



Asamblea General

Distr. GENERAL
A/CN.9/458/Add.8
10 de marzo de 1999

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
32º período de sesiones
Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999

PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA

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

Informe del Secretario General

Adición

Capítulo VII. LEY APLICABLE

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Recomendaciones relativas a la legislación	1-3	3
Notas sobre las recomendaciones relativas a la legislación	1-63	4
A. Observaciones generales	1-2	4
B. La ley aplicable al acuerdo de proyecto y los contratos conexos	3-8	4
1. La ley aplicable al acuerdo del proyecto	4-5	4
2. La ley aplicable a los contratos celebrados por el concesionario	6-8	5
C. Otras ofertas pertinentes de la legislación	9-58	5
1. Promoción y protección de las inversiones	10-11	6
2. Régimen de la propiedad	12-14	6

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
3. Reglas y procedimientos en materia de expropiación	15-16	7
4. Régimen de la propiedad intelectual	17-21	7
5. Garantías reales	22-30	8
6. Derecho de sociedades	31-34	10
7. Prácticas contables	35	11
8. Derecho contractual	36-37	12
9. Normas sobre contratos públicos y derecho administrativo	38-41	12
10. Régimen de la insolvencia	42-44	14
11. Derecho tributario	45-50	14
12. Protección ambiental	51-54	16
13. Leyes de protección del consumidor	55	17
14. Medidas contra la corrupción	56-58	17
 D. Acuerdos internacionales	 59-63	 18
1. Participación en instituciones financieras multilaterales	60	18
2. Acuerdos generales sobre facilitación y fomento del comercio	61	18
3. Acuerdos internacionales sobre sectores industriales concretos	 62-63	 19

RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN

1. La ley aplicable al acuerdo de proyecto (véanse los párrs. 4 y 5)

1. El país anfitrión tal vez desee promulgar disposiciones que indiquen, según corresponda, los textos legales o reglamentarios que rigen el acuerdo de proyecto y aquéllos cuya aplicación queda excluida.

2. La ley aplicable a los contratos celebrados por el concesionario (véanse los párrs. 6 a 8)

2. El país anfitrión tal vez desee considerar la posibilidad de adoptar disposiciones legislativas por las que se reconozca la libertad del concesionario y sus prestamistas, aseguradores y otros cocontratantes para elegir la ley aplicable a sus relaciones contractuales.

3. Otras materias pertinentes objeto de legislación (véanse los párrs. 9 a 58)

3. El país anfitrión tal vez desee considerar la posibilidad de reexaminar y, cuando corresponda, revisar las normas jurídicas en otras esferas pertinentes a los proyectos de infraestructura con financiación privada (promoción y protección de las inversiones, régimen de la propiedad, normas y procedimientos en materia de expropiación, régimen de la propiedad intelectual, garantías reales, derecho de sociedades, prácticas contables, derecho contractual, normas sobre contratos públicos y derecho administrativo, régimen de la insolvencia, derecho tributario, régimen de protección del medio ambiente y el consumidor y medidas contra la corrupción).

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN

A. Observaciones generales

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

2. La Sección B se refiere a la elección de la ley o las leyes que han de regir el acuerdo de proyecto y otros contratos celebrados por el concesionario durante la vida del proyecto (véanse los párrs. 3 a 8). La Sección C señala algunos aspectos particulares de las leyes del país anfitrión que, sin referirse necesariamente de manera directa a los proyectos de infraestructura con financiación privada, pueden repercutir en su ejecución (véanse los párrs. 9 a 58). La Sección D indica la posible pertinencia de algunos acuerdos internacionales para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada en el país anfitrión (véanse los párrs. 59 a 63).

B. La ley aplicable al acuerdo de proyecto y los contratos conexos

3. En la legislación nacional sobre proyectos de infraestructura con financiación privada no es frecuente hallar disposiciones legales que rijan el acuerdo de proyecto. Cuando aparecen, suelen prever la aplicación de las leyes del país anfitrión haciendo una remisión general a la ley nacional o mencionando textos legales o reglamentarios especiales aplicables al acuerdo de proyecto. En algunos ordenamientos jurídicos puede haber una sumisión tácita a las leyes del país anfitrión, incluso cuando no hay una disposición legal en ese sentido. Como se verá a continuación, aún más raramente figuran en la legislación nacional las disposiciones de rango legal relativas a la ley aplicable a los contratos celebrados por el concesionario.

1. La ley aplicable al acuerdo del proyecto

4. La ley aplicable al acuerdo del proyecto abarca generalmente las normas contenidas en las leyes y los reglamentos del país anfitrión directamente relacionados con los proyectos de infraestructura con financiación privada, cuando existe legislación expresa sobre la materia. Los principales elementos de estas leyes han sido examinados en anteriores capítulos de la *Guía*. Como antes se observó (véase el capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, ___), en algunos países, el acuerdo de proyecto puede estar sometido al derecho administrativo, mientras que en otros se regirá por el derecho privado (véanse también los párrs. 38 a 41). La ley aplicable suele abarcar además normas jurídicas de otras esferas del derecho que rigen diversos asuntos planteados durante la ejecución de un proyecto de infraestructura (véanse los párrs. 9 a 58). Algunas de estas normas pueden ser de carácter administrativo o público de otra índole y su aplicación tiene posiblemente carácter imperativo en el país anfitrión, como ocurre con las medidas de protección del medio ambiente y de la salud y las condiciones de trabajo. Algunas leyes nacionales señalan expresamente los asuntos sujetos a normas de aplicación imperativa. No obstante, varias cuestiones derivadas del acuerdo de proyecto o de la explotación de la instalación puede que no sean objeto de normas imperativas de derecho público. El caso típico son la mayoría de las cuestiones contractuales planteadas por el acuerdo de proyecto (por ejemplo, formación, validez e incumplimiento del contrato, incluida la responsabilidad y la indemnización por incumplimiento de contrato y su resolución culpable).

