizar la legislación en materia de operaciones garantizadas. Cabe destacar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias², que ofrece un marco legislativo transparente, integral y moderno de la financiación garantizada que puede atender las necesidades de los operadores que participan en las APP, como se ha descrito anteriormente (véanse los párrs. 10 a 15). La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional³ constituye también otra herramienta útil para eliminar los obstáculos a las operaciones transfronterizas fundamentales para la financiación de los proyectos de participación público-privada. Forman otro conjunto de instrumentos internacionales pertinentes para las garantías mobiliarias internacionales el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil⁴ y los protocolos posteriores (Protocolo

² La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias (2016) puede consultarse en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/security/2016Model_secured.html.

³ La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, 2001) puede consultarse en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/security/2001Convention_receivables.html.

⁴ Convenio relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil (Convenio de Ciudad del Cabo, 2001).

Aeronáutico⁵, Protocolo Ferroviario⁶ y Protocolo Espacial⁷), elaborados bajo los auspicios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), que prevén garantías sólidas y fácilmente ejecutables, fundamentalmente mediante el establecimiento de un registro internacional electrónico, sobre bienes muebles que podrían incluirse en las operaciones realizadas en el marco de las APP.

4. Régimen de la propiedad intelectual

18. Las APP entrañan frecuentemente la utilización de tecnologías nuevas o avanzadas protegidas por patentes o derechos similares de propiedad intelectual. Pueden también suponer la formulación y presentación de soluciones originales o innovadoras, que pueden constituir información patentada y amparada por un derecho de propiedad intelectual. Por lo tanto, los inversionistas privados, nacionales y extranjeros, que aporten tecnología nueva o avanzada al país anfitrión o ideen soluciones originales exigirán la seguridad de que sus derechos de propiedad intelectual estarán protegidos y de que podrán hacerlos valer frente a toda infracción, lo cual puede requerir la promulgación de alguna norma de derecho penal para combatir la vulneración de los derechos de propiedad intelectual. Esa protección debería garantizarse en todas las etapas del proyecto de participación público-privada, desde el proceso de adjudicación del contrato, momento en que los licitantes proporcionan a la autoridad contratante información confidencial en los documentos de licitación (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. ...), hasta las etapas de construcción y explotación, en las que el socio privado podría usar conocimientos o tecnología patentados y necesitará garantías de la protección de sus derechos de propiedad intelectual.

19. La adhesión a algún acuerdo internacional relativo a la protección e inscripción en un registro de los derechos de propiedad intelectual podría ofrecer un marco jurídico para la protección de la propiedad intelectual. Sería deseable fortalecer la protección de esos derechos en armonía con instrumentos como el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883)⁸. El Convenio se aplica a la propiedad industrial en el sentido más amplio y abarca las invenciones, las marcas, los dibujos y modelos industriales, los modelos de utilidad, los nombres comerciales, las indicaciones geográficas y la represión de la competencia desleal. El Convenio dispone que, por lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, cada Estado contratante deberá otorgar todas las garantías de su derecho interno. Regula asimismo el derecho de prioridad para las patentes, marcas y dibujos y modelos industriales y establece algunas reglas comunes que todos los Estados contratantes deberán observar en materia de patentes, marcas, dibujos y modelos industriales, nombres comerciales, indicaciones de procedencia, competencia desleal y prácticas administrativas internas. Otro marco de protección internacional de patentes es el ofrecido por el Tratado de Cooperación en materia de Patentes, de 1970, que solicitar simultáneamente, en un gran número de países, la protección de una patente de invención presentando una única solicitud internacional. En algunos países, las normas internacionales se complementan con legislación encaminada a proteger jurídicamente las novedades tecnológicas, como la legislación que protege los derechos de propiedad intelectual en el diseño de equipo y programas informáticos. Asimismo, el Tratado sobre el Derecho de Patentes⁹ tiene por objeto armonizar los procedimientos formales respecto de las patentes y las solicitudes de patente nacionales y regionales.

⁵ Protocolo sobre Cuestiones Específicas de los Elementos de Equipo Aeronáutico, del Convenio relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil (Ciudad del Cabo, 2001).

⁶ Protocolo de Luxemburgo sobre Cuestiones Específicas del Material Rodante Ferroviario, del Convenio relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil (Luxemburgo, 2007).

⁷ Protocolo sobre Cuestiones Específicas de los Bienes Espaciales, del Convenio relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil (Berlín, 2012).

⁸ Revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington D.C. el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 2 de octubre de 1979.

⁹ Tratado sobre el Derecho de Patentes (Ginebra, 1 de junio de 2000).

20. Otros instrumentos importantes que dan protección internacional a los derechos de propiedad industrial son el Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas, de 1891¹⁰; el Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid, de 1989; y el Reglamento Común del Arreglo de Madrid y del Protocolo concerniente a ese Arreglo, de 1998. El Arreglo de Madrid prevé el registro internacional de marcas (tanto de fábrica o de comercio como de servicios) en la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). El registro internacional de las marcas conforme al Arreglo de Madrid es eficaz en varios países, en potencia en todos los Estados contratantes (excepto el país de origen). Además, el Tratado sobre el Derecho de Marcas, de 1994, simplifica y armoniza los procedimientos para la solicitud del registro de marcas, los cambios después del registro y la renovación de este.

21. En el ámbito de los dibujos y modelos industriales, el Arreglo de La Haya relativo al Registro Internacional de Dibujos y Modelos Industriales, de 1925,¹¹ prevé el registro internacional de los dibujos y modelos industriales en la Oficina Internacional de la OMPI. El registro internacional tiene, en cada uno de los Estados contratantes designados por el solicitante, los mismos efectos que si el solicitante hubiera cumplido todas las formalidades exigidas por el derecho interno para la concesión de protección y que si la oficina del país en cuestión hubiera realizado todos los actos administrativos requeridos para ese fin.

22. El acuerdo multilateral más amplio en materia de propiedad intelectual concertado hasta la fecha es el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (el “Acuerdo sobre los ADPIC”), que fue negociado bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y entró en vigor el 1 de enero de 1995. El Acuerdo sobre los ADPIC regula los siguientes aspectos de la propiedad intelectual: los derechos de autor y derechos conexos (es decir, los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión); las marcas de fábrica o de comercio, incluidas las marcas de servicio; las indicaciones geográficas, entre ellas las denominaciones de origen; los dibujos y modelos industriales; las patentes, incluida la protección de nuevas variedades vegetales; los esquemas de trazado de los circuitos integrados; y la información no divulgada, como los secretos comerciales y los datos de pruebas. Con respecto a cada uno de los principales ámbitos de propiedad intelectual que abarca, el Acuerdo sobre los ADPIC fija las normas mínimas de protección que debe ofrecer cada parte contratante exigiendo, en primer lugar, el cumplimiento de las obligaciones de fondo de, entre otros instrumentos, el Convenio de París en su versión más reciente. Las principales disposiciones de fondo del Convenio de París se incorporan por remisión y pasan a ser así obligaciones de conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC. El Acuerdo agrega además un número sustancial de obligaciones relativas a cuestiones sobre las que las convenciones anteriores de propiedad intelectual no son explícitas o que estas no regulan de forma adecuada. Además, el Acuerdo sobre los ADPIC establece ciertos principios generales aplicables a todos los procedimientos para hacer valer los derechos de propiedad intelectual. Asimismo, el Acuerdo sobre los ADPIC contiene disposiciones sobre procedimientos y recursos civiles y administrativos, así como sobre medidas provisionales, prescripciones especiales relacionadas con las medidas en frontera y procedimientos penales, que especifican con cierto detalle los procedimientos y recursos de que deben disponer los titulares de derechos de propiedad intelectual para hacer valer eficazmente tales derechos.

