

**Asamblea General**

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

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

Viena, 8 a 26 de julio de 2019

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

	<i>Página</i>
V. Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada	2
A. Observaciones generales	2
B. Duración del contrato de participación público-privada	2
C. Prórroga del contrato de participación público-privada	3
D. Rescisión	5
E. Consecuencias de la extinción o de la rescisión del contrato de participación público-privada	12



V. Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada

A. Observaciones generales

1. La mayoría de contratos de participación público-privada se celebran por un plazo determinado al término del cual, según el tipo de proyecto, el socio privado traspasa a la autoridad contratante la responsabilidad de prestar el servicio o explotar la infraestructura, o bien la autoridad contratante opta por licitar de nuevo el contrato. La sección B trata sobre los elementos que habrán de tenerse en cuenta al fijar la duración del contrato de participación público-privada. En la sección C se abordan las circunstancias que pueden dar lugar a una prórroga del contrato de participación público-privada. En la sección D se examinan las circunstancias que pueden justificar la rescisión del contrato de participación público-privada antes de que se extinga. Por último, en la sección E se tratan las consecuencias de la extinción o la rescisión del contrato de participación público-privada, incluidos el traspaso de los bienes del proyecto y la indemnización a la que pueda tener derecho alguna de las partes al producirse la rescisión, así como la liquidación del proyecto, fundamentalmente la clausura de la infraestructura.

B. Duración del contrato de participación público-privada

2. En algunos países la ley limita la duración de las concesiones de infraestructuras o las APP a un determinado número de años. En algunos casos, la ley establece un límite general para la mayoría de los proyectos de infraestructura o proyectos de participación público-privada y límites especiales para los proyectos ejecutados en determinados sectores de la infraestructura. En otros, ese límite de duración máxima solo rige para determinados sectores de la infraestructura.

3. Desde la perspectiva del socio privado, la duración del contrato de participación público-privada debería ser suficiente para recuperar su inversión y obtener unos beneficios razonables. Desde la perspectiva de la autoridad contratante, el contrato debería durar en principio tanto como se prevea que se puede requerir el servicio, pero también debería ser coherente con la estrategia de inversiones y la política en materia de competencia del país en el sector en cuestión, teniendo en cuenta que los proyectos de participación público-privada de larga duración y en régimen de exclusividad pueden dar lugar a un cierre de los mercados. Además de estas dos consideraciones básicas, la duración conveniente de un contrato de participación público-privada puede depender de varios factores, entre los cuales se encuentran fundamentalmente:

a) *Los factores de ingeniería.* Los factores de ingeniería y otros factores técnicos tienen un peso importante al determinar la duración ideal de un contrato de participación público-privada. Es en la etapa de construcción, que normalmente se corresponde con la financiación inicial, cuando mayor es el riesgo de que se produzcan hechos perturbadores (como la terminación de las obras, sobrecostos y otros riesgos analizados en el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...), que deben ser tenidos en cuenta a la hora de fijar la duración total del proyecto. A su vez, la duración de la etapa de explotación debería reflejar también el funcionamiento que se espera de los equipos o bienes fundamentales o esenciales por medio de una estimación de los años durante los cuales es probable que se sigan explotando dichos equipos o bienes con el fin de generar ingresos al menor costo posible, incluida la probabilidad de que la tecnología necesaria para el proyecto cambie;

b) *Los factores financieros.* Desde el punto de vista financiero, la duración óptima del proyecto vendrá definida por diversos métodos de presupuestación de la inversión, como el plazo de recuperación, el valor actual neto, la tasa interna de rentabilidad o el valor temporal del dinero. Un elemento clave es el tiempo que requiere el socio privado para saldar sus deudas y amortizar la inversión inicial. En este contexto, el concepto de “amortización” económica se refiere a la recuperación gradual de la

inversión con los ingresos del proyecto suponiendo que la infraestructura carecerá de valor residual cuando finalice el proyecto.

4. Dado que es difícil establecer un único límite legal para la duración de los proyectos de infraestructura, es aconsejable dar cierto margen a la autoridad contratante para negociar, en cada caso, un plazo adecuado para el proyecto de que se trate. En algunos casos, la duración del contrato es un factor de una fórmula (“el menor valor actual de los ingresos”) utilizada como base para determinar cuál es el licitante ganador durante el proceso de selección (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. ...). Cuando se emplea este sistema, las partes convienen en una duración del contrato que permita al socio privado alcanzar el nivel total de ingresos previsto en su licitación. Todas estas opciones exigen un enfoque legislativo flexible con respecto a la duración de los contratos. Los países que han implantado mecanismos institucionales para hacer un seguimiento de los contratos de participación público-privada y han creado capacidad para la negociación y gestión de las APP (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...) pueden elaborar directrices destinadas a las autoridades contratantes o asesorarlas con respecto a la duración conveniente o adecuada de los contratos en función de la naturaleza del proyecto teniendo en cuenta experiencias anteriores.

5. Algunos ordenamientos jurídicos logran la flexibilidad deseada mediante leyes que exigen que todos los contratos de participación público-privada estén sujetos a un período de duración máxima, sin especificar el número de años. A veces la ley se limita a indicar los elementos que deberán tenerse en cuenta al fijar la duración de la APP, que pueden ser la naturaleza y el importe de la inversión que deba hacer el socio privado y el período normal de amortización para las infraestructuras e instalaciones en cuestión. En las leyes que regulan determinados proyectos o sectores se establece un sistema combinado que fija la duración máxima del contrato ya sea al término de cierto plazo o una vez que las deudas del socio privado hayan sido totalmente saldadas y se haya obtenido un determinado nivel de ingresos, de producción o de utilización, según sea lo que se logre primero. Si se adopta un criterio legislativo flexible con respecto a la duración de los contratos, es posible dar soluciones adaptadas a las necesidades y los parámetros financieros particulares del proyecto, por ejemplo cuando la autoridad contratante y el socio privado pactan una duración variable o fluctuante del proyecto que permita prórrogas automáticas si concurren determinadas circunstancias (véase el párr. 9 *infra*).

6. Ahora bien, si se juzga necesario imponer un límite legal, el plazo máximo deberá ser lo bastante largo para que el socio privado pueda saldar sus deudas por completo y obtener un beneficio razonable. Además, tal vez convenga permitir que la autoridad contratante acepte en casos excepcionales plazos más largos si el volumen de la inversión y el período requerido para su recuperación lo justifican y si se observan ciertos trámites especiales para su aprobación.

C. Prórroga del contrato de participación público-privada

7. En la práctica contractual de algunos países, la autoridad contratante y el socio privado pueden convenir en una o más prórrogas del período de vigencia de la APP. No obstante, lo más frecuente es que el derecho interno solo autorice la prórroga del contrato en circunstancias excepcionales. En esos casos, al extinguirse el contrato de participación público-privada, por lo general la autoridad contratante tiene la obligación de seleccionar a un nuevo socio privado, para lo que normalmente aplicará los mismos procedimientos que siguió para seleccionar al socio privado anterior (para un análisis de los procedimientos de selección, véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”).

8. Algunos países han juzgado conveniente disponer que todos los contratos de participación público-privada, en particular los que implican una concesión otorgada en régimen de exclusividad para la prestación de un servicio público, sean periódicamente sometidos a una nueva licitación y no meramente prorrogados por las partes. Esta relicitación periódica puede ser un fuerte incentivo para que el socio privado cumpla

sus obligaciones. El plazo que medie entre la adjudicación inicial y la primera relicitación (y las subsiguientes) deberá fijarse en función de la magnitud de la inversión requerida y de otros riesgos a los que haya de hacer frente el socio privado. Por ejemplo, para una APP de recolección de residuos sólidos que no requiera una inversión sustancial en capital fijo, esos plazos pueden ser relativamente breves (por ejemplo, de tres a cinco años), mientras que se necesitan plazos más largos para las APP que requieren mayores niveles de inversión, como las APP de distribución de energía eléctrica o de agua, en las cuales el socio privado ha construido nuevas infraestructuras o redes o ha llevado a cabo una importante labor de expansión y remodelación de las ya existentes. En la mayoría de los países, la relicitación coincide con el final del proyecto, pero en otros se puede adjudicar un contrato por un período largo (por ejemplo, de 99 años), en combinación con relitaciones periódicas (por ejemplo, cada 10 o 15 años). Conforme al segundo esquema, adoptado por algunos países, la primera relicitación tiene lugar antes de que el socio privado haya podido recuperar plenamente su inversión. A título de incentivo para la empresa que viene encargándose de la explotación, algunas leyes dan cierta preferencia al socio privado sobre los demás licitantes en la adjudicación de nuevos contratos de participación público-privada para una misma actividad. Ahora bien, si no consigue ganar la siguiente relicitación, el socio privado podría tener derecho a ser indemnizado. Si se exige que el licitante ganador indemnice al socio privado anterior por el valor de sus derechos de propiedad y de la inversión no amortizada, se reduce el riesgo a largo plazo de los inversionistas y prestamistas y se les ofrece una vía de salida atractiva (véanse los párrs. 41 y 42).

9. Pese a lo dicho, es aconsejable no excluir por completo la opción de negociar una prórroga del período de vigencia de la APP en supuestos expresamente indicados. La duración de un proyecto de infraestructura es un elemento central para valorar la viabilidad del proyecto y la idoneidad de la relación entre calidad y precio (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...). La duración es también uno de los principales factores que han de tenerse en cuenta al negociar las condiciones financieras y tiene una repercusión directa sobre el precio de los servicios prestados por el socio privado. Las partes pueden estimar que la prórroga del contrato de participación público-privada (como medida sustitutiva o complementaria de otros mecanismos indemnizatorios) puede ser una buena solución para hacer frente a ciertos impedimentos u otros cambios imprevistos de circunstancias que pudieran surgir durante la vida del proyecto. Acto seguido se enumeran algunos de estos supuestos: prórroga a título de indemnización por la suspensión del proyecto o el lucro cesante como consecuencia de algún impedimento (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. 131 a 139); prórroga a título de indemnización por la caída inesperada en el flujo de caja, también cuando sea consecuencia de medidas reguladoras que establezcan controles de los precios y tarifas más allá del margen contemplado en el contrato (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...); prórroga a título de indemnización por una suspensión del proyecto decretada por la autoridad contratante o alguna otra autoridad pública (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. 140 y 141), o prórroga que permita al socio privado recuperar el costo generado por los retrasos en la construcción o el sobrecosto derivado de condiciones adversas inesperadas en el emplazamiento de la construcción (por ejemplo, geológicas o meteorológicas) o de las obras adicionales que sea preciso hacer en la infraestructura y que el socio privado no pueda recuperar en el plazo ordinario estipulado en el contrato de participación público-privada sin un incremento injustificado de las tarifas (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. 73 a 76).

