



# Asamblea General

Distr. general  
26 de febrero de 2019  
Español  
Original: inglés

## Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

51<sup>er</sup> 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 de los capítulos I y II)**

#### Nota de la Secretaría

#### Índice

	<i>Página</i>
I. Marco jurídico e institucional general . . . . .	2
A. Observaciones generales . . . . .	2
B. Principios rectores y opciones para la adopción de un marco jurídico de las APP . . . . .	2
C. Autoridad para establecer alianzas público-privadas . . . . .	10
D. Regulación de los servicios de infraestructura . . . . .	12
II. Planificación y preparación de proyectos . . . . .	20
A. Observaciones generales . . . . .	20
B. Evaluación del proyecto y opciones . . . . .	21
C. Riesgos del proyecto y distribución de los riesgos . . . . .	27
D. Coordinación administrativa . . . . .	33
E. Respaldo público . . . . .	36
F. Garantías emitidas por instituciones financieras internacionales . . . . .	44
G. Garantías emitidas por organismos de crédito a la exportación y organismos de promoción de las inversiones . . . . .	47



## **I. Marco jurídico e institucional general**

### **A. Observaciones generales**

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

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

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

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

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

4. Por lo tanto, al considerar la posibilidad de promulgar leyes y reglamentos para hacer posibles las APP o al examinar la idoneidad del marco jurídico existente, los legisladores y los organismos reguladores nacionales tal vez deseen tener en cuenta algunos principios internacionalmente reconocidos sobre buena gobernanza y desarrollo sostenible. La Asamblea General de las Naciones Unidas, por ejemplo, ha reconocido “la importancia de los marcos jurídicos justos, estables y previsibles para crear desarrollo, crecimiento económico y empleo inclusivos, sostenibles y equitativos,

<sup>1</sup> “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” (resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 25 de septiembre de 2015), Objetivo 9.1.

generar inversiones y facilitar la actividad empresarial”<sup>2</sup>. Del mismo modo, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>3</sup>, cuya adopción es casi universal, los Estados partes se comprometen a formular y aplicar o mantener en vigor “políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas”. Estos y otros principios orientados más concretamente a obtener el máximo de beneficios de las APP, y que han inspirado la adopción de medidas legislativas en diversos países, se examinan brevemente en los párrafos que siguen.

#### a) Interés público

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

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

#### b) Transparencia

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

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

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

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

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

9. Es necesario que las normas y los procedimientos administrativos sean transparentes durante todo el ciclo de vida de los proyectos de participación público-privada, desde su planificación y formulación hasta la explotación de la infraestructura y la prestación de los servicios a los ciudadanos. Un marco jurídico transparente de las APP puede disponer, por ejemplo, la publicación de las decisiones más importantes sobre la ejecución de los proyectos, incluida la justificación de la elección de una APP en un caso concreto (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párr. 3). La transparencia en la adjudicación de los contratos de participación público-privada es particularmente importante, y en relación con ello se destacan en la *Guía* cinco aspectos principales, a saber, la divulgación pública del marco jurídico; la publicación de las oportunidades de proyectos; la elaboración y publicación previas de las principales condiciones del contrato en relación con las cuales se han de evaluar las ofertas; el desarrollo visible del proceso de conformidad con las normas y procedimientos prescritos; y la existencia de un sistema que permita vigilar que se cumplan las normas aplicables y exigir su cumplimiento si es necesario (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. 138 a 239). En cuanto a la explotación de la infraestructura, para que esta sea transparente se requiere, entre otras cosas, que la autoridad contratante o el organismo regulador divulgue información específica sobre el socio privado, como estados financieros o informes de ejecución (véanse los párrs. 15 y 49; véase también el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. 103 y 104).

### c) **Equidad, estabilidad y previsibilidad**

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

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

12. La estabilidad del marco jurídico de las APP contribuiría a que las resoluciones administrativas o judiciales que se dictasen sobre la adjudicación y ejecución de proyectos de participación público-privada fueran más previsibles, lo que tendría efectos positivos para todas las partes interesadas. El socio privado, por ejemplo, podría planificar y gestionar el proyecto de manera más eficiente si pudiera basar sus decisiones en el resultado que previsiblemente tendrían los diversos procedimientos administrativos necesarios durante la ejecución del proyecto (permisos de construcción y zonificación, inspecciones técnicas o decisiones sobre regulación). La propia autoridad contratante podría verse afectada por las consecuencias de las decisiones de otras autoridades y también se beneficiaría si el proceso fuera previsible. También para el público resultaría tranquilizador contar con un sistema que le permitiera prever, por ejemplo, que las decisiones tomadas en relación con las condiciones necesarias para la prestación del servicio público, cuando ese fuera el objeto de una APP, seguirían una pauta previsible, conforme a las leyes y reglamentos aplicables, en lugar de responder a consideraciones extrínsecas. Así como la existencia de normas racionales y claras es condición para garantizar la previsibilidad, también la eficiencia de los procedimientos administrativos y las calificaciones y la capacitación de los responsables son condición para hacer cumplir el marco jurídico.

**d) Gestión adecuada, integridad y rendición de cuentas**

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

14. Estrechamente vinculada a la necesidad de evitar la mala gestión de los fondos o bienes públicos se encuentra la necesidad de velar por la integridad de la adjudicación y la ejecución de los contratos de participación público-privada. También en este caso correspondería normalmente a otros órganos legislativos establecer las normas sustantivas destinadas a defender la integridad en forma de disposiciones penales, normas de derecho administrativo y códigos de conducta. Una cuestión fundamental

para promover la integridad es la necesidad de evitar los conflictos de intereses durante todas las etapas principales de las APP, desde la planificación y la licitación hasta la finalización de un proyecto. La magnitud de muchos de los proyectos de participación público-privada, su duración, que suele ser prolongada, y la necesidad de una interacción constante entre los funcionarios gubernamentales, los agentes de la autoridad contratante y los empleados o agentes del socio privado pueden crear innumerables oportunidades de soborno, extorsión y otras prácticas corruptas y fomentarlas. Es esencial velar por que los funcionarios de la autoridad contratante no se beneficien directa ni indirectamente del proyecto ni de su trato con el socio privado. El socio privado tampoco debería ejercer una influencia indebida sobre ningún funcionario involucrado en el diseño, la selección, la ejecución o la regulación de los proyectos. Se deberían establecer salvaguardias apropiadas durante el diseño de los proyectos (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párr. 49), la adjudicación de los contratos (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. ...) y la explotación (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...). Además de los daños económicos y financieros, las prácticas corruptas en las APP pueden tener graves consecuencias negativas para el público en general, en particular en los casos en que la APP entraña la prestación de un servicio público o la gestión de una obra de infraestructura utilizada por el público. En efecto, las prácticas corruptas suelen terminar por generar una tolerancia indebida a la relajación de las exigencias en lo que respecta a la seguridad o la calidad, lo que puede ser causa de accidentes o entrañar otros riesgos que pueden causar daños a los bienes o poner en peligro la salud o la vida de los ciudadanos.

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

**e) Economía y eficiencia**

16. En el marco jurídico y regulatorio, incluidos los procesos presupuestarios y de consignación de créditos, se deberían establecer las condiciones necesarias para que los proyectos de participación público-privada sean económicos y eficientes durante todo su ciclo de vida (véase el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. ...). Se deberá exigir a la autoridad contratante que, antes de proceder a la selección de una entidad asociada del proyecto, lleve a cabo una planificación y una evaluación de la viabilidad del proyecto rigurosas y que examine, en particular, la medida en que la APP optimiza el uso de los recursos para lograr los efectos previstos del proyecto de que se trate (es decir, debe realizarse una prueba de la relación entre calidad y precio). Solo se debe seguir adelante con los proyectos de participación público-privada si esos análisis demuestran, por ejemplo: a) que el proyecto ofrece una relación óptima entre el costo, el tiempo y otros recursos y la calidad del objeto del proyecto; b) que, si está estructurado como APP, se prevé que el proyecto ofrezca el nivel necesario de servicios a un menor costo en dinero, en tiempo y en otros recursos, sin reducir la calidad de esos servicios, que si hubiera sido otro tipo de proyecto; y c) que una APP brindará un nivel de servicios mejor que el requerido o que logrará una mejor rentabilidad de la inversión en el proyecto en relación con el costo en dinero, en tiempo y en otros recursos que si se hubiera optado por otro tipo de proyecto (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 6 a 14).

## f) Sostenibilidad a largo plazo

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

18. Para planificar y preparar los distintos proyectos adecuadamente es preciso hacer una cuidadosa selección del tipo de proyecto en función de la capacidad financiera y de otra índole de la autoridad contratante (es decir, si será un proyecto de contratación y explotación públicas o un tipo determinado de APP). Si las hipótesis sobre las ventajas o los costos que tendría un modelo de APP son poco realistas es probable que no se cumplan las expectativas de desarrollo de la infraestructura mediante APP, lo que debería evitarse en lo posible mediante una planificación y evaluación cuidadosas de los proyectos en las etapas iniciales (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs...). En efecto, una planificación deficiente o una mala concepción de las normas o procedimientos pueden dar lugar a acuerdos contractuales o de regulación inadecuados para la explotación y el mantenimiento de la infraestructura pública, limitar severamente la eficiencia en todos los sectores de la infraestructura, reducir la calidad de los servicios y aumentar los costos para la administración pública o los usuarios (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...). Desde un punto de vista legislativo, es importante cerciorarse de que el país anfitrión tenga la capacidad institucional necesaria para llevar a cabo las diversas tareas encomendadas a las autoridades públicas facultadas para concertar APP en todas las etapas de implementación (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 44 y 45). Una de las formas en que la administración pública puede determinar si sus instituciones están preparadas para encargarse de proyectos de participación público-privada es llevar a cabo una evaluación de su capacidad en materia de inversiones públicas, incluido un examen de las instituciones encargadas de la planificación nacional y sectorial, la preparación de presupuestos de inversión, la selección y evaluación preliminar de proyectos y la gestión y supervisión de la ejecución de proyectos, así como un examen de los procedimientos aplicables. Para que los proyectos de participación público-privada sean sostenibles es esencial que todos los recursos institucionales y administrativos de un país sean eficientes, por lo que los países podrían tal vez examinar la posibilidad de utilizar instrumentos adecuados que reflejen las mejores prácticas a fin de evaluar la idoneidad de esos recursos para garantizar la gestión sostenible de los proyectos de participación público-privada<sup>4</sup>.

