



Asamblea General

Distr. general
19 de diciembre de 2002
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

36º período de sesiones
Viena, 30 de junio a 18 de julio de 2003

Proyecto de suplemento de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada

Nota de la Secretaría

Suplemento: Proyecto final refundido de las disposiciones legales modelo

1. El anexo de esta nota contiene el texto completo de las disposiciones legales modelo sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, tal y como fueron aprobadas por el Grupo de Trabajo sobre proyectos de infraestructura con financiación privada en su quinto período de sesiones (Viena, 9 a 13 de septiembre de 2002).
2. Como se indicó en el documento A/CN.9/521, párrafos 19 a 21, la Comisión dispone básicamente de tres posibilidades para abordar la relación entre el proyecto de disposiciones modelo y las recomendaciones legislativas que contiene la Guía Legislativa. La primera opción sería mantener en dos textos paralelos las recomendaciones legislativas y las disposiciones modelo, una vez adoptadas. La segunda opción sería sustituir las recomendaciones legislativas en su totalidad por las disposiciones legales modelo. La tercera opción sería sustituir sólo las recomendaciones legislativas a cuyo respecto haya adoptado la Comisión unas disposiciones legales modelo. En el documento A/CN.9/522/Add.2 se presenta un cuadro de concordancias entre las recomendaciones legislativas y las disposiciones legales modelo correspondientes.
3. Para facilitar más el examen de este asunto por la Comisión, en el anexo de la presente nota se recoge el texto de las recomendaciones legislativas a cuyo respecto no se ha preparado ninguna disposición legal modelo, al que sigue el texto completo de las disposiciones legales modelo. Las recomendaciones legislativas han sido reenumeradas para mantener la secuencia. El prefacio explica que se parte del



supuesto de que seguirán manteniéndose al menos algunas de las recomendaciones legislativas, junto con las disposiciones legales modelo.

4. Si la Comisión decidiera proceder de este modo, en la primera publicación de las disposiciones legales modelo, y a la espera de su incorporación en una futura edición refundida de la Guía Legislativa de la CNUDMI, figurará una nota al pie de página con una declaración del siguiente tenor:

“Las disposiciones legales modelo (en adelante denominadas “las disposiciones modelo”) fueron aprobadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en 2003, como suplemento de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (en adelante denominada la “Guía Legislativa”), aprobada en 2000. Las disposiciones modelo reflejan, en un lenguaje legislativo, los principios plasmados en las recomendaciones legislativas que contenía originalmente la Guía Legislativa, que quedan sin efecto salvo aquéllas a cuyo respecto no se haya formulado ninguna disposición modelo. Aunque la mayoría de las disposiciones modelo guarden relación con recomendaciones legislativas concretas, no abarcan toda la gama de cuestiones tratadas en las recomendaciones legislativas. En particular, no se han formulado disposiciones modelo concretas sobre cuestiones administrativas o institucionales tales como las que se tratan en las recomendaciones legislativas 1 y 5 a 13. El texto refundido de las restantes recomendaciones legislativas y de las disposiciones modelo sustituye a la totalidad de las recomendaciones legislativas que figuran en las páginas xi a xxvii de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.”

5. El texto del anexo I incluye, debajo del título de cada proyecto de disposición modelo, y ocasionalmente dentro del propio texto, referencias a las correspondientes recomendaciones legislativas. En caso de que la Comisión decida que las disposiciones modelo, una vez adoptadas, sustituyan en su totalidad, o en parte, a las recomendaciones legislativas, habrán de eliminarse estas referencias del texto final.

6. Las referencias internas a otras disposiciones modelo del proyecto se han mantenido en cursivas y entre corchetes, a la espera de que la Comisión decida que el proyecto de disposiciones modelo se convierta, o no, en ley modelo. Si se optara por la forma de ley modelo, las referencias remitirían a “artículos” y no a “disposiciones modelo”.

Índice

| | | |
|----------------|---------------|---|
| Prefacio | <i>Página</i> | 5 |
|----------------|---------------|---|

Primera Parte: Recomendaciones legislativas

| | <i>Recomendaciones</i> | <i>Página</i> |
|--|------------------------|---------------|
| I. Marco legal e institucional general | 1-11 | 6 |
| Marco constitucional, legal e institucional | 1 | 6 |
| Poderes requeridos para otorgar concesiones | 2-5 | 6 |
| Coordinación administrativa | 6 | 6 |
| Reglamentación de los servicios de infraestructura | 7-11 | 7 |
| II. Riesgos de los proyectos y respaldo público | 12-13 | 7 |
| Los riesgos del proyecto y su distribución | 12 | 7 |
| Respaldo público | 13 | 7 |

Segunda Parte: Proyecto de disposiciones legales modelo sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada

| | <i>Disposiciones modelo</i> | <i>Página</i> |
|--|-----------------------------|---------------|
| I. Disposiciones generales | 1-4 | 8 |
| Preámbulo | 1 | 8 |
| Definiciones | 2 | 8 |
| Facultad para concertar acuerdos de concesión | 3 | 9 |
| Sectores que pueden requerirse y ejecutarse proyectos | 4 | 10 |
| II. Selección del concesionario | 5-27 | 10 |
| Normas que rigen el procedimiento de selección | 5 | 10 |
| Finalidad de la preselección y procedimiento | 6 | 11 |
| Criterios de preselección | 7 | 12 |
| Participación de consorcios | 8 | 13 |
| Decisión de preselección | 9 | 13 |
| Procedimiento para la solicitud de propuestas en una y en dos etapas .. | 10 | 14 |
| Contenido de la solicitud de propuestas | 11 | 15 |
| Garantías de las ofertas | 12 | 16 |
| Aclaraciones y modificaciones | 13 | 16 |
| Criterios de evaluación | 14 | 17 |
| Comparación y evaluación de propuestas | 15 | 17 |
| Nueva demostración del cumplimiento de los criterios de calificación .. | 16 | 18 |
| Negociaciones finales | 17 | 18 |
| Circunstancias en que cabe adjudicar una concesión por vía no competitiva | 18 | 19 |
| Procedimientos para la negociación de un contrato de concesión | 19 | 20 |
| Admisibilidad de las propuestas no solicitadas | 20 | 21 |
| Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas | 21 | 21 |