10. En esas situaciones, la prórroga del contrato puede ser objeto de un mecanismo automático incluido en el propio contrato o puede ser convenida por las partes, cuando el contrato contemple esa posibilidad. La primera opción, particularmente cuando el contrato vincula la prórroga a un nivel del valor actual de los ingresos a lo largo de la vida de la APP previamente acordado, puede tener la ventaja de limitar el alcance de la discrecionalidad o el juicio subjetivo al determinar la duración apropiada de la

prórroga. En cualquier caso, en aras de la transparencia y con miras a reducir las posibilidades de incurrir en prácticas corruptas, en el contrato deberían indicarse claramente las circunstancias que podrían justificar una prórroga del contrato y debería haberse hecho el debido seguimiento del cumplimiento del contrato por el socio privado (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...). Por esas mismas razones, en algunos países la prórroga del período de vigencia de la APP está sujeta a un límite global acumulativo o debe ser aprobada por alguna autoridad pública expresamente designada al efecto.

D. Rescisión

11. La legislación nacional a menudo establece los motivos que permiten rescindir un contrato de participación público-privada antes de que se extinga y las consecuencias de tal rescisión. Por lo general, la ley autoriza a las partes a rescindir el contrato de participación público-privada a raíz de ciertos hechos. El interés principal de todas las partes que intervienen en una APP está en asegurar la terminación de las obras y la debida explotación de la infraestructura y, en el caso de las alianzas público-privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, la prestación ordenada y continua del servicio público correspondiente. En la práctica, la rescisión es una causa frecuente de controversias y litigios y un argumento recurrente en las demandas internacionales en materia de inversiones (véanse el cap. VI, “Solución de controversias”, párrs. ..., y el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. ...). Habida cuenta de las graves consecuencias de la rescisión del contrato, que puede interrumpir la prestación del servicio o incluso ponerle fin, y del costo del consiguiente litigio, la rescisión debería ser contemplada en la mayoría de los casos como último recurso. Deberían ponderarse cuidadosamente los requisitos para que una u otra parte ejerza este derecho. Aun cuando no sea preciso que sean idénticos, suele ser conveniente que haya un equilibrio equitativo entre el derecho de una u otra parte a rescindir el acuerdo y las condiciones impuestas a cada una de ellas para el ejercicio de ese derecho.

12. Además de definir las circunstancias o los hechos que pueden amparar el derecho de rescisión del contrato de participación público-privada, es aconsejable que las partes prevean un procedimiento adecuado para determinar si existe o no un motivo válido para rescindir el contrato. Reviste particular importancia la cuestión de si el contrato puede rescindirse unilateralmente o si la rescisión requiere el pronunciamiento de un órgano judicial o algún otro órgano de solución de controversias.

13. El socio privado no suele poder rescindir el contrato de participación público-privada sin motivo, y en algunos ordenamientos jurídicos, la rescisión por el socio privado, incluso en caso de incumplimiento de la autoridad contratante, requiere una resolución judicial firme. En cambio, en otros países, conforme a las reglas aplicables a los contratos suscritos con entidades públicas, ese derecho puede ser ejercido por las autoridades públicas, a condición de que se pague una indemnización al socio privado. Sin embargo, en algunos países se hace una excepción respecto de las concesiones de servicios públicos, cuyo carácter contractual se considera incompatible con la existencia de un derecho de rescisión unilateral. Por último, existen ordenamientos jurídicos que no reconocen a las autoridades públicas el derecho de rescisión unilateral. Con todo, a los inversionistas y prestamistas podría preocuparles el riesgo de que la autoridad contratante rescinda el contrato de manera prematura o injustificada, aun cuando quepa recurrir la decisión de rescindir el contrato ante el mecanismo de solución de controversias. Cabe también observar que, aun cuando se faculte a la autoridad contratante a rescindir unilateralmente el contrato, no se debe prescindir de unos buenos mecanismos contractuales de supervisión del cumplimiento o de las debidas garantías de buena ejecución (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. 80 a 97 y 108 a 120).

14. Por consiguiente, el régimen de la rescisión debería estar en consonancia con los recursos habilitados en el contrato de participación público-privada en caso de incumplimiento. En particular, sería conveniente distinguir las condiciones para

rescindir el contrato de las condiciones para que la autoridad contratante pueda intervenir (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. 143 a 146). Es igualmente importante considerar el derecho de la autoridad contratante a rescindir el contrato a la luz de los acuerdos de financiación negociados por el socio privado con sus prestamistas. En la mayoría de los casos, los hechos que pueden dar lugar a una rescisión del contrato constituyen asimismo supuestos de incumplimiento de los acuerdos de préstamo, por lo que podría vencer de inmediato la totalidad de la deuda pendiente del socio privado. Sería por ello aconsejable tratar de evitar el riesgo de rescisión permitiendo que los prestamistas propongan otro socio privado cuando parezca inminente la rescisión del contrato con el socio privado inicial (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. 108 a 120).

15. Habida cuenta de lo que antecede, es en general aconsejable supeditar la rescisión del contrato de participación público-privada al pronunciamiento definitivo del órgano de solución de controversias designado en el contrato. Ese requisito reduciría la inquietud ante una rescisión prematura o injustificada. Al mismo tiempo, no impediría que se fueran adoptando medidas adecuadas para garantizar la continuidad del servicio, en espera de que el órgano de solución de controversias adoptara una decisión definitiva, siempre que en el contrato se hayan previsto recursos para el supuesto de incumplimiento, como pudiera ser el derecho de intervención de la autoridad contratante o de los prestamistas. En los países en que ese requisito sea contrario a los principios generales de derecho administrativo aplicables a los contratos públicos, sería importante velar al menos por que el derecho de la autoridad contratante a rescindir el contrato no menoscabe el derecho del socio privado a presentar un recurso judicial contra la decisión de la autoridad contratante de rescindir el contrato.

1. Rescisión por la autoridad contratante

16. El derecho de rescisión de la autoridad contratante suele corresponder a tres tipos de supuesto: incumplimiento grave del socio privado, insolvencia del socio privado y rescisión por motivos de interés público.

a) Incumplimiento grave del socio privado

17. Cuando en el contrato se estipule que el socio privado prestará un servicio público bajo alguna forma de “concesión” (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. ...), la autoridad contratante ha de velar por que los servicios públicos se presten de conformidad con las leyes, reglamentaciones y cláusulas contractuales aplicables. Por tanto, algunos ordenamientos jurídicos reconocen expresamente el derecho de la autoridad contratante a rescindir el contrato de participación público-privada en el supuesto de incumplimiento del socio privado. Dado el efecto perturbador de la rescisión y el interés en mantener la continuidad del servicio, no es aconsejable considerar la rescisión como una sanción aplicable a todo tipo de incumplimiento por parte del socio privado. Por el contrario, suele ser aconsejable no recurrir a una opción tan extrema sino en supuestos de incumplimiento “particularmente graves” o “reiterados”, y especialmente en supuestos en los que ya no sea razonable prever que el socio privado estará en condiciones de cumplir el contrato o que estará dispuesto a hacerlo. En muchos ordenamientos jurídicos se emplean determinados tecnicismos para referirse a las situaciones en las que el grado de incumplimiento de una de las partes contratantes es tal que la otra parte puede rescindir su relación contractual antes de extinguirse (por ejemplo, “incumplimiento esencial”, “incumplimiento básico” o expresiones similares). Esas situaciones son calificadas en la *Guía* de “incumplimiento grave”.

18. El hecho de restringir la posibilidad de rescisión a los supuestos de incumplimiento grave puede servir de garantía a los prestamistas e inversionistas de que estarán protegidos contra toda decisión prematura o injustificada de la autoridad contratante. La ley puede reconocer en términos generales el derecho de la autoridad contratante a rescindir el contrato de participación público-privada en supuestos de incumplimiento grave del socio privado y dejar que sea el contrato el que defina con más detalle el

concepto de incumplimiento grave y ofrezca, en su caso, ejemplos ilustrativos de ese incumplimiento. Desde una perspectiva práctica, no es aconsejable tratar de enumerar, en la ley o en el contrato, los supuestos que justifican la rescisión. Normalmente, la gravedad y las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones del socio privado dependerán de la etapa del proyecto en la que haya tenido lugar el incumplimiento (véanse los párrs. 20 a 25 *infra*).

19. Una categoría de incumplimiento que el derecho interno suele calificar de suficientemente grave para justificar la rescisión del contrato de participación público-privada, con independencia de la etapa del proyecto en que se detecte, son las infracciones graves de la legislación penal del país por parte del socio privado y sus agentes o cualquier otra condena penal impuesta en aplicación de la legislación del país del socio privado o de un tercer país. En general, la corrupción y el soborno de funcionarios públicos en relación con la adjudicación o la gestión de un contrato público o la concesión de licencias y permisos, guarden o no relación específicamente con el contrato de participación público-privada, son motivos reconocidos de rescisión del contrato. Desde la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹, los Estados han contraído la obligación internacional de combatir esas prácticas y muchos Estados persiguen la corrupción y el soborno aunque se cometan en el extranjero si los autores de esos delitos son nacionales suyos o si las prácticas corruptas perjudican los intereses nacionales. Entre otros delitos que a menudo justifican la rescisión del contrato de acuerdo con la legislación nacional figuran los siguientes: a) participación en una organización criminal, b) fraude, c) delitos de terrorismo o vinculados a actividades terroristas, d) blanqueo de dinero o financiación del terrorismo y e) otros delitos graves en el sentido del artículo 2, apartado b), de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional². La rescisión en esos casos está justificada siempre que el socio privado como persona jurídica haya cometido tales delitos, pero también cuando la persona condenada por sentencia firme sea miembro del órgano de administración, gestión o supervisión del socio privado o tenga atribuidas funciones de representación, decisión o control en él.