## g) Competencia

19. Otra medida para aumentar la sostenibilidad a largo plazo de las APP en el contexto de una política nacional de infraestructura es lograr un justo equilibrio entre la apertura a la competencia y el monopolio de la explotación de la infraestructura y la prestación de servicios públicos. La competencia puede reducir los gastos globales y permite disponer de proveedores de servicios esenciales de respaldo. En ciertos sectores,

<sup>4</sup> El Fondo Monetario Internacional, por ejemplo, ha elaborado una herramienta de evaluación de la gestión de la inversión pública (PIMA) para ayudar a los países a evaluar la solidez de las prácticas de gestión de la inversión pública (véase <http://www.imf.org/external/np/fad/publicinvestment/#5>, en inglés únicamente).

la competencia también ha contribuido a incrementar la productividad de la inversión en infraestructura, a que se tengan más en cuenta las necesidades de los clientes y a obtener servicios públicos de mejor calidad, mejorando así el entorno empresarial en todos los sectores de la economía (véase también el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. ...).

20. En lo que respecta a las leyes y reglamentos directamente relacionados con las APP, la competencia tiene dos dimensiones. Por una parte, el margen para la competencia que existe en el sector o actividad de que se trate es uno de los elementos que la autoridad contratante deberá examinar en la etapa de planificación del proyecto (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 19 y 20). La evaluación que realice la autoridad contratante servirá de base para determinar si el socio privado tendrá derecho exclusivo a explotar la infraestructura o a proporcionar los servicios pertinentes en relación con la APP, o si el sector o el mercado podrían beneficiarse de la competencia (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. 28 a 32). Por otra parte, la competencia suele ser uno de los elementos estructurales de los sistemas de contratación pública y tiene por objeto lograr un máximo de economía (o la óptima relación entre calidad y precio) para el sector público. La competencia rigurosa entre los posibles inversionistas y las entidades privadas por la adjudicación de un contrato de participación público-privada puede reducir los gastos globales y otras demandas de recursos, incrementar la productividad de la inversión en infraestructura, aumentar la capacidad de respuesta a las necesidades de los clientes y obtener así una mejor calidad de los servicios públicos. La competencia puede contribuir a obtener la mejor relación entre calidad y precio en las APP y aumentar las probabilidades de lograr el resultado previsto del proyecto de que se trate. La competencia es además uno de los principios que deberían servir de guía a los sistemas de contratación pública, de conformidad con el art. 9, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Por consiguiente, en la *Guía* se recomienda enérgicamente el uso de procedimientos competitivos para la adjudicación de contratos de participación público-privada (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. 17 a 19). El fomento de la participación de posibles inversionistas y de entidades privadas en las APP es un requisito esencial de la competencia por los contratos de participación público-privada. En los procedimientos de contratación que se recomiendan en la *Guía* se reconoce, sin embargo, que, en el contexto de proyectos de infraestructura complejos, la competencia es más eficaz si se limita el número de participantes. Hay dos razones que justifican esa aparente paradoja: en primer lugar, debido a la complejidad técnica, comercial y financiera de la mayoría de los proyectos de participación público-privada, a la autoridad contratante le resultaría excesivamente engorroso, y le exigiría mucho tiempo y recursos, tener que examinar un número posiblemente elevado de propuestas; en segundo lugar, el elevado costo de la participación en el procedimiento desalienta a las entidades privadas de participar a menos que crean tener probabilidades razonables de adjudicarse el contrato definitivo. Por consiguiente, los procedimientos de contratación recomendados en la *Guía* comienzan con un proceso de búsqueda de un número limitado de posibles socios altamente calificados (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. 34 a 50).

## 2. El derecho constitucional y las APP

21. El derecho constitucional de varios países se refiere a la obligación del Estado de asegurar la prestación de servicios públicos. A veces se enumeran los sectores de infraestructura y servicios que son de responsabilidad del Estado, mientras que otras veces se encomienda al legislador la tarea de determinar esos sectores. En algunas constituciones nacionales la prestación de ciertos servicios públicos queda reservada exclusivamente al Estado o a entidades públicas especialmente creadas con ese propósito. Sin embargo, en otras se autoriza al Estado a contratar a entidades privadas para el desarrollo y la explotación de obras de infraestructura y la prestación de servicios públicos. En algunos países, se limita la participación de extranjeros en determinados sectores o se exige que el Estado participe en el capital de las empresas que prestan servicios públicos.

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

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

### 3. Legislación general y sectorial

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

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

26. No obstante, por su propia naturaleza las leyes de carácter general no suelen ser el medio más indicado para regular las cuestiones peculiares de cada sector. Incluso en los países que ya disponen de legislación general en la que se abordan cuestiones intersectoriales se ha podido constatar que una legislación sectorial suplementaria permite al legislador formular normas que tengan en cuenta la estructura del mercado en cada sector (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. 33 a 45). Cabe señalar que en muchos países la legislación sectorial fue aprobada en un momento en que gran parte o incluso la totalidad de la infraestructura nacional estaba en manos de monopolios estatales. Sería aconsejable que los países interesados en promover la inversión privada en infraestructura examinasen la legislación sectorial vigente para determinar si es adecuada para las APP. Los países que consideren la posibilidad de adoptar una ley general sobre las APP tal vez deseen aprovechar esa oportunidad para revisar y modificar, según corresponda, las leyes sectoriales vigentes, a fin de velar por que sean compatibles con la ley general sobre las APP o, de lo

contrario, indicar claramente cuál de las leyes prevalecerá en caso de conflicto (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...).

27. La legislación sectorial puede desempeñar además un papel importante en el establecimiento de un marco para la reglamentación de cada sector de infraestructura (véanse los párrs. 37 a 60 *infra*). Esa orientación legislativa es particularmente útil en los países que se encuentran en la fase inicial de creación o desarrollo de sus propias capacidades reguladoras. Esa legislación representa una valiosa garantía de que los reguladores no tendrán facultades discrecionales ilimitadas para ejercer sus funciones, sino que habrán de supeditarse a los parámetros establecidos por la ley. No obstante, por lo general es aconsejable evitar la promulgación de disposiciones legislativas rígidas o excesivamente detalladas para tratar los aspectos contractuales de la implementación de las APP, ya que esas disposiciones, en la mayoría de los casos, no serían adecuadas para la larga duración de esos proyectos (véanse también el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...; y el cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada”, párrs. ...).

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

## C. Autoridad para establecer alianzas público-privadas

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

### 1. Organismos autorizados y ámbitos de actividad pertinentes

30. En algunos ordenamientos jurídicos, la responsabilidad de la administración pública en el desarrollo de la infraestructura o la prestación de servicios públicos no se puede delegar sin previa autorización legislativa. Para los países que deseen desarrollar la infraestructura o los servicios públicos mediante APP es especialmente importante que la ley establezca claramente la autoridad para conceder a entidades distintas de las autoridades públicas del país anfitrión el derecho a prestar determinados servicios públicos. Una disposición general de esa naturaleza puede ser particularmente importante en los países en que los servicios públicos son monopolios estatales, o si se prevé confiar a entidades privadas la prestación de ciertos servicios que solían ser gratuitos para el público (véase también el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...).

31. Si se promulga una ley general, es recomendable además indicar claramente qué autoridades públicas o niveles de la administración son competentes para adjudicar proyectos de infraestructura y para actuar como autoridades contratantes. A fin de evitar demoras innecesarias, es particularmente aconsejable tener normas establecidas que permitan determinar cuáles son las personas u oficinas que están facultadas para contraer compromisos por cuenta de la autoridad contratante (y, si procede, de otras autoridades públicas) en las distintas etapas de negociación y para firmar el contrato de participación público-privada. Es útil tener en cuenta la amplitud de las atribuciones que puedan necesitar las autoridades distintas de la administración central para llevar a cabo proyectos que sean de su competencia. En el caso de proyectos en los que intervengan oficinas u organismos de diferente nivel administrativo (por ejemplo, de nivel nacional, provincial o local), cuando no sea posible determinar de antemano todas las oficinas y organismos competentes involucrados, pueden ser necesarias otras medidas para velar por una coordinación adecuada entre esas entidades (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 44 a 53).

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

## 2. Finalidad y alcance de las APP

33. Tal vez convenga que la ley defina el carácter y la finalidad de los proyectos para cuya ejecución se pueden establecer APP en el país. Un posible criterio sería definir las diversas categorías de proyectos de conformidad con el alcance de los derechos y obligaciones del socio privado (por ejemplo, “construcción-explotación-traspaso”, “construcción-propiedad-explotación”, “construcción-traspaso-explotación” y “construcción-traspaso”). Sin embargo, habida cuenta de la gran variedad de fórmulas que pueden entrar en juego en relación con la inversión privada en infraestructura (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. 23 y 24), ese criterio no es aconsejable. Otra posibilidad sería que la ley dispusiera en general que se pueden concertar APP para el desarrollo de cualquier tipo o un tipo específico de infraestructura o servicios públicos. La ley podría aclarar que las APP pueden implicar la prestación directa de servicios al público por el socio privado en virtud de una concesión otorgada por la autoridad competente, o la gestión y explotación de una obra de infraestructura utilizada por la autoridad contratante u otro órgano gubernamental para la prestación de servicios públicos o para albergar sus propias actividades. La ley podría precisar además que la remuneración del socio privado podría consistir en el derecho a cobrar un precio por la utilización de la obra o los locales o por el servicio o los bienes que genera, o en otro tipo de pago o remuneración convenida por las partes. Por último, sería conveniente que la ley aclarara además que las APP se pueden utilizar para la construcción y explotación de una nueva obra o sistema de infraestructura o para el mantenimiento, la reparación, el reacondicionamiento, la modernización, la ampliación y la explotación de obras o sistemas de infraestructura existentes, o solo para la gestión y prestación de un servicio público.

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

35. La decisión de conceder o no derechos exclusivos a un determinado proyecto o categoría de proyectos debería adoptarse teniendo en cuenta la política del país anfitrión respecto del sector de que se trate. Como se indicó anteriormente, el alcance de la competencia varía considerablemente de un sector de infraestructura a otro. Si bien algunos sectores, o segmentos de sectores, presentan características de monopolios naturales, en cuyo caso su apertura a la competencia no suele ser una opción económicamente viable, otros sectores de infraestructura se han abierto con éxito a la libre competencia (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. 28 a 32).

