Naciones Unidas A/CN.9/982/Add.7

Asamblea General

Distr. general
14 de agosto 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 VII)

Nota de la Secretaría

Índice

Página

VII. Otros ámbitos pertinentes del derecho 2
A. Observaciones generales 2
B. Otros ámbitos pertinentes del derecho 2
C. Acuerdos internacionales. 16

V.18-05480 (S) 171018 171018

Se ruega reciclar

VII. Otros ámbitos pertinentes del derecho

A. Observaciones generales

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

2. En la sección B se señalan algunos aspectos particulares de las leyes del país receptor que, sin referirse necesariamente de manera directa a las APP, pueden repercutir en su ejecución (véanse los párrs. 3 a 52). En la sección C se indica la posible pertinencia de algunos acuerdos internacionales fundamentales para la ejecución de las APP en el país receptor (véanse los párrs. 53 a 57).

B. Otros ámbitos pertinentes del derecho

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

1. Promoción y protección de las inversiones

4. Una cuestión que preocupa especialmente a los promotores de proyectos y a los prestamistas es el grado de protección que se otorga a la inversión en el país receptor. Los inversionistas extranjeros en el país receptor requerirán garantías de protección contra toda medida de nacionalización o expropiación que se adopte sin control judicial o sin indemnización adecuada de conformidad con las reglas vigentes en el país receptor y con las normas de derecho internacional. Asimismo, a los promotores de proyectos les interesará, entre otras cosas, introducir en el país, sin restricciones infundadas, el personal técnico requerido por el proyecto, así como los bienes y el equipo necesarios; tener acceso a las divisas necesarias, y transferir al extranjero o repatriar sus beneficios o las cantidades necesarias para reembolsar los préstamos que la empresa haya tenido que obtener en razón del proyecto de participación público-privada. Además de las garantías específicas que la administración pública pueda aportar (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. …), la legislación sobre promoción y protección de inversiones puede desempeñar un importante papel en relación con las APP. En los países que ya dispongan de una legislación adecuada de protección de las inversiones, tal vez convenga estudiar la posibilidad de hacer expresamente extensiva esa protección a los proyectos de participación público-privada. Los países que deseen elaborar una política coherente y eficiente destinada a promover y proteger las inversiones pueden inspirarse en los principios fundamentales para la formulación

de políticas de inversión que figuran en el Marco de Políticas de Inversión aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)[1].

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

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

2. Régimen de la propiedad

7. Es aconsejable que el régimen de la propiedad del país receptor refleje pautas internacionales aceptables que amparen debidamente el derecho de propiedad y de utilización de terrenos y edificios, así como de bienes muebles e inmateriales, y que faculten al socio privado para comprar, vender y traspasar bienes y para autorizar su empleo, según lo requiera el caso. Las disposiciones constitucionales que hacen efectivo el derecho de propiedad han sido un factor importante para atraer y fomentar la inversión privada en muchos países.

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

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

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

3. Garantías reales

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

11. La diversidad de los tipos de garantía o las limitaciones de los remedios judiciales ofrecidos en las leyes del país receptor pueden ser motivo de inquietud para los eventuales prestamistas. Por consiguiente, es importante velar por que el derecho interno ofrezca una protección jurídica idónea a los acreedores garantizados y no impida que las partes establezcan mecanismos apropiados de garantía. Por razón de las grandes diferencias que existen entre unos ordenamientos jurídicos y otros en lo que respecta a los regímenes de las garantías reales, la *Guía* no examina en detalle las particularidades técnicas de la legislación necesaria, ciñéndose en los siguientes párrafos a presentar un esbozo de los principales elementos de un régimen moderno para las garantías mobiliarias.