5. Aunque no sería posible enumerar exhaustivamente en las disposiciones legislativas todas las leyes o reglamentos directa o subsidiariamente pertinentes a los proyectos de infraestructura con financiación privada, en gracia a la claridad puede ser aconsejable indicar en la legislación qué textos legales y reglamentarios son directamente aplicables a la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada y, cuando corresponda, aquellos cuya aplicación se excluye.

2. La ley aplicable a los contratos celebrados por el concesionario

6. Es común que el concesionario y sus contratistas elijan una ley que les sea familiar y que, en su opinión, regule suficientemente las cuestiones objeto de sus contratos. Según el tipo de contrato, se plantearán diferentes cuestiones relativas a la cláusula sobre la ley aplicable. Por ejemplo, lo que se refiere a los acuerdos de financiación que celebre el concesionario, es muy probable que los prestamistas exijan que la ley aplicable sea la de un ordenamiento con un conjunto establecido de leyes relativas a las operaciones financieras internacionales. Puede que se celebren contratos de suministro de equipo y de otra índole con empresas extranjeras y las partes quizá deseen escoger una ley que conozcan y que prevea, por ejemplo, un régimen adecuado de garantías contra los defectos o la no conformidad del equipo. A su vez, el concesionario puede convenir en la aplicación de las leyes del país anfitrión en lo referente a los contratos celebrados con sus clientes locales.

7. Las legislaciones nacionales rara vez contienen disposiciones acerca de la ley aplicable a los contratos celebrados por el concesionario. En unos pocos países, la ley limita la aplicación del derecho extranjero a cuestiones no reguladas por la ley nacional o somete las elecciones de una ley extranjera a la aprobación de la autoridad contratante. Sin embargo, la mayoría de los países no han hallado razones de peso para adoptar disposiciones relativas a la ley aplicable a los contratos entre el concesionario y sus contratistas y han preferido dejar la cuestión librada a una cláusula sobre la elección de ley en sus contratos o a las normas aplicables de conflictos de leyes.

8. En algunos casos, se han incluido en la legislación nacional disposiciones dirigidas a aclarar, según corresponda, que los contratos celebrados entre el concesionario y sus contratistas se rigen por el derecho privado y que los contratistas no son mandatarios de la autoridad contratante. En algunos países, una disposición de ese tipo puede acarrear varias consecuencias prácticas, como que la autoridad contratante no sea subsidiariamente responsable de los actos de los subcontratistas ni haya obligación por parte de la entidad pública competente de pagar indemnización por enfermedades, lesiones o muerte de los empleados del subcontratista.

C. Otras esferas pertinentes de la legislación

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

1. Promoción y protección de las inversiones

10. Una cuestión que preocupa especialmente a los consorcios del proyecto y a los prestamistas es el grado de protección que se otorga a la inversión en el país anfitrión. Puede aumentarse la confianza de los inversionistas en el país anfitrión si se les ampara, por ejemplo, protegiéndoles contra toda medida de nacionalización o expropiación que se adopte sin control judicial o sin indemnización adecuada de conformidad con el derecho internacional. Los patrocinadores que participen en el consorcio de un proyecto desearán, asimismo, poder entre otras cosas introducir

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

11. Un número cada vez mayor de países ha concluido acuerdos de inversión bilaterales cuyo objetivo es facilitar y proteger la corriente de inversiones entre las partes contratantes. Los acuerdos de protección de inversiones contienen generalmente disposiciones relativas a la admisión y las condiciones otorgadas a las inversiones extranjeras; las transferencias financieras entre las partes contratantes (por ejemplo pago de dividendos en el extranjero o repatriación de inversiones); la disponibilidad de moneda extranjera para la transferencia o repatriación del producto financiero de la inversión; el amparo contra medidas de expropiación o nacionalización y la solución de controversias al respecto. La existencia de un acuerdo de este tipo entre el país anfitrión y el país o los países de origen de los patrocinadores del proyecto puede ser un factor determinante de su decisión de invertir en el país anfitrión. Las condiciones ofrecidas en dichos acuerdos pueden hacer innecesarias ciertas seguridades o garantías que se reclaman a la administración pública en relación con cada proyecto de infraestructura.

2. Régimen de la propiedad

12. Es aconsejable que el régimen de la propiedad del país anfitrión refleje pautas aceptables y modernas y cuente con disposiciones adecuadas sobre la propiedad y la utilización de terrenos y edificios, así como sobre bienes muebles e inmateriales, y asegure que el concesionario podrá comprar, vender, traspasar y autorizar la utilización de bienes, según proceda. Las disposiciones constitucionales que protegen el derecho de propiedad han resultado ser factores importantes del fomento de las inversiones privadas en muchos países (véase el capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, __).