36. Conviene, por ello, ser flexible en lo relativo a la exclusividad. En lugar de excluir o prescribir las APP exclusivas, tal vez sea preferible que la ley autorice la concesión de derechos exclusivos cuando se considere que obedece a razones de interés público, como en los casos en que se justifica la exclusividad porque garantiza la viabilidad técnica o económica del proyecto. La autoridad contratante deberá indicar las razones para la concesión de exclusividad en la evaluación y los estudios que debe llevar a cabo antes de iniciar el procedimiento de selección del socio privado (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 19 y 20). Las leyes sectoriales también pueden reglamentar la cuestión de la exclusividad de manera apropiada para cada sector.

#### **D. Regulación de los servicios de infraestructura**

37. Los proyectos de participación público-privada que implican el suministro directo de bienes o servicios al público por el socio privado (APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión) a menudo se refieren a sectores o actividades que están sujetos a una regulación especial. El régimen de regulación aplicable puede consistir en normas sustantivas, procedimientos, instrumentos e instituciones. Ese marco constituye un importante medio de aplicación de la política oficial en el sector de que se trate (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. 25 y 26). En función de la estructura institucional del país de que se trate y de la distribución de competencias entre los diferentes niveles de administración pública, tal vez sea la legislación provincial o local la que rijan algunos sectores de infraestructura, en forma exclusiva o paralelamente con la legislación nacional.

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

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

presentarse a ese respecto. El análisis que figura en la presente sección ilustra las distintas opciones que se han utilizado como medidas legislativas internas para establecer un régimen que regule las APP, pero eso no significa que en la *Guía* se promueva el establecimiento de un modelo o estructura administrativa en particular. Se puede obtener información práctica y asesoramiento técnico de las instituciones financieras internacionales que llevan a cabo programas para ayudar a sus países miembros a establecer un marco normativo adecuado (como el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo).

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

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

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

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

## 2. Mecanismos institucionales

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

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

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

### **3. Atribuciones de los organismos reguladores**

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

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

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

servicio público o que domina en el sector, pero que se deje libertad a las nuevas empresas competidoras para establecer sus precios.

49. El organismo regulador suele tener que pronunciarse sobre asuntos como los siguientes: funciones propiamente normativas (por ejemplo, reglas sobre la adjudicación de contratos y las condiciones para la certificación del equipo), la adjudicación efectiva de contratos; la aprobación de contratos o decisiones propuestos por las entidades reguladas (por ejemplo, un calendario o un contrato de acceso a la red); la definición y supervisión de una obligación de prestar determinados servicios; la supervisión de los proveedores de servicios públicos (en particular respecto de la observancia de las condiciones y normas técnicas de la licencia y las metas de ejecución); la divulgación, en aras de la transparencia, de información financiera específica sobre el socio privado (por ejemplo, su estructura accionarial o el modelo financiero utilizado como hipótesis de base en el proyecto); la determinación o el ajuste del precio; la autorización de subvenciones, exenciones u otras ventajas que pudieran distorsionar la competencia en el sector; sanciones; y la solución de controversias.

#### **4. Composición, personal y presupuesto del organismo regulador**

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

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

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

## 5. Proceso regulatorio y procedimiento a seguir

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

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

55. Las decisiones regulatorias pueden afectar a los intereses de diversos grupos, y en particular a los intereses del proveedor del servicio público regulado, a sus competidores actuales o potenciales y a los usuarios comerciales o no comerciales de ese servicio. En muchos países, el proceso regulatorio prevé la apertura de un procedimiento de consulta previa a la adopción de toda decisión o recomendación importante para el sector considerado. En algunos países esta consulta se tramita en forma de una audiencia pública y en otros se hace a través de documentos de encuesta en los que se pide a los grupos interesados que den a conocer sus observaciones. Algunos países han establecido también órganos consultivos, formados por los usuarios y otras partes interesadas, cuya opinión debe recabarse antes de adoptar una decisión o recomendación importante. Para mayor transparencia, es posible que se hayan de publicar las observaciones, recomendaciones u opiniones formuladas durante el proceso de consulta.

## 6. Recurso contra las decisiones del organismo regulador

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

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

## 7. Solución de controversias entre proveedores de servicios públicos

58. Pueden surgir controversias entre socios privados rivales (por ejemplo, dos empresas operadoras de telefonía móvil) o entre socios privados que prestan servicios en distintos ámbitos del mismo sector de infraestructura. En esas controversias pueden alegarse prácticas comerciales desleales (por ejemplo, precios de *dumping*), prácticas no competitivas incompatibles con la política del país en materia de infraestructura (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. 25 a 31) o el incumplimiento de determinadas obligaciones de los proveedores de servicios públicos (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...). En muchos países se ha estimado necesario crear un marco legal apropiado para la solución de esas controversias.

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

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

## Disposiciones generales

### Disposición modelo 1. Principios rectores de la APP

#### *Opción 1*

CONSIDERANDO que [la Administración Pública] [el Parlamento] de [...] desea permitir que se haga uso de alianzas público-privadas para el desarrollo de la infraestructura y la prestación de servicios conexos al público;

CONSIDERANDO que, con estos propósitos, [la Administración Pública] [el Parlamento] estima conveniente reglamentar las alianzas público-privadas a fin de aumentar la transparencia, la equidad, la estabilidad y la previsibilidad; promover la gestión adecuada, la integridad, la competencia y la economía; y garantizar la sostenibilidad a largo plazo;

[Otros objetivos que el Estado promulgante tal vez desee enunciar];

Aprueba e incorpora al derecho interno el texto siguiente:

#### *Opción 2*

Por la presente ley se establecen los procedimientos necesarios para la aprobación, adjudicación y ejecución de proyectos de participación público-privada, de conformidad con los principios de transparencia, equidad, estabilidad, buena gestión, integridad, finalización, economía y sostenibilidad a largo plazo.

### Disposición modelo 2. Definiciones

A efectos de la presente ley:

a) Se entenderá por “alianza público-privada” un acuerdo entre la autoridad contratante y una entidad privada para la ejecución de un proyecto de infraestructura, a cambio de pagos que serán efectuados por la autoridad contratante o los usuarios de la infraestructura;

b) Se entenderá por “infraestructura” u “obra de infraestructura” las instalaciones físicas y los sistemas a través de los cuales se presten directa o indirectamente servicios al público en general;

c) Se entenderá por “proyecto de infraestructura” la concepción, la construcción, el desarrollo y la explotación de nuevas obras de infraestructura o la rehabilitación, modernización, expansión o explotación de obras de infraestructura ya existentes;

d) Se entenderá por “autoridad contratante” la autoridad pública facultada para celebrar un contrato de participación público-privada [conforme a lo dispuesto en la presente ley]<sup>1</sup>;

e) Se entenderá por “socio privado” la entidad privada contratada por la autoridad contratante para llevar a cabo un proyecto en el marco de un contrato de participación público-privada;

f) Se entenderá por “contrato de participación público-privada” el acuerdo o los acuerdos mutuamente vinculantes concertados entre la autoridad contratante y el socio privado en que se establezcan las condiciones para el establecimiento de una APP;

<sup>1</sup> Cabe señalar que esta definición se refiere únicamente a la facultad de celebrar contratos de participación público-privada. Dependiendo del régimen de regulación del Estado promulgante, puede haber un órgano independiente, definido como “organismo regulador” en el apartado h), que esté facultado para emitir las normas y reglamentos que gobiernen la prestación del servicio pertinente.

g) Se entenderá por “licitante” o “licitantes” las personas o los grupos de personas que participen en el procedimiento de selección para la adjudicación del contrato de participación público-privada<sup>2</sup>;

h) Se entenderá por “propuesta no solicitada” toda propuesta relativa a la ejecución de un proyecto de infraestructura que no se presente a raíz de una solicitud o de una convocatoria realizada por la autoridad contratante en el contexto de un procedimiento de selección;

i) Se entenderá por “organismo regulador” una autoridad pública facultada para emitir y hacer cumplir las normas y reglamentos que rijan la obra de infraestructura o la prestación de los servicios pertinentes<sup>3</sup>.

### **Disposición modelo 3. Facultad para celebrar contratos de participación público-privada**

Estarán facultadas para celebrar contratos de participación público-privada<sup>4</sup> a efectos de la ejecución de proyectos de infraestructura comprendidos dentro de sus respectivas esferas de competencia, las siguientes autoridades públicas: *[el Estado promulgante enumerará aquí las autoridades públicas pertinentes del país anfitrión que pueden celebrar contratos de participación público-privada, por medio de una lista exhaustiva o indicativa de autoridades públicas, una lista de tipos o categorías de autoridades públicas o una lista en que se combinen ambos criterios]*<sup>5</sup>.

### **Disposición modelo 4. Sectores en que pueden requerirse o ejecutarse proyectos de infraestructura**

Las autoridades competentes podrán celebrar contratos de participación público-privada en los siguientes sectores: *[el Estado promulgante indicará aquí los sectores pertinentes enumerándolos en una lista exhaustiva o indicativa]*<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> El término “licitante” o “licitantes” comprende, según el contexto, a las personas que hayan solicitado una invitación para participar en el procedimiento de preselección o las personas que hayan presentado una propuesta a raíz del llamado a presentación de propuestas emitido por una autoridad de contratación.

<sup>3</sup> Puede ser necesario definir la composición, la estructura y las funciones de ese organismo regulador en una disposición legislativa especial (véanse los párrs. ...).

<sup>4</sup> Es conveniente establecer mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas encargadas de expedir las aprobaciones, licencias, permisos o autorizaciones necesarias para la ejecución de proyectos de participación público-privada de conformidad con las disposiciones legislativas o reglamentarias sobre la construcción y explotación de obras de infraestructura del tipo propuesto. (Véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...). Además, en el caso de los países que prevean la posibilidad de ofrecer formas específicas de respaldo público a los proyectos de infraestructura, quizás sea útil que la normativa pertinente, por ejemplo, las leyes o reglamentos que regulan las actividades de las entidades autorizadas a ofrecer respaldo público, establezcan claramente qué entidades están facultadas para prestar ese respaldo y qué tipo de respaldo puede prestarse (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...).

<sup>5</sup> En general, los Estados promulgantes tienen dos opciones para completar la redacción de esta disposición modelo. Una de ellas consiste en proporcionar una lista de autoridades facultadas para celebrar contratos de participación público-privada, ya sea en la propia disposición modelo o en un anexo de esta. La otra opción consiste en que el Estado promulgante indique el rango de las autoridades que pueden celebrar esos contratos, aunque sin nombrarlas explícitamente. En un Estado federal, por ejemplo, esa cláusula de habilitación podría referirse a “la Unión, los estados [o provincias] y los municipios”. En cualquier caso, es aconsejable que los Estados promulgantes que deseen incluir una lista exhaustiva de autoridades prevean mecanismos que permitan revisar la lista cuando sea necesario. Una posibilidad a ese efecto sería presentar la lista en un anexo de la ley o en los reglamentos que se adopten conforme a dicha ley.