| | <i>Disposiciones modelo</i> | <i>Página</i> |
|---|---------------------------------|---------------|
| Propuestas no solicitadas que no entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos | 22 | 22 |
| Propuestas no solicitadas que entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos | 23 | 22 |
| Confidencialidad de las negociaciones | 24 | 23 |
| Aviso de la adjudicación de un contrato | 25 | 23 |
| Expediente del proceso de selección y adjudicación | 26 | 24 |
| Vías de recurso | 27 | 24 |
| III. Construcción y explotación de infraestructuras | 28-42 | 24 |
| Contenido del contrato de concesión | 28 | 24 |
| Ley aplicable | 29 | 26 |
| Organización del concesionario | 30 | 26 |
| Propiedad de los bienes | 31 | 27 |
| Adquisición de derechos relativos al emplazamiento del proyecto | 32 | 27 |
| Servidumbres | 33 | 28 |
| Arreglos financieros | 34 | 28 |
| Garantías reales | 35 | 28 |
| Traspaso del contrato de concesión | 36 | 29 |
| Traspaso del control sobre el concesionario | 37 | 29 |
| Explotación de la infraestructura | 38 | 30 |
| Compensación por cambios legislativos concretos | 39 | 30 |
| Revisión del acuerdo de concesión | 40 | 30 |
| Asunción del proyecto de infraestructura por la autoridad contratante | 41 | 31 |
| Sustitución del concesionario | 42 | 31 |
| IV. Duración, prórroga y rescisión del contrato de concesión | 43-48 | 31 |
| Duración y prórroga del contrato de concesión | 43 | 31 |
| Rescisión del contrato de concesión por la autoridad | 44 | 32 |
| Rescisión del contrato de concesión por el concesionario | 45 | 32 |
| Rescisión del contrato de concesión por cualquiera de las partes | 46 | 33 |
| Arreglos financieros tras la expiración o la rescisión del contrato de concesión | 47 | 33 |
| Liquidación y medidas de traspaso | 48 | 33 |
| V. Solución de controversias | 49-51 | 34 |
| Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario | 49 | 34 |
| Controversias entre el concesionario y sus clientes o los usuarios de la instalación de infraestructura | 50 | 34 |
| Otras controversias | 51 | 34 |

Prefacio

En las páginas siguientes figura una serie de principios generales legislativos recomendados, bajo el título de “recomendaciones legislativas”, y de disposiciones legales modelo (en adelante denominadas “las disposiciones legales modelo”) sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. Las recomendaciones legislativas y las disposiciones modelo tienen la finalidad de ayudar a los órganos legislativos nacionales a establecer un marco legislativo favorable para los proyectos de infraestructura con financiación privada y van seguidas por unas notas en las que se ofrece una explicación analítica de las cuestiones financieras, reglamentarias, jurídicas, de política normativa y de otra índole que se plantean en el contexto de este tema. Se aconseja leer las recomendaciones legislativas y las disposiciones modelo conjuntamente con sus notas, pues contienen información de fondo que permite comprender mejor dichas recomendaciones legislativas y disposiciones modelo.

Las recomendaciones legislativas y las disposiciones modelo consisten en una serie de disposiciones básicas que regulan las cuestiones que deben tenerse en cuenta al legislar sobre el tema concreto de los proyectos de infraestructura con financiación privada.

Se pretende que las disposiciones modelo se apliquen y completen mediante reglamentaciones más detalladas. En consecuencia, se indican los aspectos susceptibles de ser tratados por vía reglamentaria más que por vía legislativa. Además, para poder ejecutar con éxito proyectos de infraestructura con financiación privada suelen requerirse medidas que van más allá del establecimiento de un marco legislativo apropiado, tales como estructuras y prácticas administrativas adecuadas, capacidad de organización, conocimientos técnicos, recursos humanos y financieros apropiados y estabilidad económica.

Cabe señalar que las recomendaciones legislativas y las disposiciones modelo no se ocupan de otros campos del derecho que también repercuten en los proyectos de infraestructura con financiación privada pero sobre los que no se formula ninguna recomendación legislativa concreta en la Guía Legislativa. Entre éstos figuran cuestiones jurídicas tales como la promoción y la protección de las inversiones, el régimen de propiedad, las garantías reales, las reglas y procedimientos para la expropiación de bienes de propiedad privada, las disposiciones generales sobre contratos, la reglamentación de la contratación pública y el derecho administrativo, el régimen fiscal, la protección del medio ambiente y la legislación de protección del consumidor.

Primera Parte

Recomendaciones legislativas

I. Marco legal e institucional general

Marco constitucional, legal e institucional (véase cap. I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 2 a 14)

Recomendación 1. *El marco constitucional, legal e institucional para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada debe asegurar la transparencia, equidad y sostenibilidad a largo plazo de los proyectos. Debe eliminarse toda restricción que obstaculice la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de infraestructuras.*

Poderes requeridos para otorgar concesiones (véase cap. I, “Marco legislativo e institucional general”, párrs. 15 a 22)

Recomendación 2. *La ley debe indicar las autoridades públicas del país anfitrión (incluidas, cuando corresponda, las autoridades nacionales, provinciales y locales) que estén facultadas para adjudicar concesiones y concertar acuerdos para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada.*

Recomendación 3. *Los proyectos de infraestructura con financiación privada podrán conllevar concesiones para la construcción y explotación de obras o sistemas de infraestructura nuevos, o para el mantenimiento, la modernización, la ampliación y la explotación de las obras y sistemas de infraestructura ya existentes.*

Recomendación 4. *La ley debe determinar los sectores o tipos de infraestructura respecto de los que podrán adjudicarse concesiones.*

Recomendación 5. *La ley debe determinar si una concesión podrá abarcar toda la región bajo la competencia de la autoridad contratante, una subdivisión geográfica de la misma o un proyecto concreto, y si podrá adjudicarse a título exclusivo o no, según corresponda, de conformidad con las normas y principios de derecho, disposiciones legales, reglamentos y políticas aplicables al sector de que se trate. Podrá facultarse a las autoridades contratantes para obrar de consuno al adjudicar concesiones que sean de la competencia de más de una autoridad.*

Coordinación administrativa (véase cap. I. “Marco legal e institucional general”, párrs. 23 a 29)

Recomendación 6. *Deben crearse mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas encargadas de conceder toda aprobación, licencia, autorización o permiso que sea requerido para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada de conformidad con las disposiciones legales o reglamentarias sobre la construcción y explotación de obras de infraestructura del tipo propuesto.*

Reglamentación de los servicios de infraestructura (véase cap. I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 30 a 53)

Recomendación 7. *La función reglamentadora de los servicios de infraestructura no debe encomendarse a entidades que presten de manera directa o indirecta servicios de infraestructura.*

Recomendación 8. *La función reglamentadora debe encomendarse a órganos funcionalmente independientes con suficiente autonomía para garantizar que sus decisiones serán adoptadas sin injerencias políticas ni presiones indebidas de las empresas explotadoras de infraestructuras o proveedoras de servicios públicos.*