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

23. Cuando la administración pública asuma la responsabilidad de proporcionar los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto, podrá hacerlo comprándolos a sus

¹⁰ Revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington D.C. el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Niza el 15 de junio de 1957 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967.

¹¹ Con el Acta Adicional de Mónaco de 1961; el Acta Complementaria de Estocolmo de 1967, enmendada el 28 de septiembre de 1979; y el Reglamento del Arreglo de La Haya relativo al Registro Internacional de Dibujos y Modelos Industriales de 1998.

propietarios o, de ser ello necesario, procediendo a su adquisición forzosa mediante el pago de una indemnización adecuada por una vía denominada a veces “adquisición forzosa” o “expropiación” (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...). Muchos países han regulado por ley la adquisición forzosa de bienes de propiedad privada y esas leyes serán probablemente aplicables a toda medida de adquisición forzosa de bienes inmuebles que se requieran para los proyectos de participación público-privada.

24. La adquisición forzosa puede efectuarse por vía judicial o administrativa o por medio de una ley especial. En la mayoría de los casos, los procedimientos entrañan fases administrativas y judiciales que pueden ser largas y complejas. Por tanto, la administración pública tal vez desee estudiar la posibilidad de revisar la normativa vigente en materia de adquisición forzosa por razones de interés público para garantizar que se ajusta a las necesidades de los grandes proyectos de infraestructura que se consideran prioridad nacional o interna y que podrían beneficiar tanto a la población como a la economía. Esa revisión debería determinar, entre otras cosas, si la normativa aplicable permite un procedimiento rápido y asequible que al mismo tiempo proteja adecuadamente los derechos de los propietarios. En la medida en que lo permita la ley, y en el marco del estudio del impacto ambiental y social que se haya realizado en la fase inicial del proyecto (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...), es importante que la administración pública pueda tomar posesión de los bienes sin demoras innecesarias a fin de que no aumenten los costos del proyecto.

6. Reglas en materia de contratos públicos y derecho administrativo

25. En muchos ordenamientos jurídicos, la prestación de los servicios públicos puede regirse por un conjunto de normas conocido como “derecho administrativo”, aplicable a una amplia gama de funciones públicas. Esos sistemas funcionan conforme al principio de que la administración pública podrá ejercitar sus poderes y funciones por medio de un acto administrativo o un contrato administrativo. Se suele entender que la administración pública podrá también celebrar contratos privados, con arreglo a la ley aplicable a los contratos mercantiles privados. Las diferencias entre uno y otro tipo de contrato pueden ser apreciables.

26. Conforme al concepto del contrato administrativo, la libertad y autonomía de que gozan las partes en un contrato privado está subordinada al interés público. La administración pública tiene, en algunos ordenamientos jurídicos, el derecho a modificar el alcance y las cláusulas de los contratos administrativos e incluso a rescindirlos por razones de interés público, normalmente con la obligación de indemnizar a la parte contratante privada por las pérdidas ocasionadas (véase el cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada”, párrs. ...). La administración pública podría gozar también de extensas facultades de vigilancia e inspección, así como del derecho a imponer sanciones por incumplimiento al explotador privado de la infraestructura. Esto a menudo se compensa con el requisito de introducir en el contrato otros cambios necesarios a fin de restablecer el equilibrio financiero inicial entre las partes y de mantener el valor global del contrato para la parte contratante privada (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...). En algunos ordenamientos jurídicos, las controversias suscitadas por los contratos públicos son de la exclusiva competencia de tribunales especiales dedicados únicamente a asuntos administrativos, que, en algunos países, están separados del sistema judicial o conforman un orden jurisdiccional propio (véase el cap. VI, “Solución de controversias”, párrs. ...).

27. En otros ordenamientos jurídicos se sostiene con frecuencia que la mejor manera de respetar el estado de derecho es que la administración pública se someta al derecho privado ordinario. En general se reconoce que la administración no puede restringir por vía contractual el ejercicio de sus funciones soberanas. No puede obstaculizar su futuro poder ejecutivo en el ejercicio de las funciones públicas que afecten al interés público. Conforme al principio de los actos soberanos, aplicable en algunos países cuyo sistema jurídico se basa en el *common law*, la administración pública, en calidad de contratista, estará excusada de la ejecución de su contrato si, en el ejercicio de su soberanía,

promulga alguna ley, reglamento o decreto en defensa del interés público que impida esa ejecución. Por ende, la ley puede permitir que una autoridad pública interfiera en el ejercicio de derechos contractuales adquiridos. Por lo común, esa intervención se limita a fin de que los cambios no sean tan grandes que impidan que la otra parte pueda adaptarse a ellos sin que le ocasionen pérdidas contrarias a la equidad. En tales casos, la parte privada normalmente tendrá derecho a algún tipo de indemnización o ajuste equitativo. En previsión de esas eventualidades, en algunos países se incluye en los contratos públicos una cláusula uniforme de previsión de “cambios” que faculta a la administración pública para modificar unilateralmente las condiciones o para introducir cambios como resultado de un acto de intervención soberana.

28. Las prerrogativas especiales de los organismos públicos se justifican en esos ordenamientos jurídicos por razones de interés público. No obstante, se reconoce que esas prerrogativas especiales, en particular el poder de modificar unilateralmente las cláusulas de los contratos, de utilizarse incorrectamente, pueden perjudicar los derechos adquiridos de quienes han celebrado contratos con la administración pública. Por esta razón, los países con una tradición arraigada de participación privada en proyectos de infraestructura han concebido una serie de mecanismos de control y recursos para proteger a esos contratistas de los actos arbitrarios o indebidos de las autoridades públicas, como el acceso a órganos imparciales de solución de controversias y sistemas de indemnización completa por actuaciones públicas perjudiciales. De no ofrecerse una protección de este tipo, toda norma legal por la que se confiera a las autoridades públicas prerrogativas especiales podría ser considerada por los posibles inversionistas como un riesgo imponderable que quizá los desaliente a la hora de invertir en determinadas jurisdicciones. Por ello, algunos países han revisado su legislación sobre contratos públicos con miras a ofrecer el grado de protección requerido para fomentar la inversión privada y eliminar toda norma que suscitara dudas sobre la estabilidad contractual a largo plazo necesaria para los proyectos de infraestructura. Se puede lograr mayor claridad y confianza si, en la etapa de licitación, se proporciona a los licitantes toda la información necesaria relativa a las reglas sobre contratos públicos y derecho administrativo, a fin de garantizar que estén informados de las prerrogativas especiales que pueden ejercer los organismos públicos (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párr. ...).