12. En algunos ordenamientos jurídicos pueden crearse garantías reales sobre prácticamente cualquier clase de bienes, incluida la propiedad intelectual, mientras que en otros solo pueden crearse sobre ciertas categorías de bienes, como los inmuebles. En algunos países se pueden constituir garantías reales sobre bienes que aún no existen (haberes futuros) y estas pueden abarcar todos los bienes de una sociedad, permitiendo a la vez que la sociedad siga empleándolos en el giro normal de sus negocios. Algunos ordenamientos permiten que se constituya una garantía real sin desplazamiento de la posesión, pudiéndose gravar ciertos bienes sin traspaso físico de su posesión; en otros ordenamientos no cabe constituir garantías reales sobre bienes no inscritos en el registro de la propiedad sin tomar posesión real o legal de esos bienes. Algunos ordenamientos permiten que se ejecute la garantía real sin intervención de los tribunales, mientras que otros solo permiten ejecutar la garantía por vía judicial. Algunos países prevén formas de ejecución que permiten no solo la venta de los bienes, sino su explotación por el prestamista garantizado que tomará posesión de ellos o nombrará a un administrador; en otros países, la venta judicial de los bienes constituye la vía primaria de ejecución. Según algunos ordenamientos, ciertos tipos de garantía prevalecen sobre los acreedores privilegiados, mientras que en otros estos gozan de prelación sobre cualquier tipo de garantía. En algunos países, la creación de una garantía real es poco costosa, habiéndose de abonar una tasa o un derecho mínimo, mientras que en otros puede resultar costosa. En algunos países, el monto de la garantía constituida puede ser ilimitado, mientras que en otros su valor no puede ser excesivo en comparación con la cantidad debida. Algunos ordenamientos jurídicos imponen obligaciones al prestamista garantizado en el caso de ejecución de la garantía, como la de velar por que la venta de los bienes se haga a su justo valor de mercado.

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

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

15. Dada la larga duración de las APP, es posible que las partes deseen gozar de autonomía para definir en términos ya sea precisos o ya sea genéricos los bienes dados en garantía. Puede que asimismo deseen constituir dicha garantía sobre los bienes presentes o futuros, así como sobre bienes susceptibles de sufrir alteración a lo largo de la vida de la garantía. Quizá convenga revisar la normativa vigente en materia de garantías a fin de dar margen a las partes para estipular entre ellas garantías adecuadas.

16. Varios órganos internacionales intergubernamentales, como la CNUDMI, han elaborado instrumentos que pueden utilizarse como modelos para formular o modernizar la legislación en materia de garantías mobiliarias. Cabe destacar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias[2], que ofrece un marco legislativo transparente, integral y moderno de la financiación garantizada que puede atender las necesidades de los operadores que participan en las APP, como se ha descrito anteriormente (véanse los párrs. 10 a 15). La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional[3] constituye también otra herramienta útil para eliminar los obstáculos a las operaciones transfronterizas fundamentales para la financiación de los proyectos de participación público-privada. Forman otro conjunto de instrumentos internacionales pertinentes para las garantías mobiliarias internacionales el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil[4] y los protocolos posteriores relativos al equipo aeronáutico[5], al material rodante ferroviario[6] y los bienes espaciales[7], elaborados bajo los auspicios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), que prevén derechos garantizados y de fácil ejecución, fundamentalmente un registro internacional electrónico, sobre bienes muebles que podrían incluirse en las operaciones realizadas en el marco de las APP.

4. Régimen de la propiedad intelectual

17. Las APP entrañan frecuentemente la utilización de tecnologías nuevas o avanzadas protegidas por patentes o derechos similares de propiedad intelectual. Pueden también suponer la formulación y presentación de soluciones originales o innovadoras, que pueden constituir información patentada y amparada por un derecho de propiedad intelectual. Por lo tanto, los inversionistas privados, nacionales y extranjeros, que aporten tecnología nueva o avanzada al país receptor o ideen soluciones originales

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

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

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

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

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

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

exigirán la seguridad de que sus derechos de propiedad intelectual estarán protegidos y que podrán hacerlos valer frente a toda infracción, lo cual puede requerir la promulgación de alguna norma de derecho penal para combatir toda vulneración de un derecho de propiedad intelectual.