20. Además de la situación descrita en el párrafo precedente, que puede exigir la imposición de una sanción inmediata, por regla general es aconsejable que la autoridad contratante otorgue al socio privado un plazo adicional para que cumpla sus obligaciones y eluda las consecuencias de su incumplimiento antes recurrir a los recursos a su disposición. Por ejemplo, se debería dar aviso al socio privado de las circunstancias pertinentes y exigirle rectificación en un plazo determinado. También se puede ofrecer a los prestamistas y garantes, según proceda, la posibilidad de evitar las consecuencias del incumplimiento del socio privado, por ejemplo contratando temporalmente a un tercero que neutralice las consecuencias del incumplimiento del socio privado, conforme a lo estipulado en las fianzas de buena ejecución que hayan entregado a la autoridad contratante o en el acuerdo directo entre los prestamistas y la autoridad contratante (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. 108 a 120 y 147 a 150). En el contrato de participación público-privada también se puede disponer que, si no se rectifican las circunstancias especificadas antes del término del plazo otorgado, la autoridad contratante podrá rescindir el contrato, una vez que haya notificado su intención a los prestamistas y les haya dado la oportunidad de ejercer su derecho a buscar un sustituto del socio privado en un plazo determinado, a tenor de lo que hayan acordado

¹ La Convención fue aprobada por la resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005.

² Es decir, “la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave” (la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por la resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000, entró en vigor el 29 de septiembre de 2003). Algunos ejemplos comunes de delitos graves tipificados en la legislación nacional son el asesinato, la violación, el secuestro, el robo, el robo con violencia, el robo con fuerza, el comercio de bienes robados, la extorsión, el tráfico de drogas, la malversación o peculado, el soborno, el fraude, la falsificación de moneda, el blanqueo de dinero, el contrabando de armas, el trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos.

directamente con la autoridad contratante. Ahora bien, deberán establecerse unos plazos razonables, ya que no cabe esperar que la autoridad contratante haya de soportar indefinidamente el costo continuo que comporta el incumplimiento del contrato por el socio privado. Además, la aplicación de esos procedimientos no debería menoscabar el derecho de la autoridad contratante a intervenir para evitar el riesgo de perturbación del servicio por el socio privado (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. 145 y 146).

i) Incumplimiento grave antes del inicio de la construcción

21. Por lo general el socio privado tiene que adoptar una serie de medidas antes de iniciar las obras de construcción. Algunas de esas medidas pueden constituir incluso requisitos para que el contrato de participación público-privada surta efectos. Como supuestos que a menudo justifican que se cancele la adjudicación del contrato en una etapa inicial cabe citar los siguientes:

- a) No haber reunido los recursos financieros requeridos, no haber suscrito el contrato o no haber fundado la sociedad del proyecto dentro del plazo fijado para ello;
- b) No haber obtenido las licencias o los permisos requeridos para poder llevar a cabo la actividad que sea objeto de la APP;
- c) No haber emprendido las obras de construcción o la preparación del proyecto o no haber presentado los planos y diseños requeridos en un plazo contado a partir de la adjudicación del contrato.

22. La rescisión debe en principio reservarse para supuestos en los que la autoridad contratante ya no pueda prever razonablemente que el socio privado seleccionado vaya a adoptar las medidas requeridas para dar comienzo a la ejecución del proyecto. A ese respecto, es importante que la autoridad contratante tenga en cuenta cualquier circunstancia que pueda excusar la demora del socio privado en el cumplimiento de sus obligaciones. Además, el socio privado no debería cargar con las consecuencias de cualquier omisión o error en que incurra la autoridad contratante u otra autoridad pública. Por ejemplo, la rescisión del contrato de participación público-privada normalmente no está justificada si el socio privado no ha obtenido las licencias y permisos públicos requeridos en el plazo convenido por alguna razón que no le sea imputable.

ii) Incumplimiento grave durante la etapa de construcción

23. Como ejemplos de supuestos que pueden justificar la rescisión del contrato de participación público-privada durante la etapa de construcción cabe citar los siguientes:

- a) la inobservancia de los reglamentos de construcción, las especificaciones y las normas mínimas de diseño o ejecución de las obras, así como el incumplimiento inexcusable de la obligación de terminar las obras dentro del calendario convenido;
- b) el incumplimiento de las leyes y normas laborales y las leyes de seguridad social de obligado cumplimiento y las normas de orden público conexas;
- c) la no aportación o renovación de las garantías requeridas en las condiciones acordadas;
- d) la contravención de otra obligación legal o contractual esencial.

24. La rescisión debe ser proporcional al grado de incumplimiento del socio privado y a las consecuencias de ese incumplimiento para la autoridad contratante. Por ejemplo, la autoridad contratante puede tener un interés legítimo en especificar la fecha en la que se deberán concluir las obras de construcción, por lo que puede tener motivos para considerar la demora a ese respecto como un incumplimiento que justifica la rescisión. Ahora bien, la demora por sí sola, especialmente si no es excesiva en relación con las especificaciones del contrato de participación público-privada, puede no ser tenida por motivo suficiente de rescisión si, por otra parte, la autoridad contratante dispone de

pruebas convincentes de que el socio privado tiene capacidad para terminar las obras de conformidad con las normas de calidad requeridas y cumplirá con su compromiso.

iii) *Incumplimiento grave durante la etapa de explotación*

25. Como supuestos de incumplimiento que suelen justificar la rescisión del contrato durante la etapa de explotación cabe citar los siguientes:

a) el incumplimiento grave de la obligación de prestar servicios de conformidad con las normas de calidad legal y contractualmente exigibles, incluida la inobservancia de las medidas de control de precios aplicables a las alianzas público-privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión;

b) la suspensión o la interrupción inexcusable del servicio prestado en virtud del contrato sin el consentimiento previo de la autoridad contratante;

c) el incumplimiento grave por el socio privado de su obligación de mantener la infraestructura, su equipo y sus accesorios de conformidad con las normas de calidad convenidas o la demora inexcusable en las operaciones de mantenimiento conforme a los planes, programas y calendarios estipulados al efecto;

d) la inobservancia de las sanciones impuestas por la autoridad contratante o por el organismo regulador, según corresponda, a raíz de alguna infracción de los deberes del socio privado.

26. La posibilidad de rescindir el contrato de participación público-privada si el socio privado no se atiene a las decisiones del organismo regulador o a las sanciones impuestas por la autoridad contratante pone de relieve la necesidad de que en el contrato se prevean mecanismos efectivos para evitar y solucionar las controversias (véase el cap. VI, “Solución de controversias”, párrs. ...). Lo mismo puede decirse de la rescisión del contrato cuando el socio privado es declarado culpable de fraude fiscal o de otros actos fraudulentos, o si sus agentes o empleados están implicados en el soborno de funcionarios públicos o en otras prácticas corruptas (véase el párr. 18 *supra*). Esta última situación también subraya la importancia de prever mecanismos eficaces para combatir la corrupción y el soborno y abrir vías para que el socio privado pueda denunciar las exigencias de pagos ilegales o las amenazas provenientes de cargos públicos del país anfitrión (véase también el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 50 a 52).

b) Insolvencia del socio privado

27. Por lo general, la prestación de servicios de infraestructura exige continuidad, por lo que la mayoría de los ordenamientos jurídicos obligan a rescindir el contrato de participación público-privada si el socio privado es declarado insolvente o en quiebra. A fin de velar por la continuidad del servicio, se pueden excluir del procedimiento de insolvencia los bienes y terrenos que hayan de ser entregados a la autoridad contratante y la ley puede supeditar a la aprobación pública previa todo acto de enajenación acordado por el liquidador o administrador de la insolvencia que se refiera a ciertas categorías de bienes que sean propiedad del socio privado en el marco del proyecto de participación público-privada.

28. En los ordenamientos jurídicos que permiten constituir garantías reales sobre la propia concesión (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párr. 57), la ley dispone que la autoridad contratante puede, previa consulta con los acreedores garantizados, designar a un administrador provisional que garantice la continuidad del servicio en cuestión hasta que los acreedores garantizados que participen en el procedimiento de insolvencia decidan, por recomendación del administrador de la insolvencia, si debe proseguir la actividad comercial o si debe someterse a licitación el derecho a explotar la concesión.

c) Rescisión por motivos de interés público

29. En la práctica contractual de algunos países, las autoridades públicas que contratan obras acostumbran a reservarse el derecho a rescindir el contrato de obras por razones de interés público (es decir, sin tener que dar otra justificación más que la rescisión obedece al interés público). En algunos países de tradición jurídica anglosajona, ese derecho, que a veces se denomina de “rescisión por conveniencia”, solo puede ejercerse si está expresamente previsto en una ley o en el correspondiente contrato. Varios ordenamientos jurídicos de tradición romanista también reconocen a las autoridades públicas un derecho similar a rescindir un contrato por razones de “interés público” o de “interés general”. En algunos países, ese derecho puede estar implícitamente reconocido como parte de las facultades contractuales de la administración pública, incluso en ausencia de una mención legal o contractual al efecto. El derecho de la administración pública a rescindir el contrato por razones de interés público es considerado, en los ordenamientos que lo reconocen, un factor esencial para preservar su potestad irrestricta de ejercer sus funciones al servicio del bien común.

30. No obstante, convendría sopesar debidamente las condiciones para ejercer este derecho y sus consecuencias. La administración pública puede tener la facultad discrecional de determinar qué constituye un interés público, de modo que la decisión de la autoridad contratante de rescindir el contrato de participación público-privada solo puede impugnarse en determinados supuestos (por ejemplo, por motivo improcedente o “abuso de poder”). Sin embargo, el derecho general e incondicional a rescindir el contrato por motivos de interés público puede constituir un riesgo imponderable que ni el socio privado ni los prestamistas estén dispuestos a aceptar sin garantía suficiente de que recibirán sin demora una indemnización por toda pérdida que les sea ocasionada. Por ello, si se contempla la posibilidad de una rescisión por motivos de interés público, esta se debe poner en conocimiento de los posibles inversionistas desde el primer momento y se debe mencionar expresamente en el borrador de contrato de participación público-privada que se distribuya con la solicitud de propuestas (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párr. 67). La indemnización prevista en el supuesto de rescisión por motivos de interés público puede abarcar, en la práctica, todos aquellos elementos que se contabilizan para calcular la indemnización prevista en un supuesto de rescisión por incumplimiento grave de la autoridad contratante (véase el párr. 49). Suele ser además aconsejable limitar el ejercicio del derecho a rescindir el contrato a situaciones en que la rescisión sea ineludible por razones imperiosas de interés público, lo cual debería interpretarse restrictivamente (por ejemplo, cuando una importante modificación ulterior de las políticas y los planes públicos exija la integración del proyecto en una red más amplia o cuando los cambios en los planes de la autoridad contratante exijan una revisión del proyecto de gran calado que modifique sustancialmente el diseño inicial o prive al proyecto de viabilidad financiera como explotación comercial privada). En particular, no es aconsejable considerar el derecho de rescisión por razones de interés público como una alternativa a otros recursos contractuales en caso de que el desempeño del socio privado sea insatisfactorio (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. 140 a 150).