<sup>6</sup> Es aconsejable que los Estados promulgantes que deseen presentar una lista exhaustiva de los sectores prevean mecanismos que permitan revisar esa lista en caso necesario. Una posibilidad a ese efecto sería la de presentar la lista en un anexo de la ley o en los reglamentos que se adopten, conforme a dicha ley.

## II. Planificación y preparación de proyectos

### A. Observaciones generales

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

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

3. Por lo tanto, como se indica en la sección B, el marco jurídico de las APP debería exigir un examen obligatorio de las hipótesis del proyecto y proporcionar los mecanismos necesarios para realizarlo, a fin de que las autoridades competentes puedan determinar con exactitud si una APP es la opción adecuada para el desarrollo de la infraestructura o servicio de que se trate, en lugar de su contratación, financiación y gestión directas por la administración pública (párrs. 5 a 22). En esos estudios preliminares también se deberán analizar los principales riesgos que presentan las APP, incluidas las soluciones contractuales comunes para la distribución de los riesgos, y el grado de flexibilidad necesario para que esa distribución sea eficiente (véase la sección C, párrs. 23 a 45). En la sección D (párrs. 46 a 55) se examinan los aspectos institucionales y administrativos de la preparación y coordinación de los proyectos. En la sección E (párrs. 56 a 86) se enuncian las consideraciones de política que la administración pública tal vez desee tener en cuenta al estudiar el nivel de respaldo público directo que se puede prestar a los proyectos de infraestructura, tales como el grado de interés público en la ejecución de un proyecto determinado y la necesidad de evitar que la administración pública asuma una responsabilidad eventual de límites indefinidos o excesiva. Por último, en las secciones F (párrs. 87 a 98) y G (párrs. 99 a 101) se describen las garantías y medidas de apoyo que pueden proporcionar los organismos de crédito a la exportación y los organismos de promoción de las inversiones.

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

## B. Evaluación del proyecto y opciones

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

### 1. Evaluación de la economía y eficiencia (relación entre calidad y precio)

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

7. La economía y la eficiencia son objetivos fundamentales de todos los proyectos de participación público-privada. Algunos de ellos se inscriben en el ámbito de aplicación de la ley general de contratación pública, en particular aquellos en que la autoridad contratante se compromete a efectuar pagos directos al socio privado. Otros tipos de proyectos de participación público-privada, sin embargo, no entrañan el desembolso de fondos públicos para el pago de la entidad asociada del proyecto, y la función de la autoridad contratante, como entidad gestora global del proyecto, puede ser muy diferente de la función de la administración pública en la contratación pública tradicional. Esto significa que los conceptos de economía y eficiencia (o relación entre calidad y precio) en las APP tienen un significado más amplio que en el estricto contexto de la contratación pública.

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

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

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

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

11. La metodología para llevar a cabo una prueba de la relación entre calidad y precio y la matriz exacta de factores que deben tenerse en cuenta pueden variar en función de la naturaleza del proyecto y pueden evolucionar con el tiempo. Si existe una autoridad central con facultades de aprobación, coordinación o asesoramiento (véase la sección D, párrs. ...), el país anfitrión podría considerar la posibilidad de establecer estructuras especializadas que examinen periódica o sistemáticamente la metodología utilizada y establezcan parámetros apropiados para ello. Cabe señalar, sin embargo, que la utilidad y exactitud de una evaluación de la relación entre calidad y precio depende de que se disponga de comparadores del sector público y de la fiabilidad de estos, que puede ser limitada en los países con poca experiencia en materia de APP o de prácticas avanzadas de gestión y contabilidad públicas, como puede ocurrir en algunos países en desarrollo. Por otra parte, un análisis correcto de la relación entre calidad y precio tal vez esté fuera de la capacidad de algunas autoridades públicas, pues los datos necesarios para llevar a cabo la evaluación pueden ser insuficientes o incompletos. Además, la eficiencia de la entidad pública que se utilizará en la comparación influirá de manera considerable en los costos del proyecto, y la autoridad contratante tal vez no posea los conocimientos necesarios para tener debidamente en cuenta el desempeño del sector público como elemento de un análisis comparativo. Esas posibles limitaciones ponen de relieve la importancia de que la autoridad contratante u otros órganos encargados de la planificación de las APP cuenten con los recursos humanos y técnicos necesarios para llevar a cabo la evaluación. Sería recomendable además que la administración pública se mantuviera al corriente de las normas y orientaciones internacionales vigentes para una evaluación adecuada de la relación entre calidad y precio<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Para apoyar a las administraciones públicas en las primeras fases de la identificación y selección de proyectos aptos para ser ejecutados bajo la modalidad de APP, la Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico (CESPAP) preparó un instrumento en línea titulado *PPP qualitative value-for-money toolkit* que permite a los gobiernos y a las autoridades públicas seleccionar el proyecto de participación público-privada adecuado, sobre la base de la relación

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

13. La financiación en función del proyecto es un método de financiación que procura establecer la capacidad crediticia del socio privado “por sus propios méritos”, aun antes de que se haya iniciado la construcción de las obras o de que se hayan generado ingresos, y obtener préstamos sobre la base de ese crédito. Algunos comentaristas han observado que la financiación en función del proyecto puede ser la clave para desbloquear las grandes reservas de capital teóricamente disponibles en los mercados de capitales para la inversión en infraestructura. Sin embargo, la financiación en función del proyecto tiene características distintivas y exigentes desde un punto de vista financiero. La principal de ellas es que, dentro de una estructura de financiación en función del proyecto, que las partes financiadoras puedan amortizar su inversión dependerá principalmente de los activos y el flujo de efectivo del socio privado. Si el proyecto fracasa, no podrán recurrir, o solo podrán hacerlo en forma limitada, a los recursos financieros de una empresa promotora del proyecto o de un tercero (véase también “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. 57 y 58).

14. La metodología financiera de la financiación en función del proyecto requiere una proyección precisa de los costos de capital, los ingresos y costos previstos y los demás gastos, impuestos y deudas del proyecto. Con el fin de prever esas cifras con precisión y certeza, y para crear un modelo financiero del proyecto, suele ser necesario proyectar las cifras de la hipótesis de base correspondientes a los ingresos, costos y gastos del socio privado durante un largo período, generalmente de 20 años o más, para determinar la cuantía de deuda y de capital social que el proyecto podrá absorber. Para ese análisis es esencial determinar los riesgos y cuantificarlos. Por ese motivo, la determinación, evaluación, distribución y atenuación de los riesgos son esenciales para este tipo de financiación desde un punto de vista financiero. En efecto, la distribución de los riesgos es la base de toda APP, y antes de redactar un contrato de participación público-privada es indispensable comprender cabalmente los acuerdos de distribución de los riesgos. La aplicación adecuada de los principios de distribución de los riesgos es lo que determina si un proyecto de participación público-privada será capaz de atraer financiación y si será sostenible durante todo su ciclo de vida. (Una breve exposición de los riesgos más comunes de las APP y un examen general de la distribución de los riesgos figuran en la sección C, párrs. 27 a 36).

## 2. Evaluación del riesgo fiscal

15. Otra razón importante para exigir una confirmación exacta y realista del informe de fundamentación del proyecto como condición precedente para que el proyecto siga adelante como APP es la necesidad de evitar gastos imprevistos para el sector público (“riesgo fiscal”). En muchos países, los proyectos de inversión se han llevado a cabo como APP no por razones de eficiencia, sino para eludir las limitaciones presupuestarias y aplazar el registro de los costos fiscales derivados de la prestación de servicios de infraestructura. De ahí que algunas administraciones públicas terminaran llevando a

---

entre calidad y precio. El instrumento se puede consultar en la siguiente dirección: <https://ppp.unescap.org/>. Véase también Banco Mundial, 2017. *Public-Private Partnerships: Reference Guide Version 3, Section 3.2.4 Assessing Value for Money of the PPP*. Banco Mundial, Washington, D.C. © Banco Mundial; Instituto del Banco Mundial; Servicio de Asesoramiento para Infraestructura Pública y Privada. 2013. *Value-for-Money Analysis-Practices and Challenges: How Governments Choose When to Use PPP to Deliver Public Infrastructure and Services*. Banco Mundial, Washington, D.C. © Banco Mundial.

cabo proyectos que, o no se podían financiar dentro de sus recursos presupuestarios, o exponían a las finanzas públicas a un riesgo fiscal excesivo en forma de pasivo contingente que no se había estimado de manera precisa y no se había tenido debidamente en cuenta. Por consiguiente, es aconsejable que la autoridad contratante o cualquier entidad central responsable en general de la política relacionada con las APP (véase el párr. 47 *infra*) evalúe en esta primera etapa los posibles costos y riesgos fiscales derivados de un proyecto de APP propuesto, si esa evaluación no es ya parte integrante de la evaluación obligatoria de la relación entre calidad y precio (véanse los párrs. 6 a 14). Una evaluación minuciosa del riesgo fiscal deberá tener en cuenta una amplia variedad de factores que podrían afectar el balance financiero general del proyecto (véanse los párrafos 23 a 36 *infra*), así como las opciones para distribuir los riesgos por medio de los derechos y obligaciones convenidos en el contrato (véanse los párrs. 37 a 45 *infra*). Además, a fin de realizar una estimación cabal de los resultados previstos y las consecuencias presupuestarias del proyecto durante todo su ciclo de vida, en la evaluación se deberían tener en cuenta como mínimo las cuatro variables principales siguientes de los proyectos de participación público-privada:

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

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

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

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

16. La administración pública puede valerse de métodos e instrumentos diversos para llevar a cabo esa evaluación. El Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial han elaborado un instrumento analítico para ayudar a los Estados a cuantificar las consecuencias macrofiscales de los proyectos ejecutados en el marco de una APP. Destinado a ser utilizado principalmente por las dependencias de APP de los ministerios de finanzas, el P-FRAM (modelo de evaluación de los riesgos fiscales vinculados a las PPP) utiliza programas informáticos estándar para procesar los datos macroeconómicos y sobre proyectos específicos y generar automáticamente resultados estandarizados, entre otros los siguientes: a) flujos de efectivo del proyecto; b) cuadros y gráficos fiscales tanto en efectivo como en valores devengados; c) análisis de la sostenibilidad de la deuda con y sin el proyecto de participación público-privada; d) análisis de sensibilidad de los principales agregados fiscales a los cambios en los parámetros macroeconómicos y propios de los proyectos; y e) un resumen de la matriz de riesgos del proyecto<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> El P-FRAM (PPP Fiscal Risk Assessment Model) puede consultarse en la siguiente dirección: <http://www.imf.org/external/np/fad/publicinvestment/#5>.