7. Derecho contractual privado

29. El derecho aplicable a los contratos privados desempeña una importante función con respecto a los contratos celebrados por el socio privado con los subcontratistas, proveedores y otras entidades privadas. El derecho interno aplicable a los contratos privados debería ofrecer soluciones adecuadas a las necesidades de las partes contratantes, incluida la flexibilidad para negociar los contratos necesarios para la construcción y explotación de una obra de infraestructura. Además de algunos principios básicos de derecho contractual, como el reconocimiento general de la autonomía de las partes, la exigibilidad judicial de las obligaciones contractuales y la existencia de recursos adecuados para los supuestos de incumplimiento de contrato, la legislación del país anfitrión puede crear condiciones favorables para las APP facilitando soluciones contractuales susceptibles de ser utilizadas en estos proyectos. Es asimismo importante que exista un conjunto adecuado de normas de derecho internacional privado, dado que es muy probable que los contratos celebrados por el socio privado contengan elementos internacionales.

30. Cuando haya de construirse una nueva infraestructura, es probable que el socio privado necesite importar grandes cantidades de suministros y equipo. Se dará mayor seguridad jurídica a esas operaciones si la legislación del país anfitrión contiene disposiciones expresamente adaptadas a los contratos de compraventa internacional. Se dispondrá de un marco jurídico particularmente idóneo si el país anfitrión es parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional

de Mercaderías (Viena, 1980)¹² o en otros instrumentos internacionales relativos a contratos específicos, como el Convenio sobre el Arrendamiento Financiero Internacional (Ottawa, 1988)¹³, elaborado por el UNIDROIT.

8. Derecho de sociedades

31. En la mayoría de los proyectos que entrañan el desarrollo de un nuevo proyecto de participación público-privada, los promotores del proyecto crearán la sociedad del proyecto como entidad jurídica independiente en el país anfitrión (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...). Se reconoce que el tipo de la sociedad del proyecto puede variar según el país, y que la sociedad no será necesariamente una sociedad anónima. Como en la mayoría de los casos se elige una sociedad que se encuadra en algún tipo societario, es particularmente importante que el país anfitrión cuente con un derecho de sociedades adecuado que incluya disposiciones modernas sobre cuestiones fundamentales como la constitución y administración de la sociedad, la emisión de acciones y su venta o cesión, la contabilidad y los estados financieros y la protección de los accionistas minoritarios. Además, el reconocimiento de la capacidad de los inversionistas de crear entidades aparte que sirvan de sociedad instrumental para fines de financiación y desembolso de fondos puede facilitar el cierre de las operaciones de financiación del proyecto (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párr. ...).

32. Aunque cabe utilizar diversas formas de sociedad, es característica común que los propietarios (o accionistas) de la entidad del socio privado quieran que se limite su responsabilidad al valor de su participación en el capital social. Si se quiere que la sociedad del proyecto ofrezca en bolsa sus acciones, la responsabilidad de sus socios habrá de ser limitada, ya que los posibles inversionistas comprarán únicamente, en general, las acciones de la sociedad por razón de su valor a título de inversión y no intervendrán de cerca en su gestión. Por tanto, es importante que la legislación del país anfitrión limite adecuadamente la responsabilidad de los accionistas. Además, una normativa adecuada de la emisión por las sociedades mercantiles de bonos, obligaciones u otros títulos bursátiles permitirá al socio privado obtener fondos de los inversionistas en el mercado de valores, lo que facilitará la financiación de ciertos proyectos.

33. La legislación debería definir las responsabilidades de los miembros del consejo de administración y del personal directivo de la sociedad del proyecto, en particular la base de su responsabilidad penal. Asimismo, puede prever la protección de todo tercero afectado por un incumplimiento de la responsabilidad corporativa. El derecho de sociedades moderno contiene a menudo disposiciones específicas que regulan la conducta de los administradores con miras a evitar conflictos de intereses. En esas disposiciones se exige que los administradores actúen de buena fe al servicio de los intereses de la sociedad y que no utilicen su cargo en provecho de sus propios intereses financieros o los de un tercero y en detrimento de la sociedad. Toda disposición destinada a evitar conflictos de intereses en la gestión de la sociedad puede tener particular importancia para los proyectos de infraestructura, en los que el socio privado tal vez desee que sus accionistas participen, en una u otra etapa del proyecto, en la ejecución de ciertas obras o en la prestación de ciertos servicios conexos (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...).

34. Es importante que la ley regule de manera adecuada el proceso decisorio, tanto en las reuniones de accionistas como en las de los órganos de administración de la sociedad (por ejemplo, en su junta directiva o consejo de supervisión). La protección de los derechos de los accionistas y, en particular, la protección de los accionistas minoritarios

¹² *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 10 de marzo a 11 de abril de 1980* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.82.V.5), parte I.

¹³ *Acts and Proceedings of the Diplomatic Conference for the adoption of the draft Unidroit Conventions on International Factoring and International Financial Leasing, Ottawa, 9-28 May 1988*, vol. I.

contra los abusos de los accionistas con participaciones mayoritarias o preponderantes en el capital social son un elemento importante del derecho de sociedades moderno. Son también decisivos los mecanismos para resolver controversias entre accionistas. Es útil reconocer el derecho de los accionistas a reglamentar otras cuestiones relativas a la gestión del socio privado mediante acuerdos entre ellos mismos o contratos de gestión con los titulares de los cargos directivos del socio privado.

9. Derecho tributario y cuestiones tributarias transfronterizas

35. Además de los posibles incentivos fiscales que puedan ofrecerse en el país anfitrión o que puedan concederse expresamente a las APP en general o a proyectos determinados (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...), el régimen tributario general del país anfitrión desempeña un papel importante en las decisiones de una empresa privada en materia de inversiones. Además de una evaluación del impacto de la tributación sobre el costo del proyecto y el margen de beneficios previsto, los inversionistas privados examinarán cuestiones como la transparencia general del sistema tributario nacional, el grado de discrecionalidad que ejercitan las autoridades tributarias, la claridad de las directrices e instrucciones dadas a los contribuyentes y la objetividad de los criterios utilizados para calcular la deuda tributaria de la empresa. Este asunto puede ser complejo, particularmente en países en los que se haya descentralizado la autoridad de imponer o de elevar los impuestos o de hacer cumplir la legislación tributaria.