2. Rescisión por el socio privado

31. Mientras que en algunos ordenamientos jurídicos la autoridad contratante puede reservarse un derecho incondicional a rescindir el contrato de participación público-privada, los motivos de rescisión alegables por el socio privado suelen estar limitados al incumplimiento grave de la autoridad contratante o a alguna otra situación excepcional sin que se prevea un derecho general de rescisión del contrato al arbitrio del interesado. Además, algunos ordenamientos jurídicos no reconocen el derecho del socio privado a rescindir unilateralmente el contrato y únicamente prevén el derecho a solicitar que un tercero, como por ejemplo el tribunal competente, se pronuncie sobre la rescisión del contrato.

a) Incumplimiento grave de la autoridad contratante

32. Generalmente, el derecho del socio privado a rescindir el contrato de participación público-privada se limita a situaciones en que la autoridad contratante ha incumplido una parte sustancial de sus obligaciones (por ejemplo, no ha hecho los pagos convenidos al socio privado o no ha expedido las licencias necesarias para la explotación de la infraestructura por razones no imputables al propio socio privado). En los ordenamientos jurídicos en los que la autoridad contratante está facultada para solicitar variaciones o alteraciones en el proyecto, el socio privado puede ejercer el derecho a rescindir el contrato si la autoridad contratante altera o modifica el proyecto inicial de forma tal que provoca un aumento notable de la inversión requerida y si las partes no consiguen llegar a un acuerdo sobre la cuantía de la indemnización (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. 73 a 76).

33. Además del supuesto de incumplimiento grave de la propia autoridad contratante, por razones de equidad tal vez deba facultarse al socio privado para rescindir el contrato de participación público-privada si le resulta imposible cumplir sus obligaciones a causa de actos de otras autoridades públicas que no sean la autoridad contratante, tales como la denegación de determinadas medidas de respaldo que sean necesarias para la ejecución del contrato (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 35 a 60).

34. Si bien la rescisión por el socio privado no siempre requiere un pronunciamiento definitivo de un órgano judicial o de otro órgano de solución de controversias, los recursos de que dispone el socio privado frente a un incumplimiento de la autoridad contratante pueden estar limitados. De conformidad con una regla general del derecho existente en muchos ordenamientos jurídicos, una parte contratante puede interrumpir el cumplimiento de sus obligaciones en el caso de que la otra parte incumpla una parte sustancial de sus obligaciones. En algunos ordenamientos jurídicos esa regla no es, sin embargo, aplicable a los contratos públicos, ya que la ley dispone expresamente que los contratistas de contratos públicos no pueden excusarse de su obligación contractual únicamente en razón de un incumplimiento de la autoridad contratante, a menos que el contrato sea anulado en virtud de una decisión judicial o arbitral.

35. Las limitaciones del derecho del socio privado a interrumpir el cumplimiento de sus obligaciones suelen tener la finalidad de asegurar la continuidad de los servicios públicos (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. 86 y 87). No obstante, cabe observar que, si bien la autoridad contratante puede mitigar las consecuencias de un incumplimiento del socio privado haciendo valer su derecho de intervención, este no suele disponer de un recurso comparable. En el supuesto de un incumplimiento grave de la autoridad contratante, el socio privado puede tener que soportar daños considerables o incluso irreparables, en función del tiempo que haga falta para obtener una decisión firme que libere al socio privado de sus obligaciones contractuales. Estos elementos ponen de relieve la importancia de las garantías públicas del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las autoridades contratantes (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 45 a 50) y la necesidad de que las partes puedan optar por mecanismos rápidos y eficaces de solución de controversias (véase el cap. VI, “Solución de controversias”, párrs. 3 a 42).

b) Cambios en la coyuntura

36. La legislación nacional a menudo permite que el socio privado rescinda el contrato de participación público-privada si sus obligaciones se han vuelto considerablemente más onerosas de resultas de un cambio imprevisto en la coyuntura y las partes no han conseguido llegar a un acuerdo sobre una revisión adecuada del contrato para adaptarlo a las nuevas condiciones (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. 126 a 130). El socio privado también tendría derecho a rescindir el contrato si la autoridad contratante no cumple las

disposiciones contractuales encaminadas a preservar el equilibrio económico del contrato (como las cláusulas de ajuste e indexación).

3. Rescisión por alguna de las partes

a) Impedimento del cumplimiento

37. Algunas leyes prevén que las partes puedan rescindir el contrato de participación público-privada si el cumplimiento de sus obligaciones se ve impedido permanentemente por alguna circunstancia definida en el contrato como impedimento exonerante (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. 132 a 139). A este respecto, es aconsejable que en el contrato se prevea que, si el impedimento exonerante persiste más allá de cierto plazo o si la duración acumulativa de dos o más impedimentos exonerantes excede cierto plazo, el contrato pueda ser rescindido por una u otra parte. Si la ejecución del proyecto se ve imposibilitada legalmente por cambios legislativos o por una decisión judicial que afecte a la validez del contrato, por ejemplo, ese derecho de rescisión no requerirá plazo alguno para poderse ejercer tan pronto como surta efecto el cambio legislativo o el obstáculo jurídico de que se trate.

b) Acuerdo mutuo de las partes

38. Algunas leyes facultan a las partes para rescindir el contrato de participación público-privada de común acuerdo, habitualmente a condición de que esa rescisión sea aprobada por una autoridad superior. La autoridad contratante puede precisar de una atribución legislativa específica a esos efectos en los ordenamientos jurídicos que consideren la rescisión de común acuerdo como el cese de un servicio público del que podría ser responsable la autoridad contratante.

E. Consecuencias de la extinción o de la rescisión del contrato de participación público-privada

39. Las consecuencias de la extinción o de la rescisión del contrato varían en función del tipo y la estructura de la APP (es decir, alianzas público-privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión o alianzas público-privadas que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión) y la naturaleza del proyecto (para conocer a grandes rasgos los diversos tipos de acuerdos de participación público-privada, véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. ...). En el caso de las alianzas público-privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, el derecho del concesionario a explotar la infraestructura, a prestar el servicio especificado y a recibir los pagos correspondientes suele extinguirse al extinguirse o rescindirse el contrato. En esos casos, a menos que la infraestructura quede indefinidamente en manos del concesionario, la extinción o rescisión del contrato conlleva a menudo la obligación de traspasar los bienes a la autoridad contratante o a otro concesionario que se haga cargo de la explotación de la infraestructura. La situación puede variar en el caso de las alianzas público-privadas que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, en particular cuando el socio privado mantiene la titularidad de los bienes del proyecto. Las partes pueden tener que hacer frente a importantes consecuencias financieras que deben regular en detalle en el contrato, particularmente en el supuesto de rescisión por alguna de las partes. Las partes deben convenir asimismo en diversas medidas de liquidación que faciliten el traspaso ordenado de la responsabilidad de explotar la infraestructura y prestar el servicio.

1. Traspaso de bienes vinculados al proyecto

40. En la mayoría de los casos, los bienes y terrenos facilitados inicialmente al socio privado, así como los demás bienes vinculados a la APP, deberán revertir a la autoridad contratante cuando se extinga o se rescinda el contrato de participación público-privada (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. 23 a 29). En un proyecto típico de

“construcción-explotación-traspaso”, el socio privado tiene también la obligación de traspasar a la autoridad contratante la infraestructura física y otros bienes vinculados al proyecto al extinguirse o rescindirse el contrato. Los bienes que deben traspasarse a la autoridad contratante son a veces activos inmateriales, como créditos pendientes de cobro y otros derechos existentes en el momento del traspaso. Según el proyecto de que se trate, pueden traspasarse algunos sistemas tecnológicos concretos o conocimientos técnicos (véanse los párrs. 51 a 55). Cabe señalar que en algunas APP los bienes se traspasan directa y automáticamente al nuevo socio privado que suceda al anterior en la prestación del servicio.

a) Traspaso de bienes a la autoridad contratante

41. Pueden requerirse diversas disposiciones, según el tipo de bien que deba traspasarse (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párr. 28):

a) *Bienes que deben traspasarse a la autoridad contratante.* La tradición jurídica de algunos países exige al socio privado que, al término del proyecto de participación público-privada, traspase esos bienes sin ninguna carga o gravamen y sin costo alguno para la autoridad contratante, salvo la indemnización que se le adeude en concepto de mejoras o modernizaciones efectuadas en dichos bienes para asegurar la continuidad del servicio y cuyo costo no haya recuperado todavía. En la práctica, esa regla presupone la negociación de un período de vigencia del contrato lo bastante largo y un nivel de ingresos lo bastante elevado para que el socio privado pueda amortizar plenamente su inversión y saldar la totalidad de sus deudas. En otros ordenamientos jurídicos se concede mayor flexibilidad a la autoridad contratante para que indemnice al socio privado por el valor residual que puedan tener los bienes construidos o las inversiones en infraestructuras o instalaciones realizadas por el socio privado;

b) *Bienes que la autoridad contratante puede comprar si ejerce la correspondiente opción.* Si la autoridad contratante decide hacer valer su opción de compra sobre esos bienes, el socio privado normalmente tendrá derecho a ser indemnizado por un importe equivalente a su justo valor de mercado en ese momento. Ahora bien, si se ha previsto la amortización íntegra de esos bienes (es decir, si en las previsiones financieras del socio privado no se contempla que esos bienes posean un valor residual), entonces las partes suelen convenir en que el precio abonado sea nominal. En la práctica contractual de algunos países, es habitual que se constituya una garantía real sobre dichos bienes en favor de la autoridad contratante que asegure su traspaso efectivo;

c) *Bienes que seguirán siendo propiedad del socio privado.* En general, estos bienes pueden ser libremente retirados o enajenados por el socio privado.

b) Traspaso de bienes a un nuevo socio privado

42. Como se ha indicado anteriormente, la autoridad contratante tal vez desee proceder a una nueva licitación al término del contrato de participación público-privada, en vez de explotar la infraestructura directamente (véase el párr. 7). A tal fin, podría ser conveniente exigir por ley que el socio privado ponga los bienes a disposición del nuevo socio privado. A fin de asegurar una transición ordenada y la continuidad del servicio, debería exigirse al socio privado que coopere con el nuevo socio privado en la entrega. El traspaso de los bienes a sucesivos socios privados puede requerir el pago de una indemnización al socio privado anterior, según se hayan o no amortizado los bienes.

