



Asamblea General

Distr. general
10 de diciembre de 1999
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

33º período de sesiones

Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000

Proyectos de infraestructura con financiación privada: proyectos de capítulo de una guía legislativa sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada

Informe del Secretario General

Adición

VII. Otros ámbitos jurídicos pertinentes

Índice

	<i>Párrafos</i>		<i>Página</i>	
A.	O b s e r v a c i o n e s g e n e r a l e s			
	1-2	3		
B.	O t r o s á m b i t o s j u r í d i c o s p e r t i n e n t e s			
	3	-	5	2
3				
	1. P r o m o c i ó n y p r o t e c c i ó n d e l a s i n v e r s i o n e s			
	4-6	3		
	2. R é g i m e n d e l a p r o p i e d a d			
	7-9	4		
	3. G a r a n t í a s r e a l e s			
	1	0	-	1 6
5				
	4. R é g i m e n d e l a p r o p i e d a d i n t e l e c t u a l			
	1	7	-	2 1
7				
	5. R e g l a s y p r o c e d i m i e n t o s e n m a t e r i a d e a d q u i s i c i ó n f o r z o s a			
d e	p r o p i e d a d p r i v a d a			
	2	2	-	2 3
8				
	6. N o r m a s s o b r e c o n t r a t o s p ú b l i c o s y d e r e c h o a d m i n i s t r a t i v o			
	2	4	-	2 7
9				
	7. D e r e c h o c o n t r a c t u a l p r i v a d o			
	2	8	-	2 9
10				

	8.	D e r e c h o	d e	s o c i e d a d e s	
	3	0	-	3	3
10					
	9.	D e r e c h o	t r i b u t a r i o		
	3	4	-	3	9

11

Párrafos Página

	10.	Reglas y prácticas contables	
40-41	13		
	11.	Protección del medio ambiente	
42-44	14		
	12.	Leyes de protección del consumidor	
45-46	15		
	13.	Régimen de la insolvencia	
47-49	15		
	14.	Medidas contra la corrupción	
50-52	16		

	C.	A c u e r d o s	i n t e r n a c i o n a l e s
53-57	17		

	1.	Participación en instituciones financieras multilaterales	
54	17		
comercio	2.	Acuerdos generales sobre facilitación y fomento del	
	55	17	
concretos	3.	Acuerdos internacionales sobre sectores industriales	
18	5	6	-
			5
			7

A. Observaciones generales

1. El grado de desarrollo de las disposiciones pertinentes del país anfitrión, la estabilidad de su ordenamiento jurídico y la existencia de vías de recurso adecuadas al alcance de las partes privadas son elementos esenciales del marco jurídico general para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Al reexaminar y, eventualmente, mejorar sus disposiciones sobre aspectos de interés directo para los proyectos de infraestructura con financiación privada, el país anfitrión hará una importante contribución al logro de un clima hospitalario para las inversiones del sector privado en infraestructura. Una mayor certidumbre jurídica y un marco jurídico favorable se traducirán en una mejor evaluación por los prestamistas y patrocinadores de los proyectos de los riesgos que el país presenta. Esto ejercerá una influencia positiva en el costo de movilizar capital privado y reducirá la necesidad de respaldo o garantías públicas (véase el capítulo II, “Riesgo de los proyectos y respaldo público”, párrs. 30 a 60).

2. La sección B señala algunos aspectos particulares de las leyes del país anfitrión que, sin referirse necesariamente de manera directa a los proyectos de infraestructura con financiación privada, pueden repercutir en su ejecución (véanse los párrs. 3 a 52). La sección C indica la posible pertinencia de algunos acuerdos internacionales para la ejecución de proyectos de

infraestructura con financiación privada en el país anfitrión (véanse los párrs. 53 a 57).

B. Otros ámbitos jurídicos pertinentes

3. Además de las cuestiones relativas a la legislación directamente aplicable a los proyectos de infraestructura con financiación privada, todo marco jurídico favorable debe incluir disposiciones auxiliares en otras ramas del derecho. Una legislación que promueva y proteja la inversión privada en actividades económicas favorecería la inversión privada en infraestructura. En los párrafos siguientes se señalan únicamente ciertos aspectos de otras ramas del derecho que pueden favorecer la ejecución de proyectos de infraestructura. Una normativa adecuada en esos otros ámbitos facilitaría ciertas operaciones necesarias para llevar a cabo proyectos de infraestructura y reduciría el riesgo jurídico que se percibe en la realización de inversiones en el país.

1. Promoción y protección de las inversiones

4. Una cuestión que preocupa especialmente a los consorcios del proyecto y a los prestamistas es el grado de protección que se otorga a la inversión en el país anfitrión. Los inversionistas en el país anfitrión requerirán garantías de protección contra toda medida de nacionalización o expropiación que se adopte sin control judicial o sin indemnización adecuada de conformidad con las reglas vigentes en el país

anfitrión y con el derecho internacional. Los promotores de proyectos desearán, asimismo, poder entre otras cosas introducir en el país, sin restricciones infundadas, el personal técnico requerido por el proyecto, así como los bienes y el equipo necesarios, tener acceso a las divisas necesarias, y que se les permita transferir al extranjero o repatriar sus beneficios o las cantidades necesarias para reembolsar los préstamos que la empresa haya tenido que obtener en razón del proyecto de infraestructura. Además de las garantías específicas que la administración pública pueda aportar (véase el capítulo II, “Riesgos de los proyectos y respaldo público”, párrs. 45 a 50), la legislación sobre promoción y protección de inversiones puede desempeñar un importante papel en relación con los proyectos de infraestructura con financiación privada. En los países que ya dispongan de una legislación adecuada de protección de las inversiones, tal vez convenga estudiar la posibilidad de hacer expresamente extensiva esa protección a los proyectos de estas características.

5. Un número cada vez mayor de países ha concertado acuerdos de inversión bilaterales cuyo objetivo es facilitar y proteger la corriente de inversiones entre las partes contratantes. Los acuerdos de protección de inversiones contienen generalmente disposiciones relativas a la admisión y las condiciones otorgadas a las inversiones extranjeras; las transferencias financieras entre las partes contratantes (por ejemplo, pago de dividendos en el extranjero o

repatriación de inversiones); la disponibilidad de moneda extranjera para la transferencia o repatriación del producto financiero de la inversión; el amparo contra medidas de expropiación o nacionalización y la solución de controversias al respecto. La existencia de un acuerdo de este tipo entre el país anfitrión y el país o los países de origen de los patrocinadores del proyecto puede ser un factor determinante de su decisión de invertir en el país anfitrión. Las condiciones ofrecidas en dichos acuerdos pueden hacer innecesarias ciertas seguridades o garantías que se reclaman a la administración pública en relación con cada proyecto de infraestructura. Los tratados multilaterales también pueden ser una fuente de disposiciones sobre protección de las inversiones.