36. Los proyectos de participación público-privada, que suelen financiarse mediante préstamos concedidos por bancos comerciales o bancos internacionales de desarrollo o mediante la emisión de acciones de los patrocinadores, requieren un flujo de efectivo predecible. Por ello, es crucial poder evaluar con facilidad el importe de la carga tributaria total durante toda la vida del proyecto. Toda modificación imprevista de los impuestos que reduzca el flujo de efectivo puede tener graves consecuencias para el proyecto. En algunos países, la administración pública está autorizada a celebrar acuerdos con los inversionistas con el fin de garantizar que el flujo de efectivo del proyecto no se vea perjudicado por incrementos fiscales imprevistos. Esos arreglos se denominan a veces “acuerdos de estabilización fiscal”. No obstante, la administración pública tal vez no pueda, por razones constitucionales o políticas, otorgar ese tipo de garantía, en cuyo caso las partes podrán acordar mecanismos de indemnización o de revisión del contrato para hacer frente a todo aumento del costo imputable a cambios fiscales (véase también el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...).

37. El aspecto internacional de las APP, pues a menudo estas se suscriben con inversionistas extranjeros, también conlleva importantes consecuencias en materia de fiscalidad, dependiendo del sistema tributario que rija en el país anfitrión y en el país de origen. La mayoría de los regímenes tributarios nacionales responden a uno de tres criterios generales. Conforme al criterio de la tributación universal con deducciones, todos los ingresos obtenidos en cualquier lugar se gravan en el país de origen del inversionista y se evita la doble imposición utilizando un sistema de deducciones de los impuestos satisfechos en el extranjero, de modo que se reducirán los impuestos del país de origen en el importe de los impuestos extranjeros ya pagados. Si el país de origen de un inversionista utiliza este criterio, la deuda tributaria del inversionista no podrá ser inferior a la que habría de satisfacer en su país. Conforme a un segundo criterio, los ingresos en el país anfitrión que ya hayan tributado en ese país quedarán exentos de los tributos del país de origen del inversionista. En tercer lugar, con arreglo a un criterio puramente territorial, los ingresos obtenidos en el extranjero estarán totalmente exentos de tributación en el país del inversionista. Los inversionistas cuyo país de origen utilice los dos últimos criterios de tributación se beneficiarán de una exención o reducción temporal de impuestos ofrecida por el país anfitrión, así como de toda tasa impositiva inferior aplicable en ese país, pero esas ventajas fiscales no supondrían ningún incentivo para un inversionista con sede en un paraíso fiscal.

38. Las partes que intervienen en el proyecto pueden albergar diversas inquietudes acerca de la posible deuda tributaria. Preocupa normalmente a los inversionistas la

tributación de los beneficios obtenidos en el país anfitrión y de los pagos a los contratistas, proveedores, inversionistas y prestamistas, así como el trato fiscal de las ganancias (o pérdidas) de capital al liquidarse el socio privado. Los inversionistas pueden encontrarse con que ciertos pagos utilizados para aminorar los impuestos en su país de origen (como los pagos de intereses por las sumas tomadas en préstamo, los costos de investigación, los costos de licitación y las pérdidas en divisas) no lo son en el país anfitrión, o viceversa. Análogamente, la sociedad del proyecto puede ser tratada a efectos fiscales en el país anfitrión como un tipo diferente de entidad que en el país de origen. En los proyectos en que los bienes pasan a ser propiedad pública, esto puede impedir que se apliquen las deducciones por depreciación con arreglo a las leyes del país de origen.

39. Un problema propio de los proyectos de participación público-privada en que intervienen inversionistas extranjeros es la posibilidad de que las sociedades extranjeras que participen en el consorcio de un proyecto se vean expuestas a la doble imposición, es decir, imposición sobre los beneficios, regalías e intereses en sus propios países y en el país anfitrión. El calendario de pagos tributarios y la obligación de pagar impuestos por vía de retención también pueden plantear problemas. Varios países han celebrado acuerdos bilaterales, a menudo basados en el Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE¹⁴, para eliminar o, por lo menos, reducir los efectos negativos de la doble imposición; estos acuerdos, de haberse celebrado entre el país anfitrión y los países de origen de los promotores del proyecto, con frecuencia influyen en sus consideraciones fiscales.

40. En definitiva, es el efecto acumulativo de todos los impuestos combinados lo que hay que tener presente. Por ejemplo, puede haber impuestos establecidos a más de un nivel tributario; además de tributar a la administración pública central, el socio privado también puede verse obligado al pago de impuestos municipales o provinciales. Puede que también existan ciertos gravámenes además de los impuestos sobre la renta, a menudo devengados y pagaderos antes de que el socio privado haya tenido ningún ingreso. Figuran entre ellos el impuesto sobre las ventas, llamado a veces “impuesto sobre el tráfico comercial”, el impuesto sobre el valor añadido, el impuesto sobre bienes inmuebles, el impuesto del timbre y los derechos de importación. Asimismo, a veces se pueden hacer ofertas especiales de exoneración total o parcial de estos pagos en el marco de los programas de incentivo de las inversiones.

10. Despacho de aduanas y derechos aduaneros

41. La administración pública a menudo ofrece ventajas fiscales y aduaneras al socio privado para respaldar un proyecto de participación público-privada (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 77 a 80). Esas ventajas suelen reducir el nivel de impuestos y derechos de importación que el socio privado haya de abonar. Además de la decisión política de conceder (o no) esas ventajas, es aconsejable que la administración pública vele por que su legislación en materia de aduanas permita la importación de los bienes necesarios para la construcción y explotación del proyecto. También es importante garantizar que las aduanas dispongan de los recursos adecuados para realizar las verificaciones y despachar los bienes sin demoras innecesarias. Se prevén mecanismos a tal efecto, por ejemplo, en el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio¹⁵, aprobado por la Organización Mundial del Comercio en 2013, cuyo fin es agilizar el movimiento, el levante y el despacho de aduana de las mercancías, incluidas las mercancías en tránsito, y que establece medidas para una cooperación efectiva entre las autoridades de aduanas y otras autoridades pertinentes en las cuestiones relativas a la facilitación del comercio y el cumplimiento de los procedimientos aduaneros.

¹⁴ Se aconseja al lector consultar el Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio preparado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), que actualiza periódicamente la institución para tener en cuenta las novedades en materia de doble imposición en el derecho tributario y en la práctica (<http://www.oecd.org/tax/treaties/>).

¹⁵ Acuerdo sobre Facilitación del Comercio, Decisión Ministerial WT/MIN(13)36, de 7 de diciembre de 2013. Entró en vigor el 22 de febrero de 2017. Se puede consultar el texto íntegro en el sitio web de la OMC: <https://www.wto.org/indexsp.htm>.