### 3. Evaluación del bienestar y el impacto social

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

18. En efecto, la prueba de la relación entre calidad y precio, que es esencial, pone de relieve los parámetros pecuniariamente cuantificables de la buena gobernanza en el desarrollo de la infraestructura y los servicios públicos. A fin de evaluar cabalmente los beneficios —pero también los posibles riesgos— de una APP, la administración pública debería considerar la posibilidad de realizar una evaluación diferente del proyecto. En primer lugar, desde un punto de vista puramente financiero, las autoridades involucradas podrían tal vez calcular los efectos de la disponibilidad de la infraestructura de que se trata y la rentabilidad fiscal de la inversión, además de la situación del flujo de efectivo. En segundo lugar, como los proyectos de participación público-privada son por naturaleza de gran importancia para el público debido a su tamaño y a los servicios que prestan, la autoridad pública debe abordar el impacto social del proyecto durante la fase preparatoria. Es especialmente importante que la administración pública examine en qué medida el proyecto, sea que se ejecute o no como APP, se ajusta a los Objetivos de Desarrollo Sostenible pertinentes. En general, se recomienda evaluar en la etapa de planificación del proyecto la sostenibilidad de este y su impacto ambiental, económicos y sociales. Desde el punto de vista de la buena gobernanza y la transparencia, es recomendable además tener en cuenta en esa etapa los intereses de los asociados y partes interesadas no comerciales —posiblemente mediante un mecanismo de consulta adecuado— con el fin de fomentar el apoyo público para el proyecto y de reducir el riesgo de problemas o incluso de litigios en etapas posteriores.

### 4. Evaluación del impacto ambiental

19. El análisis del bienestar y los efectos sociales de un proyecto debería complementarse con una evaluación exhaustiva de su impacto ambiental. En la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo se pide expresamente una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, que debe emprenderse “respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”<sup>3</sup>. Cuando es probable que un proyecto tenga también un “considerable impacto ambiental transfronterizo adverso”, se exhorta además a los Estados a “proporcionar la información pertinente, y notificar previamente y en forma oportuna, a los Estados que posiblemente resulten afectados” y a “celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe”<sup>4</sup>. Una evaluación del impacto ambiental es un proceso sistemático que busca determinar y evaluar las posibles

<sup>3</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992) (A/CONF/151/26 (vol. I), Anexo I “Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”, Principio 17.

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

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

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

## 5. Efectos sobre la competencia

21. En la etapa de planificación la autoridad contratante deberá considerar, además, hasta qué punto deberá el socio privado obtener derechos exclusivos de explotación de la infraestructura o de prestación del servicio pertinente, o si el socio privado necesitará realmente esa exclusividad como garantía de recuperación de la inversión inicial. Al hacer esa evaluación preliminar se debería tener en cuenta el alcance geográfico de la exclusividad —si esta se concede— y las políticas del país respecto del sector de que se trate (véanse “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. 27 a 45 y el cap. I, “Marco jurídico e institucional general”, párrs. 24 a 28). La cuestión de la exclusividad desempeñará un papel fundamental en la evaluación de la viabilidad financiera y comercial del proyecto y de sus efectos económicos y sociales. Desde un punto de vista práctico, la exclusividad será una de las principales disposiciones del contrato (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...), y también repercutirá en el nivel de respaldo

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

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

público que pueda necesitar el socio privado (véase la sección E, “Respaldo público”, apartado f), “Protección frente a la competencia”).

22. La autoridad contratante debería examinar minuciosamente los efectos macroeconómicos y las desventajas que, desde el punto de vista de la política, entraña la concesión de derechos exclusivos al socio privado, así como los costos globales en materia de bienestar de la eliminación de la competencia. Como es posible que los socios privados tengan gran interés en la exclusividad, el riesgo de confabulación y de corrupción en este contexto puede ser especialmente elevado. En las leyes y reglamentos se podrán establecer parámetros apropiados para la concesión de exclusividad, y en general se deberá exigir a la autoridad contratante que justifique su recomendación favorable a la exclusividad (sobre la cuestión de la competencia, véase también el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. ...).

### C. Riesgos del proyecto y distribución de los riesgos

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

*[Los párrafos 24 a 25 del presente documento se corresponden con los párrs. 8 a 29 del capítulo II, tal como figuran en la Guía legislativa, a excepción de los cambios terminológicos que se indican en A/CN.9/939, párrs. 17 a 19 y 31, así como otras modificaciones que reflejan la ampliación del ámbito de aplicación de la Guía y las deliberaciones mantenidas en el 51er período de sesiones de la Comisión y la reunión del Grupo Intergubernamental de Expertos (Viena, 26 a 30 de noviembre de 2018).]*

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

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

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

### **1. Descripción general de las principales categorías de riesgo**

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

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

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

#### **b) Perturbación del proyecto por actos adversos de la administración pública (“riesgo político”)**

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

<sup>7</sup> Véase “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, nota de pie de página 2.

extranjero, tales como bloqueos, embargos o medidas de boicot comercial impuestas por las administraciones públicas de los países de origen de los inversionistas.

**c) Riesgos de construcción y de explotación**

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

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

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

**d) Riesgos comerciales**

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

34. Los riesgos comerciales varían notablemente según el sector y el tipo de proyecto. Esos riesgos pueden considerarse como mínimos o moderados si el socio privado goza de un monopolio sobre el servicio prestado o si suministra su producto a un solo cliente en virtud de un acuerdo de absorción permanente. Ahora bien, los riesgos comerciales

pueden ser considerables en proyectos que dependan de ingresos dimanantes del mercado, particularmente si existen infraestructuras o fuentes de suministro alternativas que dificulten una previsión fiable de la demanda o utilización del producto o servicio ofrecido. Esto puede ser un factor importante, por ejemplo, en proyectos de carreteras de peaje, ya que estas han de competir con carreteras que no cobran peaje. Al depender la demanda de la facilidad de acceso de los usuarios a las carreteras exentas de peaje, suele ser difícil prever el rendimiento financiero del peaje, especialmente en zonas urbanas que ofrezcan rutas alternativas o en las que se siga construyendo y mejorando la red de carreteras. Además, se ha comprobado que resulta aún más difícil prever la utilización de carreteras de peaje nuevas, especialmente las que no se integran en un sistema ya existente de vías de peaje, al no disponerse de ningún punto de referencia relativo al tráfico que sirva de base actuarial para calcular la probabilidad de su utilización.

**e) El riesgo cambiario y otros riesgos financieros**

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

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

**2. Acuerdos contractuales para distribuir y atenuar los riesgos**

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

38. La orientación práctica impartida en algunos países a las autoridades contratantes suele aludir a ciertos principios generales que deben respetarse en la distribución de los riesgos de un proyecto. Uno de esos principios es el de asignar cada riesgo a la parte que mejor pueda evaluarlo, controlarlo y gestionarlo. Otros principios preceptúan que el riesgo sea asignado a la parte que tenga mejor acceso a instrumentos de cobertura del riesgo (por ejemplo, planes de inversión para contrarrestar las pérdidas sufridas en una operación con un beneficio obtenido simultáneamente en otra) o mayor capacidad para diversificarlo o mitigarlo a menor costo. En la práctica, no obstante, los riesgos suelen distribuirse en función de consideraciones de política (por ejemplo, el interés público en el proyecto o la vulnerabilidad global de la autoridad contratante a resultados de su participación en diversos proyectos) y la fuerza negociadora de las partes. Además,

para distribuir los riesgos del proyecto es importante considerar si la parte a la que se asigna determinado riesgo posee la solvencia financiera requerida para soportar sus consecuencias en caso de que el riesgo se materialice.

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

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

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

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

43. Otra categoría de riesgos que cabe distribuir de una u otra forma son ciertos sucesos ajenos al proyecto y que estén totalmente fuera del control de las partes, como sería el riesgo de guerra, de disturbios civiles y de desastres naturales. En los proyectos de infraestructura de tipo tradicional efectuados por cuenta del sector público, la entidad pública interesada suele asumir, por ejemplo, el riesgo de que la infraestructura sea destruida por algún desastre natural o eventos similares en la medida en que esos riesgos no sean asegurable. En los proyectos de participación público-privada es posible que la administración pública prefiera que sea el socio privado el que asuma este riesgo. Ahora bien, es posible que, a la luz de su evaluación de los riesgos a los que pudiera estar expuesto en un determinado país anfitrión, el sector privado no esté dispuesto a asumir estos riesgos. Por ello, en la práctica no existe una solución general aplicable a esta categoría de riesgos y es frecuente que se concierten arreglos especiales para cada uno de ellos. Por ejemplo, las partes pueden convenir en que, de producirse algunos de estos sucesos, la parte afectada quedaría exenta de las consecuencias de un incumplimiento del contrato de participación público-privada, y prever soluciones contractuales, como sería la prórroga del contrato para compensar por toda demora ocasionada por esos sucesos o incluso alguna forma de pago directo en ciertos supuestos, para paliar algunas de las consecuencias adversas (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...). Esos acuerdos pueden ser complementados por seguros comerciales que el socio privado deberá tomar siempre que su costo sea aceptable (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...).

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

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

## D. Coordinación administrativa

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

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

### 1. Coordinación de las medidas preparatorias

48. Una vez definido el futuro proyecto y tras haber decidido que la APP propuesta es la mejor opción para su ejecución, corresponde a la administración pública establecer la prioridad relativa del proyecto y asignar recursos humanos y de otra índole para su ejecución. En ese momento, es conveniente que la autoridad contratante examine los requisitos legales o reglamentarios para la explotación de obras de infraestructura del tipo propuesto, con vistas a determinar cuáles son las principales autoridades públicas cuya colaboración será necesaria para la ejecución del proyecto. También es importante en esta etapa considerar qué medidas pueden ser necesarias para que la autoridad contratante y las demás autoridades públicas involucradas cumplan las obligaciones que quepa razonablemente prever en relación con el proyecto. Por ejemplo, la administración pública tal vez tenga que adoptar con antelación disposiciones presupuestarias que permitan a la autoridad contratante o a otras autoridades públicas cumplir compromisos financieros que se extienden a lo largo de varios ciclos presupuestarios, como los compromisos a largo plazo para la compra del producto del proyecto (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”. párrs. ... y ...). Además, puede ser necesario adoptar una serie de medidas administrativas para poner en práctica determinadas formas de apoyo que se presten al proyecto, como exenciones tributarias y facilidades aduaneras (véanse los párrs. 26 a 56 *infra*), lo que puede requerir un tiempo considerable.