6. Además, en una serie de países existen reglas encaminadas a facilitar y a proteger las corrientes de inversiones (que incluyen también aspectos como la legislación sobre inmigración, el control de las importaciones y la reglamentación del cambio de divisas) y esas reglas forman parte de legislación no necesariamente basada en tratados bilaterales o multilaterales.

2. Régimen de la propiedad

7. Es aconsejable que el régimen de la propiedad del país anfitrión refleje pautas internacionales aceptables y cuente con disposiciones adecuadas sobre la propiedad y la utilización de terrenos y edificios, así como

sobre bienes muebles e inmateriales, y asegure que el concesionario podrá comprar, vender, traspasar y autorizar la utilización de bienes, según el caso. Las disposiciones constitucionales que protegen el derecho de propiedad han resultado ser factores importantes del fomento de las inversiones privadas en muchos países.

8. Cuando el concesionario es propietario de los terrenos en los que se construya la instalación, es importante que la propiedad de los terrenos pueda demostrarse clara e inequívocamente mediante su inscripción en el registro y la publicidad que se le dé. El concesionario y los prestamistas necesitarán contar con pruebas razonables de que la propiedad del terreno no será controvertida. Por tanto, se mostrarán renuentes a aportar fondos al proyecto si la legislación del país anfitrión no proporciona medios adecuados para determinar quién es el propietario del terreno.

9. Es asimismo necesario ofrecer mecanismos eficaces para asegurar el respeto de los derechos de propiedad y posesión que se concedan al concesionario contra violaciones de terceros. Esto deberá ser asimismo aplicable a las servidumbres y derechos de paso que el concesionario pueda necesitar para prestar y mantener el servicio correspondiente (como la colocación de postes y cables en propiedad privada para la distribución de electricidad) (véase capítulo IV, "Construcción y explotación de infraestructuras", párrs. 30 a 35).

3. Garantías reales

10. Como se indicó anteriormente (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrs. 52 a 61), los mecanismos de garantía en proyectos de infraestructura con financiación privada pueden ser complejos y consistir en diversas formas de garantías, incluida la garantía fija sobre bienes físicos del concesionario (por ejemplo, hipotecas u otros gravámenes), promesas de acciones del concesionario y cesión de bienes inmateriales (créditos) del proyecto. Si bien los acuerdos de préstamo suelen estar sujetos al derecho aplicable elegido por las partes, en la mayoría de los casos las leyes del país anfitrión determinan el tipo de garantía que puede hacerse valer frente a los bienes ubicados en el país anfitrión y los recursos legales disponibles.

11. Las diferencias entre los tipos de garantías o las limitaciones de los recursos legales previstos en las leyes del país anfitrión pueden ser motivo de preocupación para los posibles proveedores de fondos. Por consiguiente, es importante asegurar que la legislación nacional ofrezca una protección jurídica adecuada a los acreedores asegurados y no impida a las partes establecer mecanismos apropiados de garantía. A raíz de las apreciables diferencias entre los distintos ordenamientos respecto del régimen de las garantías reales, la *Guía* no examina en detalle las particularidades técnicas de la legislación necesaria, por lo que los siguientes párrafos proporcionan sólo un esbozo general de los principales elementos de un régimen moderno para operaciones garantizadas.

12. En algunos ordenamientos jurídicos, pueden crearse garantías reales sobre prácticamente cualquier clase de bienes, incluida la propiedad intelectual, mientras que en otros sólo pueden crearse en una categoría limitada de activos, como los inmuebles. En algunos países se pueden constituir garantías reales sobre bienes que aún no existen (activos futuros) y pueden abarcar todos los activos de una sociedad, permitiendo a la vez a ésta continuar empleándolos en el curso ordinario de sus negocios. Algunos ordenamientos jurídicos prevén un derecho de garantía contra la cosa sin desplazamiento de la posesión, de modo que se pueda gravar activos sin traspasar físicamente su posesión; en otros, respecto de los activos que no están sometidos a un sistema de registro de la propiedad sólo se puede obtener una garantía real mediante la posesión real o legal. Conforme a ciertos ordenamientos, se puede ejecutar la garantía real sin intervención de los tribunales, mientras que en otros tal cosa sólo puede lograrse mediante procedimientos judiciales. Algunos países prevén recursos de ejecución que abarcan no sólo la venta de los bienes, sino que permiten al prestamista garantizado explotar el activo tomando posesión de él o nombrando a un administrador; en otros países, la venta judicial puede constituir el mecanismo primario de ejecución. Según algunos ordenamientos, ciertos tipos de garantía prevalecen sobre los acreedores privilegiados, mientras que en otros éstos tienen preferencia sobre todos los tipos de garantía. En algunos países, la creación de una garantía real compensa el costo, con el pago de tasas y gravámenes mínimos, mientras que en otros

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

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

14. Otro aspecto importante se refiere a la flexibilidad que se da a las partes para definir los bienes que sirven de base a la garantía. En algunos ordenamientos se da gran libertad a las partes para la determinación de los bienes que pueden darse en garantía. En algunos de ellos es posible constituir una garantía real sobre todos los bienes de una empresa, haciendo posible la venta de la empresa como un negocio en marcha, lo que puede permitir salvar a una empresa en

dificultades financieras a la vez que aumenta la cuantía disponible para reembolsar el crédito garantizado. Sin embargo, otros ordenamientos permiten únicamente la creación de una garantía real sobre bienes concretos y no reconocen las garantías constituidas sobre todos los bienes del deudor. Tal vez se limite también la capacidad del deudor para negociar con bienes que se han dado en garantía. Estas y otras restricciones hacen difícil o incluso imposible que el deudor constituya una garantía sobre bienes genéricos o sobre bienes con los que haya de negociar en el curso normal de sus negocios.

15. Dado el carácter a largo plazo de los proyectos de infraestructura con financiación privada, es probable que las partes deseen gozar de autonomía para definir en términos ya sea precisos o ya sea genéricos los bienes dados en garantía. Puede que asimismo deseen constituir dicha garantía sobre los bienes presentes y futuros, así como sobre bienes susceptibles de sufrir alteración a lo largo de la vida de la garantía. Quizá sea conveniente revisar la normativa vigente en materia de garantías a fin de dar margen a las partes para estipular entre ellas garantías adecuadas.