18. Cabría ofrecer un marco jurídico para la protección de la propiedad intelectual adhiriéndose a algún acuerdo internacional relativo a la protección e inscripción en un registro de los derechos de propiedad intelectual. Sería deseable fortalecer la protección de esos derechos en armonía con instrumentos como el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883)[8]. El Convenio se aplica a la propiedad industrial en el sentido más amplio y abarca las invenciones, las marcas, los dibujos y modelos industriales, los modelos de utilidad, los nombres comerciales, las indicaciones geográficas y la represión de la competencia desleal. El Convenio dispone que, por lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, cada Estado contratante deberá otorgar todas las garantías de su derecho interno. Regula asimismo el derecho de prioridad para las patentes, marcas y dibujos y modelos industriales y establece algunas reglas comunes que todos los Estados contratantes deberán observar en materia de patentes, marcas, diseños industriales, nombres comerciales, indicaciones de procedencia, competencia desleal y prácticas administrativas internas. Un marco de protección internacional adicional es el ofrecido por el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (1970), que hace posible procurarse simultáneamente, en un gran número de países, la protección de una patente de invención presentando una única solicitud internacional de patente. En algunos países, las normas internacionales se complementan con legislación encaminada a proteger jurídicamente las novedades tecnológicas, como la legislación que protege los derechos de propiedad intelectual en el diseño de equipo y programas informáticos. Asimismo, el Tratado sobre el Derecho de Patentes[9] tiene por objeto armonizar los procedimientos formales respecto de las patentes y las solicitudes de patente nacionales y regionales.

19. Otros importantes instrumentos que dan protección internacional a los derechos de propiedad industrial son el Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas (1891)[10], el Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid (1989) y el Reglamento Común del Arreglo de Madrid y del Protocolo concerniente a ese Arreglo (1998). El Arreglo de Madrid prevé el registro internacional de marcas (tanto de fábrica o de comercio como de servicios) en la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). El registro internacional de las marcas conforme al Arreglo de Madrid es eficaz en varios países, en potencia en todos los Estados contratantes (excepto el país de origen). Además, el Tratado sobre el Derecho de Marcas (1994) simplifica y armoniza los procedimientos para la solicitud del registro de marcas, los cambios después del registro y la renovación de este.

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

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

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

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

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

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

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

22. Cuando la administración pública asuma la responsabilidad de proporcionar los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto, podrá hacerlo comprándolos a sus propietarios o, de ser ello necesario, procediendo a su adquisición forzosa mediante el pago de una compensación adecuada por una vía denominada a veces de “adquisición forzosa” o “expropiación” (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. …). Muchos países han regulado por ley el procedimiento a seguir para la adquisición forzosa de bienes de propiedad privada y esa normativa será probablemente aplicable a toda medida de adquisición forzosa que se requiera para las APP.

23. La adquisición forzosa puede efectuarse por vía judicial o administrativa o por medio de una ley especial. En la mayoría de los casos, los procedimientos entrañan fases administrativas y judiciales que pueden ser largas y complejas. Por tanto, las autoridades tal vez deseen revisar la normativa vigente en materia de adquisición forzosa por razones de interés público para comprobar si se ajusta a las necesidades de los grandes proyectos de infraestructura y determinar si permite un procedimiento rápido y asequible, que proteja adecuadamente los derechos de los propietarios. En la medida en que lo permita la ley, y en el marco del estudio de impacto medioambiental y social que se haya realizado en la fase inicial del proyecto (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. …), es importante que la administración pública pueda tomar posesión de los bienes sin demoras innecesarias a fin de que no aumenten los costos del proyecto.

6. Régimen de los contratos públicos y derecho administrativo

24. En muchos sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición romanística o influenciados por ella, la prestación de los servicios públicos puede regirse por un conjunto de normas conocido como “derecho administrativo”, aplicable a una amplia gama de funciones públicas. Esos sistemas funcionan conforme al principio de que la administración pública podrá ejercitar sus poderes y funciones por medio de un acto administrativo o un contrato administrativo. Se suele entender que la administración

pública podrá también celebrar contratos privados, con arreglo a la normativa aplicable a los contratos mercantiles privados. Las diferencias entre uno y otro tipo de contrato pueden ser apreciables.