## 2. Preparativos para la selección del socio privado

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

50. La flexibilidad no significa, sin embargo, que la autoridad contratante pueda adoptar libremente esas decisiones en cualquier momento o alterar la naturaleza del procedimiento sin la debida justificación. Por el contrario, es esencial que ya en la etapa de planificación la autoridad contratante escoja y estudie en detalle el procedimiento de selección adecuado de entre los previstos en las leyes generales de contratación pública del país o en leyes específicas sobre las APP (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. ...). De hecho, la elección del procedimiento adecuado dependerá de una serie de aspectos prácticos que la autoridad contratante deberá tener en cuenta en conjunto en la etapa de preparación de los proyectos. En efecto, la elección de la modalidad de APP (véase el cap. I, “Marco jurídico e institucional general”, párr. 16), los acuerdos sobre propiedad y mantenimiento previstos para las infraestructuras (véase el cap. I, “Marco jurídico e institucional general”, párrs. ....), la modalidad de pago (por ejemplo, el cobro de derechos a los usuarios, pagos de la administración pública o una combinación de ambas modalidades) y otros elementos esenciales del diseño de los proyectos determinarán, por ejemplo, el grado de interés de la autoridad contratante en los aspectos físicos de la obra y, a su vez, podrán influir en la medida en que la autoridad contratante desee controlar los aspectos técnicos mediante la preparación de un conjunto de especificaciones, o en lugar de eso prefiera permitir a los licitantes proponer hasta el final sus propias soluciones para alcanzar el producto previsto. Puede haber diferentes procesos de selección para atender a las preferencias de la autoridad contratante (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. ...).

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

52. Otro paso indispensable durante el proceso preparatorio es que la autoridad contratante refine las hipótesis sobre distribución de los riesgos que se tienen en cuenta al realizar la prueba de la relación entre calidad y precio y determine las condiciones esenciales del contrato, incluidas las que no son negociables, ya que eso constituirá un elemento central del proceso de selección y una de las bases de comparación de las

propuestas que se reciban (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. ...). El tiempo necesario para concluir el contrato de participación público-privada después de seleccionado el socio privado suele ser excesivamente largo, lo que aumenta el costo total del proyecto. La autoridad contratante puede ayudar a abreviarlo y a que las negociaciones finales sean más estructuradas y eficientes utilizando en la mayor medida posible los documentos estándar en los que, a juzgar por la experiencia y la práctica anteriores, se recogen las condiciones esenciales de los contratos de participación público-privada (adaptadas, por supuesto, a las circunstancias del proyecto).

### 3. Disposiciones para facilitar la expedición de licencias y permisos

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

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

55. Sin embargo, cabe señalar que la distribución de las facultades administrativas entre diversos niveles de la administración pública (por ejemplo, local, regional y central) suele ser reflejo de los principios fundamentales de la organización política del país. Por consiguiente, hay casos en que la administración pública central no estaría en condiciones de asumir la responsabilidad de la expedición de todas las licencias y permisos o de encomendar a un órgano único esa función coordinadora. En esos casos, es importante introducir medidas para prevenir las posibles demoras que podrían resultar de esa distribución de las facultades administrativas, por ejemplo, la concertación de acuerdos entre la autoridad contratante y las demás autoridades públicas interesadas para facilitar los procedimientos relativos a un proyecto determinado, u otras medidas destinadas a asegurar una coordinación adecuada entre las diversas autoridades públicas involucradas y a hacer más transparente y eficiente el proceso de obtención de licencias. Además, la administración pública podría considerar la posibilidad de ofrecer alguna garantía de que prestará la mayor asistencia posible al socio privado para la obtención de las licencias que exige el derecho interno, por ejemplo, proporcionando información y asistencia a los licitantes respecto de las licencias que se requieren, así como de los procedimientos y las condiciones pertinentes. Desde un punto de vista práctico, además de la coordinación entre los distintos niveles de gobierno y las diversas autoridades públicas, es necesario velar por la aplicación uniforme de los criterios relativos a la concesión de licencias y a la transparencia del proceso administrativo.

## E. Respaldo público

[Los párrafos 56 a 86 del presente documento se corresponden con los párrs. 30 a 60 del capítulo II, tal como figuran en la Guía legislativa, a excepción de los cambios terminológicos que se indican en A/CN.9/939, párrs. 17 a 19 y 31, así como otras modificaciones que reflejan la ampliación del ámbito de aplicación de la Guía y las deliberaciones mantenidas en el 51er período de sesiones de la Comisión y la reunión del Grupo Intergubernamental de Expertos (Viena, 26 a 30 de noviembre de 2018).]

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

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

### 1. Consideraciones de política relativas al respaldo público

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

59. Por tales razones, varios países han adoptado un enfoque flexible para abordar la cuestión del respaldo público. En algunos países se han promulgado disposiciones legislativas que adaptan el nivel y el tipo de respaldo otorgable a las necesidades concretas de los diversos sectores de infraestructura. En otros países se ha optado por facultar legalmente a la administración pública del país anfitrión para otorgar ciertos tipos de garantías o seguridades cuando a su leal saber y entender las circunstancias del

caso lo hagan aconsejable. Ahora bien, la administración pública del país anfitrión deberá velar por que el nivel y el tipo de respaldo otorgado a un proyecto no le obligue a contraer obligaciones sin límites definidos, ya que, de otorgar garantías excesivas a determinado proyecto, podría encontrarse más adelante en la imposibilidad de otorgar el debido respaldo a otros proyectos de mayor interés público.

60. Cabe mejorar la eficiencia de los programas de respaldo público a la inversión privada en proyectos de infraestructura mediante la introducción de técnicas adecuadas para la presupuestación de las medidas de respaldo público o la estimación del costo total de otras formas de respaldo público. Por ejemplo, las garantías de préstamo otorgadas por las autoridades públicas suelen ser menos costosas que las otorgadas por prestamistas comerciales. La diferencia (una vez deducidos los derechos e intereses abonables por el socio privado) supone un costo para la administración pública y una subvención para el socio privado. Por lo tanto, la administración pública que prevea ofrecer algún tipo de respaldo público a una APP debería estudiar detenidamente las consecuencias fiscales generales que ello tendría, a fin de evitar el riesgo de asumir un pasivo contingente imprevisto (véanse los párrs. 15 y 16 *supra*). Por ejemplo, las garantías de préstamo no suelen anotarse como gasto, salvo que sea reclamado el pago de la garantía. Al no consignarse el monto efectivo de la subvención pública otorgada, se da la impresión errónea de que el costo de la obligación contraída en virtud de la garantía de préstamo es inferior al de la concesión de una subvención directa. Por idéntica razón, cabe la posibilidad de que el costo financiero y económico de las exenciones fiscales otorgadas por la administración pública no sea evidente, lo que le resta transparencia con respecto a otras formas de respaldo público directo. Por todas estas razones, los países que deseen montar programas de respaldo público para los proyectos de participación público-privada deben idear métodos especiales para calcular el costo presupuestario de ciertas medidas de apoyo, como exoneraciones fiscales, préstamos y garantías de préstamo otorgadas por entidades públicas, en las que se tenga en cuenta el valor actual de los futuros costos o de las futuras pérdidas de ingresos.

## 2. Formas de respaldo público

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

62. Por lo general, además de las medidas administrativas y presupuestarias que pudieran ser necesarias para asegurar el cumplimiento de los compromisos públicos a lo largo de la vida del proyecto, es aconsejable que el poder legislativo considere la conveniencia de que la ley autorice expresamente ciertas formas de respaldo. De estimarse aconsejable ofrecer respaldo público, es importante que el poder legislativo tenga presentes las obligaciones que el país anfitrión haya contraído en virtud de acuerdos internacionales en materia de integración económica regional o liberalización del comercio que pudieran restringir el margen de las autoridades públicas de los Estados contratantes para aportar su respaldo financiero o de otra índole a las sociedades que operen en sus territorios. Además, cuando una administración pública prevea respaldar la ejecución de un proyecto de infraestructura, deberá hacérselo saber a todos los licitantes potenciales en el momento oportuno durante el proceso de selección (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párr. 75).

### a) Préstamos públicos y garantías públicas de préstamo

63. En algunos casos, se autoriza por ley a la administración pública a otorgar al socio privado préstamos sin interés o a un interés bajo para reducir el costo financiero del proyecto. Según las reglas de contabilidad aplicables, algunos préstamos públicos sin interés pueden ser anotados como ingresos en las cuentas del socio privado, mientras que las sumas abonadas para su amortización serían anotadas a título de costos y serían deducibles a efectos fiscales y contables. Además, los préstamos públicos subordinados

pueden ayudar a mejorar las condiciones financieras del proyecto al complementar los préstamos privilegiados concedidos por bancos comerciales sin competir con esos préstamos para su reembolso. Cabe la posibilidad de que los préstamos públicos se ofrezcan de manera general a todos los socios privados que trabajen en un determinado sector o únicamente a título de asistencia provisional al socio privado en el supuesto de que se materialicen ciertos riesgos. Además, el importe total de ese préstamo puede estar limitado a determinada suma o a un porcentaje del coste total del proyecto.

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

65. Por ello, además de adoptar medidas generales para reforzar la eficiencia de los programas de respaldo público (véase el párr. 60), tal vez sea aconsejable introducir ciertas disposiciones que limiten la exposición de la administración pública a los riesgos que suponen las garantías de préstamo. El régimen aplicable a las garantías de préstamo puede prever un tope máximo, tal vez expresado en forma de suma fija o, de requerirse mayor flexibilidad, en forma de porcentaje de la inversión total en determinado proyecto. Otra medida para limitar la responsabilidad eventual de la entidad garante puede ser la de definir las circunstancias en las que sean otorgables ese tipo de garantías, habida cuenta de los tipos de riesgos del proyecto que la administración pública esté dispuesta a compartir. Por ejemplo, si la administración pública solo desea cubrir los riesgos de perturbación temporal del proyecto imputables a hechos que estén fuera del control de las partes, las garantías otorgadas podrían limitarse al supuesto de que el socio privado se encuentre temporalmente en la imposibilidad de atender al servicio de su deuda por haber sobrevenido ciertos hechos imprevistos, contemplados en el acuerdo, que estén fuera del control del socio privado. Si la administración pública desea otorgar mayor protección a los prestamistas, las garantías podrán cubrir el supuesto de la imposibilidad permanente del socio privado para reembolsar sus préstamos, a resultas de esos hechos previstos en el acuerdo. No obstante, en tales casos sería aconsejable no eliminar los incentivos que puedan tener los prestamistas para adoptar medidas que permitan que el proyecto prosiga, ya sea designando a otro socio privado adecuado o interviniendo a través de un agente por ellos designado para remediar el incumplimiento del socio privado (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. ...). La reclamación del pago de las garantías públicas deberá subordinarse en esos casos a que los prestamistas hayan agotado todos los recursos previstos en el contrato de participación público-privada, en sus acuerdos de préstamo o en sus acuerdos directos con la autoridad contratante, de haberse celebrado alguno. En todo caso, las garantías de préstamo concedidas por la administración pública que cubran totalmente a los prestamistas del riesgo de incumplimiento por el socio privado son poco frecuentes en el contexto de los proyectos de infraestructura efectuados bajo la modalidad de financiación en función del proyecto.