Recomendación 9. *Deben publicarse las normas por las que se rija el proceso regulatorio. Toda decisión regulatoria deberá ser expresamente motivada y deberá ser puesta al alcance de las partes interesadas mediante su publicación o por otros medios.*

Recomendación 10. *La ley debe establecer procedimientos transparentes por los que el concesionario pueda solicitar la reconsideración de una decisión regulatoria por un órgano independiente e imparcial, e incluso por la vía judicial, y enunciar los motivos en los que podrá basarse un recurso de reconsideración.*

Recomendación 11. *Deben establecerse, en su caso, procedimientos especiales para la solución de controversias entre los proveedores de servicios públicos acerca de presuntas violaciones de las leyes o reglamentos que rijan el sector de que se trate.*

II. Riesgos de los proyectos y respaldo público

Los riesgos del proyecto y su distribución (véase cap. II, “Riesgos de los proyectos y respaldo público”, párrs. 8 a 29)

Recomendación 12. *No debe imponerse, por vía legal o reglamentaria, ninguna limitación innecesaria a la capacidad de la autoridad contratante para convenir con la otra parte en una distribución de los riesgos que sea la que mejor responda a las necesidades del proyecto.*

Respaldo público (véase cap. II, “Riesgos de los proyectos y respaldo público”, párrs. 30 a 60)

Recomendación 13. *La Ley debe indicar con claridad las autoridades públicas del país anfitrión que podrían prestar respaldo financiero o económico para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada así como los tipos que se les autoriza a prestar.*

Segunda Parte

Proyecto de disposiciones legales modelo sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada

I. Disposiciones generales

Disposición modelo 1. Preámbulo

[véanse la recomendación 1 y el capítulo I, párrs. 2 a 14]

CONSIDERANDO que el [Gobierno] [Parlamento] de ... estima conveniente establecer un marco legislativo propicio para promover y facilitar la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada que fomenten la transparencia, la equidad y que sea duradero, al tiempo que suprima las restricciones contraproducentes de la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de infraestructuras;

CONSIDERANDO que el [Gobierno] [Parlamento] de ... estima conveniente dar un mayor relieve a los principios generales de transparencia, economía y equidad en la adjudicación de contratos por parte de las autoridades públicas formulando para ello procedimientos específicos que regulen la adjudicación de proyectos de infraestructura;

[Otros objetivos que el Estado promulgante desee enunciar;].

Adopta e incorpora al derecho interno el texto siguiente:

Disposición modelo 2. Definiciones

[véase la introducción, párrs. 9 a 20]

A efectos de la presente ley:

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

b) Se entenderá por *proyecto de infraestructura* la concepción, construcción, el desarrollo y la explotación de nuevas instalaciones de infraestructura o la rehabilitación, modernización, expansión o explotación de instalaciones de infraestructuras ya existentes;

c) Se entenderá por *autoridad contratante* la autoridad pública facultada para celebrar un contrato de concesión con miras a la ejecución de un proyecto de infraestructura [conforme a lo dispuesto en la presente ley]¹;

d) Se entenderá por *concesionario* la persona que ejecute un proyecto de infraestructura con arreglo a un contrato de concesión concertado con una autoridad contratante;

¹ Conviene señalar que la autoridad definida en este apartado es únicamente la que está facultada para celebrar contratos de concesión. Puede haber ordenamientos jurídicos en que exista un órgano concreto, que en el apartado h) se define como "organismo regulador" y que puede estar facultado para emitir las reglas y reglamentos que rijan la prestación del servicio pertinente.

e) Se entenderá por *contrato de concesión* el acuerdo o los acuerdos jurídicamente vinculantes entre la autoridad contratante y el concesionario en que se fijen los detalles y las condiciones para la ejecución de un proyecto de infraestructura;

f) Se entenderá por *ofertante y ofertantes* las personas o los grupos de personas que participen en el procedimiento de selección para un proyecto de infraestructura²;

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

h) Se entenderá por *organismo regulador* toda autoridad pública facultada para emitir y hacer cumplir las reglas y reglamentos que rijan las infraestructuras o la prestación de los servicios pertinentes³.

Disposición modelo 3. Facultad para concertar acuerdos de concesión

[véanse la recomendación 2 y el capítulo I, párrs. 15 a 18]

Estarán facultadas para celebrar contratos de concesión⁴, a efectos de ejecución de proyectos de infraestructura que entren en el ámbito de sus respectivas competencias, las siguientes autoridades públicas: [el Estado promulgante enumerará aquí las autoridades públicas pertinentes del país anfitrión que pueden celebrar contratos de concesión; esta enumeración puede hacerse con una lista exhaustiva o indicativa de autoridades públicas, con una lista de tipos o categorías de autoridades públicas o con una lista en que se combinen ambos criterios]⁵.

² El “ofertante” o los “ofertantes” son, según el contexto, tanto las personas que han solicitado una invitación para participar en un procedimiento de preselección como las que hayan presentado una propuesta a raíz de la solicitud de propuestas hecha por una autoridad contratante.

³ Puede ser conveniente reglamentar la composición, la estructura y las funciones de ese organismo regulador en legislación especial (véanse las recomendaciones 7 a 11 y el capítulo I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 30 a 53).

⁴ Es aconsejable establecer mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas facultadas para emitir las aprobaciones, las licencias, los permisos o las autorizaciones necesarias para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada de acuerdo con las disposiciones legislativas o reglamentarias que rijan la construcción y explotación de infraestructuras del tipo pertinente (véanse la recomendación legislativa 6 y el capítulo I, “Marco legal e institucional general”, párrs. 23 a 29). Además, puede ser útil que los países que prevean prestar determinadas formas de apoyo estatal a los proyectos de infraestructura indiquen claramente en el derecho pertinente, es decir, en las leyes o reglamentaciones que rijan las actividades de las entidades autorizadas para ofrecer apoyo público, cuáles son las entidades que están facultadas para prestar ese apoyo estatal y el tipo de apoyo que pueden prestar (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”).

⁵ En general, los Estados promulgantes tienen dos opciones para agregar al texto de esta disposición modelo. Una de las opciones consiste en enunciar una lista de autoridades facultadas para celebrar contratos de concesión, ya sea en la disposición modelo o en una lista que se adjunte a dicha disposición. La otra opción consiste en que el Estado promulgante indique el rango de las autoridades que pueden celebrar esos contratos, aunque sin nombrarlas explícitamente. En un Estado federal, por ejemplo, esa cláusula de atribución de competencias podría referirse a “la Unión, los Estados [o provincias] o los municipios”. En cualquier caso, es

Disposición modelo 4. Sectores en que pueden requerirse y ejecutarse proyectos de infraestructura

[véanse la recomendación 4 y el capítulo I, párrs. 19 a 22]

Las autoridades competentes podrán celebrar contratos de concesión en los siguientes sectores: [el Estado promulgante indicará aquí los sectores pertinentes enumerándolos en un lista exhaustiva o indicativa]⁶.