16. Hasta el momento, ningún organismo intergubernamental internacional ha elaborado un régimen ni un modelo uniforme completo para la modernización de la legislación nacional en materia de garantías reales. Los gobiernos harían bien, no obstante, en tener en cuenta diversas iniciativas de diferentes organizaciones. La Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas, preparada por el Banco Europeo de

Reconstrucción y Fomento (BERF) para ayudar en la reforma legislativa de los países de Europa central y oriental ofrece un modelo al respecto. Además de regular en términos generales quién puede constituir y recibir una garantía real, y de enunciar ciertas reglas generales relativas a las deudas garantizadas y a los bienes gravados, la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas del BERF aborda otras materias, como la constitución de garantías reales, los intereses de terceros, la ejecución de la garantía y los trámites de inscripción en el registro.

[Nota para la Comisión: se hará referencia según convenga al proyecto de convención sobre cesión de créditos con fines de financiación que prepara el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales, así como a otras iniciativas internacionales (como el proyecto de Ley Modelo Interamericana sobre Operaciones Garantizadas que actualmente examina la Organización de los Estados Americanos en el contexto de los preparativos de la Sexta Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI) y el proyecto de convenio del UNIDROIT relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil).]

4. Régimen de la propiedad intelectual

17. Los proyectos de infraestructura con financiación privada entrañan frecuentemente la utilización de tecnologías nuevas o avanzadas protegidas por patentes o derechos similares de propiedad intelectual. Pueden también suponer la

formulación y presentación de soluciones originales o innovadoras, que pueden constituir información patentada y amparada por un derecho de propiedad intelectual. Por lo tanto, los inversionistas privados, nacionales y extranjeros, que aportan tecnología nueva o avanzada al país anfitrión o idean soluciones originales, deberán tener la seguridad de que sus derechos de propiedad intelectual estarán protegidos y que podrán hacerlos valer frente a toda infracción, lo cual puede requerir la promulgación de disposiciones de derecho penal para combatir las infracciones de derechos de propiedad intelectual.

18. Puede ofrecerse un marco jurídico para la protección de la propiedad intelectual adhiriéndose a los acuerdos internacionales relativos a la protección y al registro de los derechos de propiedad intelectual. Sería deseable fortalecer la protección de esos derechos en armonía con instrumentos como el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883)¹. El Convenio se aplica a la propiedad industrial en el sentido más amplio y abarca las invenciones, las marcas de fábrica o de comercio, los 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 debe garantizar el trato nacional. Prevé igualmente el derecho de prioridad en el caso de patentes, marcas y dibujos y modelos industriales, y establece algunas normas comunes que todos los Estados contratantes deben

observar en relación con las patentes, las marcas, los dibujos y modelos industriales, los nombres comerciales, las indicaciones de origen, la competencia desleal y las administraciones nacionales. Para la protección internacional de patentes ofrece también un marco el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (1970), que hace posible procurarse simultáneamente en cada uno de gran número de países la protección mediante patente de una invención presentando una solicitud internacional de patente. 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.

19. Otros importantes instrumentos que dan protección internacional a los derechos de propiedad industrial son el Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas (1891)², el Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid (1989) y el Reglamento Común del Arreglo de Madrid y el Protocolo concerniente al mismo (1998). El Arreglo de Madrid prevé el registro internacional de marcas (tanto de fábrica o de comercio como de servicios) en la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). El registro internacional de las marcas conforme al Arreglo de Madrid es eficaz en varios países, en potencia en todos los Estados contratantes (excepto el país de origen). Además, el Tratado sobre el Derecho de las Marcas de Fábrica o de Comercio (1994) simplifica y armoniza los procedimientos para la

solicitud del registro de marcas, los cambios después de la inscripción y la renovación de ésta.

20. En el ámbito de los dibujos y modelos industriales, el Arreglo de La Haya relativo al depósito internacional de dibujos y modelos industriales (1925)³ prevé el depósito internacional de los dibujos y modelos industriales en la Oficina Internacional de la OMPI. El depósito internacional tiene, en cada uno de los Estados contratantes designados por el solicitante, los mismos efectos que si el solicitante hubiera cumplido todas las formalidades exigidas por el derecho nacional para la concesión de protección y que si la oficina de ese país hubiera realizado todos los actos administrativos requeridos para ese fin.

21. El acuerdo multilateral más amplio que se ha concertado hasta la fecha es el Acuerdo sobre los regímenes relacionados con los aspectos comerciales de las inversiones y de los derechos de la propiedad intelectual y los servicios (el “Acuerdo TRIPS”), que fue negociado bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y entró en vigor el 1º de enero de 1995. El Acuerdo regula los siguientes aspectos de la propiedad intelectual: los derechos de autor y derechos conexos (es decir, los derechos de las personas que actúan en público y de los productores de grabaciones sonoras y organizaciones de radiodifusión); las marcas comerciales, incluidas las marcas de servicios; las indicaciones geográficas, entre ellas las denominaciones de origen; los diseños industriales; las patentes, incluida la protección de nuevas variedades de plantas; los diseños de

estructura de los circuitos integrados; y la información no revelada como los secretos comerciales y los datos de pruebas. Con respecto a cada uno de los principales ámbitos de propiedad intelectual que abarca, el Acuerdo TRIPS fija las normas mínimas de protección que debe ofrecer cada Parte Contratante exigiendo, en primer lugar, el cumplimiento de las obligaciones de fondo, entre otras, las del Convenio de París en su versión más reciente. Las principales disposiciones de fondo del Convenio de París se incorporan por remisión y pasan a ser así obligaciones reguladas por el Acuerdo TRIPS. El Acuerdo TRIPS agrega además un número sustancial de obligaciones relativas a cuestiones sobre las que las convenciones anteriores de propiedad intelectual no son explícitas o que no regulan de forma adecuada. Además, el Acuerdo establece ciertos principios generales aplicables a todos los procedimientos para hacer valer los derechos de propiedad intelectual. Asimismo, el Acuerdo TRIPS contiene disposiciones sobre procedimientos y recursos civiles y administrativos, medidas cautelares, requisitos especiales sobre medidas fronterizas y procedimientos penales que especifican con cierto detalle los procedimientos y recursos que deben existir para que los titulares de derechos de propiedad intelectual puedan hacer valer eficazmente tales derechos.

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

22. Cuando las autoridades del país asumen la responsabilidad de proporcionar los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto, puede hacerlo comprándolos a sus propietarios o, de ser ello necesario, procediendo a su adquisición forzosa mediante el pago de una compensación adecuada siguiendo procedimientos a veces denominados de “adquisición forzosa” o “expropiación” (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrs. 20 a 22). Muchos países han regulado por ley el procedimiento a seguir para la adquisición forzosa de propiedad privada y esa normativa será probablemente aplicable a toda medida de adquisición forzosa que se requiera para los proyectos de infraestructura con financiación privada.