25. Conforme al concepto del contrato administrativo, la libertad y autonomía de que gozan las partes en un contrato privado está subordinada al interés público. La administración pública tiene, en algunos sistemas jurídicos, el derecho a modificar el alcance y las cláusulas de los contratos administrativos e incluso a rescindirlos por razones de interés público, normalmente mediante indemnización de las pérdidas ocasionadas a la parte contratante privada (véase el cap. V, "Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada", párrs. …). La administración pública gozará también de extensas facultades de vigilancia e inspección y podrá imponer sanciones al operador privado por incumplimiento. Este será compensado a veces con la facultad de reclamar otros cambios necesarios en el contrato a fin de restablecer el equilibrio financiero inicial entre las partes y de mantener el valor global del contrato para la parte contratante privada (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. …). En algunos sistemas, las controversias suscitadas por los contratos públicos son de la exclusiva competencia de tribunales especiales dedicados únicamente a asuntos administrativos, que, en algunos países, están separados del sistema judicial o conforman un orden jurisdiccional propio (véase el cap. VI, "Solución de controversias", párrs. …).

26. La existencia de un régimen jurídico especial aplicable a las empresas de infraestructura y de servicios públicos no se limita a los sistemas jurídicos antes mencionados. Aunque en otros sistemas influidos por la tradición del *common law* no se hace esa distinción conceptual entre contratos administrativos y contratos privados, puede llegarse a las mismas consecuencias por medios diferentes. Si bien en esos sistemas se sostiene con frecuencia que la mejor manera de respetar el estado de derecho es que la administración pública se someta al derecho privado ordinario, en general también se reconoce que la administración no puede comprometer por vía contractual el ejercicio legítimo de sus funciones soberanas. No puede obstaculizar su futuro poder ejecutivo en el ejercicio de las funciones públicas que afecten al interés público. Conforme al principio de los actos soberanos, aplicable en algunos países cuyo sistema jurídico se basa en el *common law*, toda autoridad o entidad pública contratante estará excusada del cumplimiento de su contrato si el Estado, en el ejercicio de su soberanía, promulga alguna ley, reglamento o decreto en defensa del interés público que impida ese cumplimiento. Por ende, la ley puede permitir que la administración pública interfiera en el ejercicio de derechos contractuales adquiridos. Por lo común, tratará de limitarse esa intervención a fin de que los cambios no sean tan grandes que impidan que la otra parte pueda adaptarse a ellos sin que le ocasionen pérdidas contrarias a la equidad. En tales casos, la parte privada tendrá derecho a algún tipo de indemnización o ajuste equitativo. En previsión de esas eventualidades, en algunos países se incluye en los contratos públicos una cláusula uniforme de previsión de "cambios" que faculta a la administración pública para modificar unilateralmente las condiciones o para introducir cambios como resultado de un acto de intervención soberana ulterior.

27. Las prerrogativas especiales de los organismos públicos se justifican en esos sistemas jurídicos por razones de interés público. Se reconoce, no obstante, que, de utilizarse incorrectamente esas prerrogativas especiales, como el poder de modificar unilateralmente las cláusulas de los contratos, se estaría atentando contra los derechos adquiridos de quienes han contratado con la administración pública. Por esta razón, los países con una tradición arraigada de participación privada en proyectos de infraestructura han concebido una serie de mecanismos de control y vías de recurso para proteger a esos contratistas de los actos arbitrarios o indebidos de las autoridades, como el acceso a órganos imparciales de solución de controversias y sistemas de indemnización completa por actuaciones públicas perjudiciales. De no ofrecerse una protección adecuada, toda norma legal por la que se confiera a las autoridades prerrogativas especiales podría ser considerada por los posibles inversionistas como un riesgo imponderable que quizá los desaliente a la hora de invertir en determinadas jurisdicciones. Por esta razón, algunos países han revisado su legislación sobre contratos

públicos con miras a ofrecer el grado de protección requerido para fomentar la inversión privada y han eliminado toda norma que suscitara dudas sobre la estabilidad contractual a largo plazo necesaria para los proyectos de infraestructura.

7. Derecho contractual privado

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

29. Cuando vaya a construirse una nueva infraestructura, es probable que el socio privado necesite importar grandes cantidades de suministros y equipo. Se dará mayor seguridad jurídica a esas operaciones si el derecho interno contiene disposiciones expresamente adaptadas a la compraventa internacional. Se dispondrá de un marco jurídico particularmente idóneo si el país receptor es parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)[12] o en otros instrumentos internacionales relativos a contratos especiales, como el Convenio sobre el Arrendamiento Financiero Internacional (Ottawa, 1988)[13], elaborado por el UNIDROIT.