II. Selección del concesionario

Disposición modelo 5. Normas que rigen el procedimiento de selección

[véanse la recomendación 14 y el capítulo III, párrs. 1 a 33]

La selección del concesionario se realizará de conformidad con [las disposiciones modelo 6 a 27] y, en lo relativo a las cuestiones no reguladas en dichas disposiciones, de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que prevean procedimientos competitivos transparentes y eficientes para la adjudicación de contratos gubernamentales]⁷.

aconsejable que los Estados promulgantes que deseen enunciar una lista exhaustiva de autoridades prevean mecanismos para revisar la lista cuando sea necesario. Para ello, puede adjuntarse la lista a la ley o a las reglamentaciones adoptadas conforme a dicha ley.

⁶ Es aconsejable que los Estados promulgantes que deseen especificar exhaustivamente los sectores prevean mecanismos para revisar la lista de sectores cuando sea necesario. Para ello cabría presentar la lista en una hoja adjunta a la ley o a las reglamentaciones adoptadas conforme a dicha ley.

⁷ Conviene tener presente la relación entre los procedimientos para la selección del concesionario y el marco legislativo general para la adjudicación de contratos públicos en el Estado promulgante. Si bien cabe aplicar algunos elementos de competencia estructurada que existen en los países con métodos tradicionales de contratación pública, es preciso efectuar ciertos ajustes para tener en cuenta las necesidades particulares de los proyectos de infraestructura con financiación privada, como, por ejemplo, una fase de preselección claramente definida, flexibilidad al formular las solicitudes de propuestas, criterios especiales de evaluación y cierto margen para la negociación con los ofertantes. Los procedimientos de selección enunciados en el presente capítulo se basan en gran medida en las características del principal método de contratación pública de servicios que prevé la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, adoptada por la CNUDMI en su 27º período de sesiones celebrado en Nueva York del 31 de mayo al 17 de junio de 1994 (en adelante denominada “la Ley Modelo sobre la Contratación Pública”). Las disposiciones modelo relativas a la selección del concesionario no tienen la finalidad de sustituir o de reproducir la totalidad de las normas de contratación pública del Estado promulgante sino más bien de orientar a los legisladores facilitándoles la adopción de reglas especiales que resulten apropiadas para la selección del concesionario. En las disposiciones modelo del proyecto se da por sentado que ya existe en el Estado promulgante un marco general para la adjudicación de contratos públicos que prevé procedimientos competitivos transparentes y eficientes, de acuerdo con las pautas establecidas en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Así pues, las disposiciones modelo no entran a regular ciertas medidas prácticas de procedimiento que ya figuran en todo régimen adecuado de contratación pública. Como ejemplos de tales medidas cabe citar las siguientes: la forma en que se publican los avisos, los procedimientos para emitir solicitudes de propuestas, el mantenimiento de un expediente de datos durante el procedimiento de contratación pública, el acceso público a la información, la garantía de las ofertas y los procedimientos de revisión. Cuando procede, las notas referentes a las disposiciones modelo remiten al lector a las disposiciones de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, que pueden complementar,

1. Preselección de los ofertantes

Disposición modelo 6. Finalidad de la preselección y procedimiento

[véase el capítulo III, párrs. 34 a 50]

1. La autoridad contratante entablará un procedimiento de preselección con miras a determinar los ofertantes que están debidamente cualificados para ejecutar el proyecto de infraestructura previsto.

2. La invitación a participar en el procedimiento de preselección se publicará de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan la publicación de una convocatoria de procedimientos de precalificación de proveedores y contratistas].

3. A menos que ya sea preceptivo en virtud de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación relativa a los procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de las convocatorias de procedimientos para la precalificación de proveedores y contratistas]⁸, en la convocatoria del procedimiento de preselección deberán figurar, como mínimo, los siguientes datos:

- a) Una descripción de la infraestructura que deba construirse o renovarse;
- b) Una indicación de otros elementos esenciales del proyecto, como los servicios que deba prestar el concesionario, los arreglos financieros previstos por la autoridad contratante (por ejemplo, el hecho de que el proyecto sea financiado íntegramente con los derechos o tarifas pagados por los usuarios o de si pueden otorgarse al concesionario fondos públicos como pagos directos, préstamos o garantías);
- c) Cuando se disponga de detalles al respecto, un resumen de las principales cláusulas del futuro acuerdo de concesión;
- d) La forma y el lugar en que deberán presentarse las candidaturas de preselección y el plazo exacto (con fecha y hora) para su presentación, dando a los ofertantes tiempo suficiente para preparar y presentar sus candidaturas;
- e) La forma y el lugar en que deberán solicitarse los documentos de preselección.

4. A menos que ya sea preceptivo en virtud de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de los documentos de preselección que deben facilitarse a los proveedores y contratistas en procedimientos para la precalificación de proveedores y contratistas]⁹, en los documentos de preselección figurarán, como mínimo, los siguientes datos:

mutatis mutandis, los elementos prácticos del procedimiento de selección descrito en las disposiciones modelo.

⁸ En el párrafo 2 del artículo 25 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública se enumeran los elementos que suele contener toda convocatoria o invitación a participar en procedimientos de precalificación.

⁹ En el párrafo 3 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figura una lista en la que se enumeran los elementos que suelen figurar en los documentos de precalificación.

a) Los criterios de preselección de conformidad con [la disposición modelo 7];

b) La eventual intención de la autoridad contratante de no tener en cuenta las limitaciones para la participación de consorcios enunciadas en [la disposición modelo 8];

c) La eventual intención de la autoridad contratante de solicitar propuestas sólo a un número limitado¹⁰ de ofertantes preseleccionados, una vez concluido el procedimiento de preselección, de conformidad con [la disposición modelo 9, párrafo 2], y, en su caso, la forma en que deba efectuarse esa selección;

d) La eventual intención de la autoridad contratante de pedir al ofertante seleccionado que establezca una entidad jurídica independiente constituida con arreglo a la legislación de [ese Estado] de conformidad con [la disposición modelo 30].

5. En lo referente a las cuestiones no previstas en la presente [disposición modelo], el procedimiento de preselección se llevará a cabo con arreglo a [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre contratación pública que rijan la sustanciación del procedimiento para la precalificación de proveedores y contratistas]¹¹.