11. Reglas y prácticas contables

42. En el capítulo II de la *Guía* se han analizado las opciones presupuestarias a disposición de las autoridades públicas para registrar el costo del respaldo público prestado a las APP (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párr. 34). La valoración de la situación financiera del socio privado resulta igualmente importante en el contexto de las APP. En varios países se exige por ley a las empresas que apliquen prácticas contables uniformes aceptadas internacionalmente y que contraten los servicios de contables o auditores profesionales. Una de las razones para hacerlo radica en que la adopción de prácticas contables uniformes es una medida con la que se fomenta la uniformidad en la valoración de las empresas. En relación con la selección del socio privado, la utilización de prácticas contables uniformes puede asimismo facilitar la tarea de evaluar la solvencia financiera de los licitantes con objeto de determinar si satisfacen los criterios de preselección establecidos por la autoridad contratante (véase el cap. III, “Selección del socio privado”, párrs. ...). El empleo de prácticas contables uniformes es además indispensable para auditar los beneficios de las sociedades, lo que puede ser necesario a fin de que el organismo regulador pueda aplicar la escala de tarifas y supervisar el desempeño del socio privado (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...).

43. En algunos países se han implantado reglas especiales de contabilidad para las empresas explotadoras de infraestructura a fin de tener en cuenta las características específicas de los ingresos de los proyectos de infraestructura. Los proyectos de construcción de obras de infraestructura, en particular carreteras y otras obras relacionadas con los transportes, suelen caracterizarse por una fase de inversión relativamente breve con altos costos financieros y sin ingresos, seguida por una fase más larga de ingresos crecientes y costos financieros cada vez menores y, en circunstancias normales, gastos de explotación estables. En consecuencia, si se aplicaran reglas de contabilidad tradicionales, la estructura financiera peculiar de esos proyectos tendría que reflejarse en las cuentas de la sociedad del proyecto como una fase de resultados negativos continuos seguida por otra más larga de beneficios netos. Esto no solo tendría consecuencias negativas, por ejemplo, para la calificación crediticia de la sociedad del proyecto durante la fase de construcción, sino que además podría dar lugar a que le fuera impuesta una desproporcionada carga fiscal durante la fase de explotación del proyecto. A fin de evitar tal distorsión, algunos países han adoptado normas de contabilidad especiales para las empresas que llevan a cabo proyectos de infraestructura que tienen en cuenta el hecho de que los resultados financieros de los proyectos de participación público-privada solo pueden ser positivos a medio plazo. Estas reglas especiales suelen permitir que las empresas de infraestructura difieran la inscripción de una parte de los costos financieros incurridos durante la fase deficitaria a ejercicios ulteriores, de conformidad con los calendarios financieros previstos en el acuerdo de proyecto. No obstante, estas reglas especiales de contabilidad suelen aplicarse sin perjuicio de otras normas que tal vez prohíban la distribución de dividendos durante los ejercicios financieros clausurados con resultados negativos

12. Normas de contabilidad y consignación presupuestaria

44. La planificación y preparación adecuadas son condiciones indispensables para el éxito de los proyectos de participación público-privada (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...). Durante las etapas de planificación y preparación deberían estudiarse detenidamente los posibles efectos fiscales del proyecto y sus consecuencias presupuestarias para la autoridad contratante o la administración pública, según el caso. El respaldo público y otras obligaciones condicionales a que pudiera dar lugar el proyecto durante el período de vigencia del contrato de participación público-privada deberían ajustarse a las normas presupuestarias. En particular, la autoridad contratante debería aprobar una consignación presupuestaria suficiente para financiar los pagos debidos al socio privado y asignarla de modo que se puedan efectuar en el plazo convenido entre las partes.

45. De hecho, en la mayoría de los países, la consignación presupuestaria es un proceso anual en el que no se prevén de manera automática las obligaciones condicionales a que pueda dar lugar de manera imprevista un contrato de participación público-privada. Además, requiere a menudo la autorización de un órgano legislativo u otra autoridad responsable de la gestión de los medios público. La autoridad contratante o la administración pública podría tener dificultades para solicitar la autorización pertinente en el plazo negociado en el contrato. En la práctica, se pueden establecer diversos mecanismos para asegurar el pago oportuno de las obligaciones. Por ejemplo, la creación de un fondo para obligaciones condicionales puede posibilitar que se efectúen los pagos al socio privado sin necesidad de solicitar una autorización específica. No obstante, un fondo de ese tipo habría de gestionarse conforme a normas estrictas y ser lo suficientemente transparente para que permita justificar los pagos realizados.

46. Las APP se han venido utilizando cada vez más para complementar la falta de financiación pública y compensar las obligaciones contraídas en virtud de proyectos de participación público-privada en el balance de la administración pública. Esta práctica puede tener consecuencias desfavorables para el presupuesto de las autoridades contratantes y otros organismos públicos, por ejemplo, cuando las obligaciones condicionales se materializan en obligaciones de pagar una indemnización o realizar otros pagos al socio privado (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...). A fin de evitar ese arriesgado uso de las APP, se recomienda registrar y publicar todas las obligaciones contraídas por la autoridad contratante, sean directas o condicionales. Además, la administración pública tal vez desee otorgar a la entidad central encargada de coordinar las APP a nivel nacional la misión de reunir toda la información financiera relativa a los proyectos de participación público-privada vigentes y evaluar el número total de compromisos (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...).

13. Protección del medio ambiente y APP

47. La protección del medio ambiente abarca una gran variedad de cuestiones, que van desde el tratamiento de residuos y sustancias peligrosas hasta la reubicación de personas desplazadas por grandes proyectos que utilizan mucho espacio. Las autoridades públicas recurren cada vez más a las APP para desarrollar las infraestructuras necesarias para cumplir con sus objetivos de protección medioambiental y de desarrollo sostenible (como las instalaciones y los sistemas de tratamiento de aguas y residuos o los generadores de energías “limpias”). En el otro lado de la balanza se colocan las preocupaciones de carácter social y ambiental que generan este tipo de proyectos de gran envergadura (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párr. 18). Hace años que se viene reconociendo ampliamente que la protección del medio ambiente es un requisito esencial del desarrollo sostenible, consagrado en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párr. ...). Es posible que la legislación sobre protección del medio ambiente ejerza en diversos planos un efecto directo sobre la ejecución de proyectos de infraestructura, y las cuestiones ecológicas son una de las causas más frecuentes de controversias. Las leyes de protección del medio ambiente pueden contener diferentes requisitos, como el consentimiento de diversas autoridades competentes en la materia, pruebas de que no quedan responsabilidades pendientes de saldar con respecto al medio ambiente, seguridades de que se observarán las normas ecológicas, compromisos de remediar los daños ambientales causados y requisitos de notificación. Estas leyes a menudo exigen una autorización previa para diversas actividades comerciales, con requisitos particularmente estrictos para ciertos tipos de infraestructura (por ejemplo, los sistemas de tratamiento de aguas residuales y de recolección de residuos, las líneas de transmisión de electricidad, las carreteras y los ferrocarriles).