23. La adquisición forzosa puede efectuarse conforme a procedimientos judiciales o administrativos o por medio de un acto legislativo especial. En la mayoría de los casos, los procedimientos entrañan fases administrativas y judiciales que pueden ser largas y complejas. Por tanto, las autoridades tal vez deseen revisar la normativa vigente en materia de adquisición forzosa por razones de interés público para comprobar si se ajusta a las necesidades de los grandes proyectos de infraestructura y determinar si permite un procedimiento rápido y asequible, que proteja adecuadamente los derechos de los propietarios. En la medida en que lo permita la ley, es importante que las autoridades puedan tomar posesión de los bienes sin demoras innecesarias a fin de que no aumenten los costos del proyecto.

6. Normas sobre contratos públicos y derecho administrativo

24. En muchos ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición jurídica romanística o influenciados por ella, la prestación de los servicios públicos puede regirse por un cuerpo de legislación conocido como “derecho administrativo”, aplicable a una amplia gama de funciones públicas. Esos ordenamientos funcionan siguiendo el principio de que la autoridad pública puede ejercitar sus poderes y funciones mediante un acto administrativo o un contrato administrativo. Se entiende además, en general, que la autoridad pública puede también celebrar un contrato privado, sometido al derecho que rige los contratos comerciales privados. Las diferencias entre estos tipos de contrato pueden ser apreciables.

25. Conforme al concepto del contrato administrativo, la libertad y la autonomía de que gozan las partes en un contrato privado están subordinadas al interés público. La autoridad tiene, en algunos ordenamientos jurídicos, el derecho a modificar el alcance y las cláusulas de los contratos administrativos e incluso a rescindirlos por razones de interés público, en general mediante indemnización por las pérdidas sufridas por la parte contratante privada (véase el capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del proyecto de acuerdo”, __). Otros derechos pueden consistir en amplias facultades de vigilancia e inspección, así como la de imponer sanciones al operador privado por incumplimiento. Esto se compensa a veces con el requisito de que se puedan hacer otros cambios

en el contrato a fin de restablecer el equilibrio financiero original entre las partes y conservar el valor general del contrato para la parte contratante privada (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrs. 126 a 130). En algunos ordenamientos, las controversias suscitadas por los contratos públicos son de la exclusiva competencia de tribunales especiales dedicados únicamente a asuntos administrativos, que, en algunos países, están separados del sistema judicial (véase el capítulo VI, “Solución de controversias”, __).

26. La existencia de un régimen jurídico especial aplicable a los explotantes de infraestructura y a los proveedores de servicios públicos no se limita a los ordenamientos jurídicos antes mencionados. Si bien en otros ordenamientos influidos por la tradición del *common law* no se hace esa distinción de categorías entre contratos administrativos y contratos privados, puede llegarse a las mismas consecuencias por medios diferentes. Mientras que en esos ordenamientos se sostiene con frecuencia que la mejor manera de mantener el imperio de la ley es someter a la administración pública al derecho privado ordinario, se reconoce en general que la administración no puede someter a un contrato el ejercicio de sus funciones soberanas. No puede obstaculizar su futura autoridad ejecutiva en el cumplimiento de las funciones que afectan al interés público. Conforme a la doctrina de los actos soberanos, sostenida en algunas jurisdicciones de derecho anglosajón, el gobierno, en su condición de contratante, está excusado del cumplimiento de sus contratos si el Estado, en uso de su soberanía,

promulga leyes, reglamentos o decretos en interés público que impidan ese cumplimiento. Por ende, la ley puede permitir a una autoridad pública injerirse en el ejercicio de derechos contractuales adquiridos. Por lo común, esa actividad se limita de modo que los cambios no puedan ser tan grandes que impidan a la otra parte adaptarse a ellos en términos equitativos. En estas circunstancias, la parte privada tiene algún tipo de indemnización o ajuste equitativo. En previsión de esas eventualidades, en algunos países se incluye en los contratos públicos una cláusula uniforme sobre “cambios” que faculta a la autoridad pública a modificar unilateralmente las condiciones o prevé cambios como resultado de un acto soberano posterior.

27. Las prerrogativas especiales de los organismos públicos se justifican en esos ordenamientos jurídicos por razones de interés público. Se reconoce, no obstante, que, de utilizarse incorrectamente, prerrogativas públicas especiales, como el poder de modificar unilateralmente las cláusulas de los contratos, pueden afectar negativamente a derechos adquiridos de quienes han contratado con la autoridad. Por esta razón, los países con una tradición arraigada de participación privada en proyectos de infraestructura han concebido una serie de mecanismos de control y vías de recurso para proteger a esos contratistas de los actos arbitrarios o incorrectos de las autoridades públicas, como el acceso a órganos imparciales de solución de controversias, y sistemas de indemnización completa por actuaciones públicas perjudiciales. Donde no se ofrece una protección de esta naturaleza, las normas

jurídicas que dotan a las autoridades públicas de prerrogativas especiales pueden ser consideradas por los posibles inversionistas como un riesgo imponderable que quizá los desaliente a la hora de invertir en determinadas jurisdicciones. Por esta razón, algunos países han revisado su legislación sobre contratos públicos de modo que ofrezcan el grado de protección necesario para fomentar las inversiones privadas y han eliminado las disposiciones que suscitaban dudas sobre la estabilidad contractual a largo plazo necesaria para los proyectos de infraestructura.

7. Derecho contractual privado

28. La legislación que rige los contratos privados desempeña una importante función con respecto a los contratos celebrados por el concesionario con subcontratistas, proveedores y otras partes privadas. El derecho interno relativo a los contratos privados debe ofrecer soluciones adecuadas a las necesidades de las partes contratantes, incluida la flexibilidad requerida para negociar los contratos que mejor respondan a las necesidades de la construcción y explotación de una instalación de infraestructura. Además de algunos principios básicos de derecho contractual, como el reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de las partes, de la ejecutoriedad judicial de las obligaciones contractuales y de soluciones adecuadas para los supuestos de incumplimiento de contrato, el derecho interno puede crear condiciones favorables para los proyectos de infraestructura con financiación privada facilitando soluciones contractuales susceptibles

de ser utilizadas en estos proyectos. Es asimismo importante que exista un conjunto de normas de derecho internacional privado, dado que muy probablemente los contratos celebrados por el concesionario contendrán algún elemento internacional.