Disposición modelo 7. Criterios de preselección

[véanse la recomendación 15 y el capítulo III, párrs. 34 a 40 y 43 y 44]

A fin de ser aceptados en el procedimiento de selección, los ofertantes interesados deben cumplir criterios objetivamente justificables¹² que la autoridad contratante considere apropiados para el procedimiento pertinente y que se enuncien en los documentos de preselección. Entre estos criterios deben figurar, por lo menos, los siguientes:

¹⁰ En algunos países, las directrices prácticas para los procedimientos de selección animan a las autoridades nacionales encargadas de la contratación pública a limitar al máximo el número de propuestas procurando que sean suficientes para asegurar la debida competencia (por ejemplo, el número de propuestas puede limitarse a tres o cuatro). En la Guía Legislativa se explica la forma en que pueden utilizarse los sistemas de puntuación (en particular los cuantitativos) para seleccionar ese número de ofertantes (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 48 y 49). Véase también la nota de pie de página 14.

¹¹ En los párrafos 2 a 7 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública se indican las etapas de los procedimientos de precalificación, incluidos los procedimientos para tramitar solicitudes de aclaración, así como los requisitos de divulgación de la decisión adoptada por la autoridad contratante respecto de las calificaciones de los ofertantes.

¹² Las leyes de algunos países prevén algún tipo de trato preferente para las entidades nacionales o conceden un trato especial a los ofertantes que se comprometen a utilizar bienes del país o a contratar mano de obra local. Los diversos problemas que plantean las preferencias nacionales se abordan en la Guía Legislativa (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 43 y 44). La Guía Legislativa sugiere a los países que deseen ofrecer algún incentivo a los proveedores nacionales que apliquen esas preferencias en forma de criterios especiales de evaluación, en vez de recurrir a una exclusión general de los proveedores extranjeros. En cualquier caso, cuando se prevean preferencias nacionales, deben anunciarse por adelantado, preferiblemente en la convocatoria del procedimiento de preselección.

- a) Las calificaciones profesionales y técnicas adecuadas, los recursos humanos, el equipo y otros medios físicos necesarios para llevar a cabo todas las fases del proyecto, desde el diseño y la construcción hasta la explotación y el mantenimiento;
- b) Medios suficientes para gestionar los aspectos financieros del proyecto y para cumplir los requisitos de financiación;
- c) Capacidad apropiada de gestión y organización, fiabilidad y experiencia, concretamente en la explotación de infraestructuras similares.

Disposición modelo 8. Participación de consorcios

[véanse la recomendación 16 y el capítulo III, párrs. 41 y 42]

1. Al invitar inicialmente a ofertantes a participar en el procedimiento de selección, la autoridad contratante les permitirá formar consorcios de ofertantes. La información requerida de los consorcios de ofertantes para que demuestren sus competencias de conformidad con [la disposición modelo 7] se referirán al consorcio en su conjunto y también a cada uno de los participantes.

2. A menos que [lo autorice [el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente] y que] los documentos de preselección dispongan otra cosa, cada miembro de un consorcio sólo podrá participar, directa o indirectamente, en un único consorcio¹³. La violación de esta regla entrañará la descalificación del consorcio y de cada uno de sus miembros.

3. Al examinar las calificaciones de los consorcios ofertantes, la autoridad contratante tendrá en cuenta las competencias de cada uno de los miembros de los consorcios y determinará si la combinación de todas las competencias es suficiente para cumplir los requisitos de todas las fases del proyecto.

Disposición modelo 9. Decisión de preselección

[véanse la recomendación 17 (para el párrafo 2) y el capítulo III, párrs. 47 a 50]

1. La autoridad contratante adoptará una decisión sobre las calificaciones de cada ofertante que haya presentado su candidatura a la preselección. Para ello, la autoridad contratante seguirá únicamente los criterios enunciados en los documentos de preselección. A continuación, invitará a todos los ofertantes preseleccionados a presentar propuestas con arreglo a [las disposiciones modelo 10 a 17].

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, la autoridad contratante podrá, siempre que haya hecho a tal efecto una declaración pertinente en los documentos de preselección, reservarse el derecho a solicitar propuestas, al concluir el procedimiento de preselección, únicamente a un número limitado¹⁴ de ofertantes

¹³ El objetivo de la prohibición de que los ofertantes participen en más de un consorcio para presentar propuestas para un mismo proyecto es reducir el riesgo de filtración de información o de colusión entre consorcios rivales. No obstante, la disposición modelo prevé la posibilidad de hacer excepciones especiales, por ejemplo, cuando sólo una empresa o un determinado número de empresas pueda suministrar un determinado bien o prestar un determinado servicio esencial para la ejecución del proyecto.

¹⁴ En algunos países, las directrices prácticas sobre procedimientos de selección animan a las autoridades contratantes nacionales a limitar al máximo el número de propuestas seleccionadas procurando que, aun así, sean suficientes para asegurar la debida competencia (por ejemplo, el

que cumplan mejor los criterios de preselección. Con este fin, la autoridad contratante puntuará las ofertas que cumplan los criterios de preselección sobre la base de los criterios aplicados para evaluar sus competencias y elaborará la lista de los ofertantes que serán invitados a presentar propuestas al concluir el procedimiento de preselección. Al elaborar la lista, la autoridad contratante aplicará únicamente los criterios de puntuación que se enuncien en los documentos de preselección.

2. Procedimiento para la solicitud de propuestas

Disposición modelo 10. Procedimiento para la solicitud de propuestas en una y en dos etapas

[véanse las recomendaciones 18 (para el párrafo 1) y 19 (para los párrafos 2 y 3) y el capítulo III, párrs. 51 a 58]

1. La autoridad contratante hará llegar la solicitud de propuestas y los documentos conexos publicados de conformidad con [la disposición modelo 11] a cada ofertante preseleccionado que pague el precio eventualmente fijado para esos documentos.

2. No obstante lo anterior, la autoridad contratante podrá recurrir a un procedimiento en dos etapas para solicitar propuestas a los ofertantes preseleccionados cuando la autoridad contratante no considere factible describir en la solicitud de propuestas las características del proyecto, concretamente el pliego de condiciones, los indicadores de ejecución, los arreglos financieros o las cláusulas contractuales, de forma suficientemente detallada y precisa para formular las propuestas definitivas.