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

14. Es asimismo necesario proporcionar mecanismos eficaces para asegurar el respeto de los derechos de propiedad y posesión que se conceda al concesionario contra violaciones de terceros. Esto deberá ser asimismo aplicable a las servidumbres y derechos de paso que el concesionario pueda necesitar para prestar y mantener el servicio correspondiente (por ejemplo, colocación de postes y cables en propiedad privada para la distribución de electricidad) (véase capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, __).

3. Reglas y procedimientos en materia de expropiación

15. Cuando las autoridades del país anfitrión asumen la responsabilidad de proporcionar los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto, puede hacerlo comprándolos a sus propietarios o, de ser ello necesario, procediendo a su expropiación (véase capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, __). Muchos países han regulado por ley el procedimiento a seguir en materia de expropiación y esa normativa será probablemente aplicable a toda medida de expropiación forzosa que se requiera para los proyectos de infraestructura con financiación privada.

16. Los procedimientos de expropiación a menudo entrañan fases administrativas y judiciales que pueden ser largas y complejas. Por tanto, las autoridades del país anfitrión tal vez deseen revisar la normativa vigente en materia de expropiación por razones de interés público para comprobar su adecuación a las necesidades de los grandes proyectos de infraestructura y determinar si permite un procedimiento rápido y eficiente, que respete debidamente los derechos de los propietarios. Es particularmente importante que las autoridades del país anfitrión puedan tomar posesión de los bienes lo antes posible, en la medida que las leyes lo permitan, para no demorar el inicio de las obras ni incrementar los costos del proyecto.

4. Régimen de la propiedad intelectual

17. Los proyectos de infraestructura con financiación privada conllevan frecuentemente la utilización de tecnologías nuevas o avanzadas protegidas por patentes o derechos similares de propiedad intelectual. Pueden también conllevar la formulación y presentación de soluciones originales o innovadoras, que pueden constituir información patentada y amparada por un derecho de propiedad intelectual. Por lo tanto, los inversionistas privados, nacionales y extranjeros, que aportan tecnología nueva o avanzada al país anfitrión o idean soluciones originales, deberán tener la seguridad de que sus derechos de propiedad intelectual estarán protegidos y que podrán hacerlos valer frente a toda infracción.

18. Puede ofrecerse un marco jurídico para la protección de la propiedad intelectual adhiriéndose a los acuerdos internacionales relativos a la protección y el registro de los derechos de propiedad intelectual. Sería deseable fortalecer la protección de esos derechos en armonía con instrumentos como el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883) ¹. El Convenio se aplica a la propiedad industrial en el sentido más amplio, incluidos invenciones, marcas de fábrica o de comercio, dibujos y modelos industriales, modelos de utilidad, nombres comerciales, indicaciones geográficas y la represión de la competencia desleal. El Convenio dispone que por lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, cada Estado Contratante debe garantizar el trato nacional. Prevé igualmente el derecho de prioridad en el caso de patentes, marcas y dibujos y modelos industriales, y establece algunas normas comunes que todos los Estados contratantes deben observar en relación con las patentes, las marcas, los dibujos y modelos industriales, los nombres comerciales, las indicaciones de origen, la competencia desleal y las administraciones nacionales. Proporciona un marco para la ulterior protección internacional de patentes el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (1970), que hace posible procurarse simultáneamente en cada uno de gran número de países la protección mediante patente de una invención presentando una solicitud internacional de patente.

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

¹Revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya, el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 2 de octubre de 1979.

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

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

21. Los instrumentos mencionados están complementados por tratados que fijan clasificaciones internacionales como el Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación internacional de patentes (1971), el Arreglo de Niza relativo a la Clasificación internacional de productos y servicios para el registro de las marcas (1957), el Acuerdo de Viena por el que se crea la Clasificación internacional de elementos figurativos de las marcas (1973) y el Arreglo de Locarno que establece una clasificación internacional para los dibujos y modelos industriales (1968).

5. Garantías reales

22. Es decisivo para el buen éxito de los proyectos de infraestructura con financiación privada que exista un régimen jurídico nacional que ofrezca a los prestamistas una garantía fiable. Los tipos de activo que puedan gravarse y los tipos de garantía real que puedan crearse variarán de un ordenamiento jurídico a otro. A raíz de las apreciables diferencias entre los distintos ordenamientos respecto del régimen de las garantías reales, la *Guía* no examina en detalle las particularidades técnicas de la legislación necesaria, por lo que los siguientes párrafos proporcionan sólo un esbozo general de los principales elementos del régimen moderno para las operaciones garantizadas.

23. En algunos ordenamientos jurídicos, pueden crearse garantías reales sobre prácticamente cualquier clase de bienes, incluida la propiedad intelectual, mientras que en otros sólo pueden crearse en una categoría limitada de activos, como los inmuebles. En algunos países se pueden constituir garantías reales sobre bienes que aún no existen (activos futuros) y pueden abarcar todos los activos de una sociedad, permitiendo a la vez a ésta continuar empleándolos en el curso ordinario de sus negocios. Algunos ordenamientos jurídicos prevén un derecho de garantía contra la cosa sin desplazamiento de la posesión, de modo que se pueda gravar activos sin traspasar físicamente su posesión; en otros, respecto de los activos que no están sometidos a un sistema de registro de la propiedad sólo se puede obtener una garantía real mediante la posesión real *o ficta*. Conforme a ciertos ordenamientos, se puede ejecutar la garantía real sin intervención de los tribunales, mientras que en otros tal cosa sólo puede lograrse mediante procedimientos judiciales. Algunos países prevén recursos ejecutivos que abarcan no sólo la venta de los bienes, sino que permiten al prestamista garantizado explotar el activo tomando posesión de él o nombrando a un administrador; en otros países, la venta judicial puede constituir el mecanismo primario de ejecución. Según algunos ordenamientos, ciertos tipos de garantía prevalecen sobre los acreedores privilegiados, mientras que en otros éstos tienen preferencia sobre todos los tipos de garantía. En algunos países, la creación de una garantía real es eficiente en relación con el costo, con el pago de tasas y gravámenes mínimos, mientras que en otros puede resultar costosa. En algunos países, el monto de la garantía constituida puede ser ilimitado, mientras que en otros su valor no puede ser excesivo en comparación con la cantidad debida. Algunos ordenamientos jurídicos imponen obligaciones al prestamista garantizado frente al deudor y a terceros en el caso de ejecución de la garantía, como la obligación de vender el bien a su justo valor de mercado.