43. Un elemento importante que debe tenerse en cuenta a este respecto es la estructura de la propuesta financiera formulada por el socio privado durante el proceso de selección (véase también el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párr. 27). En APP de infraestructuras públicas, una de las suposiciones básicas de las propuestas financieras de los licitantes es que durante la vida de la APP se amortizarán por completo todos los bienes que deban construirse o adquirirse para la APP (es decir, se recuperarán totalmente los costos). Así pues, las propuestas financieras no suelen prever la posibilidad de que exista un valor residual de

los bienes al final del período de vigencia de la APP. En tales casos, es posible que no haya a simple vista ninguna razón para obligar al socio privado sucesor a indemnizar al socio privado inicial, al que se puede exigir que entregue todos los bienes disponibles al sucesor sin costo alguno para este o solo a cambio de una contraprestación nominal. En efecto, si el socio privado ha logrado el rendimiento previsto, todo pago de traspaso que haya de abonar su sucesor supondría un costo adicional para este que tendría que acabar recuperando con el precio que cobre en el marco del segundo contrato. No obstante, si el nivel de las tarifas previsto en la propuesta inicial del socio privado daba por supuesto que los bienes tendrían algún valor residual al final del período de vigencia de la APP, o si la propuesta financiera preveía notables ingresos provenientes de terceros, el socio privado podría tener derecho a percibir una indemnización por los bienes traspasados a su sucesor.

c) Estado de los bienes en el momento del traspaso

44. Al entregar los bienes a la autoridad contratante o al traspasarlos directamente al nuevo socio privado una vez vencido el período de vigencia de la APP, el socio privado suele estar obligado a traspasarlos libres de toda carga o gravamen y en condiciones que permitan el funcionamiento normal de la infraestructura, habida cuenta de las necesidades del servicio. El derecho de la autoridad contratante a recibir esos bienes en buen estado de funcionamiento viene acompañado en algunos países de la obligación legal impuesta al socio privado de mantener y traspasar los bienes en el estado que exige un mantenimiento prudente y de aportar alguna forma de garantía a ese respecto (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párr. 118). Cuando la autoridad contratante obligue a devolver los bienes en el estado prescrito, las condiciones impuestas al respecto deberían ser razonables. Aun cuando sea razonable que la autoridad contratante exija que los bienes tengan una determinada vida residual, no sería razonable esperar que estuvieran en las mismas condiciones que si fueran nuevos. Además, esos requisitos pueden no ser aplicables en caso de que se rescinda el contrato de participación público-privada, sobre todo si se rescinde antes de que concluya con éxito la etapa de construcción.

45. Es aconsejable idear un procedimiento claro para evaluar y determinar el estado de los bienes que deben ser traspasados a la autoridad contratante. Tal vez convenga, por ejemplo, establecer un comité integrado por representantes tanto de la autoridad contratante como del socio privado para determinar si la infraestructura está en el estado prescrito y si cumple los requisitos enunciados en el contrato de participación público-privada. Asimismo, en el contrato se puede establecer el procedimiento de designación de los miembros y el mandato del comité, que puede estar facultado para exigir al socio privado que adopte medidas razonables para subsanar y eliminar todo defecto o deficiencia que se detecte en la infraestructura. Tal vez sea aconsejable estipular que se ha de llevar a cabo una inspección especial en un momento apropiado con mucha antelación respecto de la rescisión del contrato (al menos un año, pero en algunos casos incluso antes), tras la cual la autoridad contratante podría exigir al socio privado que tome medidas adicionales de mantenimiento a fin de garantizar que los bienes se encuentren en un estado adecuado en el momento del traspaso. La autoridad contratante podría tal vez exigir en el contrato que el socio privado dé alguna garantía especial del correcto traspaso de la infraestructura (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párr. 118). La autoridad contratante podría recurrir a esa garantía para sufragar la reparación de ciertos bienes o instalaciones dañadas.

2. Disposiciones financieras en caso de rescisión

46. La rescisión del contrato de participación público-privada puede producirse antes de que el socio privado haya podido recuperar su inversión, saldar sus deudas y obtener los beneficios previstos, lo que le puede suponer una pérdida considerable. La autoridad contratante también puede sufrir pérdidas porque puede verse obligada a efectuar una inversión adicional o afrontar importantes gastos para, por ejemplo, terminar las obras o seguir prestando el servicio de que se trate. Por todo ello, en los contratos se suelen

regular en detalle los derechos y las obligaciones financieras de las partes en el momento de la rescisión. Los pasivos contingentes resultantes de la rescisión de un contrato pueden ser significativos y pueden requerir una valoración adecuada en la matriz de riesgos de la autoridad contratante en las etapas iniciales de la planificación del proyecto (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...). Asimismo, es posible que los pagos efectivos abonados por la autoridad contratante, ya sea como indemnización por la rescisión o como pago ordinario por el traspaso de bienes, requieran una dotación presupuestaria suficiente, que la autoridad contratante puede tener que solicitar antes de que venzan esos pagos.

47. En los párrafos siguientes se exponen los diversos factores que las autoridades contratantes y los socios privados suelen tener en cuenta al determinar los niveles de indemnización a los cuales una u otra parte puede tener derecho en el supuesto de rescisión del contrato de participación público-privada. En este sentido, resulta importante hacer una distinción entre las normas de la indemnización contractualmente convenida y los daños y perjuicios que deban abonarse en caso de rescisión improcedente. En este último caso, los pagos sustituyen a la plena restitución y tienen por finalidad reponer a la parte lesionada fundamentalmente en la misma situación en la que se habría encontrado si la otra parte no hubiera rescindido de manera improcedente el contrato³. En cambio, las indemnizaciones contractualmente convenidas no suelen tener carácter restitutivo o punitivo, sino que suelen reflejar lo que las partes consideran una indemnización equitativa por las inversiones realizadas y el posible lucro frustrado con la rescisión anticipada del contrato.

48. Existen básicamente tres criterios para determinar la cuantía de las indemnizaciones: a) un criterio basado en los ingresos valora una empresa a partir de sus ingresos actuales y previsibles utilizando el método de los flujos de tesorería actualizados, el método del valor actual ajustado o el método de los flujos de caja capitalizados; b) un criterio basado en el mercado conlleva comparar el proyecto en cuestión con el valor de mercado de una empresa similar, o de las participaciones en la propiedad de una empresa similar, reflejado en su precio de venta; c) por último, un criterio basado en los bienes utiliza el valor contable o el valor de reposición de los bienes por los que se debe abonar la indemnización. Los tres criterios pueden utilizarse para fijar los parámetros de cálculo de la indemnización por rescisión de un contrato de participación público-privada y, por lo general, varían según la etapa en que tiene lugar la rescisión y los distintos motivos de esta. No obstante, los siguientes factores suelen tener un papel central al determinar los parámetros de la indemnización:

a) *La deuda pendiente, la inversión en el capital social y el lucro previsto.* La rescisión del proyecto suele figurar como supuesto de incumplimiento en los acuerdos de préstamo del socio privado. Dado que los acuerdos de préstamo normalmente incluyen una denominada “cláusula de aceleración” por la que la deuda vence en su totalidad en el supuesto de incumplimiento, la deuda pendiente al rescindirse el contrato de participación público-privada se puede contabilizar como pérdida inmediata del socio privado. La posibilidad de que la autoridad contratante indemnice al socio privado y la magnitud de esa posible indemnización suelen depender del motivo por el que se rescinde el contrato. Una indemnización parcial puede limitarse a la suma correspondiente al valor de las obras que el socio privado haya concluido de

³ La norma sobre daños y perjuicios que rige en el derecho internacional consuetudinario fue definida con carácter general por la Corte Permanente de Justicia Internacional en los siguientes términos: “El principio esencial contemplado en la noción real de un acto ilegal —principio que parece haber sido consagrado por la práctica internacional y, en particular, por las decisiones de tribunales arbitrales— es que la reparación debe, en la medida de lo posible, erradicar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, probablemente, habría existido si el acto no se hubiera cometido. La restitución en especie, o, de no ser posible, el pago de una suma correspondiente al valor que tendría una reparación en especie; el reconocimiento, de ser necesario, del pago de una indemnización por la pérdida sufrida que no podría recuperarse por medio de la restitución en especie o el eventual pago de su correspondiente valor: estos son los principios que deben servir para determinar la suma de la indemnización adeudada por un acto contrario al derecho internacional” (*Factory at Chorzow (Germany v. Poland)* (fondo), 1928 PCIJ (Ser. A), núm. 17 (13 de septiembre), pág. 125).

manera satisfactoria, mientras que una indemnización completa cubre el importe íntegro de la deuda pendiente. Otra categoría de pérdidas que a veces se tiene en cuenta en las cláusulas contractuales de indemnización son las pérdidas del socio privado por concepto de inversiones en el capital social, en la medida en que no se hayan recuperado esas inversiones al rescindirse el contrato. Por último, la rescisión priva también al socio privado de los beneficios que pudiese reportar la infraestructura en el futuro. Si bien el lucro cesante no suele ser considerado daño efectivo, en supuestos excepcionales, como sería el de una rescisión improcedente por parte de la autoridad contratante, el valor actual de los beneficios futuros previstos puede ser contabilizado a efectos de la indemnización adeudada al socio privado;

b) *El grado de terminación de las obras, el valor residual de estas y la amortización de los bienes.* La indemnización contractual prevista para diversos motivos de rescisión suele ser proporcional al grado de terminación de las obras al rescindirse el contrato. Normalmente, el valor de las obras se calcula en función de la inversión requerida para la construcción (particularmente si el contrato se rescinde durante la etapa de construcción), el costo de reposición o el valor “residual” de la infraestructura. Por valor residual debe entenderse el valor de mercado de la infraestructura en el momento de rescindirse el contrato. Es posible que el valor de mercado de ciertos tipos de infraestructuras físicas (como puentes o carreteras) o de infraestructuras cuya vida funcional esté cercana a su fin sea inexistente o, al menos, de difícil estimación. En ocasiones, el valor residual puede calcularse habida cuenta de la utilidad prevista de la infraestructura para la autoridad contratante. Ahora bien, puede resultar difícil determinar el valor de las obras no acabadas, particularmente cuando la inversión que haya de efectuar la autoridad contratante para que la infraestructura llegue a ser operativa sea incluso superior a la suma ya invertida por el socio privado. En todo caso, rara vez se abona el valor residual completo de las obras, particularmente en supuestos en los que los ingresos que genera el proyecto son la única fuente de que dispone el socio privado para recuperar su inversión. Por ello, a menudo el socio privado no recibe una indemnización íntegra por el valor de la infraestructura, sino una indemnización únicamente por el valor residual de los bienes que no hayan sido plenamente amortizados en el momento de la rescisión.

a) **Rescisión por incumplimiento del socio privado**

49. El socio privado no suele tener derecho a una indemnización por daños y perjuicios en el supuesto de una rescisión del contrato que sea imputable a su incumplimiento. De hecho, el socio privado puede estar obligado a pagar dicha indemnización a la autoridad contratante, aunque, en la práctica, una empresa que haya incumplido el contrato y cuyas deudas sean declaradas vencidas por sus acreedores al rescindirse el contrato rara vez dispone de otros medios financieros suficientes para abonar esa indemnización, lo cual pone de relieve la importancia de las fianzas y otras garantías de buena ejecución que el socio privado puede tener que proporcionar (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...).