48. Es, por tanto, aconsejable prever medidas legislativas que den transparencia a las obligaciones derivadas de las leyes sobre cuestiones ecológicas. Es importante garantizar el mayor grado posible de claridad en las disposiciones que regulen las comprobaciones que podrán llevar a cabo las autoridades competentes, los requisitos de documentación y de otro tipo que deban cumplir los solicitantes, las condiciones

impuestas para la expedición de una licencia y las circunstancias que justifican su denegación o retirada. De particular importancia son las disposiciones que aseguran el acceso de los solicitantes a vías de recurso expeditivas, administrativas o judiciales, según corresponda. Asimismo, puede ser aconsejable cerciorarse, en la medida de lo posible, antes de la adjudicación definitiva del contrato, de que se cumplen las condiciones impuestas para la obtención de las licencias ambientales pertinentes. En algunos países, las autoridades públicas especializadas o determinados grupos defensores del medio ambiente pueden tener derecho a acudir a los tribunales para tratar de evitar que se causen daños al medio ambiente, lo que puede comprender el derecho a solicitar la retirada de una licencia si esta se considera contraria a las normas ambientales aplicables. En algunos de esos países se ha juzgado oportuno que representantes de la población participen en los procedimientos conducentes a la expedición de licencias relativas a cuestiones que afectan al medio ambiente (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 17 y 18). La ley tal vez prevea también la escala de sanciones imponibles y determine quiénes habrán de responder por los daños ocasionados.

49. Con la adhesión a tratados de protección del medio ambiente se puede contribuir a reforzar el régimen internacional de la protección medioambiental. Durante los últimos decenios se han elaborado numerosos instrumentos internacionales encaminados a establecer normas internacionales comunes. Entre esos instrumentos cabe destacar: el Programa 21¹⁶ y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹⁷, aprobados por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en 1992; la Carta Mundial de la Naturaleza (resolución 37/7 de la Asamblea General, anexo); el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, de 1989; el Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, de 1991¹⁸; y el Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, de 1992¹⁹. Del mismo modo, el desarrollo de la financiación para el clima, tras la entrada en vigor del Acuerdo de París en 2016²⁰, está considerado una forma de cumplir con los objetivos fijados por cada país en materia de mitigación del calentamiento global. A ese respecto, la mayoría de las instituciones financieras que participan en la financiación para el clima aplican las Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional²¹ o los “Principios del Ecuador”²² para determinar y gestionar el impacto social y ambiental de los proyectos que estudian financiar. El incumplimiento de esas normas por un país receptor provocaría que se le solicitara la preparación de un plan de acción correctivo y, en última instancia, podría dar lugar al cese de la financiación por parte de la institución.

¹⁶ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.93.I.8 y correcciones), vol. I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia*, resolución 1, anexo II.

¹⁷ *Ibid.*, anexo I.

¹⁸ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1989, núm. I-34028.

¹⁹ *Ibid.*, vol. 1936, núm. I-33207.

²⁰ Acuerdo de París, 12 de diciembre de 2015 (núm. 54113). El Acuerdo de París fue aprobado en el 21^{er} período de sesiones de la Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, celebrado en París del 30 de noviembre al 13 de diciembre de 2015. Se ha publicado en el sitio web de la Sección de Tratados de las Naciones Unidas (https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280458f37&clang=_fr).

²¹ Para obtener información sobre las Normas de la Corporación Financiera Internacional, véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párr. ...

²² Principios del Ecuador, junio de 2013. Los Principios del Ecuador son un marco de gestión de riesgos, aprobado por instituciones financieras, cuyo fin es determinar, evaluar y gestionar los riesgos ambientales y sociales de los proyectos. Se aplican a todos los sectores económicos y a cuatro productos financieros: 1) Servicios de Asesoramiento Financiero de Proyectos, 2) Financiación de Proyectos, 3) Préstamos Corporativos Vinculados a Proyectos y 4) Préstamos Puente. Puede consultarse más información en <https://equator-principles.com/about/>.

14. Leyes de protección del consumidor

50. El hecho de que cada vez se preste mayor atención al interés público en las APP repercute en la importancia de evaluar las leyes de protección del consumidor del país anfitrión (véase el cap. I, “Marco jurídico e institucional general”, párr. 6). Varios países tienen normas jurídicas especiales para la protección del consumidor. Las leyes en la materia varían mucho de un país a otro, tanto en la forma en que están estructuradas como en su contenido. Con todo, las leyes de protección del consumidor contienen a menudo disposiciones como plazos favorables para presentar reclamaciones y exigir el cumplimiento de los derechos contractuales, reglas especiales para la interpretación de todo contrato cuyas condiciones no suelen negociarse con el consumidor (llamados a veces “contratos de adhesión”), garantías contractuales más amplias para los consumidores, facultades especiales de rescisión, acceso a vías simplificadas para la solución de las controversias (véase también el cap. VI, “Solución de controversias”, párrs. ...) u otras medidas protectoras. Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor²³, aprobadas en 1985 bajo los auspicios del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y revisadas posteriormente a través de un proceso de consultas impulsado por la UNCTAD, pueden servir de inspiración para los países que deseen mejorar su marco jurídico en materia de protección de los consumidores. En particular, la directriz 76 relativa a la energía y la directriz 77 relativa a los servicios públicos son pertinentes para el desarrollo de los proyectos de participación público-privada.

51. Desde el punto de vista del socio privado, es importante examinar si las leyes del país anfitrión sobre protección de los consumidores pueden limitar u obstaculizar su capacidad para exigir, por ejemplo, su derecho a obtener el pago por los servicios prestados, ajustar precios o interrumpir los servicios a los clientes que incumplan cláusulas esenciales de sus contratos o condiciones indispensables para la prestación de los servicios. Es un aspecto particularmente relevante en el contexto de las alianzas público-privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, en las que el socio privado cobra una tasa al usuario final además del pago recibido de la autoridad pública (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párr. 15).

15. Régimen de la insolvencia

52. La insolvencia de una empresa explotadora de infraestructura o de un proveedor de servicios públicos plantea una serie de problemas que han llevado a algunos países a prever un régimen especial para estas situaciones, con reglas que permiten a la autoridad contratante adoptar las medidas necesarias para asegurar la continuidad del proyecto (véase el cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada”, párrs. ...). La continuidad en la prestación del servicio puede lograrse mediante un marco jurídico que permita el rescate de empresas en dificultades financieras, por ejemplo, mediante procedimientos de reorganización o análogos. En el caso de que resulte inevitable la apertura de un procedimiento de insolvencia, a los prestamistas garantizados les preocupará especialmente las disposiciones relativas a los créditos garantizados, y en particular si los acreedores garantizados podrán ejecutar la garantía pese a la apertura de un procedimiento de insolvencia, si los acreedores garantizados tendrán prioridad para resarcirse con el producto del pago de la garantía y cómo se determinará el orden de prelación de los créditos de los acreedores garantizados. Como se señaló anteriormente, una parte sustancial de la deuda del socio privado adopta la forma de préstamos privilegiados, en que los prestamistas requieren precedencia en el pago respecto de la deuda subordinada del socio privado (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párr. ...). La medida en que los prestamistas podrán exigir el cumplimiento de esos arreglos de subordinación dependerá del régimen de prelación aplicable a los acreedores procedimientos de insolvencia conforme a las normas y disposiciones legales nacionales. El reconocimiento legal de

²³ La resolución puede consultarse en la página https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d186_es.pdf, así como en la página de la UNCTAD dedicada a la cuestión (<http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/UN-Guidelines-on-Consumer-Protection.aspx>).

la autonomía de las partes para establecer una subordinación contractual entre diversas clases de préstamos puede facilitar la financiación de los proyectos de infraestructura.