24. El tipo y el alcance de las garantías que ofrezca el concesionario o sus accionistas desempeñará un papel fundamental en la negociación contractual de la financiación de los proyectos de infraestructura. Los acuerdos de

³Con 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.

garantía pueden ser complejos y constar de diversas formas de garantías, por ejemplo, constitución de garantías sobre bienes físicos determinados del concesionario (por ejemplo, hipotecas u otros gravámenes), pignoración de acciones del concesionario y cesión de activos incorporables (créditos a cobrar) del proyecto. Si bien los acuerdos de préstamo quedan normalmente sometidos a la ley aplicable elegida por las partes, el derecho interno del país anfitrión determinará las más de las veces el tipo de garantía que podrá hacerse valer sobre los bienes situados en ese país, así como las vías de recurso disponibles al respecto. Las diferencias en el tipo de garantías o las insuficiencias de las vías disponibles en el derecho interno del país anfitrión pueden ser causa de preocupación para los posibles prestamistas. Por ello, es importante que la legislación nacional proteja adecuadamente a los acreedores garantizados y no ponga obstáculos a la capacidad de las partes para constituir garantías adecuadas.

25. Como medida de protección legal básica de los acreedores cabe citar la de disponer que las garantías reales (por ejemplo, una hipoteca) sean registrables y que, una vez inscrita la garantía en el registro central de la propiedad o en algún otro registro público, cualquier comprador del bien gravado por la garantía recibirá la propiedad de ese bien a reserva de esa garantía. Esto puede resultar difícil, ya que en muchos países no existe registro central de la propiedad. Además, esas garantías deberán ser oponibles a terceros, constituir un derecho real y no una mera obligación y facultar a la persona que reciba la garantía para vender, a título de ejecución, los bienes gravados en garantía. Los créditos así garantizados deberán tener prelación sobre los no garantizados en todo procedimiento de insolvencia.

26. 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 hace difícil o incluso imposible que el deudor constituya una garantía sobre bienes genéricos o sobre bienes con los que haya de negociar en el curso normal de sus negocios.

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

28. Como antes se dijo (véase el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, __), otra forma de garantía que se suele dar en relación con ciertos proyectos de infraestructura con financiación privada es una cesión a los prestamistas del producto financiero de los contratos con los clientes del concesionario. El producto así cedido puede ser el de un único contrato por ejemplo, (el compromiso de compra de energía eléctrica por una red distribuidora) o de un gran número de operaciones individuales (por ejemplo, el pago mensual de las facturas de gas o de agua). En la mayoría de los casos no será viable que el concesionario especifique cada uno de los créditos así cedidos a los acreedores. Por tanto, la cesión de créditos para la financiación del proyecto adopta generalmente la forma de una cesión global de créditos futuros. No obstante, en algunos ordenamientos puede que la validez de una cesión global de créditos presentes y futuros sea bastante incierta.

29. Hasta el momento ningún organismo intergubernamental internacional ha elaborado un régimen ni un modelo uniforme completo para la modernización de la legislación nacional en materia de garantías reales. Los gobiernos harían bien, no obstante, en tener en cuenta diversas iniciativas de diferentes organizaciones.

30. La Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas, preparada por el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF) para ayudar en la reforma legislativa de los países de Europa central y oriental ofrece un modelo al respecto. Además de regular en términos generales quién puede constituir y recibir una garantía real, y de enunciar ciertas reglas generales relativas a las deudas garantizadas y a los bienes gravados, la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas del BERF aborda otras materias, como la constitución de garantías reales, los intereses de terceros, la ejecución de la garantía y los trámites de inscripción en el registro. Las soluciones que propone la Ley Modelo del BERF tratan de lograr los objetivos que se debaten en los párrafos 24 a 29 *supra*.

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

6. Derecho de sociedades

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

32. Aunque pueden utilizarse diversas formas de sociedad para que los explotantes de un proyecto adquieran una única personalidad jurídica, es característica común que los propietarios (o accionistas) del concesionario querrán que se limite al valor de su participación en el capital social. Si se quiere que el concesionario ofrezca en bolsa sus acciones, la responsabilidad de sus socios habrá de ser limitada, ya que los posibles inversionistas comprarán, en general, las acciones de la compañía por razón de su valor a título de inversión y no intervendrán de cerca en la gestión del concesionario. Por tanto, es importante que la legislación del país anfitrión limite adecuadamente la responsabilidad de los accionistas. Además, una normativa adecuada que regule la emisión por las sociedades mercantiles de bonos, obligaciones u otros valores bursátiles, permitirá al concesionario obtener fondos de los inversionistas en el mercado de valores, lo que facilitará la financiación de ciertos proyectos de infraestructura.