50. Conviene señalar que la rescisión por incumplimiento, aun cuando sea vista como una sanción por un incumplimiento grave, no debe ocasionar un enriquecimiento injusto de una u otra parte. Por ello, incluso en las APP en que el socio privado construye una infraestructura que a la larga va a ser traspasada a la autoridad contratante, la rescisión del contrato no entraña necesariamente el derecho de la autoridad contratante a hacerse cargo de los bienes sin efectuar pago alguno al socio privado. Para resolver este asunto con equidad convendría distinguir entre los diversos tipos de bienes, según el destino que se les haya asignado en el contrato de participación público-privada (véase el párr. 40):

a) *Bienes que deben traspasarse a la autoridad contratante.* Cuando el contrato de participación público-privada requiera el traspaso automático de los bienes del proyecto a la autoridad contratante al finalizar el contrato, la rescisión por incumplimiento no suele dar lugar al pago de una indemnización al socio privado por

dichos bienes, salvo lo que corresponda al valor residual de las obras debidamente finalizadas, en la medida en que no hayan sido amortizadas todavía por el socio privado;

b) *Bienes que la autoridad contratante puede comprar si ejerce la correspondiente opción.* La indemnización financiera puede resultar adecuada cuando la autoridad contratante tiene la opción de comprar los bienes a valor de mercado al extinguirse el contrato de participación público-privada o el derecho a exigir que esa opción sea ofrecida al ganador de un nuevo concurso de adjudicación del proyecto. Sin embargo, puede preverse legítimamente una indemnización financiera inferior al valor íntegro de esos bienes a fin de alentar al socio privado a cumplir el contrato. Por ello mismo, no es preciso que esa indemnización cubra el monto total que requiere el socio privado para saldar su deuda pendiente. Convendría pormenorizar la fórmula para calcular la indemnización financiera en el contrato (es decir, determinar si se abonará ya sea el valor de liquidación del bien en cuestión o el importe de la deuda pendiente o, de ser inferior, el valor de uso alternativo del bien);

c) *Bienes que seguirán siendo propiedad del socio privado.* los bienes que son propiedad del socio privado y que no quedan comprendidos en los párrafos a) o b) *supra* suelen ser retirados y enajenados por el socio privado, con lo cual raras veces se requieren mecanismos de indemnización. Sin embargo, puede plantearse una situación diferente en el caso de proyectos plenamente privatizados, en los que todos los bienes, incluidos los bienes esenciales para la prestación de los servicios, son propiedad del socio privado. En tales casos, para asegurar la continuidad de los servicios, la autoridad contratante tal vez estime necesario hacerse con esos bienes, aun cuando esto no se haya previsto en el contrato de participación público-privada. En esos casos, se acepta por regla general que la autoridad contratante indemnice al socio privado por el justo valor de mercado de dichos bienes. No obstante, el contrato podrá disponer que se deduzcan de esa indemnización los costos que haya afrontado la autoridad contratante para explotar la infraestructura o para contratar a otra empresa encargada de la explotación.

b) Rescisión por incumplimiento de la autoridad contratante

51. Normalmente, el socio privado tiene derecho a ser plenamente indemnizado por las pérdidas que sufra debido a la rescisión del contrato por un motivo imputable a la autoridad contratante. La indemnización que se ha de pagar al socio privado suele incluir el valor de las obras e instalaciones, en la medida en que estas no hayan sido amortizadas, así como las pérdidas ocasionadas al socio privado, incluido el lucro cesante. Este último suele calcularse a partir de los ingresos del socio privado en los ejercicios financieros anteriores, cuando la rescisión tiene lugar durante la etapa de explotación, o a partir de una proyección de ingresos durante el período de vigencia del contrato inicialmente previsto. El socio privado puede tener derecho a recibir la indemnización íntegra por las deudas contraídas y sus aportaciones al capital social, incluidos el costo asociado al servicio de la deuda y el lucro cesante.

c) Rescisión por otros motivos

52. Al considerar posibles mecanismos de indemnización para el supuesto de rescisión por motivos que no sean imputables a ninguna de las partes, tal vez convenga distinguir el supuesto de un impedimento exonerante del supuesto de la rescisión declarada por la autoridad contratante por motivos de interés público o similares.

i) Rescisión por impedimentos exonerantes

53. Por definición, los impedimentos exonerantes son hechos que escapan al control de las partes y que, por regla general, no confieren a ninguna de ellas el derecho a ser indemnizadas por daños y perjuicios. Ahora bien, puede haber supuestos en los que sea equitativo otorgar alguna indemnización al socio privado, por ejemplo una indemnización justa por las obras ya terminadas, particularmente si, por razón de su índole especializada, este no puede retirar los bienes o utilizarlos con provecho, mientras que la autoridad contratante sí puede utilizarlos para prestar el servicio en cuestión (por ejemplo, un puente). Sin embargo, puesto que en tales casos la rescisión

no es imputable a la autoridad contratante, la indemnización que se pague al socio privado no tiene por qué ser una indemnización “íntegra” (es decir, reembolso de las deudas contraídas, sus aportaciones al capital social y el lucro cesante).

ii) *Rescisión por razón de interés público*

54. Cuando en el contrato de participación público-privada se reconoce a la autoridad contratante el derecho a rescindirlo por razón de interés público, la indemnización abonable al socio privado suele abarcar todos los factores indemnizables en el supuesto de rescisión por incumplimiento de la autoridad contratante (véase el párr. 46), aunque no necesariamente de manera íntegra. A fin de calcular la indemnización equitativa que se adeuda al socio privado, conviene distinguir entre la rescisión por razón de interés público durante la etapa de construcción y la rescisión durante la etapa de explotación:

a) *Rescisión durante la etapa de construcción.* Si se rescinde el contrato de participación público-privada durante la etapa de construcción e inversión, los mecanismos de indemnización pueden basarse en la práctica habitual seguida en los grandes contratos de obras que prevén su rescisión por conveniencia. En tales casos, el contratista suele tener derecho a la parte del precio que corresponda a las obras satisfactoriamente ejecutadas, así como a los gastos y pérdidas que haya afrontado como consecuencia de la rescisión. Sin embargo, dado que la autoridad contratante no acostumbra a pagar un precio por las obras efectuadas por el socio privado, el principal criterio para calcular la indemnización suele ser la suma total efectivamente invertida por el socio privado hasta la fecha de la rescisión, incluida toda suma efectivamente desembolsada en virtud del préstamo concedido al socio privado para realizar las obras estipuladas en el contrato, y los gastos relacionados con la cancelación de los acuerdos de préstamo. La posibilidad de que el contrato se rescinda durante la etapa de construcción constituye un riesgo considerable para la financiación de los proyectos de participación público-privada. Algunos países tratan de mitigar ese riesgo y aumentar la comerciabilidad de los proyectos en los que la autoridad contratante paga las obras realizadas por el socio privado emitiendo periódicamente certificados negociables que reflejan el importe de la inversión realizada en el período correspondiente (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...). De acuerdo con ese sistema, los importes reconocidos pero no abonados por la autoridad contratante se incluyen automáticamente en la suma residual adeudada por la autoridad contratante como pago de la inversión no amortizada en caso de rescisión anticipada del contrato de participación público-privada. Las consecuencias financieras generales de esta forma de asunción indirecta del riesgo de construcción por parte de la autoridad contratante, observada en algunos modelos de APP, deben ser analizadas detenidamente en la etapa de planificación del proyecto (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...). También conviene preguntarse hasta qué punto el socio privado puede reclamar el lucro cesante por la parte no ejecutada del contrato rescindido por razones de interés público. Por una parte, es posible que el socio privado haya dejado pasar otras oportunidades comerciales en previsión de poder concluir y explotar la infraestructura durante el período de vigencia previsto del contrato de participación público-privada. Por otra parte, si la autoridad contratante tiene la obligación de indemnizar al socio privado por su lucro cesante, le puede resultar prohibitivo desde el punto de vista financiero ejercer su derecho de rescisión por conveniencia. Una posible solución sería que en el contrato se fijara una escala de los pagos adeudados por la autoridad contratante en concepto de indemnización por lucro cesante y se cuantificaran los pagos en función del grado de terminación de las obras al rescindirse el contrato por conveniencia;

b) *Rescisión durante la etapa de explotación.* En lo que respecta a las obras satisfactoriamente ejecutadas por el socio privado, los mecanismos de indemnización pueden ser los mismos que en la etapa de construcción. Sin embargo, para que la indemnización sea equitativa en un supuesto de rescisión por conveniencia durante la etapa de explotación tal vez haya que prever una indemnización justa por el lucro cesante. La norma de indemnización más severa que se aplica en este supuesto puede estar justificada porque, a diferencia de la rescisión durante la etapa de construcción, en

la que es posible que la autoridad contratante tenga que asumir el costo de la conclusión de las obras, en el supuesto de rescisión durante la etapa de explotación la autoridad contratante puede recibir una infraestructura acabada y en condiciones de ser explotada rentablemente. La indemnización por lucro cesante se calcula a menudo sobre la base de los ingresos percibidos por el socio privado durante ejercicios anteriores, pero en algunos casos quizás deban tenerse en cuenta otros elementos como los beneficios previstos en función de las tarifas convenidas, puesto que los ingresos previstos son un elemento esencial en los estudios de viabilidad y el diseño de la estructura financiera del proyecto (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...). El motivo es que en algunos proyectos de infraestructura, como carreteras de peaje y proyectos similares, que se caracterizan por elevados costos financieros e ingresos relativamente bajos durante las primeras etapas de explotación, puede rescindirse el contrato antes de que el proyecto haya empezado a registrar beneficios.