#### **b) Participación en el capital social**

66. Otra forma de respaldo público adicional puede consistir en una participación pública directa o indirecta en el capital del socio privado. La participación de la administración pública en el capital social puede contribuir a obtener una relación más favorable entre el capital social y el capital adeudado al complementar el capital aportado por los patrocinadores del proyecto, especialmente cuando el socio privado no haya conseguido inversiones en su capital social de ciertas fuentes financieras

importantes, como los fondos de inversión. La inversión de la administración pública en el capital social también puede ayudar a cumplir los requisitos legales del país anfitrión relativos a la composición del capital social de las sociedades locales. El derecho de sociedades de algunos ordenamientos jurídicos, o la legislación especial relativa a los proyectos de infraestructura, exige una participación porcentual determinada de inversionistas locales en toda sociedad fundada en el país. Ahora bien, tal vez no sea siempre posible obtener la participación local requerida en condiciones aceptables. Los inversionistas locales tal vez no estén interesados o carezcan de recursos financieros para invertir en grandes proyectos de infraestructura; y tal vez no deseen asumir determinados riesgos del proyecto, quizá por no estar familiarizados con ellos.

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

#### **c) Subvenciones**

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

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

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

#### **d) Garantías estatales**

71. En los proyectos de participación público-privada se utiliza a veces el término "garantías estatales" para referirse a cualquiera de los dos tipos de garantía otorgada por la administración pública del país anfitrión. El primer tipo se refiere a las garantías dadas como cobertura de un incumplimiento eventual de las obligaciones asumidas por la autoridad contratante en el contrato de participación público-privada. La segunda categoría se refiere a las garantías dadas al socio privado de que la administración pública no obstaculizará el ejercicio de ciertos derechos estipulados en el contrato de participación público-privada o que estén reconocidos en la legislación del país,

por ejemplo, su derecho a repatriar los beneficios al concluir el proyecto. Cualquiera que sea la forma de estas garantías, es importante que la administración pública y el poder legislativo ponderen debidamente la capacidad de la administración pública para evaluar y gestionar eficientemente su propia exposición a los riesgos del proyecto y para determinar el nivel aceptable de responsabilidad directa o contingente que podrá asumir.

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

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

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

b) *Garantías de suministro.* Es posible que se le den además al socio privado garantías de suministro para ampararlo de las consecuencias del incumplimiento por una entidad pública de su obligación de suministrar ciertos bienes o servicios que sean requeridos para el funcionamiento de la infraestructura (combustible, electricidad o agua, por ejemplo) o para garantizar el pago de toda indemnización que deba abonar la autoridad contratante en virtud del acuerdo de suministro;

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

73. Por lo general, conviene no sobrevalorar la suficiencia de las garantías estatales para amparar al socio privado de las consecuencias de un incumplimiento por parte de la autoridad contratante. Salvo cuando tienen por objeto garantizar alguna prestación específica, las garantías estatales suelen desempeñar una función compensatoria. Por ello, es posible que no sean un sustituto adecuado de los remedios contractuales contra un eventual incumplimiento por parte de la autoridad contratante (véase el cap. IV “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...). Cabe utilizar diversos tipos o combinaciones de remedios contractuales para diversos supuestos de incumplimiento, por ejemplo, el pago de una

suma convenida por el incumplimiento de ciertas prestaciones y el alza de la tarifa cobrable o la prórroga del contrato en el supuesto de demoras adicionales en la ejecución del proyecto imputables a actos de la autoridad contratante. Además, a fin de limitar la exposición de la administración pública y de disminuir la probabilidad de que se reclame el pago de la garantía, es aconsejable prever medidas que alienten a la autoridad contratante a cumplir con sus obligaciones dimanantes del contrato de participación público-privada o a esforzarse por controlar las causas de incumplimiento. Entre esas medidas cabe citar la estipulación explícita de un derecho de subrogación del garante en el supuesto de un incumplimiento de la autoridad contratante o la creación de mecanismos de control interno que hagan responder a la autoridad contratante o a sus agentes de todo incumplimiento por negligencia injustificable o descuido de sus obligaciones a tenor del contrato de participación público-privada que pueda dar lugar a la reclamación del pago de una garantía estatal.

ii) *Garantías contra ciertos actos adversos de la administración pública*

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

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

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

e) **Exenciones fiscales y aduaneras**

77. Otro método por el que la administración pública del país anfitrión puede respaldar la ejecución de proyectos de participación público-privada puede ser la concesión de alguna exención, reducción o ventaja fiscal o aduanera. La legislación nacional sobre inversiones extranjeras directas prevé a menudo regímenes fiscales especiales para alentar la inversión extranjera y en algunos países se ha considerado útil hacer expresamente extensivo ese régimen fiscal a las empresas extranjeras que participan en proyectos de participación público-privada (véase el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 34 a 39).

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

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

80. Además de ventajas o exenciones fiscales, la legislación nacional a veces facilita la importación de equipo destinado al socio privado mediante exenciones de derechos de aduana. Esas exenciones se aplican normalmente al pago de derechos de importación sobre equipo, maquinaria, accesorios, materias primas y materiales importados al país para llevar a cabo estudios preliminares y para el diseño, la construcción y la explotación del proyecto de infraestructura. En el supuesto de que el socio privado desee transferir o vender ese equipo importado en el mercado interno, suele ser necesario obtener la aprobación al respecto de la autoridad contratante y se habrán de pagar los correspondientes derechos de importación, impuestos sobre las ventas o demás impuestos que hayan de abonarse con arreglo a las leyes del país. A veces la administración pública estará facultada legalmente para conceder una exención de derechos de aduana o para garantizar que no se elevarán los derechos de aduana en detrimento del proyecto.

**f) Protección frente a la competencia**

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

pública se compromete por ley a no modificar las condiciones de esa exclusividad en detrimento del socio privado sin el consentimiento de este.

82. Este tipo de disposiciones pueden tener por finalidad fomentar la confianza de los patrocinadores y prestamistas del proyecto en que se respetarán los supuestos básicos con arreglo a los cuales se adjudicó el proyecto. Ahora bien, es posible que esas promesas vayan en contra de las obligaciones internacionales del país anfitrión en virtud de acuerdos de integración económica y regional y de liberalización del comercio. Además, pueden limitar la capacidad de la administración pública para responder al eventual aumento de la demanda del servicio cuya explotación se concede, ya que el interés público puede exigir que se garantice la disponibilidad de dicho servicio para diversas categorías de usuarios. Es por ello importante examinar cuidadosamente los intereses de las diversas partes involucradas. Por ejemplo, el precio requerido para una explotación rentable de una carretera de peaje puede superar la capacidad de pago del sector de usuarios con menos ingresos. Por ello, es probable que la autoridad contratante desee mantener abierta una carretera sin peaje como posible alternativa de la nueva carretera de peaje. Ahora bien, si la autoridad contratante decide mejorar o modernizar la carretera sin peaje, desviará hacia ella una parte del tráfico de la carretera de peaje construida por el socio privado, con la consiguiente merma de sus ingresos. Lo mismo sucedería si la administración pública decide abrir el mercado de servicios telefónicos a larga distancia a la competencia comercial a fin de ampliar la oferta y de reducir el costo de los servicios de telecomunicación (para un breve análisis de problemas de competencia, véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. 28 a 31). Esa decisión podría, sin duda, reducir notablemente los ingresos previstos por el socio privado.

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

#### **g) Fuentes de ingresos auxiliares**

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

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

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

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

## **F. Garantías emitidas por instituciones financieras internacionales**

*[Los párrafos 87 a 97 del presente documento se corresponden con los párrs. 61 a 71 del capítulo II, tal como figuran en la Guía legislativa, a excepción de los cambios terminológicos que se indican en A/CN.9/939, párrs. 17 a 19 y 31, así como otras modificaciones que reflejan la ampliación del ámbito de aplicación de la Guía y las deliberaciones mantenidas en el 51er período de sesiones de la Comisión y la reunión del Grupo Intergubernamental de Expertos (Viena, 26 a 30 de noviembre de 2018).]*

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

### **1. Garantías emitidas por instituciones multilaterales de crédito**

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

89. Las garantías otorgadas por estas instituciones multilaterales de crédito tienen por objeto mitigar aquellos riesgos de incumplimiento de las obligaciones contractuales de un Estado soberano o de ciertos préstamos de vencimiento tardío que los prestamistas privados no estén dispuestos a asumir o que les sea difícil evaluar. Por ejemplo, las garantías otorgadas por el Banco Mundial sirven normalmente de cobertura contra determinados riesgos (garantías de riesgo parcial) o contra todos los riesgos crediticios de una determinada etapa del período de financiación (garantías de crédito parcial), como puede verse brevemente descrito a continuación. La mayor parte de los bancos de desarrollo regionales ofrecen garantías en condiciones similares a las del Banco Mundial.

#### **a) Garantías de riesgo parcial**

90. Una garantía de riesgo parcial cubre determinados riesgos dimanantes del incumplimiento de obligaciones contractuales por un Estado soberano o determinados supuestos de fuerza mayor de índole política. Esas garantías aseguran el servicio de la deuda que haya sido interrumpido por incumplimiento de alguna prestación contractual prometida por el Estado o sus organismos. La cobertura ofrecida puede extenderse a diversos supuestos de incumplimiento, como sería la modificación del marco reglamentario, incluidos los precios convenidos; la interrupción de determinados suministros, como pudiera ser el de combustible a una empresa privada de energía

eléctrica; el impago de determinados productos, como pudiera ser la electricidad comprada a una empresa por un servicio público o el agua comprada a granel por una distribuidora pública local; la falta de indemnización por demoras o interrupciones del proyecto imputables a medidas públicas o a sucesos políticos; las demoras en los procedimientos; y las modificaciones adversas de las leyes o reglamentos de control de cambios.