33. Las leyes tienen que determinar las responsabilidades de los miembros del consejo de administración y los directores del concesionario, incluido el fundamento de su responsabilidad penal. Pueden asimismo comprender disposiciones para la protección de los terceros afectados por cualquier incumplimiento de la responsabilidad social. La legislación moderna sobre sociedades contiene a menudo normas de conducta para el personal gestor a fin de evitar conflictos de intereses. En esas normas se exige que todo directivo actúe de buena fe al servicio de los intereses de la sociedad, y que no utilice su cargo en provecho de sus propios intereses financieros o los de un tercero y en detrimento de la sociedad. Toda norma destinada a evitar conflictos eventuales de intereses en la gestión de la sociedad puede tener particular importancia para los proyectos de infraestructura, en los que el concesionario desea

a veces que sus accionistas participen, en una u otra etapa del proyecto, en la ejecución de ciertas obras o en la prestación de ciertos servicios conexos (véase capítulo VI, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, ___).

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

7. Prácticas contables

35. En varios países se exige a las empresas que apliquen prácticas contables generalmente aceptadas. Entre las razones para hacerlo figura que la adopción de prácticas contables uniformes es una medida adoptada en muchos países para lograr la uniformidad en la valoración de las empresas. La utilización de prácticas contables modernas e internacionalmente aceptables puede ser un medio para asegurar la comerciabilidad de las obligaciones y demás valores que emita el concesionario para obtener fondos en los mercados financieros internacionales. En relación con la selección del concesionario, la utilización de prácticas contables normalizadas puede asimismo facilitar la tarea de evaluar la calificación financiera de los ofertantes con objeto de determinar si satisfacen los criterios de preselección establecidos por la autoridad contratante (véase el cap. III, “Selección del concesionario”, ___). 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 órgano regulador pueda supervisar la aplicación de las estructuras tarifarias y verificar su observancia (véase el cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___).

8. Derecho contractual

36. La legislación en materia de contratos del país anfitrión desempeña una importante función con respecto a los contratos celebrados por el concesionario con subcontratistas, proveedores y otras partes. El derecho interno relativo a los contratos comerciales debe ofrecer soluciones adecuadas a las necesidades del concesionario y de quienes contraten con él, incluida la flexibilidad requerida para negociar los contratos que mejor respondan a las necesidades de la construcción y gestión de una instalación de infraestructura. Además de algunos principios básicos de derecho contractual, como el reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de las partes, de la ejecutoriedad judicial de las obligaciones contractuales y de soluciones adecuadas para los supuestos de incumplimiento de contrato, el derecho interno puede crear un ambiente favorable para los proyectos de infraestructura con financiación privada facilitando soluciones contractuales susceptibles de ser utilizadas en estos proyectos. Es asimismo importante que exista un conjunto de normas de derecho internacional privado, dado que muy probablemente los contratos celebrados por el concesionario contendrán algún elemento internacional.

37. Cuando vaya a construirse una nueva obra de infraestructura, es probable que el concesionario necesite importar grandes cantidades de suministros y equipo. Se fomentará una mayor certeza jurídica en esas operaciones si la legislación del país anfitrión contiene disposiciones expresamente adaptadas a los contratos de compraventa internacionales. La adhesión a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa

internacional de mercaderías (Viena, 1980)⁴ o a otros instrumentos internacionales que se refieran a contratos específicos, como la Convención relativa al Arriendo Financiero Internacional de bienes de equipo con opción de compra (Ottawa, 1988)⁵, elaborada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

9. Normas sobre contratos públicos y derecho administrativo

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

39. Conforme al concepto del contrato administrativo, la libertad y la autonomía de que gozan las partes en un contrato privado están subordinadas al interés público. La autoridad tiene, en algunos ordenamientos jurídicos, el derecho de rescindir los contratos administrativos (véase el cap. VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórrogas y rescisión”, __) o modificar su alcance y condiciones, por razones de interés público, por lo general mediante indemnización de las pérdidas sufridas por la parte contratante privada (véase el cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, __). Otros derechos pueden consistir en amplias facultades de vigilancia e inspección, así como la de imponer sanciones por incumplimiento al operador privado. Esto se compensa a veces con el requisito de que se puedan hacer otros cambios en el contrato a fin de restablecer el equilibrio financiero original entre las partes y conservar el valor general del contrato para la parte contratante privada (véase el cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, __). En algunos ordenamientos, las controversias suscitadas por los contratos públicos son de la exclusiva competencia de tribunales especiales dedicados únicamente a asuntos administrativos, que, en algunos países, están separados del sistema judicial (véase el cap. VIII, “Solución de controversias”, __).