3. Medidas de liquidación y transición

55. Cuando se traspasa la infraestructura a la autoridad contratante al finalizar el plazo de vigencia del contrato, las partes tal vez deseen disponer lo necesario para que la autoridad contratante esté en condiciones de explotar la infraestructura conforme a las normas de eficiencia y de seguridad prescritas. En el contrato de participación público-privada tal vez se imponga al socio privado la obligación de traspasar la tecnología o los conocimientos técnicos necesarios para explotar la infraestructura. El contrato puede también prorrogar, durante un determinado plazo de transición, ciertas obligaciones del socio privado relativas a la explotación y al mantenimiento de la infraestructura. Incluso puede prever que el socio privado esté obligado a suministrar o facilitar el suministro de los repuestos que pueda necesitar la autoridad contratante para reparar la infraestructura. Sin embargo, cabe señalar que es posible que el socio privado no esté en condiciones de emprender por su cuenta algunas de las medidas de transición que se mencionan a continuación, ya que en la mayoría de los casos se designa al socio privado con el único fin de llevar a cabo el proyecto, por lo que tiene que comprar a terceros la tecnología y los repuestos pertinentes.

a) Transferencia de tecnología y conocimientos técnicos

56. En algunos casos, la infraestructura traspasada a la autoridad contratante incorporará diversos procesos tecnológicos necesarios para obtener ciertos bienes, como electricidad o agua potable, o prestar determinados servicios, como servicios de telefonía. La autoridad contratante deseará a menudo familiarizarse con esos procesos y su aplicación. También es posible que desee adquirir la información y los conocimientos técnicos necesarios para explotar y mantener la infraestructura. Aun cuando la autoridad contratante disponga de los medios básicos requeridos para encargarse de algunas operaciones de explotación y mantenimiento (por ejemplo, en materia de construcción o de ingeniería civil), es posible que precise conocimientos sobre ciertos procesos técnicos especiales necesarios para la adecuada explotación de la infraestructura traspasada. La transmisión a la autoridad contratante de esos conocimientos, de esa información y de esa pericia operativa suele denominarse “transferencia de tecnología”. Las obligaciones de transferencia de tecnología no pueden imponerse unilateralmente al socio privado, y, en la práctica, estas cuestiones son objeto de amplias negociaciones entre las partes interesadas. Si bien el país anfitrión tiene un interés legítimo en obtener la tecnología necesaria para explotar la infraestructura, hay que tener debidamente en cuenta los intereses comerciales y las estrategias empresariales de los inversionistas privados.

57. Se pueden concertar diversos arreglos contractuales para la transferencia de tecnología y el cumplimiento de otras obligaciones necesarias para la construcción o explotación de la infraestructura. La transferencia de tecnología en sí suele efectuarse de diversos modos, por ejemplo concediendo licencias de la propiedad industrial, creando una empresa conjunta entre las partes o suministrando información técnica confidencial. En la *Guía* no se pretende dar una visión completa de la negociación y redacción de cada contrato con respecto a la concesión de licencias de la propiedad

industrial o al suministro de conocimientos técnicos, ya que es un tema que ha sido abordado con cierto detalle en publicaciones de otros órganos de las Naciones Unidas⁴. En los párrafos siguientes se señalan solamente algunas cuestiones fundamentales relativas a la transmisión de los conocimientos técnicos necesarios para explotar y mantener la infraestructura mediante la capacitación del personal de la autoridad contratante o mediante la entrega de documentación.

58. El método más importante para traspasar a la autoridad contratante la información y los conocimientos técnicos requeridos para la correcta explotación y mantenimiento de la infraestructura es el de capacitar al personal de la autoridad contratante. Para estar en condiciones de decidir sobre las necesidades de formación de su personal, convendría que la autoridad contratante solicitara, en su solicitud de propuestas o durante la negociación del contrato, que el socio privado presentara un organigrama en el que se indicaran las necesidades de personal para la explotación y el mantenimiento de la infraestructura y se precisaran las calificaciones técnicas básicas y de otra índole de ese personal. Esa declaración debería ser lo suficientemente explícita para que la autoridad contratante pudiera determinar el alcance de la capacitación requerida para el personal disponible. El socio privado cuenta a menudo con los medios necesarios para impartir esa formación. En algunos casos, no obstante, resulta más eficaz que la imparta un ingeniero externo o una institución especializada en tareas de capacitación técnica.

59. La información y los conocimientos técnicos requeridos para la correcta explotación y mantenimiento de la infraestructura pueden ser asimismo transmitidos por medio de documentación técnica. La documentación facilitada consta normalmente de planos, diseños, fórmulas, manuales de funcionamiento y de mantenimiento e instrucciones de seguridad. Tal vez convenga enumerar en el contrato de participación público-privada la documentación que ha de facilitar el socio privado, que debe ser completa y clara y estar escrita en el idioma convenido. También puede ser aconsejable exigir que el socio privado, a petición de la autoridad contratante, haga demostraciones prácticas de los procedimientos descritos en la documentación cuando ello sea preciso para su adecuada comprensión.

60. Se pueden especificar las fechas en que se ha de entregar la documentación. En el contrato de participación público-privada se puede estipular que toda la documentación debe entregarse antes de la fecha fijada para la terminación de las obras. Las partes tal vez deseen disponer asimismo que no se dará por concluido el traspaso de la infraestructura hasta que no se haya facilitado toda la documentación relativa a su explotación que conforme al contrato haya de ser remitida antes de que terminen las obras. Puede ser aconsejable estipular asimismo que algunos documentos, como los manuales de explotación, deben ser entregados en el curso de las obras, ya que ello permite que los ingenieros y técnicos de la autoridad contratante se vayan familiarizando con la maquinaria y el equipo durante su instalación.

⁴ La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se ha ocupado en detalle de todo lo relativo a la negociación y redacción de contratos de licencia de la propiedad industrial y de suministro de conocimientos técnicos en la *Guía de licencias para los países en desarrollo* (publicación de la OMPI núm. 620 (S), 1977). Las principales cuestiones que han de abordarse en la negociación y redacción de esos contratos han sido examinadas en unas directrices para evaluar los acuerdos de transferencia de tecnología (*Guidelines for Evaluation of Transfer of Technology Agreements*, Development and Transfer of Technology Series, núm. 12 (ID/233, 1979)) y en una guía de uso en la redacción de contratos sobre la transferencia internacional de conocimientos en el sector de la ingeniería (*Guide for Use in Drawing Up Contracts Relating to the International Transfer of Know-How in the Engineering Industry* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.70.II.E.15)). Otra publicación de interés al respecto es el manual sobre la adquisición de tecnología por los países en desarrollo (*Handbook on the Acquisition of Technology by Developing Countries* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.78.II.D.15)). Respecto del examen de la transferencia de tecnología en el marco de contratos de construcción de instalaciones industriales, véase la *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.87.V.10), cap. VI, "Transferencia de tecnología".

b) Asistencia para la explotación y el mantenimiento de la infraestructura prestada con posterioridad a su traspaso

61. La asistencia necesaria que debe prestar el socio privado depender de la tecnología y del personal especializado de que disponga la autoridad contratante. Si esta carece del personal especializado requerido para la explotación técnica de la infraestructura, tal vez desee obtener la asistencia técnica del socio privado, al menos durante el período inicial. En algunos casos, la autoridad contratante tal vez desee que el socio privado le facilite especialistas que ocupen la mayoría de los puestos técnicos de la infraestructura, mientras que en otros casos es posible que solo desee que el socio privado ponga a su disposición expertos técnicos que colaboren con su propio personal en calidad de asesores en algunas operaciones sumamente especializadas.

62. A fin de ayudar a la autoridad contratante en la explotación y el mantenimiento de la infraestructura, en el contrato de participación público-privada se puede exigir que el socio privado presente, con anterioridad al traspaso de la infraestructura, un programa de explotación y mantenimiento que asegure su funcionamiento durante el resto de su vida útil al nivel de eficiencia estipulado en el contrato. En ese programa cabría incluir aspectos como un organigrama en el que se indiquen todos los especialistas necesarios para la explotación técnica de la infraestructura y sus respectivas funciones; el calendario de inspecciones y de las operaciones de lubricación, limpieza y ajuste, y el plan de reposición de las piezas defectuosas o desgastadas. El mantenimiento también puede incluir funciones de carácter administrativo, como establecer un calendario de mantenimiento o llevar un registro de las operaciones de mantenimiento. La autoridad contratante también puede exigir al socio privado que presente manuales de explotación y mantenimiento en los que se indiquen los procedimientos que han de seguirse al respecto. Esos manuales deben estar en un formato y en un idioma de fácil comprensión para el personal de la autoridad contratante.

63. Una forma eficaz de capacitar al personal de la autoridad contratante en los procedimientos de explotación y mantenimiento de la infraestructura puede consistir en disponer en el contrato de participación público-privada que dicho personal deberá colaborar con el personal del socio privado en las tareas de explotación y mantenimiento durante un determinado período previo o posterior a su traspaso. Acto seguido se pueden definir los puestos que ocupará el personal empleado por la autoridad contratante, así como las calificaciones y experiencias requeridas. A fin de evitar fricciones e ineficiencias, conviene que se describan claramente las relaciones de subordinación entre el personal de cada una de las partes.

c) Suministro de piezas de repuesto

64. En proyectos que prevean el traspaso de la infraestructura a la autoridad contratante, esta deberá procurarse los repuestos de las piezas desgastadas o dañadas necesarios para explotar, mantener y reparar la infraestructura. Esas piezas tal vez no puedan obtenerse localmente, por lo que es posible que la autoridad contratante dependa del socio privado para su suministro. La planificación por las partes del suministro de repuestos y de servicios que harán falta una vez traspasada la infraestructura se ve notablemente facilitada si las partes prevén y estipulan en el contrato de participación público-privada o en un acuerdo posterior las necesidades de la autoridad contratante a este respecto. Sin embargo, dada la larga duración de la mayoría de los proyectos de participación público-privada, tal vez sea difícil para las partes prever en el contrato las necesidades de la autoridad contratante una vez traspasada la infraestructura.

65. Una solución posible es que las partes concierten por separado otro contrato que se ocupe de estas cuestiones⁵. Ese contrato puede ser concertado en un momento más

⁵ La Comisión Económica para Europa ha preparado una guía relativa a la redacción de contratos internacionales de servicios de mantenimiento, reparación y funcionamiento de instalaciones industriales y de otra índole (*Guide on Drawing Up International Contracts for Services Relating to Maintenance, Repair and Operation of Industrial and Other Works*, ECE/TRADE/154) que, *mutatis mutandis*, tiene por objeto ayudar a las partes a redactar uno o varios contratos

próximo al del traspaso de la infraestructura, cuando la autoridad contratante conozca ya mejor sus eventuales necesidades. Si quien fabrica esos repuestos no es el socio privado, sino sus proveedores, la autoridad contratante tal vez prefiera suscribir contratos con esos proveedores en lugar de conseguirlos por medio del socio privado, aunque también es posible que prefiera que el socio privado actúe como su agente para la compra de esos repuestos.