3. Cuando se recurra a un procedimiento en dos etapas, serán aplicables las siguientes disposiciones:

a) En la solicitud inicial de propuestas se pedirá a los ofertantes que presenten, en la primera etapa del procedimiento, propuestas iniciales relativas al pliego de condiciones, los indicadores de ejecución, los requisitos financieros u otras características del proyecto y sobre las principales cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante¹⁵;

número de propuestas puede limitarse a tres o cuatro). En la Guía Legislativa se explica la forma en que pueden utilizarse los sistemas de puntuación (en particular los cuantitativos) para seleccionar ese número de ofertantes (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párr. 48). Conviene señalar que el sistema de puntuación se utiliza únicamente para la preselección de los ofertantes. Las puntuaciones obtenidas por los ofertantes preseleccionados no deben tenerse en cuenta en la etapa de evaluación de las propuestas (véase la disposición modelo 15), en la que todos los ofertantes preseleccionados deberían empezar en condiciones de igualdad.

¹⁵ En muchos casos, en particular en los nuevos tipos de proyectos, es posible que la autoridad contratante no haya podido, en esa etapa, elaborar las cláusulas contractuales detalladas que prevé. Asimismo, es posible que la autoridad contratante considere preferible formular esas cláusulas después de haber celebrado una ronda inicial de consultas con los ofertantes preseleccionados. No obstante, en cualquier caso, es importante que la autoridad contratante proporcione, en esa etapa, alguna indicación de las cláusulas contractuales clave del contrato de concesión, en particular sobre la forma en que los riesgos del proyecto se dividirán entre las

b) La autoridad contratante podrá convocar reuniones y mantener conversaciones con cualquiera de los ofertantes con el fin de aclarar las cuestiones relativas a la solicitud inicial de propuestas o a las propuestas iniciales y a los documentos adjuntados por los ofertantes. La autoridad contratante levantará actas de tales reuniones o conversaciones haciendo referencia a las cuestiones planteadas y a las aclaraciones dadas por la autoridad contratante;

c) Una vez examinadas las propuestas recibidas, la autoridad contratante podrá reconsiderar y, en su caso, revisar la solicitud inicial de propuestas suprimiendo o modificando algún aspecto del pliego de condiciones inicial, los indicadores de ejecución, los requisitos financieros u otras características del proyecto, incluidas las principales cláusulas contractuales, así como cualquier criterio para evaluar y comparar propuestas y para seleccionar al ofertante ganador, que se enuncien en la solicitud inicial de propuestas, y también agregando al texto nuevas características o nuevos criterios. La autoridad contratante indicará en el expediente del proceso de selección que deberá mantenerse conforme a [la disposición modelo 25] el motivo que justifique cualquier revisión de la solicitud de propuestas. En la invitación a presentar propuestas definitivas se informará a los ofertantes de esas supresiones, modificaciones o adiciones;

d) En la segunda etapa del procedimiento, la autoridad contratante invitará a los ofertantes a presentar propuestas definitivas con respecto a un determinado conjunto de pliego de condiciones, indicadores de ejecución o cláusulas contractuales de acuerdo con [las disposiciones modelo 11 a 17].

Disposición modelo 11. Contenido de la solicitud de propuestas

[véanse la recomendación 20 y el capítulo III, párrs. 59 a 70]

A menos que ya sea preceptivo en virtud de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de las solicitudes de propuestas]¹⁶, en la solicitud de propuestas deberá figurar, como mínimo, la siguiente información:

a) La información general que requieran los ofertantes para poder preparar y presentar sus propuestas¹⁷;

b) El pliego de condiciones y los indicadores de ejecución, cuando proceda, incluidos los requisitos de la autoridad contratante en materia de seguridad y protección del medio ambiente¹⁸;

c) Las cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante, incluida una indicación de las cláusulas consideradas no negociables;

partes conforme al contrato de concesión. Si no se adopta ninguna decisión sobre la asignación de los derechos y obligaciones contractuales hasta después de emitirse la solicitud definitiva de propuestas, es posible que los ofertantes reaccionen tratando de minimizar los riesgos que aceptan, lo cual puede frustrar el objetivo de obtener inversión privada para realizar el proyecto (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrs. 67 a 70; véase además el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 8 a 29).

¹⁶ En el artículo 38 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figura una lista en la que se enumeran los elementos que suelen contener las solicitudes de propuestas de servicios.

¹⁷ En los párrafos 61 y 62 del capítulo III de la Guía Legislativa (“Selección del concesionario”) figura una lista de los elementos que deberían proporcionarse.

¹⁸ Véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrs. 64 a 66.

d) Los criterios para evaluar propuestas y los eventuales umbrales fijados por la autoridad contratante para descartar las propuestas que no cumplan los requisitos; la importancia relativa que debe darse a cada criterio de evaluación; y la forma en que deben aplicarse los criterios y los umbrales al evaluar y al desestimar propuestas.

Disposición modelo 12. Garantías de las ofertas

[véase el capítulo III, párrafo 62]

1. En la solicitud de propuestas se enunciarán los requisitos relativos al emisor, la naturaleza, la forma, la cuantía y otras condiciones y cláusulas importantes de la garantía exigida para las ofertas.

2. El ofertante no perderá la garantía de la oferta que pueda haber tenido que aportar salvo en los siguientes supuestos¹⁹:

a) Cuando se retire o se modifique una propuesta después del plazo para la presentación de propuestas y, si así se indica en la solicitud de propuestas, antes de dicho plazo;

b) Cuando no se entablen negociaciones finales con la autoridad contratante conforme a [la disposición modelo 17, párrafo 1];

c) Cuando no se formule una mejor oferta definitiva en el plazo prescrito por la autoridad contratante conforme a [la disposición modelo 17, párrafo 2];

d) Cuando no se firme el contrato de concesión tras el requerimiento pertinente de la autoridad contratante una vez aceptada la propuesta;

e) Cuando no se aporte la garantía requerida para el cumplimiento del acuerdo de concesión una vez aceptada la propuesta o cuando no se cumpla alguna otra condición antes de firmar el contrato de proyecto especificada en la solicitud de propuestas.

Disposición modelo 13. Aclaraciones y modificaciones

[véanse la recomendación 21 y el capítulo III, párrs. 71 y 72]

La autoridad contratante podrá, a iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración de un ofertante, reconsiderar y, en su caso, revisar cualquier elemento de la solicitud de propuestas conforme a lo indicado en [la disposición modelo 11]. La autoridad contratante indicará en el expediente del proceso de selección que deberá mantenerse conforme a [la disposición modelo 26] el motivo que justifique cualquier revisión de la solicitud de propuestas. Se comunicará a los ofertantes toda supresión, modificación o adición realizada en el texto del mismo modo que la solicitud de propuestas en un momento razonable antes de que venza el plazo para la presentación de propuestas.