29. Cuando vaya a construirse una nueva obra de infraestructura, es probable que el concesionario necesite importar grandes cantidades de suministros y equipo. Se fomentará una mayor certeza jurídica en esas operaciones si la legislación del país anfitrión contiene disposiciones expresamente adaptadas a los contratos de compraventa internacionales. Se puede propiciar un marco jurídico particularmente idóneo si los países se han adherido a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena, 1980)⁴ o a otros instrumentos internacionales que se refieran a contratos específicos, como la Convención relativa al Arriendo Financiero Internacional de bienes de equipo con opción de compra (Ottawa, 1988)⁵, elaborada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

8. Derecho de sociedades

30. En la mayoría de los proyectos de construcción de una infraestructura nueva, los promotores del proyecto crearán la sociedad titular del proyecto como entidad jurídica independiente en el país anfitrión (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrs. 12 a 18). Se reconoce

que la sociedad del proyecto puede adoptar diversas formas en los distintos países, que tal vez no configuren necesariamente una persona jurídica. Como en la mayoría de los casos se elige como forma una sociedad con personalidad jurídica, es particularmente importante que el país anfitrión cuente con una legislación adecuada sobre sociedades con disposiciones modernas en temas fundamentales como lo relativo a la fundación y administración de sociedades mercantiles, la emisión de acciones y su venta o transferencia, prácticas de publicidad contable y financiera y la protección de los accionistas minoritarios. Además, el reconocimiento de la capacidad de los inversionistas de crear entidades aparte que sirvan de vehículos para usos especiales con el fin de obtener financiación y desembolsar fondos puede facilitar el cierre de las operaciones sobre financiación del proyecto (véase el cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párr. 59).

31. Aunque pueden utilizarse diversas formas de sociedad, es característica común que los propietarios (o accionistas) del concesionario quieran que se limite su responsabilidad al valor de su participación en el capital social. Si se quiere que el concesionario ofrezca en bolsa sus acciones, la responsabilidad de sus socios habrá de ser limitada, ya que los posibles inversionistas comprarán, en general, las acciones de la compañía por razón de su valor a título de inversión y no intervendrán de cerca en la gestión del concesionario. Por tanto, es importante que la legislación del país anfitrión limite adecuadamente la responsabilidad de los

accionistas. Además, una normativa adecuada que regule la emisión por las sociedades mercantiles de bonos, obligaciones u otros valores bursátiles, permitirá al concesionario obtener fondos de los inversionistas en el mercado de valores, lo que facilitará la financiación de ciertos proyectos de infraestructura.

32. Las leyes tienen que determinar las responsabilidades de los miembros del consejo de administración y los directores del concesionario, incluido el fundamento de su responsabilidad penal. Pueden asimismo comprender disposiciones para la protección de los terceros afectados por cualquier incumplimiento de la responsabilidad social. La legislación moderna sobre sociedades contiene a menudo normas de conducta para el personal gestor a fin de evitar conflictos de intereses. En esas normas se exige que todo directivo actúe de buena fe al servicio de los intereses de la sociedad, y que no utilice su cargo en provecho de sus propios intereses financieros o los de un tercero y en detrimento de la sociedad. Toda norma destinada a evitar conflictos eventuales de intereses en la gestión de la sociedad puede tener particular importancia para los proyectos de infraestructura, en los que el concesionario desea a veces que sus accionistas participen, en una u otra etapa del proyecto, en la ejecución de ciertas obras o en la prestación de ciertos servicios conexos (véase capítulo IV, "Construcción y explotación de infraestructuras", párrs. 100 y 101).

33. Es importante regular en la legislación de manera adecuada el propio proceso decisorio, tanto en las reuniones de accionistas como en las de los órganos rectores de la sociedad (por ejemplo, en su junta directiva o consejo de administración). La protección de los derechos de los accionistas y en particular la protección de los accionistas minoritarios contra los abusos de los accionistas con participaciones mayoritarias o preponderantes en el capital social son un elemento importante del derecho de sociedades moderno. Son también decisivos los mecanismos para resolver controversias entre accionistas. Es útil reconocer el derecho de los accionistas a reglamentar una serie de otras cuestiones relativas a la gestión del concesionario mediante acuerdos entre ellos mismos o contratos de gestión con los administradores del concesionario.

9. Derecho tributario

34. Además de los incentivos fiscales de que se pueda disponer en general en el país anfitrión o que tal vez se concedan especialmente para proyectos de infraestructura con financiación privada (véase el capítulo II, “Riesgos de los proyectos y respaldo público”, párrs. 51 a 54), el régimen tributario general del país anfitrión desempeña una función significativa en las decisiones de las empresas privadas en materia de inversiones. Además de una evaluación del impacto de la tributación sobre el costo del proyecto y el margen de beneficios previsto, los inversionistas privados examinan cuestiones como la transparencia general del sistema

tributario nacional, el grado de discrecionalidad que ejercitan las autoridades tributarias, la claridad de las directrices e instrucciones dadas a los contribuyentes, y la objetividad de los criterios utilizados para calcular las deudas fiscales. Este asunto puede ser complejo, en particular en los países en que se ha descentralizado la facultad de imponer o aumentar impuestos, o de ejecutar la legislación tributaria.

35. Los proyectos de infraestructura con financiación privada suelen depender en gran medida del crédito y requieren un nivel de liquidez predecible. Por ello, es crucial poder evaluar con facilidad todos las posibles consecuencias fiscales durante todo el período de ejecución del proyecto. Los cambios imprevistos en los impuestos que reduzcan esta liquidez pueden tener graves repercusiones en el proyecto. En algunos países, la autoridad pública está autorizada a celebrar acuerdos con los inversionistas con el fin de garantizar que la liquidez del proyecto no se verá afectada por incrementos fiscales imprevistos. Estos arreglos se denominan a veces “acuerdos de estabilización fiscal”. No obstante, la autoridad puede verse limitada por razones constitucionales o políticas en el otorgamiento de este tipo de garantía, en cuyo caso las partes pueden acordar mecanismos de indemnización o de revisión del contrato para hacer frente a los aumentos de costos derivados de cambios fiscales (véase también el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrs. 122 a 125).