40. La existencia de un régimen jurídico especial aplicable a los explotantes de infraestructura y proveedores de servicios públicos no se limita a los ordenamientos jurídicos antes mencionados. Si bien en otros ordenamientos influidos por la tradición del *common law* no se hace esa distinción de categorías entre contratos administrativos y contratos privados, puede llegarse a las mismas consecuencias por medios diferentes. Mientras que en esos ordenamientos se sostiene con frecuencia que la mejor manera de mantener el imperio de la ley es someter a la administración pública al derecho privado ordinario, se reconoce en general que la administración no puede encadenar a un contrato el ejercicio de sus funciones soberanas. No puede obstaculizar su futura autoridad ejecutiva en el cumplimiento de las funciones que afectan al interés público. Conforme a la doctrina de los actos soberanos, sostenida en algunas jurisdicciones de derecho anglosajón, el gobierno, en su condición de contratante, está excusado del cumplimiento de sus contratos si el Estado, en uso de su soberanía, promulga leyes, reglamentos o decretos en interés público que impidan ese cumplimiento. Por ende, la ley puede permitir a un organismo público injerirse en el ejercicio de derechos contractuales adquiridos. Por lo común, esa actividad se limita de modo que los cambios no puedan ser tan grandes que impidan a la otra parte adaptarse a ellos en términos equitativos. En estas circunstancias, la parte privada tiene algún tipo de indemnización o ajuste equitativo (véase el cap. V, “Desarrollo

⁴*Documentos oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, Viena, 10 de marzo a 1º de abril de 1980* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta E.82V.5), primera parte.

⁵*Acts and Proceedings of the Diplomatic Conference for the adoption of the draft Unidroit Conventions on International Factoring and International Financial Leasing, Ottawa, 9-28 May 1988, vol. I.*

y explotación de infraestructura”, ___). En previsión de esas eventualidades, en algunos países se incluye en los contratos públicos una cláusula uniforme sobre “cambios” que faculta a la autoridad pública a modificar unilateralmente las condiciones o prevé cambios como resultado de un acto soberano posterior.

41. Las prerrogativas especiales de los organismos públicos se justifican en esos ordenamientos jurídicos por razones de interés público. Se reconoce, no obstante, que prerrogativas públicas especiales, en particular el poder de modificar unilateralmente las condiciones de los contratos, pueden, de ser utilizadas incorrectamente, afectar negativamente a derechos adquiridos de quienes han contratado con la autoridad. Por esta razón, los países con la tradición bien establecida de participación privada en proyectos de infraestructura han desarrollado una serie de mecanismos de control y vías de recurso para proteger a esos contratistas contra actos arbitrarios o incorrectos de los organismos públicos, como el acceso a órganos imparciales de solución de controversias, y sistemas completos de indemnización ante actuaciones públicas ilícitas. Donde no se ofrece una protección de esta naturaleza, las normas jurídicas que dotan a los organismos públicos de prerrogativas especiales pueden ser considerados por los posibles inversionistas como un riesgo imponderable que quizá los desaliente de invertir en determinadas jurisdicciones. Por esta razón, algunos países han revisado su legislación sobre contratos públicos para otorgar el grado de protección necesario para fomentar las inversiones privadas y eliminado las disposiciones que eran causa de preocupación sobre la estabilidad contractual a largo plazo necesaria para los proyectos de infraestructura.

10. Régimen de la insolvencia

42. La insolvencia de la empresa gestora de una infraestructura o proveedora de servicios plantea una serie de problemas que han llevado a algunos países a prever un régimen especial para estas situaciones, con reglas que permiten a las autoridades del país anfitrión adoptar las medidas necesarias para asegurar la continuidad del proyecto (véase el capítulo VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, ___). La continuidad en la prestación del servicio puede lograrse mediante un marco jurídico que permita el rescate de empresas económicamente viables pero que tropiecen con dificultades financieras con procedimientos de reorganización y otros análogos. En el caso de que resulten inevitables los procedimientos de quiebra, a los prestamistas garantizados les preocupará especialmente la existencia de disposiciones sobre créditos garantizados, y en especial la cuestión de si los acreedores así protegidos podrán ejecutar la garantía a pesar del inicio del procedimiento de insolvencia, si los créditos garantizados tienen prioridad para recibir el pago con el producto que reporte la garantía y cómo se gradúan entre sí los créditos de los acreedores garantizados. Como antes se observó, una parte sustancial de la deuda del concesionario adopta la forma de “principales”, cuyos prestamistas requieren precedencia en el pago respecto de la deuda subordinada del concesionario (véase “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, ___). La medida en que los prestamistas podrán obtener la ejecución de estos arreglos subordinados dependerá de las normas y disposiciones de las leyes del país que rijan la graduación de los acreedores en los procedimientos de insolvencia. El reconocimiento legal de la autonomía de la voluntad de las partes para establecer una subordinación contractual de diferentes clases de préstamos puede facilitar la financiación de los proyectos de infraestructura.

43. Entre las cuestiones de que tiene que ocuparse la legislación figuran las siguientes: la cuestión de la graduación de los acreedores, la prioridad entre el administrador de la insolvencia y los acreedores, mecanismos jurídicos para la reorganización del deudor insolvente, normas especiales concebidas para garantizar la continuidad del servicio público en caso de insolvencia del concesionario y disposiciones sobre la anulación de operaciones efectuadas por el deudor poco antes de la apertura de los procedimientos de insolvencia.

44. Es probable la insolvencia de un concesionario que afecte a acreedores de más de un país o a bienes situados en varios países. Por tanto tal vez sea conveniente que el país anfitrión cuente con disposiciones que faciliten la cooperación judicial, el acceso a los tribunales de los administradores de procedimientos de insolvencia extranjeros

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

11. Derecho tributario

45. Además de los incentivos fiscales de que se pueda disponer en general en el país anfitrión o que tal vez se concedan especialmente para proyectos de infraestructura con financiación privada (véase el capítulo II, “Respaldo público”, ___), el régimen tributario general del país huésped desempeña una función significativa en las decisiones de las empresas privadas en materia de inversiones. Además de una evaluación del impacto de la tributación sobre el costo del proyecto y el margen de beneficios previsto, los inversionistas privados examinan cuestiones como la transparencia general del sistema tributario nacional, el grado de discrecionalidad que ejerciten las autoridades tributarias, la claridad de las directrices e instrucciones emitidas a los contribuyentes, y la objetividad de los criterios utilizados para calcular las deudas fiscales. Este asunto puede ser complejo, en particular en los países en que se ha descentralizado la facultad de imponer o aumentar impuestos, o ejecutar la legislación tributaria.