8. Derecho de sociedades

30. En la mayoría de los proyectos de desarrollo de un proyecto de participación público-privada, los promotores del proyecto crearán la sociedad del proyecto como entidad jurídica independiente en el país receptor (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. …). Se reconoce que la sociedad del proyecto puede adoptar diversas formas en los distintos países, que tal vez no configuren necesariamente una sociedad anónima. Como en la mayoría de los casos se elige como forma una sociedad anónima, es particularmente importante que el país receptor cuente con un derecho de sociedades moderno y adecuado en cuestiones fundamentales como la constitución y administración de la sociedad, la emisión de acciones y su venta o cesión, la contabilidad y los estados financieros y la protección de los accionistas minoritarios. Además, el reconocimiento de la capacidad de los inversionistas de crear entidades aparte que sirvan a título de “vehículos para usos especiales” para fines de financiación y desembolso de fondos puede facilitar el éxito de las operaciones de financiación del proyecto (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párr. …).

31. Aunque cabe utilizar diversas formas de sociedad, es característica común que los propietarios (o accionistas) de la entidad del socio privado querrán que se limite su responsabilidad al valor de su participación en el capital social. Si se quiere que la sociedad del proyecto ofrezca en bolsa sus acciones, la responsabilidad de sus socios habrá de ser limitada, ya que los posibles inversionistas comprarán, en general, las acciones de la sociedad por razón de su valor a título de inversión y no intervendrán

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

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

de cerca en su gestión. Por tanto, es importante que el derecho interno limite adecuadamente la responsabilidad de los accionistas. Además, una normativa adecuada de la emisión por las sociedades mercantiles de bonos, obligaciones u otros títulos bursátiles permitirá al socio privado obtener fondos de los inversionistas en el mercado de valores, lo que facilitará la financiación de ciertos proyectos.

32. El derecho interno debe definir las responsabilidades de los miembros del consejo de administración y del personal directivo de la sociedad del proyecto, sentando las bases de su responsabilidad penal eventual. Debe asimismo prever la protección de todo tercero afectado por algún incumplimiento de la responsabilidad corporativa. El derecho de sociedades moderno impone a menudo normas de conducta para el personal gestor con miras a evitar conflictos de intereses. En esas normas se exige que todo directivo actúe de buena fe al servicio de los intereses de la sociedad, y que no utilice su cargo en provecho de sus propios intereses financieros o los de un tercero y en detrimento de la sociedad. Toda norma destinada a evitar conflictos eventuales de intereses en la gestión de la sociedad puede tener particular importancia para los proyectos de infraestructura, en los que el socio privado desea a veces que sus accionistas participen, en una u otra etapa del proyecto, en la ejecución de ciertas obras o en la prestación de ciertos servicios conexos (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. …).

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

9. Derecho tributario y cuestiones tributarias transfronterizas

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

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

el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. …).

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

37. Las partes que intervienen en un proyecto suelen albergar diversas inquietudes acerca de la deuda tributaria eventual. Preocupa normalmente a los inversionistas la tributación de los beneficios obtenidos en el país receptor y de los pagos a los contratistas, proveedores, inversionistas y prestamistas, así como el trato fiscal de las ganancias (o pérdidas) de capital al liquidarse el socio privado. Los inversionistas pueden encontrarse con que ciertos pagos utilizados para aminorar los impuestos en su país de origen (como los pagos de intereses por las sumas tomadas en préstamo, los costos de investigación, los costos de licitación y las pérdidas en divisas) no lo son en el país receptor, o viceversa. Dado que solo se permite deducir los impuestos extranjeros que gravan los ingresos, los inversionistas han de asegurarse de que los impuestos sobre la renta pagados en el país receptor satisfacen la definición de impuesto sobre la renta de la autoridad tributaria de su propio país. Análogamente, la sociedad del proyecto puede ser tratada a efectos fiscales en el país receptor como un tipo diferente de entidad que en el país de origen. En los proyectos en que los activos pasan a ser propiedad pública, esto puede impedir que se apliquen las deducciones por depreciación con arreglo a las leyes fiscales del país de origen.