53. Entre las cuestiones de que debería ocuparse la legislación figuran las siguientes: el orden de prelación de los acreedores, la relación entre el administrador de la insolvencia y los acreedores, los mecanismos jurídicos para la reorganización del deudor insolvente, normas especiales concebidas para garantizar la continuidad del servicio público en caso de insolvencia del socio privado y disposiciones sobre la anulación de las operaciones efectuadas por el deudor poco antes de la apertura del procedimiento de insolvencia. La *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia*²⁴ y sus textos explicativos²⁵ son herramientas útiles para modernizar el régimen de la insolvencia de un país.

54. En los grandes proyectos de infraestructura, la insolvencia de la sociedad del proyecto suele afectar a acreedores de más de un país o a bienes situados en varios países. Por tanto, puede ser conveniente que el país anfitrión cuente con disposiciones que faciliten la cooperación judicial, el acceso a los tribunales de los administradores de procedimientos de insolvencia extranjeros y el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y su *Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación*²⁶, suplementadas por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia y su *Guía para su incorporación al derecho interno*²⁷, ofrecen un modelo idóneo para los países que deseen promulgar leyes a tal fin.

16. Medidas contra la corrupción

55. Las condiciones para las inversiones y los negocios en el país anfitrión pueden también mejorarse con medidas para luchar contra la corrupción en la administración de los contratos públicos. Es particularmente importante que el país anfitrión adopte medidas concretas y eficaces para combatir el soborno y las prácticas ilícitas conexas, en particular para aplicar de manera efectiva la normativa en vigor contra el soborno.

56. La promulgación de leyes que incorporen acuerdos y normas internacionales sobre la integridad de la gestión de los negocios públicos puede ser un paso significativo en esa dirección. En ese sentido, el único instrumento universal de lucha contra la corrupción jurídicamente vinculante es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción²⁸ (véase el cap. I, “Marco jurídico e institucional general”, párr. 4),

²⁴ *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia* (2004); *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia, Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia* (2010); y *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia, Cuarta parte: Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia* (2013) (se pueden consultar todas ellas en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency.html).

²⁵ *Guía de prácticas de la CNUDMI sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza* (2009), Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva judicial, Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997) y *Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación* (2013) (pueden consultarse en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency.html).

²⁶ El texto oficial de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza se reproduce en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/52/17)*, anexo I (*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. XXVIII, 1997, tercera parte, anexo I (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.99.V.6)). La Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza y *Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación* también se ha reproducido en formato de folleto (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.14.V.2). En su resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997, la Asamblea General recomendó el uso de la Ley Modelo.

²⁷ Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia y su *Guía para su incorporación al derecho interno* (2018). En su resolución 73/200, de 20 de diciembre de 2018, la Asamblea General recomendó el uso de la Ley Modelo.

²⁸ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 31 de octubre de 2003.

que obliga a los países a tipificar como delitos una amplia gama de actos de corrupción, entre los que destaca el soborno, si no están ya tipificados como tales en el derecho interno. Otro instrumento importante es la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de 1997, negociada bajo los auspicios de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos²⁹.

57. Además, es importante que las reglas aplicables a la actuación de las autoridades contratantes y a la supervisión de los contratos públicos garanticen el nivel requerido de transparencia y de integridad, y permitan especialmente la publicación de las oportunidades de contrato y los contratos adjudicados, así como de los informes de evaluación de la ejecución. La normativa sobre licencias y permisos también se puede incluir en la lista de la información que haya de publicarse. Si no existen reglas de este tipo, convendría preparar y promulgar normas legales o reglamentarias apropiadas. Otros elementos que deben tomarse en consideración en este contexto son la simplicidad y la coherencia, además de la eliminación de todo trámite innecesario que prolongue o haga engorrosos los trámites administrativos.

17. Leyes y normas laborales

58. Los trabajadores y empleados desempeñan un papel esencial en el diseño, la construcción y la explotación de una infraestructura e, indudablemente, son de vital importancia para el éxito de las APP. El hecho de que las APP tengan un componente internacional no supone que puedan ignorarse las leyes y normas locales aplicables a los derechos laborales. A su vez, esas leyes y normas deberían ajustarse también a las normas internacionales básicas, no solo porque la mayor parte de los países han contraído obligaciones internacionales mediante su participación en la labor de organizaciones como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), organismo de las Naciones Unidas especializado en el sector de la justicia social y las condiciones laborales. También interesará a los inversionistas extranjeros que se cumplan las normas internacionales, ya que pueden estar expuestos a demandas en sus jurisdicciones de origen si se descubre que invierten en negocios que infringen normas laborales reconocidas internacionalmente. Otro problema común en las alianzas público-privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión es el hecho de que las condiciones de empleo de los trabajadores del proyecto empleados por el socio privado sean menos favorables que las que tenían previamente si trabajaron para una autoridad pública. La inclusión de cláusulas sobre salarios equitativos en el contrato de participación público-privada puede garantizar la protección de los derechos de los trabajadores. En esas cláusulas se especifican las condiciones mínimas de trabajo y otras normas obligatorias que el socio privado deberá incluir en sus contratos laborales con los trabajadores. El Convenio núm. 94 de la OIT sobre las Cláusulas de Trabajo en los Contratos Celebrados por las Autoridades Públicas, que entró en vigor el 20 de septiembre de 1952, tiene como fin impedir que las empresas que participen en procesos de licitación de contratos públicos recorten los costos de mano de obra y ofrezcan condiciones menos favorables a los trabajadores y exige que los Estados que lo hayan ratificado incluyan cláusulas de salarios equitativos en los contratos públicos, incluidos los contratos de participación público-privada

18. Participación en las APP de las partes interesadas

59. La celebración de consultas con las comunidades afectadas por un proyecto de participación público-privada contribuye a garantizar la sostenibilidad del proyecto al fomentar un debate sobre la forma de limitar sus consecuencias sociales y ambientales negativas, como el desplazamiento, la modificación o la destrucción forzosa del medio ambiente o cualquier otra medida necesaria para la construcción del proyecto (véase también el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párr. ...). Las comunidades que viven en el emplazamiento donde se prevé llevar a cabo el proyecto son partes interesadas fundamentales y deben ser consultadas. Especialmente, este es el caso de los pueblos indígenas, como se ha reconocido en algunos instrumentos

²⁹ <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>.

internacionales (por ejemplo, en el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo³⁰). El proceso de consulta puede llevarse a cabo de diversos modos, dependiendo del marco jurídico vigente en el país, pero suele incluir la realización de estudios del impacto, la difusión de dichos estudios y otra información pertinente sobre el proyecto, la organización de diálogos con las comunidades afectadas y la garantía de obtener su consentimiento previo, según proceda.