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

#### **b) Garantías de crédito parcial**

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

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

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

#### **a) Restricciones a la transferencia**

94. La finalidad de las garantías relativas a la transferencia de divisas que otorga el OMGI es similar a la de las garantías cambiarias oficiales otorgadas por la administración pública del país anfitrión (véase el párr. 75). Esta garantía protege contra las pérdidas de un inversionista ocasionadas por la imposibilidad de convertir moneda local (capital, intereses, capital principal, beneficios, derechos de patente y otros fondos) a moneda extranjera para su transferencia fuera del país anfitrión. La cobertura de estas garantías asegura contra toda demora excesiva en la adquisición de divisas ocasionada por la intervención o la falta de intervención de la administración pública del país anfitrión, contra las modificaciones adversas en la normativa legal o reglamentaria aplicable en materia de cambios, así como contra el deterioro de las condiciones de conversión y transferencia de la moneda local. La devaluación de la

moneda no está cubierta. Al acusar recibo de la moneda local bloqueada de un inversionista, el OMGI pagará la indemnización convenida en la moneda especificada en el contrato de garantía.

**b) Expropiación**

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

**c) Incumplimiento de contrato**

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

**d) Guerra y disturbios civiles**

97. Esta garantía protege contra toda pérdida atribuible al daño ocasionado a los activos tangibles del inversionista, así como de su destrucción o desaparición, a raíz de acciones de guerra políticamente motivadas o de disturbios civiles en el país anfitrión, incluidos los actos perpetrados en el marco de una revolución, insurrección o golpe de Estado, así como los actos de sabotaje y terrorismo. Respecto de las inversiones en el capital social, el OMGI pagará la parte de esos activos que corresponda al inversionista, abonando sea su valor contable, sea su costo de sustitución, sea su costo de reparación, según cuál de estas soluciones suponga un menor desembolso. Respecto de los préstamos y garantías de crédito, el OMGI abonará la parte asegurada del capital principal y de los intereses no abonados de resultados del daño ocasionado a los activos del proyecto por las acciones de guerra o los disturbios civiles. Esta cobertura de los daños de guerra o de disturbios civiles se extiende además a los acontecimientos que, durante el período de un año, ocasionen una interrupción de alguna operación del proyecto que sea esencial para su viabilidad financiera global. Este tipo de pagos por interrupción del negocio se harán efectivos al ser dictaminado que la inversión constituye una pérdida total. En ese momento, el OMGI abonará el valor contable de la inversión total en el capital social que haya sido asegurada.

### e) Incumplimiento de obligaciones financieras

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

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

*[Los párrafos 99 a 101 del presente documento se corresponden con los párrs. 72 a 74 del capítulo II, tal como figuran en la Guía legislativa, a excepción de los cambios terminológicos que se indican en A/CN.9/939, párrs. 17 a 19 y 31, así como otras modificaciones que reflejan la ampliación del ámbito de aplicación de la Guía y las deliberaciones mantenidas en el 51er período de sesiones de la Comisión y la reunión del Grupo Intergubernamental de Expertos (Viena, 26 a 30 de noviembre de 2018).]*

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

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

a) *Seguros de crédito a la exportación.* En el contexto de la financiación de proyectos de participación público-privada, la finalidad básica de los seguros de crédito a la exportación es la de garantizar el pago al vendedor en aquellos casos en los que se le permite al comprador extranjero aplazar su pago de los bienes o servicios exportados. Los seguros de crédito a la exportación pueden adoptar la forma de seguros de un “crédito de proveedores” o de seguros de un “crédito de compradores”. En el supuesto de un crédito de proveedores, el exportador y el importador convienen en ciertas condiciones comerciales que permiten el pago diferido de la mercancía mediante títulos negociables (por ejemplo, letras de cambio o pagarés) emitidos por el comprador. Una vez comprobada la solvencia comercial de la operación, la remuneración del exportador será asegurada por un organismo de crédito a la exportación de su país de origen. En el supuesto de un crédito de compradores, la obligación de pago del comprador será financiada por el banco del exportador, que será, a su vez, asegurado por un organismo de crédito a la exportación. Los créditos a la exportación suelen ser clasificados en créditos a corto plazo (con un plazo de reembolso normalmente inferior a dos años), créditos a mediano plazo (de dos a cinco años) y créditos a largo plazo (de cinco años o más). El respaldo oficial de los organismos de crédito a la exportación suele adoptar la forma de cobertura pura o neta, que significa que el seguro o la garantía

será otorgado al exportador o a la institución crediticia sin respaldo financiero alguno, pero puede adoptar también la forma de respaldo financiero, que se entiende como referido a los créditos directos otorgados al comprador extranjero, a la refinanciación y a toda forma de cobertura financiera contra las fluctuaciones de las tasas de interés;

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

101. Las condiciones en que los organismos de crédito a la exportación de la mayoría de los países miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ofrecen su respaldo financiero a título tanto de operaciones de crédito de proveedores como de operaciones de crédito de compradores han de ser conformes al Acuerdo de la OCDE sobre Directrices para los Créditos a la Exportación con Respaldo Público (denominado en ocasiones “Consenso de la OCDE”). La finalidad principal de este acuerdo es proporcionar un marco institucional adecuado que evite toda práctica de competencia desleal basado en el respaldo oficial otorgado a través de los créditos a la exportación. A fin de evitar subvenciones perturbadoras del mercado, el Arreglo regula las condiciones de los seguros, garantías o préstamos directos con respaldo público.

## Disposiciones legislativas modelo

### II. Planificación y preparación de proyectos

#### Disposición modelo 5. Propuestas de proyectos ejecutados como APP

1. La autoridad contratante que prevea el desarrollo de la infraestructura o la prestación de servicios mediante una APP llevará a cabo o contratará un estudio de viabilidad para determinar si el proyecto reúne las condiciones necesarias para su aprobación establecidas en [*las presentes disposiciones*].
2. En el estudio de viabilidad se deberá:
  - a) Indicar las necesidades de infraestructura o servicios públicos que deberá satisfacer el proyecto de participación público-privada propuesto y la forma en que el proyecto cumple las prioridades nacionales o locales pertinentes para el desarrollo de la infraestructura y los servicios públicos;
  - b) Evaluar las diversas opciones de que dispone la autoridad contratante para atender a esas necesidades y demostrar de manera concluyente la ventaja comparativa y los beneficios estratégicos y operacionales de la ejecución del proyecto como APP, en particular que el proyecto:
    - i) ofrece una solución más económica y eficiente si se ejecuta como APP que si hubiera de ser contratado y llevado a cabo por la autoridad contratante u otro órgano público (relación entre calidad y precio); y
    - ii) no dará lugar a obligaciones financieras imprevistas para el sector público (riesgo fiscal).
3. Además del estudio de viabilidad, en la solicitud de aprobación de un proyecto de participación público-privada se deberá:
  - a) Evaluar los efectos sociales, económicos y ambientales del proyecto;
  - b) Determinar las necesidades técnicas y los insumos y entregables previstos;
  - c) Examinar la medida en que las actividades del proyecto pueden ser desempeñadas por un socio privado en virtud de un contrato celebrado con la autoridad contratante;
  - d) Determinar las licencias, permisos o autorizaciones que tal vez deba emitir la autoridad contratante o cualquier otra autoridad pública en relación con la aprobación o la ejecución del proyecto;
  - e) Determinar y evaluar los principales riesgos del proyecto y describir la distribución de los riesgos propuesta con arreglo al contrato;
  - f) Indicar toda forma de respaldo público propuesta para la ejecución del proyecto;
  - g) Determinar la capacidad de la autoridad contratante para hacer cumplir efectivamente el contrato, incluida la capacidad de supervisar y reglamentar la ejecución del proyecto y el desempeño del socio privado;
  - h) Determinar el procedimiento apropiado para la adjudicación del contrato

### **Disposición modelo 6. Aprobación de las propuestas de proyectos ejecutados mediante APP**

1. El [*el Estado promulgante indicará aquí el órgano competente*] será responsable de [aprobar las propuestas de proyectos de participación público-privada que le sean presentadas por las autoridades contratantes] [asesorar a [*el Estado promulgante indicará aquí el órgano competente*]] acerca de si un proyecto de APP propuesto cumple las condiciones enunciadas en [*las presentes disposiciones*] para su aprobación].
2. El [*el Estado promulgante indicará aquí el órgano competente*] será responsable, en particular, de:
  - a) Examinar las propuestas de proyectos de participación público-privada y los estudios de viabilidad presentados por la autoridad contratante, a los efectos de determinar si merece la pena llevar a cabo un proyecto propuesto como APP y si este cumple los requisitos enunciados en [*las presentes disposiciones*];
  - b) Examinar la capacidad de la autoridad contratante para llevar a cabo el proyecto y formular recomendaciones apropiadas;
  - c) Examinar los borradores de las solicitudes de propuestas preparadas por las autoridades contratantes para verificar su conformidad con la propuesta y el estudio de viabilidad aprobados;
  - d) Asesorar a la administración pública sobre los procedimientos administrativos relativos a las APP;
  - e) Elaborar directrices relativas a las APP;
  - f) Asesorar a las autoridades contratantes sobre la metodología para la realización de estudios de viabilidad y otros estudios;
  - g) Preparar los documentos estándar de licitación y contrato para uso de las autoridades contratantes;
  - h) Prestar asesoramiento en relación con la ejecución de los proyectos de participación público-privada;
  - i) Prestar asistencia a las autoridades contratantes, según sea necesario, a fin de que las APP se lleven a cabo de conformidad con [*las presentes disposiciones*]; y
  - j) Desempeñar cualesquiera otras funciones relacionadas con las APP que [*el Estado promulgante indicará aquí el órgano competente para dictar reglamentos de aplicación de las disposiciones modelo*] le asigne.

### **Disposición modelo 7. Coordinación administrativa**

El [*el Estado promulgante indicará aquí el órgano competente*] [establecerá] [propondrá a [*el Estado promulgante indicará aquí el órgano competente*]] el establecimiento de] mecanismos institucionales de coordinación de las actividades de las autoridades públicas encargadas de emitir las aprobaciones, licencias, permisos o autorizaciones que se necesitan para la ejecución de proyectos bajo la modalidad de APP de conformidad con las disposiciones legales o reglamentarias sobre construcción y explotación de obras de infraestructura del tipo de que se trata.