38. Un problema propio de los proyectos de participación público-privada en que intervienen inversionistas extranjeros es la posibilidad de que las sociedades extranjeras que participen en el consorcio de un proyecto se vean expuestas a la doble imposición, es decir, imposición sobre los beneficios, regalías e intereses en sus propios países y en el país receptor. El calendario de pagos tributarios y la obligación de pagar impuestos por vía de retención pueden también plantear problemas. Varios países han celebrado acuerdos bilaterales a menudo basados en el Convenio Modelo de la OCDE sobre la Doble Tributación por Concepto de Ingresos o de Capital[14] para eliminar o, por lo menos, reducir los efectos negativos de la doble imposición, los cuales, en caso de haberse celebrado entre el país receptor y los países de origen de los promotores del proyecto, desempeñan con frecuencia un papel en sus consideraciones fiscales.

39. En definitiva, es el efecto acumulativo de todos los impuestos combinados lo que hay que tener presente. Por ejemplo, puede haber impuestos establecidos a más de un nivel tributario; además de tributar a la administración central, el socio privado puede verse obligado al pago de impuestos municipales o provinciales. Puede que también

[14] Se aconseja al lector consultar el Convenio Modelo sobre la Doble Tributación por Concepto de Ingresos o de Capital preparado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), que actualiza periódicamente la institución para tener en cuenta las novedades en materia de doble imposición en el derecho tributario y en la práctica (http://www.oecd.org/tax/treaties/).

existan ciertos gravámenes además de los impuestos sobre la renta, a menudo devengados y pagaderos antes de que el socio privado haya tenido ningún ingreso. Figuran entre ellos el impuesto sobre las ventas, llamado a veces “impuesto sobre el tráfico comercial”, el impuesto sobre el valor añadido, el impuesto sobre bienes inmuebles, el impuesto del timbre o de sellos y los derechos de importación. A veces se hacen ofertas especiales de exoneración total o parcial de estos pagos, en el marco de los programas de incentivo de las inversiones.

10. Reglas y prácticas contables societarias

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

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

11. Protección del medio ambiente y APP

42. La protección del medio ambiente abarca una gran variedad de cuestiones, que van desde el tratamiento de residuos y sustancias peligrosas hasta la reubicación de personas desplazadas por grandes proyectos que utilizan mucho espacio. Las autoridades recurren cada vez más a las APP para desarrollar las infraestructuras necesarias para cumplir con sus objetivos de protección medioambiental y de desarrollo sostenible (como las

instalaciones y los sistemas de tratamiento de aguas y residuos o los generadores de energías “limpias”). En el otro lado de la balanza se colocan las preocupaciones de carácter social y ambiental que generan este tipo de proyectos de gran envergadura (véase el cap. II “Planificación y preparación de proyectos”, párr. 18). Hace años que se viene reconociendo que la protección del medio ambiente es un requisito crítico del desarrollo sostenible, como consagran los Objetivos de Desarrollo Sostenible (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párr. …). Es muy posible que la legislación sobre protección del medio ambiente ejerza en diversos planos un efecto directo sobre la ejecución de proyectos de infraestructura, y las cuestiones ecológicas suelen ser una de las causas más frecuentes de controversias. Las leyes de protección del medio ambiente pueden contener diversos requisitos, como el consentimiento de diversas autoridades competentes en la materia, pruebas de que no quedan responsabilidades pendientes de saldar por daños al medio ambiente, seguridades de que se observarán las normas ecológicas, compromisos de remediar los daños causados y requisitos de notificación. Estas leyes a menudo requieren una autorización previa para diversas actividades comerciales, con requisitos particularmente estrictos para ciertos tipos de infraestructura (por ejemplo, el tratamiento de aguas residuales, la recolección de residuos, las líneas de transmisión de electricidad, las carreteras y los ferrocarriles).