60. Existen normas útiles en el sector que protegen la participación de la comunidad en la preparación y ejecución de los proyectos³¹. Sin embargo, también es aconsejable que los encargados de formular leyes y políticas a nivel nacional estudien la posibilidad de aprobar normas relativas al proceso de consulta, de no existir, para facilitar la organización y supervisión del proceso de consulta (por ejemplo, por conducto de un *ombudsman* o de juntas de revisión). Para que un proceso de consulta sea efectivo debería seguir principios bien establecidos. Por ejemplo, la participación de las comunidades afectadas debería comenzar lo antes posible en la etapa de elaboración del proyecto, basarse en una política de divulgación de información completa y estar libre de influencias externas, y debería estar documentada. Asimismo, se debería adaptar a las comunidades afectadas y al proyecto, por ejemplo, mediante el uso de la lengua utilizada por la comunidad en cuestión.

C. Acuerdos internacionales

61. Además de depender del derecho interno del país anfitrión, las APP pueden verse afectadas por los acuerdos internacionales concertados por este. A continuación, se examinan brevemente las consecuencias de ciertos acuerdos internacionales, no debiéndose olvidar otros acuerdos internacionales mencionados a lo largo de la *Guía*.

1. Participación en instituciones financieras internacionales

62. La participación en instituciones financieras multilaterales como el Banco Mundial, la Asociación Internacional de Fomento, la Corporación Financiera Internacional, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones y los bancos regionales de desarrollo es necesaria para crear un clima favorable para las APP. Primeramente, la participación del país anfitrión en esas instituciones suele ser un requisito para que los proyectos en ese país reciban la financiación y las garantías que otorgan esas instituciones. En segundo lugar, los reglamentos aplicables a los instrumentos de financiación y de garantía otorgados por esas instituciones contienen normalmente diversas condiciones que tienen una incidencia directa sobre las condiciones del acuerdo de proyecto y de los acuerdos de préstamo negociados por el socio privado (por ejemplo, la cláusula de no pignorabilidad de los bienes públicos y la constitución de contragarantías a favor de la institución financiera internacional). Finalmente, las instituciones financieras multilaterales suelen perseguir cierto número de objetivos de política cuya realización tratan de garantizar en relación con los proyectos que respaldan (como la observancia de normas ecológicas de aceptación internacional, la sostenibilidad a largo plazo del proyecto más allá del plazo de la concesión inicial, y la transparencia y la integridad en la selección del socio privado y en el desembolso de sus préstamos).

2. Acuerdos generales sobre facilitación y fomento del comercio

63. Se han negociado una serie de acuerdos multilaterales para promover el libre comercio a nivel mundial. El más notable de estos acuerdos se negoció bajo los auspicios del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio y posteriormente de la OMC. En estos acuerdos pueden figurar disposiciones generales sobre la

³⁰ El Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en su art. 17, impone a los Estados la obligación de consultar a los pueblos indígenas antes de tomar decisiones sobre infraestructura que afecten a sus tierras y, en algunos casos específicos, la obligación de lograr su consentimiento previo, libre e informado.

³¹ El principio 5 de los Principios del Ecuador se refiere a la "participación de los grupos de interés".

promoción y la facilitación del comercio de mercaderías (como la cláusula de la nación más favorecida o la prohibición de las restricciones cuantitativas y de otras barreras comerciales discriminatorias) y sobre la promoción de prácticas comerciales leales (como la prohibición del *dumping* y la restricción de las subvenciones). Algunos acuerdos específicos tienen por objeto eliminar los obstáculos que impidan a los extranjeros prestar servicios en los Estados contratantes o promover la transparencia y evitar la discriminación de los proveedores en la contratación pública. Esos acuerdos pueden tener importancia en la legislación nacional sobre APP que prevea limitaciones de la participación de sociedades extranjeras en proyectos de infraestructura o que prime a las entidades nacionales o a la contratación pública de suministros en el mercado local.

3. Acuerdos internacionales sobre sectores concretos

64. En lo que se refiere a las negociaciones sobre telecomunicaciones básicas celebradas como parte del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), varios Estados miembros de la OMC que representan la mayoría del mercado mundial de los servicios de telecomunicación han asumido compromisos concretos para facilitar el comercio de servicios de telecomunicación. Cabe señalar que todos los Estados miembros de la OMC (incluso los que aún no han asumido compromisos específicos en materia de telecomunicaciones) están obligados por las normas generales sobre servicios del AGCS, en particular por determinados requisitos relativos a la cláusula de la nación más favorecida y en materia de transparencia, reglamentación, monopolios y prácticas comerciales. El acuerdo de telecomunicaciones de la OMC agrega compromisos específicos por sectores y por países al AGCS. Esos compromisos suelen versar sobre la apertura, a la competencia y a las inversiones extranjeras, de diversos sectores del mercado como, por ejemplo, la telefonía, la transmisión de datos y la mejora de los servicios. Por tanto, los legisladores de los actuales o futuros Estados miembros de la OMC deberán asegurarse de que las leyes de su país en materia de telecomunicaciones sean coherentes con el AGCS y sus disposiciones específicas en materia de telecomunicaciones.

65. Otro acuerdo sectorial importante de ámbito internacional es el Tratado sobre la Carta de la Energía, celebrado en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 y en vigor desde el 16 de abril de 1998, que se promulgó para promover la cooperación a largo plazo en el campo de la energía. En el Tratado se prevén diversas medidas comerciales, como el desarrollo de mercados abiertos y competitivos para materias y productos energéticos y el favorecimiento del tránsito y la transferencia de tecnología energética y facilidades de acceso a esa tecnología. Asimismo, el Tratado intenta evitar las distorsiones en los mercados y las barreras a la actividad económica en el sector de la energía y promueve la apertura de los mercados de capital para alentar el flujo de capital a fin de financiar el comercio de materias y productos. El Tratado contiene asimismo normas para el fomento y la protección de las inversiones donde se prevén condiciones equitativas para los inversionistas, transferencias monetarias relacionadas con las inversiones, compensación por pérdidas debidas a guerras, conflictos civiles y otros hechos similares, e indemnizaciones en caso de expropiación.