66. Conviene que el personal de la autoridad contratante adquiera la pericia técnica requerida para instalar los repuestos. A tal fin, en el contrato de participación público-privada se puede exigir que el socio privado suministre los manuales de instrucciones, las herramientas y el equipo que puedan ser necesarios. Los manuales de instrucciones deberían estar en un formato y un idioma de fácil comprensión para el personal de la autoridad contratante. En el contrato se puede exigir asimismo que el socio privado facilite los diseños de montaje en los que se vean las interconexiones entre las diversas piezas del equipo y se muestre la vía de acceso a ellas para la instalación de los repuestos y para toda tarea de mantenimiento o reparación que pueda ser necesaria. En algunos casos, tal vez sea necesario exigir que el socio privado enseñe al personal de la autoridad contratante a instalar por sí solo las piezas de repuesto.

d) Reparaciones

67. A la autoridad contratante le conviene concertar arreglos contractuales que garanticen una reparación rápida de la infraestructura si se produce una avería. En muchos casos, es posible que la entidad más indicada para llevar a cabo esas reparaciones sea el propio socio privado. Además, si la autoridad contratante se ha comprometido en el contrato de participación público-privada a no dar a conocer a terceros la tecnología suministrada por el socio privado, en virtud de esa cláusula solo se puede contratar para esa tarea a terceros que ofrezcan al socio privado una garantía satisfactoria de confidencialidad respecto de su tecnología. Por el contrario, si ciertos elementos importantes del equipo del socio privado han sido fabricados por sus proveedores, es posible que la autoridad contratante prefiera concertar con ellos acuerdos de reparación independientes. Al definir la naturaleza y la duración de las obligaciones de reparación impuestas al socio privado, en caso de imponerse alguna, sería aconsejable estipularlas en términos claros a fin de no confundirlas con las obligaciones contraídas por el socio privado, a título de garantía contractual de la calidad, de subsanar todo defecto de la infraestructura.

e) Clausura

68. En los párrafos anteriores se han analizado diversas medidas de liquidación y transición que son necesarias para el traspaso ordenado de los bienes o las infraestructuras a la autoridad contratante (o un socio privado sucesor, según el caso). Para clausurar una infraestructura o una instalación obsoleta o que no puede funcionar de acuerdo con los objetivos medioambientales o de desarrollo sostenibles marcados por el país anfitrión, son necesarias otras medidas de liquidación. En este contexto, por “clausura” se entiende retirar del servicio la infraestructura con carácter permanente. La clausura puede comportar el desmantelamiento y la retirada de la infraestructura de la zona en la que se ubicaba el proyecto de participación público-privada, y en ningún momento este proceso debería causar daños personales o materiales ni representar un peligro para el medio ambiente. Se requiere una planificación cuidadosa, y en el contrato de participación público-privada se deberían establecer los procedimientos y los métodos para clausurar la infraestructura. Por ejemplo, es posible que las partes tengan que realizar estudios independientes para valorar la posible obsolescencia o los riesgos que supone la infraestructura para el medio ambiente o la seguridad. También es aconsejable que se incluyan los costos y el procedimiento de la clausura en las evaluaciones del impacto ambiental y social que se lleven a cabo durante la preparación del proyecto (véase el cap. II, Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...).

independientes relativos al mantenimiento y la reparación de una instalación que haya de traspasarse a la autoridad contratante.

69. La clausura de una infraestructura conlleva frecuentemente unos elevados costos. Por ello, en el contrato de participación público-privada se deberían fijar las obligaciones de cada una de las partes respecto de las diversas medidas que deban adoptarse para proceder a una clausura adecuada, así como los costos de esas medidas y la posible responsabilidad (y el correspondiente seguro u otras medidas de mitigación de los riesgos) que se derive del peligro para el medio ambiente u otros daños que se puedan ocasionar en el emplazamiento y los terrenos aledaños o de cualquier forma de daños personales. Cabe señalar que la legislación general en materia de medio ambiente o de gestión de residuos puede complementar las cláusulas del contrato de participación público-privada, en particular en el supuesto de clausura imprevista de la infraestructura, e incluso invalidarlas, como sucede habitualmente cuando la normativa medioambiental se endurece después de que se haya adjudicado el contrato.

IV. Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada

1. Duración y prórroga del contrato de participación público-privada

Disposición modelo 48. Duración del contrato de participación público-privada

En el contrato de participación público-privada se fijará su duración, que tendrá en cuenta los siguientes factores:

- a) la naturaleza y la suma de la inversión que deberá realizar el socio privado;
- b) el período normal de amortización de las instalaciones e infraestructuras particulares que deban construirse, ampliarse, remodelarse o renovarse en virtud del contrato;
- c) las necesidades y los requisitos de la autoridad contratante en relación con las infraestructuras o los servicios en cuestión;
- d) las políticas pertinentes en materia de competencia y estructura del mercado que rijan para el sector de infraestructuras o servicios de que se trate, de acuerdo con las leyes y reglamentos aplicables.

Disposición modelo 49. Prórroga del contrato de participación público-privada

La autoridad contratante no podrá acordar la prórroga del contrato de participación público-privada salvo si se dan las siguientes circunstancias:

- a) demora en la finalización del proyecto o interrupción de la explotación por circunstancias que escapen al control razonable de ambas partes;
- b) suspensión del proyecto en razón de actos de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas;
- c) incremento de los gastos ocasionado por requisitos de la autoridad contratante no previstos inicialmente en el contrato, siempre y cuando el socio privado no pueda recuperar esos costos sin dicha prórroga; o
- d) *[otras circunstancias que especifique el Estado promulgante.]*⁴⁵

2. Rescisión del contrato de participación público-privada

Disposición modelo 50. Rescisión del contrato de participación público-privada por la autoridad contratante

La autoridad contratante podrá rescindir el contrato de participación público-privada en los siguientes supuestos:

- a) cuando ya no sea razonable prever que el socio privado esté en condiciones de cumplir sus obligaciones o esté dispuesto a hacerlo por razones de insolvencia, de incumplimiento grave o de otra índole;

⁴⁵ El Estado promulgante tal vez desee considerar la posibilidad de que la ley autorice la prórroga consensual del contrato de participación público-privada conforme a sus cláusulas, por razones de interés público, según se justifique en el expediente que la autoridad contratante debe llevar conforme a la disposición modelo 26.

b) cuando concurren razones imperiosas⁴⁶ de interés público, a reserva de que se pague al socio privado una indemnización cuyas condiciones se fijarán en el contrato de participación público-privada;

c) *[otras circunstancias que el Estado promulgante tal vez desee agregar.]*

Disposición modelo 51. Rescisión del contrato de participación público-privada por el socio privado

El socio privado no podrá rescindir el contrato de participación público-privada excepto en los siguientes supuestos:

a) en caso de incumplimiento grave de las obligaciones contraídas en el contrato por parte de la autoridad contratante o de otra autoridad pública, siempre que haya un pronunciamiento definitivo del órgano de solución de controversias convenido por las partes de conformidad con la disposición modelo ... o en el contrato;

b) en caso de que concurren las condiciones para revisar el contrato previstas en la disposición modelo 45, párrafo 1, pero las partes no hayan convenido en una revisión del contrato; o

c) en caso de que manifiestamente no sea razonable prever que el socio privado siga cumpliendo lo estipulado en el contrato porque:

i) la autoridad pública no ha prestado apoyo o no ha llevado a cabo otros actos que son necesarios para ejecutar el proyecto de acuerdo con lo dispuesto en el contrato o en la ley; o

ii) el costo de la ejecución del contrato ha aumentado sustancialmente para el socio privado o este ha percibido por tal concepto una suma sustancialmente inferior a la prevista a causa de actos u omisiones de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas, por ejemplo, conforme a la disposición modelo 33, apartados h) e i), y las partes no han convenido en una revisión del contrato de acuerdo con la disposición modelo 33, apartado l).

Disposición modelo 52. Rescisión del contrato de participación público-privada por cualquiera de las partes

En el contrato de participación público-privada estará previsto que cualquiera de las partes pueda rescindir el contrato si el cumplimiento de sus obligaciones se ve impedido por circunstancias que escapen a su control razonable. En el contrato también se establecerá el procedimiento de rescisión en esos casos, en particular el aviso previo que debe darse a la otra parte contratante. Las partes también tendrán derecho a rescindir el contrato si lo deciden de común acuerdo.

3. Disposiciones aplicables en caso de rescisión o extinción del contrato de participación público-privada

Disposición modelo 53. Indemnización en caso de rescisión del contrato de participación público-privada

En el contrato de participación público-privada se estipulará la forma en que se ha de calcular la indemnización de las partes en caso de que se rescinda, previendo, cuando corresponda, una indemnización por el justo valor de las obras ejecutadas

⁴⁶ Las situaciones que pueden constituir una razón imperiosa de interés público se examinan en la *Guía Legislativa*, cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada”, párr. 27.

conforme al contrato, así como los gastos realizados o las pérdidas sufridas por cualquiera de las partes, incluido, en su caso, el lucro cesante.

Disposición modelo 54. Medidas de liquidación y traspaso

En el contrato de participación público-privada se preverá, cuando proceda, lo siguiente:

- a) los mecanismos y procedimientos para el traspaso de los bienes a la autoridad contratante;
- b) la indemnización que pueda corresponder al socio privado por los bienes traspasados a la autoridad contratante o a un nuevo socio privado o comprados por la autoridad contratante;
- c) la transferencia de la tecnología requerida para la explotación de la infraestructura;
- d) la capacitación del personal de la autoridad contratante o del socio privado sucesor en las actividades de explotación y mantenimiento de la infraestructura;
- e) la prestación continua, por el socio privado, de servicios de apoyo y recursos, incluido el suministro de repuestos, cuando sea necesario, durante un período de tiempo razonable a partir del traspaso de la infraestructura a la autoridad contratante o al socio privado sucesor;
- f) los mecanismos y los procedimientos para clausurar la infraestructura, incluidas la preparación de un plan de clausura y las obligaciones de cada una de las partes en su ejecución, así como sus obligaciones financieras al respecto.