36. La mayoría de los regímenes tributarios nacionales pertenecen a una de tres categorías generales. Un enfoque es la tributación universal con créditos, en que todos los ingresos obtenidos en cualquier parte se gravan en el país de origen y se evita la doble imposición utilizando un sistema de acreditación de los impuestos extranjeros; los impuestos del país de origen se disminuyen en el equivalente de los impuestos extranjeros ya pagados. Si el país de origen de un inversionista utiliza este método, la carga tributaria del inversionista puede no ser inferior a la que lo gravaría en su país. Conforme a otro enfoque de la tributación, los ingresos en el exterior que ya han estado sometidos al impuesto extranjero quedan exentos de los tributos del país de origen del inversionista. Con arreglo a un criterio territorial, los ingresos obtenidos en el extranjero están totalmente exentos de la tributación del país de origen. Los inversionistas de países de origen que utilicen los dos últimos sistemas de tributación se beneficiarán de las vacaciones fiscales y de los tipos impositivos inferiores del país anfitrión, pero esa exoneración impositiva no supondrá ningún incentivo para un inversionista con sede en un paraíso fiscal.

37. Puede que las partes que intervienen en el proyecto tengan distintas inquietudes acerca de la posible deuda tributaria. Preocupa normalmente a los inversionistas la imposición de los beneficios conseguidos en el país anfitrión, la que grava los pagos a los contratistas, proveedores, inversionistas y prestamistas, y el tratamiento tributario de las ganancias (o pérdidas) de capital cuando se

liquida al concesionario. Los inversionistas pueden encontrarse con que no existen en el país anfitrión los pagos que sirven para disminuir los impuestos conforme al régimen de su país de origen (como los relacionados con los intereses por las cantidades tomadas en préstamo, los costos de investigación, los costos de la oferta y las pérdidas en divisas), o viceversa. Dado que sólo se permite la acreditación de los impuestos extranjeros que gravan los ingresos, los inversionistas han de asegurarse de que los impuestos sobre la renta pagados en el país anfitrión satisfacen la definición de impuesto sobre la renta de la autoridad tributaria de su propio país. Análogamente, la empresa titular del proyecto puede ser tratada a efectos fiscales en el país anfitrión como un tipo diferente de entidad que en el país de origen. En los proyectos en que los activos pasan a ser propiedad pública, esto puede impedir que se apliquen las deducciones por depreciación con arreglo a las leyes del país de origen.

38. Un problema propio de los proyectos de infraestructura con financiación privada y participación extranjera es la posibilidad de que las sociedades extranjeras que participen en el consorcio de un proyecto se vean expuestas a la doble imposición, es decir, imposición sobre los beneficios, derechos de patentes e intereses en sus propios países y en el país anfitrión. El calendario de pagos tributarios y la obligación de pagar impuestos por vía de retención pueden también plantear problemas. Varios países han celebrado acuerdos bilaterales para eliminar o, por lo menos, reducir los efectos negativos de la doble imposición, los cuales, en caso de haberse

celebrado entre el país anfitrión y los países de origen de los patrocinadores del proyecto, desempeñan a menudo un papel en sus consideraciones fiscales.

39. En último término, es el efecto acumulativo de todos los impuestos combinados lo que hay que tener presente. Por ejemplo, puede haber impuestos establecidos por más de un nivel de la autoridad tributaria; además de la tributación de la administración nacional, el concesionario puede verse enfrentado además al pago de impuestos municipales o provinciales. Puede que también existan ciertos gravámenes además de los impuestos sobre la renta, a menudo vencidos y pagaderos antes de que el concesionario haya tenido ningún ingreso. Figuran entre ellos los impuestos sobre las ventas, llamados algunas veces “impuestos sobre el volumen de los negocios”, impuestos al valor añadido, los impuestos sobre el patrimonio, los derechos de sello y los derechos de importación. A veces pueden dictarse disposiciones especiales para ofrecer también una exoneración total o parcial de estos pagos.

10. Reglas y prácticas contables

40. En varios países se exige a las empresas que apliquen prácticas contables uniformes de aceptación internacional y que contraten los servicios de contables o auditores profesionales. Una de las razones para hacerlo radica en que la adopción de prácticas contables uniformes es una medida con la que se fomenta la uniformidad en la valoración de las empresas. En relación con la selección del concesionario, la utilización de

prácticas contables normalizadas puede asimismo facilitar la tarea de evaluar la calificación financiera de los ofertantes con objeto de determinar si satisfacen los criterios de preselección establecidos por la autoridad contratante (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrs. 38 a 40). El empleo de prácticas contables uniformes es además indispensable para auditar los beneficios de las sociedades, lo que puede ser necesario a fin de que el organismo regulador pueda supervisar la aplicación de las estructuras tarifarias y el cumplimiento por parte del concesionario (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrs. 39 a 46).

41. En algunos países se han introducido reglas especiales de contabilidad para los explotadores de infraestructuras a fin de tener en cuenta las características específicas de los ingresos de los proyectos de infraestructura. Los proyectos en que se construyen instalaciones de infraestructura, en particular carreteras y otras instalaciones relacionadas con los transportes, suelen caracterizarse por un período de inversión relativamente breve con altos costos financieros y sin ingresos, seguido por un período más largo con crecientes ingresos y costos financieros cada vez menores y, en circunstancias normales, gastos de explotación estables. En consecuencia, si se aplicaran normas de contabilidad tradicionales, habría que registrar en las cuentas de la empresa titular del proyecto la estructura financiera específica de esos proyectos caracterizándola como un período con resultados continuamente negativos seguido por un largo período con beneficios netos. Esta situación no

sólo tendría consecuencias negativas, por ejemplo, para la calificación de la empresa a efectos de crédito durante la fase de construcción, sino que además entrañaría un desproporcionada deuda fiscal durante la fase de explotación del proyecto. A fin de evitar tal distorsión, algunos países han adoptado normas de contabilidad especiales para las empresas que llevan a cabo proyectos de infraestructura que tienen en cuenta el hecho de que los resultados financieros de los proyectos de infraestructura con financiación privada no pueden ser positivos a corto plazo (sólo a mediano plazo). Estas reglas especiales suelen autorizar a los explotadores de infraestructuras a diferir parte de los costos financieros registrados durante la fase de déficit hasta posteriores ejercicios, de conformidad con los calendarios financieros previstos en el acuerdo de proyecto. No obstante, las reglas especiales de contabilidad no limitan otras reglas de derecho que pueden prohibir la distribución de dividendos durante los ejercicios clausurados con resultados negativos.