46. La estabilidad del régimen fiscal es decisiva para el buen éxito de los proyectos de infraestructura con financiación privada. Muchos proyectos dependen en gran medida del crédito y requieren un nivel de liquidez predecible. Los cambios imprevistos en los impuestos que reduzcan esta liquidez pueden tener graves repercusiones en el proyecto. Todas las posibles consecuencias tributarias deben ser prontamente evaluables a lo largo de la vida del proyecto. En algunos países, la autoridad pública está autorizada a celebrar acuerdos con los inversionistas con el fin de garantizar la estabilidad del régimen tributario aplicable al proyecto. No obstante, la autoridad puede verse limitada, por razones constitucionales o políticas en el otorgamiento de este tipo de garantía, en cuyo caso las partes pueden acordar mecanismos de indemnización o de revisión del contrato para hacer frente a los aumentos de costo derivados de cambios en la tributación (véase también el capítulo V, “Desarrollo e explotación de infraestructura”, ___).

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

48. Puede que las partes que intervienen en el proyecto tengan distintas inquietudes acerca de la posible deuda tributaria. Preocupa normalmente a los inversionistas la imposición de los beneficios conseguidos en el país anfitrión, la que grava los pagos a los contratistas, proveedores, inversionistas y prestamistas, y el tratamiento tributario de las ganancias (o pérdidas) de capital cuando se liquida al concesionario. Los inversionistas pueden encontrarse con que no existen en el país anfitrión los pagos que sirven para disminuir los impuestos conforme al régimen de su país de origen (como los relacionados con los intereses por las cantidades tomadas en préstamo, los costos de investigación, los costos de la oferta y las pérdidas en divisas), o viceversa. Dado que sólo se permite la acreditación de los impuestos extranjeros que gravan los ingresos, los inversionistas han de asegurarse que los impuestos a la renta pagados en el país anfitrión satisfacen la definición de impuesto a la renta de la autoridad tributaria de su propio país. Análogamente, el concesionario puede ser tratado a efectos fiscales en el país anfitrión como un tipo diferente de entidad que en el país de origen. En los proyectos en que los activos pasan a ser propiedad

de la administración pública, esto puede impedir que se apliquen las deducciones por depreciación con arreglo a las leyes del país de origen.

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

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

12. Protección ambiental

51. La protección ambiental abarca una gran variedad de cuestiones, que van desde la eliminación de residuos y sustancias peligrosas hasta la reubicación de personas desplazadas por grandes proyectos que afectan a utilización del suelo. Se reconoce ampliamente que la protección ambiental es un requisito previo crítico del desarrollo sostenible. El atenerse a los tratados relativos a la protección del medio ambiente puede ayudar a fortalecer el régimen internacional de esa protección. En los últimos decenios se ha elaborado una gran cantidad de instrumentos internacionales para fijar normas internacionales comunes. Cabe citar entre ellos: Agenda 21 y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobadas 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, de 28 de octubre de 1982); el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación de 1989; la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo de 1991; y la Convención sobre la protección y utilización de corrientes de agua transfronterizas y lagos internacionales de 1992.

52. Es muy posible que la legislación sobre protección ambiental ejerza en diversos planos un efecto directo sobre la ejecución de proyectos de infraestructura y las cuestiones ambientales figuran entre las causas más frecuentes de controversias. Las leyes de protección ambiental pueden contener diversos requisitos, como el consentimiento de diversas autoridades competentes en la materia, pruebas de que no quedan responsabilidades pendientes en materia de medio ambiente, seguridades de que se mantendrán las normas ambientales, compromisos de remediar los daños al medio ambiente y requisitos de notificación. Estas leyes requieren muchas veces una autorización previa para desarrollar varias actividades comerciales, lo que puede ser particularmente estricto para ciertos tipos de infraestructura (por ejemplo, tratamiento de aguas residuales, recolección de residuos, el sector de la energía eléctrica dependiente del carbón, la transmisión de electricidad, las carreteras y los ferrocarriles). Es frecuente que se necesiten autorizaciones y licencias para realizar trabajos de construcción o para instalar ciertas estructuras físicas. La denegación de una licencia ambiental puede constituir una obstáculo insuperable para la ejecución de todo el proyecto.