43. Es, por tanto, aconsejable prever medidas legislativas que den transparencia a las obligaciones derivadas de las leyes sobre cuestiones ecológicas. Es importante velar por el mayor grado posible de claridad en las normas que regulen las comprobaciones que podrán llevar a cabo las autoridades competentes, los requisitos de documentación y de otro tipo que deban cumplir los solicitantes de una licencia, las condiciones impuestas para la expedición de una licencia y las circunstancias que justifican su denegación o retirada. De particular importancia es que se garantice por ley el acceso de los solicitantes a vías de recurso expeditivas, tanto administrativas como, llegado el caso, judiciales. Asimismo, puede ser aconsejable cerciorarse, en la medida de lo posible, antes de la adjudicación definitiva del contrato, de que la empresa podrá cumplir las condiciones impuestas para la obtención de las licencias pertinentes. En algunos países, las autoridades especializadas o determinados grupos defensores del medio ambiente pueden tener derecho a acudir ante los tribunales para tratar de evitar que se causen daños al medio ambiente, lo que puede comprender el derecho a solicitar la retirada de una licencia si esta se considera contraria a las normas ambientales aplicables. En algunos países se ha juzgado oportuno que representantes de la población participen en los procedimientos conducentes a la expedición de licencias en cuestiones que afectan al medio ambiente (véase el cap. II “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 17 y 18). La ley tal vez prevea la escala de sanciones imponibles y determine quiénes habrán de responder por los daños ocasionados.

44. Con la adhesión a tratados de protección del medio ambiente se puede contribuir a reforzar el régimen internacional de la protección medioambiental. Durante los últimos decenios se han elaborado numerosos instrumentos internacionales encaminados a establecer normas internacionales comunes. Entre esos instrumentos cabe destacar: el Programa 21[15] y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[16], aprobados por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en 1992; la Carta Mundial de la Naturaleza (resolución 37/7 de la Asamblea General, anexo); el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, de 1989; el Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, de 1991[17]; y el Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, de 1992[18]. Del mismo modo, el desarrollo de la financiación para el clima, tras la entrada en vigor

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

[16] *Ibid*., anexo I.

[17] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1989, núm. I-34028.

[18] *Ibid*., vol. 1936, núm. I-33207.

del Acuerdo de París en 2016[19], está considerado una forma de cumplir con los objetivos fijados por cada país en materia de mitigación del calentamiento global.

12. Legislación protectora del consumidor

45. El hecho de que cada vez se preste mayor atención al interés público en las APP repercute en la importancia de evaluar la legislación de protección del consumidor del país receptor (véase el cap. I "Marco jurídico e institucional general", párr. 6). Varios países tienen normas jurídicas especiales para la protección del consumidor. Las leyes en la materia varían mucho de un país a otro, tanto en la forma en que están estructuradas como en su contenido. Con todo, las leyes de protección del consumidor contienen a menudo disposiciones como plazos favorables para presentar reclamaciones y obtener la ejecución judicial de los derechos contractuales, reglas especiales para la interpretación de todo contrato cuyas condiciones no hayan sido negociadas con el consumidor (llamados a veces "contratos de adhesión"), garantías contractuales más amplias para los consumidores, facultades especiales de rescisión, acceso a vías simplificadas para la solución de las controversias (véase también el cap. VI, "Solución de controversias", párrs. …) y otras medidas protectoras. Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor[20], aprobadas en 1985 bajo los auspicios del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y revisadas posteriormente a través de un proceso de consultas impulsado por la UNCTAD, pueden servir de inspiración para los países que desean mejorar su marco jurídico en materia de protección de los consumidores. En particular, la directriz 76 relativa a la energía y la directriz 77 relativa a los servicios públicos son pertinentes para el desarrollo de los proyectos de participación público-privada.

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

13. Régimen de la insolvencia

47. La insolvencia de la empresa gestora de una infraestructura o de un servicio público plantea una serie de problemas que han llevado a algunos países a prever un régimen especial para estas situaciones, con reglas que permiten a la autoridad contratante adoptar las medidas necesarias para asegurar la continuidad del proyecto (véase el cap. V, "Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada", párrs. …). La continuidad en la prestación del servicio puede lograrse mediante un marco jurídico que permita el rescate de empresas en dificultades financieras mediante procedimientos de reorganización o análogos. En el caso de que resulte inevitable la apertura de un procedimiento de insolvencia, a los prestamistas garantizados les preocupará especialmente el régimen aplicable a los créditos garantizados, y en particular si los acreedores así protegidos podrán ejecutar la garantía pese a la apertura de un procedimiento de insolvencia, si los acreedores garantizados tendrán prioridad para resarcirse con el producto del pago de la garantía y cómo se