11. Protección del medio ambiente

42. La protección del medio ambiente abarca una gran variedad de cuestiones, que van desde la eliminación de residuos y sustancias peligrosas hasta la reubicación de personas desplazadas por grandes proyectos que afectan a utilización del suelo. Se reconoce ampliamente que la protección del medio ambiente es un requisito previo crítico del desarrollo sostenible. Es muy posible que la legislación sobre protección del medio ambiente ejerza en diversos planos un

efecto directo sobre la ejecución de proyectos de infraestructura y las cuestiones ecológicas figuran entre las causas más frecuentes de controversias. Las leyes de protección del medio ambiente pueden contener diversos requisitos, como el consentimiento de diversas autoridades competentes en la materia, pruebas de que no quedan responsabilidades pendientes en materia de medio ambiente, seguridades de que se mantendrán las normas ecológicas, compromisos de remediar los daños causados al medio ambiente y requisitos de notificación. Estas leyes requieren muchas veces una autorización previa para desarrollar varias actividades comerciales, lo que puede ser particularmente estricto para ciertos tipos de infraestructura (por ejemplo, el tratamiento de aguas residuales, la recolección de residuos, el sector de la energía eléctrica dependiente del carbón, la transmisión de electricidad, las carreteras y los ferrocarriles).

43. Es, por tanto, aconsejable prever medidas legislativas que den transparencia a las obligaciones derivadas de las leyes sobre cuestiones ecológicas. Es importante velar por el mayor grado posible de claridad en las normas que regulen las comprobaciones que pueden llevar a cabo las autoridades competentes, los requisitos de documentación y de otro tipo que deben cumplir los solicitantes de una licencia, las condiciones para la expedición de una licencia y las circunstancias que justifican su denegación o retirada. De particular importancia son las disposiciones que garantizan el acceso de los solicitantes a procedimientos de apelación expeditivos y a recursos judiciales, llegado el caso. Asimismo puede ser aconsejable

asegurarse, en la medida de lo posible, antes de la adjudicación definitiva del proyecto, de si se cumplen las condiciones para la obtención de las licencias pertinentes. En algunos países, algunas autoridades públicas o determinados grupos para la defensa del medio ambiente pueden tener derecho a iniciar procedimientos judiciales para tratar de evitar que se causen daños al medio ambiente, entre los que puede incluirse el derecho a solicitar la retirada de una licencia, por considerar que no es conforme a las normas aplicables. En algunos de esos países se ha juzgado oportuno que representantes de la población eventualmente afectada participen en los procedimientos conducentes a la expedición de licencias en cuestiones que afectan al medio ambiente. Las leyes pueden además fijar la escala de sanciones que cabe imponer y concretar qué partes pueden tener que responder por los daños ocasionados.

44. Con la adhesión a tratados de protección del medio ambiente se puede contribuir a reforzar el régimen internacional de la protección del medio ambiente. Durante los últimos decenios se han elaborado numerosos instrumentos internacionales encaminados a establecer normas internacionales comunes. Entre esos instrumentos cabe destacar: el Programa 21⁶ y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁷, adoptados 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; la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, de 1991; y la Convención sobre la protección y utilización de corrientes de agua transfronterizas y lagos internacionales, de 1992.

12. Leyes de protección del consumidor

45. Varios países tienen normas jurídicas especiales sobre protección del consumidor. Las leyes en la materia varían mucho de un país a otro, tanto en la forma en que están organizadas como en su contenido. Con todo, las leyes de protección del consumidor contienen a menudo disposiciones como plazos favorables para presentar reclamaciones y hacer cumplir obligaciones contractuales, normas especiales para la interpretación de contratos cuyas condiciones no se suelen negociar con el consumidor (llamados a veces “contratos de adhesión”); amplias garantías a favor de los consumidores; facultades especiales de rescisión; acceso a instancias simplificadas de solución de controversias (véase también el capítulo VI, “Solución de controversias”, ___); y otras medidas protectoras.

46. Desde el punto de vista del concesionario, es importante examinar si las leyes del país anfitrión sobre protección de los consumidores pueden limitar u obstaculizar la capacidad del concesionario para exigir, por ejemplo, su derecho a obtener el pago por los servicios prestados, ajustar precios o interrumpir los servicios a los clientes que incumplan cláusulas esenciales de sus contratos o condiciones

indispensables para la prestación de los servicios.

13. Régimen de la insolvencia

47. La insolvencia de la empresa gestora de una infraestructura o proveedora de servicios 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 capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, ___). La continuidad en la prestación del servicio puede lograrse mediante un marco jurídico que permita el rescate de empresas que tropiecen con dificultades financieras mediante procedimientos de reorganización y otros análogos. En el caso de que resulten inevitables los procedimientos de quiebra, a los prestamistas garantizados les preocupará especialmente la existencia de disposiciones sobre créditos garantizados, y en especial la cuestión de si los acreedores así protegidos podrán ejecutar la garantía a pesar del inicio del procedimiento de insolvencia, si los acreedores garantizados tienen prioridad para recibir el pago con el producto que reporte la garantía y cómo se determina el orden de prelación de los créditos de los acreedores garantizados. Como antes se observó, una parte sustancial de la deuda del concesionario adopta la forma de préstamos “principales”, en que los prestamistas requieren precedencia en el pago respecto de la deuda subordinada del concesionario (véase “Introducción e

información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, párr. 58). La medida en que los prestamistas podrán obtener la ejecución de estos arreglos subordinados dependerá de las normas y disposiciones de las leyes del país que rijan el orden de prelación de los acreedores en los procedimientos de insolvencia. El reconocimiento legal de la autonomía de la voluntad de las partes para establecer una subordinación contractual de diferentes clases de préstamos puede facilitar la financiación de los proyectos de infraestructura.

48. Entre las cuestiones de que tiene que ocuparse la legislación figuran las siguientes: la cuestión de la 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 concesionario, y disposiciones sobre la anulación de operaciones efectuadas por el deudor poco antes de la apertura de los procedimientos de insolvencia.

49. En grandes proyectos de infraestructura, es probable que la insolvencia de la empresa encargada del proyecto afecte a acreedores de más de un país o a bienes situados en varios países. Por tanto, tal vez sea conveniente que el país anfitrión cuente con disposiciones que faciliten la cooperación judicial, el acceso a los tribunales de los administradores de procedimientos de insolvencia extranjeros y el reconocimiento de los procedimientos de

insolvencia extranjeros. En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza se ofrece un modelo idóneo para los países que deseen adoptar legislación a este fin.

14. Medidas contra la corrupción

50. Las condiciones para las inversiones y los negocios en el país anfitrión pueden también mejorarse con medidas para luchar contra la corrupción en la administración de los contratos públicos. Es particularmente importante que el país anfitrión adopte medidas eficaces y concretas para combatir el soborno y las prácticas ilícitas conexas, en particular velando por la eficaz aplicación de las leyes vigentes que prohíben el soborno.