53. Es por tanto, aconsejable velar por el mayor grado posible de claridad en las normas que regulen las comprobaciones que pueden llevar a cabo las autoridades ambientales, los requisitos de documentación y de otro tipo que deben cumplir los solicitantes de una licencia, las condiciones para la emisión de una licencia y las circunstancias que justifican su denegación o retirada. De particular importancia son las disposiciones que garantizan el acceso de los solicitantes a procedimientos de apelación expeditivos y recursos judiciales, llegado el caso. Asimismo puede ser aconsejable asegurarse, en la medida de lo posible, antes de la adjudicación definitiva del proyecto, de si se cumplen las condiciones para la obtención de dicha licencia. En algunos países, algunos órganos especiales de la administración o determinados grupos para la defensa del medio ambiente pueden tener derecho a iniciar procedimientos judiciales para tratar de evitar daños ambientales, entre los que puede incluirse el derecho a solicitar la retirada de una licencia, por considerar que no es conforme a las normas ambientales aplicables. En algunos de esos países se ha juzgado oportuno que representantes de la población eventualmente afectada participen en los procedimientos conducentes a la emisión de licencias ambientales. Las leyes pueden además fijar la escala de sanciones que cabe imponer y concretar qué partes pueden tener que responder por los daños ocasionados.

54. Pueden suscitarse también otros problemas con las normas internas protectoras del medio ambiente cuando el concesionario se hace cargo de una infraestructura ya existente, en particular cuando no se ha dilucidado la cuestión de la responsabilidad por los daños ambientales causados por la industria nacionalizada con anterioridad a su privatización. Los inversionistas privados se pueden mostrar renuentes a hacerse cargo de una infraestructura ya existente o a comprar acciones de servicios públicos a los que se pueda exigir en el futuro una indemnización o reparación por los daños ambientales causados por la empresa antes de su privatización. Por tanto, puede ser aconsejable establecer mecanismos para compensar a los inversionistas privados por la responsabilidad en la que se incurrió como resultado de los daños ambientales causados durante el período de gestión pública.

13. Leyes de protección del consumidor

55. Varios países tienen normas jurídicas especiales sobre protección del consumidor. Las leyes en la materia varían mucho de país a país, tanto de la manera como están organizadas como en su contenido. Con todo, las leyes de protección del consumidor contienen a menudo disposiciones como plazos favorables para presentar reclamaciones y hacer cumplir obligaciones contractuales, normas especiales para la interpretación de contratos cuyas condiciones no se suelen negociar con el consumidor (llamados a veces “contratos de adhesión”); amplias garantías a favor de los consumidores; facultades especiales de rescisión; acceso a instancias simplificadas de solución de controversias; y otras medidas protectoras. Desde el punto de vista del concesionario, es importante examinar si las leyes del país anfitrión sobre protección de los consumidores pueden limitar u obstaculizar la capacidad del concesionario para exigir, por ejemplo, su derecho a obtener el pago por los servicios prestados, ajustar precios o interrumpir los servicios a los clientes que no los paguen.

14. Medidas contra la corrupción

56. El entorno para las inversiones y los negocios en el país anfitrión puede también mejorarse con medidas para luchar contra la corrupción en la administración de los contratos públicos. Deben examinarse las normas que rijan el funcionamiento de las autoridades contratantes y la supervisión de los contratos públicos y, cuando esas normas no existan, habrá que elaborar y aprobar leyes y reglamentos apropiados que garanticen el grado necesario de transparencia y corrección. La simplicidad y la coherencia, junto con la eliminación de trámites innecesarios que prolonguen los procedimientos administrativos o los hagan engorrosos, son otros elementos que hay que tener en cuenta en este contexto.

57. Es además particularmente importante que el país anfitrión adopte medidas eficaces y concretas para combatir todas las formas de corrupción, cohecho y prácticas ilícitas conexas, en particular que procure la eficaz aplicación de las leyes vigentes que prohíben el cohecho.

58. La promulgación de leyes que incorporen acuerdos y normas internacionales sobre la integridad en la conducción de los asuntos públicos puede representar un paso significativo en esa dirección. Contienen normas importantes dos resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas: resolución 51/59 de 12 de diciembre de 1996, por la que la Asamblea aprobó el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, y la resolución 51/191 de 16 de diciembre de 1996, por la que aprobó la Declaración de las Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales. Otros importantes instrumentos son la Convención interamericana contra la corrupción, aprobada por la Organización de Estados Americanos en la Conferencia Especializada para adoptar el proyecto de convención interamericana contra la corrupción, celebrada en 1996 en Caracas, y el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 1997, negociado bajo los auspicios de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.

D. Acuerdos internacionales

59. Los proyectos de infraestructura con financiación privada pueden verse afectados por acuerdos internacionales concluidos por el país anfitrión, además de por el derecho interno de este país. A continuación se examinan brevemente las consecuencias de algunos acuerdos internacionales.

1. Participación en instituciones financieras multilaterales

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

2. Acuerdos generales sobre facilitación y fomento del comercio

61. 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 la Organización Mundial del Comercio (OMC). En estos acuerdos pueden figurar disposiciones generales sobre la promoción y el favorecimiento del comercio de mercaderías (p. ej. la cláusula de la nación más favorecida, la prohibición de contingentes y otros obstáculos comerciales discriminatorios) y sobre la promoción de prácticas comerciales equitativas (p. ej. prohibición del dumping y restricciones a la utilización de subvenciones). El objetivo de algunos acuerdos es específicamente la desaparición de barreras a la prestación de servicios por extranjeros en los Estados contratantes o la promoción de la transparencia y la eliminación de la discriminación de los proveedores en la contratación pública. Estos acuerdos pueden tener importancia en la legislación nacional sobre proyectos de infraestructura con financiación privada en la que se contemplan limitaciones a la participación de sociedades extranjeras en proyectos de infraestructura, o se establecen preferencias para entidades nacionales, o para la contratación pública de suministros en el mercado local.

3. Acuerdos internacionales sobre sectores industriales concretos

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

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