¹⁹ En el artículo 32 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figuran disposiciones generales sobre las garantías de las ofertas.

Disposición modelo 14. Criterios de evaluación

[véanse las recomendaciones 22 (para el párrafo 1) y 23 (para el párrafo 2) y el capítulo III, párrs. 73 a 77]

1. Entre los criterios para evaluar y comparar las propuestas técnicas²⁰ figurarán, por lo menos, los siguientes:

- a) Su solvencia técnica;
- b) Su cumplimiento de las normas ecológicas;
- c) Su viabilidad funcional;
- d) La calidad de los servicios y la suficiencia de las medidas que aseguren su continuidad.

2. Entre los criterios para evaluar y comparar las propuestas financieras y comerciales²¹ figurarán, cuando proceda:

- a) El valor actual de los peajes, del precio unitario o de otros derechos que se vayan a cobrar durante el período de la concesión;
- b) El valor actual de los pagos directos que deba efectuar la autoridad contratante;
- c) El costo de las actividades de diseño y construcción, los gastos anuales de explotación y mantenimiento, el valor actual de las inversiones en capital y los gastos de explotación y mantenimiento;
- d) El respaldo financiero esperado de una autoridad pública de [ese Estado];
- e) La solidez de los arreglos financieros propuestos;
- f) El grado de aceptación de las cláusulas contractuales negociables propuestas por la autoridad contratante en la solicitud de propuestas;
- g) El potencial de desarrollo social y económico que ofrezcan las propuestas.

Disposición modelo 15. Comparación y evaluación de propuestas

[véanse la recomendación 24 y el capítulo III, párrs. 78 a 82]

1. La autoridad contratante comparará y evaluará cada una de las propuestas de conformidad con los criterios de evaluación, el peso relativo dado a cada uno de los criterios y el proceso de evaluación enunciado en la solicitud de propuestas.

2. A los efectos del párrafo 1, la autoridad contratante podrá fijar umbrales de calidad y de índole técnica, financiera y comercial. Toda propuesta que no alcance estos umbrales será desestimada por falta de conformidad²².

²⁰ Véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párr. 74.

²¹ Véase el capítulo III, "Selección del concesionario" párrs. 75 a 77.

²² Esta disposición modelo constituye un ejemplo del proceso de evaluación que la autoridad contratante tal vez desee seguir para comparar y evaluar las propuestas referentes a proyectos de infraestructura con financiación privada. En los párrafos 79 a 82 del capítulo III de la Guía Legislativa ("Selección del concesionario") se describen otros posibles procesos de evaluación,

Disposición modelo 16. Nueva demostración del cumplimiento de los criterios de calificación

[véanse la recomendación 25 y el capítulo III, párrs. 78 a 82]

La autoridad contratante puede requerir a cualquier ofertante preseleccionado que demuestre de nuevo sus competencias de acuerdo con los mismos criterios utilizados para la preselección. La autoridad contratante descalificará a los ofertantes que no demuestren de nuevo sus competencias cuando se les pida que lo hagan²³.

Disposición modelo 17. Negociaciones finales

[véanse las recomendaciones 26 (para el párrafo 1) y 27 (para el párrafo 2) y el capítulo III, párrs. 83 y 84]

1. La autoridad contratante deberá puntuar todas las propuestas que haya declarado conformes e invitará a una negociación final del contrato de concesión al ofertante que haya obtenido la mejor puntuación. Las negociaciones finales no podrán referirse a las cláusulas contractuales que hayan sido declaradas no negociables en la solicitud definitiva de propuestas.

2. Si la autoridad contratante se percatara de que las negociaciones con el ofertante invitado no darán lugar a un contrato de concesión, informará a dicho ofertante de su intención de poner fin a las negociaciones y le concederá un plazo razonable para formular su mejor oferta definitiva. Si el ofertante no formula una oferta aceptable para la autoridad contratante en el plazo prescrito, la autoridad contratante dará por terminadas las negociaciones con el ofertante interesado. La autoridad contratante invitará entonces a negociar a los demás ofertantes siguiendo el orden de puntuación de sus ofertas hasta que llegue a un contrato de concesión o desestime todas las propuestas restantes. La autoridad contratante no reanudará las negociaciones con un ofertante que haya quedado descartado conforme al presente párrafo.

como el proceso de evaluación en dos etapas o el sistema de los dos sobres. A diferencia del proceso enunciado en esta disposición modelo, los procesos descritos en la Guía Legislativa tienen la finalidad de permitir que la autoridad contratante compare y evalúe los criterios no financieros distinguiéndolos de los criterios financieros, a fin de evitar situaciones en que se dé excesiva importancia a ciertos elementos de los criterios financieros (como el precio unitario) en detrimento de los criterios no financieros. A fin de asegurar la integridad, la transparencia y la previsibilidad de la fase de evaluación del proceso de selección, se recomienda que el Estado promulgante enuncie en su legislación los procesos de evaluación a los que pueden recurrir las autoridades contratantes para comparar y evaluar propuestas dando detalles sobre la aplicación de dichos procesos.

²³ Cuando se haya entablado un procedimiento de precalificación, los criterios serán los mismos que los aplicables en el procedimiento de precalificación.

3. Negociación de acuerdos de concesión por vía no competitiva

Disposición modelo 18. Circunstancias en que cabe adjudicar una concesión por vía no competitiva

[véanse la recomendación 28 y el capítulo III, párr. 89]

A reserva de la aprobación de ... [*el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente*],²⁴ la autoridad contratante estará facultada para negociar un contrato de concesión sin recurrir al procedimiento enunciado en [*las disposiciones modelo 6 a 17*] en los siguientes casos:

a) Si existe una necesidad urgente de garantizar la continuidad del servicio y si, por consiguiente, no sería práctico recurrir a los procedimientos enunciados en [*las disposiciones modelo 6 a 17*], siempre y cuando las circunstancias que motiven esa urgencia no hubieran sido previsibles por la autoridad contratante ni fueran fruto de una conducta dilatoria por parte de ésta;

b) Si se trata de proyectos de corta duración para los que se haya previsto una inversión inicial [de ... *el Estado promulgante especificará aquí el importe monetario máximo*] [indicada en ... *el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación en que se especifica el importe monetario por debajo del cual puede adjudicarse un proyecto de infraestructura con financiación privada sin recurrir a una selección competitiva*]²⁵;

c) De mediar razones de defensa nacional o de seguridad nacional;

d) Si sólo existe un proveedor que sea capaz de prestar el servicio requerido, concretamente cuando esta prestación requiera la utilización de un derecho de propiedad intelectual u otro derecho exclusivo del que sean titulares o del que estén en posesión una determinada persona o determinadas personas;

e) En los casos de propuestas no solicitadas regulados por [*la disposición modelo 23*];