51. La promulgación de leyes que incorporen acuerdos y normas internacionales sobre la integridad en la conducción de los asuntos públicos puede representar un paso significativo en esa dirección. Contienen normas importantes dos resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas: la resolución 51/59 de 12 de diciembre de 1996, por la que la Asamblea aprobó el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, y la resolución 51/191 de 16 de diciembre de 1996, por la que aprobó la Declaración de las Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales. Otros importantes instrumentos son el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 1997, negociado

bajo los auspicios de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.

52. Además, es importante que las reglas que regulen el funcionamiento de las autoridades contratantes y la supervisión de los contratos públicos garanticen el nivel necesario de transparencia e integridad. Cuando no existan reglas de este tipo, conviene elaborar y adoptar legislación o reglamentaciones apropiadas. Otros elementos que deben tomarse en consideración en este contexto son la simplicidad y la coherencia, además de la eliminación de los procedimientos innecesarios que prolongan o hacen engorrosos los trámites administrativos.

C. Acuerdos internacionales

53. Además de depender del derecho interno del país anfitrión, los proyectos de infraestructura con financiación privada pueden verse afectados por acuerdos internacionales concertados por el país anfitrión. A continuación se examinan brevemente las consecuencias de algunos acuerdos internacionales, además de otros acuerdos internacionales mencionados en toda la guía legislativa.

1. Participación en instituciones financieras multilaterales

54. La participación en instituciones financieras multilaterales como el Banco Mundial, la Asociación Internacional de Fomento (AIF), la Corporación Financiera Internacional (CFI), el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) y los bancos

regionales de desarrollo puede repercutir directamente de varias maneras en los proyectos de infraestructura con financiación privada. Primeramente, la participación del país anfitrión en esas instituciones suele ser un requisito para que los proyectos en ese país reciban la financiación y las garantías que otorgan esas instituciones. En segundo lugar, las normas sobre instrumentos de financiación y de garantía previstas por esas instituciones contienen normalmente diversas condiciones y cláusulas directamente relacionadas con las condiciones del acuerdo de proyecto y los acuerdos de préstamo negociados por el concesionario (por ejemplo, la cláusula de prenda negativa de bienes públicos y la constitución de contragarantías a favor de la institución financiera internacional). Finalmente, las instituciones financieras multilaterales persiguen cierto número de objetivos de política cuya realización tratan de garantizar en relación con los proyectos que respaldan (como la observancia de normas ecológicas de aceptación internacional; sostenibilidad a largo plazo del proyecto más allá del plazo de la concesión inicial; y transparencia y corrección en la selección del concesionario y el desembolso de sus préstamos).

2. Acuerdos generales sobre facilitación y fomento del comercio

55. Se han negociado una serie de acuerdos multilaterales para promover el libre comercio a nivel mundial. El más notable de estos acuerdos se negoció bajo los auspicios del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio

(GATT) y posteriormente de la Organización Mundial del Comercio (OMC). En estos acuerdos pueden figurar disposiciones generales sobre la promoción y el favorecimiento del comercio de mercaderías (como la cláusula de la nación más favorecida, la prohibición de contingentes y otros obstáculos comerciales discriminatorios) y sobre la promoción de prácticas comerciales equitativas (como la prohibición del dumping y la restricción de las subvenciones). El objetivo de algunos acuerdos es específicamente la eliminación de los obstáculos que impiden a los extranjeros prestar servicios en los Estados contratantes o la promoción de la transparencia y la eliminación de la discriminación de los proveedores en la contratación pública. Estos acuerdos pueden tener importancia en la legislación nacional sobre proyectos de infraestructura con financiación privada que prevea limitaciones de la participación de sociedades extranjeras en proyectos de infraestructura, o que establezca preferencias para entidades nacionales o para la contratación pública de suministros en el mercado local.

3. Acuerdos internacionales sobre sectores industriales concretos

56. En lo que se refiere a las negociaciones sobre telecomunicaciones básicas celebradas como parte del Acuerdo General sobre el comercio de servicios (AGCS), varios Estados miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que representan la mayoría del mercado mundial de los servicios de

telecomunicación han asumido compromisos concretos para facilitar el comercio de servicios de telecomunicación. Cabe señalar que todos los Estados Miembros de la OMC (incluso los que aún no han asumido compromisos especiales en materia de comunicaciones) están obligados por el reglamento general sobre servicios del AGCS, así como por determinados requisitos relativos a la cláusula de nación más favorecida y en materia de transparencia, reglamentación, monopolios y prácticas comerciales. El acuerdo de telecomunicaciones de la OMC agrega compromisos específicos por sectores y por países al acuerdo general AGCS. Esos compromisos suelen versar sobre la apertura, a la competencia y a las inversiones extranjeras, de diversos sectores del mercado como, por ejemplo, la telefonía, la transmisión de datos y la mejora de los servicios. Por tanto, los legisladores de los actuales o posibles Estados miembros de la OMC deberán asegurarse de que las leyes de su país en materia de telecomunicaciones sean coherentes con el AGCS y sus disposiciones específicas en materia de telecomunicaciones.

57. Otro acuerdo sectorial importante de ámbito internacional es la Carta Europea de la Energía, firmada en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 y en vigor desde el 16 de abril de 1998, que se promulgó para promover la cooperación a largo plazo en el campo de la energía. En la Carta se prevén diversas medidas comerciales, como el desarrollo de mercados abiertos y competitivos para recursos y productos energéticos y el favorecimiento del tránsito, la transferencia de tecnología energética y

facilidades de acceso a esa tecnología. Asimismo, la Carta intenta evitar las distorsiones en los mercados y las medidas que obstaculizan la actividad económica en el sector de la energía y promueve la apertura de los mercados de capital y la circulación de capitales a fin de financiar el comercio de recursos y productos. La Carta contiene asimismo reglamentos para la protección y el fomento de las inversiones donde se prevén condiciones equitativas para los inversionistas, las transferencias monetarias relacionadas con las inversiones, la compensación por pérdidas debidas a guerras, conflictos civiles y otros hechos similares, así como indemnizaciones en caso de expropiación.

Notas

- ¹ Revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya, el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 2 de octubre de 1979.
- ² Revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya, el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Niza el 15 de junio de 1957 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967.
- ³ Con el Acta adicional de Mónaco de 1961, el Acta complementaria de Estocolmo de 1967, enmendada el 28 de septiembre de 1979, y el Reglamento del Arreglo de La Haya relativo al depósito internacional de dibujos y modelos industriales de 1998.

- ⁴ *Documentos oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, Viena, 10 de marzo a 1º de abril de 1980* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.82.V.5), primera parte.
- ⁵ *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.*
- ⁶ *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.93.I.8 y correcciones), vol. I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia*, resolución 1, anexo II.
- ⁷ *Ibíd.*, anexo I.