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

[20] La resolución puede consultarse en la página http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ares70d186_en.pdf, así como en la página de la UNCTAD dedicada a la cuestión (http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/UN-Guidelines-on-Consumer-Protection.aspx).

determinará el orden de prelación de los créditos de los acreedores garantizados. Como antes se observó, una parte sustancial de la deuda del socio privado adopta la forma de préstamos “principales”, en que los prestamistas requieren precedencia en el pago respecto de la deuda subordinada del socio privado (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párr. …). La medida en que los prestamistas podrán obtener la ejecución judicial de esos arreglos de subordinación dependerá del régimen de prelación aplicable a los acreedores conforme a la ley del foro ante el que se haya abierto el procedimiento de insolvencia. El reconocimiento legal de la autonomía de las partes para establecer una subordinación contractual entre diversas clases de préstamos puede facilitar la financiación de los proyectos de infraestructura.

48. Entre las cuestiones de que tiene que ocuparse la legislación figuran las siguientes: el orden de prelación entre los acreedores, la relación entre el administrador de la insolvencia y los acreedores, los mecanismos jurídicos para la reorganización del deudor insolvente, normas especiales concebidas para garantizar la continuidad del servicio público en caso de insolvencia del socio privado y disposiciones sobre la anulación de las operaciones efectuadas por el deudor poco antes de la apertura del procedimiento de insolvencia. La *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia*[21] y sus textos explicativos[22] son herramientas útiles para modernizar el régimen de la insolvencia de un país.

49. En los grandes proyectos de infraestructura, la insolvencia de la sociedad del proyecto suele afectar a acreedores de más de un país o a bienes situados en varios países. Por tanto, puede ser conveniente que el país receptor cuente con disposiciones que faciliten la cooperación judicial, el acceso a los tribunales de los administradores de procedimientos de insolvencia extranjeros y el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y su *Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación*[23], suplementadas por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Reconocimiento y la Ejecución Transfronterizos de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia y su *Guía para su incorporación al derecho interno*[24], ofrecen un modelo idóneo para los países que deseen actualizar su legislación a este fin.

14. Medidas contra la corrupción

50. Las condiciones para las inversiones y los negocios en el país receptor pueden también mejorarse con medidas para luchar contra la corrupción en la administración de los contratos públicos. Es particularmente importante que el país receptor adopte

---

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

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

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

[24] Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Reconocimiento y la Ejecución Transfronterizos de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia y su *Guía para su incorporación al derecho interno* (2018).

medidas concretas y eficaces para combatir el soborno y las prácticas ilícitas conexas, en particular la aplicación efectiva de la normativa en vigor contra el soborno.

51. La promulgación de leyes que incorporen acuerdos y normas internacionales sobre la integridad de la gestión de los negocios públicos podría ser un paso significativo en esa dirección. En ese sentido, el único instrumento universal de lucha contra la corrupción jurídicamente vinculante es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción [25] (véase el cap. I, "Marco jurídico e institucional general", párr. 4), que obliga a los países a tipificar como delitos una amplia gama de actos de corrupción, entre los que destaca el soborno, si no están ya tipificados como tales en el derecho interno. Otros instrumentos importantes son la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 1997, negociada bajo los auspicios de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos[26].

52. Además, es importante que las reglas aplicables a la actuación de las autoridades contratantes y a la supervisión de los contratos públicos garanticen el nivel requerido de transparencia y de integridad, especialmente la publicación de los contratos adjudicados y de los informes de evaluación de la ejecución. Si no existen reglas de este tipo, convendría preparar y promulgar normas legales o reglamentarias apropiadas. Otros elementos que deben tomarse en consideración en este contexto son la simplicidad y la coherencia, además de la eliminación de todo trámite innecesario que prolongue o haga engorrosos los trámites administrativos.

C. Acuerdos internacionales

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

1. Participación en instituciones financieras internacionales

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

2. Acuerdos generales sobre facilitación y fomento del comercio

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

[25] Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 31 de octubre de 2003.
[26] http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm.

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

3. Acuerdos internacionales sobre sectores industriales concretos

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

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