²⁴ La adjudicación del contrato de concesión por vía no competitiva se subordina a la aprobación de una autoridad superior con objeto de asegurar que la autoridad contratante sólo entable negociaciones directas con los ofertantes en las circunstancias apropiadas (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 85 a 96). Así pues, la disposición modelo sugiere que el Estado promulgante indique la autoridad competente para autorizar negociaciones en todos los casos previstos en la disposición modelo. No obstante, el Estado promulgante puede prever distintos requisitos de aprobación para cada apartado de la disposición modelo. En algunos casos, por ejemplo, el Estado promulgante puede disponer que la facultad para entablar tales negociaciones se derive directamente de la ley. En otros casos, el Estado promulgante puede supeditar las negociaciones a la aprobación de distintas autoridades superiores, en función de la naturaleza de los servicios que deban prestarse o del sector de infraestructuras de que se trate. En tales casos, tal vez el Estado promulgante deba adaptar la disposición modelo a esos requisitos de aprobación agregando a cada apartado el requisito pertinente de aprobación o complementando las disposiciones de la ley que en que se enuncien esos requisitos de aprobación.

²⁵ En vez de aplicar la exclusión prevista en el apartado b), el Estado promulgante puede estudiar la posibilidad de formular un procedimiento simplificado para la solicitud de propuestas relativas a proyectos que entren en el ámbito de dicho apartado, por ejemplo, aplicando los procedimientos descritos en el artículo 48 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública.

f) Cuando se haya publicado una invitación a un procedimiento de preselección o una solicitud de propuestas sin que se hayan presentado candidaturas ni propuestas, o cuando las propuestas no cumplan los criterios de evaluación enunciados en la solicitud de propuestas y cuando, a juicio de la autoridad contratante, sea improbable que la publicación de una nueva convocatoria de preselección y de una nueva solicitud de propuestas pueda dar lugar a la adjudicación de un proyecto en un determinado plazo requerido²⁶;

g) En otros casos en que [el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente] autorice tal excepción por razones imperativas de interés público²⁷.

Disposición modelo 19. Procedimientos para la negociación de un contrato de concesión

[véanse la recomendación 29 y el capítulo III, párr. 90]

Cuando el contrato de concesión se negocie sin recurrir a los procedimientos enunciados en [las disposiciones modelo 6 a 17], la autoridad contratante²⁸:

a) Excepto para los contratos de concesión negociados de conformidad con [el párrafo c) de la disposición modelo 18], hará publicar un anuncio en el que indicará su intención de entablar negociaciones con respecto a un contrato de concesión de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de las leyes pertinentes sobre procedimientos de contratación pública que rijan la publicación de avisos];

b) Entablará negociaciones con todas aquellas personas que, a su juicio, estén en condiciones de llevar a cabo el proyecto, conforme lo permitan las circunstancias²⁹;

c) Establecerá criterios de evaluación que le sirvan de referencia para estudiar y puntuar las propuestas.

²⁶ El Estado promulgante tal vez desee requerir que la autoridad contratante incluya en el expediente que deberá mantenerse conforme a [la disposición modelo 26] un resumen de los resultados de las negociaciones e indique hasta qué punto esos resultados difieren del pliego de condiciones y de las cláusulas contractuales de la solicitud inicial de propuestas, especificando las razones de tal diferencia.

²⁷ Los Estados promulgantes que estimen conveniente autorizar los procedimientos negociados caso por caso tal vez deseen retener el apartado g) al aplicar la disposición modelo. En cambio, los Estados promulgantes que deseen limitar las excepciones a la aplicación de los procedimientos competitivos de selección tal vez prefieran no tener en cuenta este apartado. En cualquier caso, en aras de la transparencia, el Estado promulgante tal vez desee indicar aquí o en otra parte de la disposición modelo otras eventuales excepciones que permitan recurrir a procedimientos negociados previstos en una determinada ley.

²⁸ En los párrafos 90 a 96 del capítulo III de la Guía Legislativa (“Selección del concesionario”) se indican algunos elementos que pueden ayudar a fomentar la transparencia en las negociaciones.

²⁹ Los Estados promulgantes que deseen promover la transparencia en los procedimientos negociados podrán determinar, en reglamentaciones concretas, los criterios de calificación que deberán cumplir las personas invitadas a negociar conforme a [las disposiciones modelo 18 y 19]. En [la disposición modelo 7] se indican posibles criterios de calificación.

4. Propuestas no solicitadas³⁰

Disposición modelo 20. Admisibilidad de las propuestas no solicitadas

[véanse la recomendación 30 y el capítulo III, párrs. 97 a 109]

Como excepción a [las disposiciones modelos 6 a 17], la autoridad contratante³¹ está facultada para examinar las propuestas no solicitadas de conformidad con los procedimientos enunciados en [las disposiciones modelo 21 a 23], siempre y cuando esas propuestas no se refieran a un proyecto para el que se haya iniciado o anunciado un procedimiento de selección.

Disposición modelo 21. Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas

[véanse las recomendaciones 31 (para los párrafos 1 y 2) y 32 (para el párrafo 3) y el capítulo III, párrs. 110 a 112]

1. Tras la recepción y el examen preliminar de una propuesta no solicitada, la autoridad contratante deberá informar sin demora al autor de la propuesta de si el proyecto puede revestir o no interés público potencial³².

2. De considerarse que el proyecto reviste un interés público potencial conforme al párrafo 1, la autoridad contratante invitará al autor de la propuesta a presentar toda la información de que disponga en ese momento para que la autoridad contratante pueda evaluar adecuadamente las competencias de la empresa³³ y la viabilidad técnica y económica del proyecto y determinar si dicho proyecto se puede ejecutar con éxito de la forma propuesta de modo que resulte aceptable para la autoridad contratante. Con este fin, el autor de la propuesta presentará un estudio de viabilidad técnica y económica, un estudio sobre el impacto

³⁰ En los párrafos 98 a 100 del capítulo III de la Guía Legislativa (“Selección del concesionario”) se examinan los criterios sobre las ventajas e inconvenientes de las propuestas no solicitadas.

Los Estados que deseen permitir que las autoridades contratantes examinen esas propuestas tal vez deseen recurrir a los procedimientos enunciados en las disposiciones modelo 21 a 23.

³¹ La disposición modelo da por sentado que la decisión de examinar propuestas no solicitadas corresponde a la autoridad contratante. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos se asigna a otro órgano distinto de la autoridad contratante la facultad para examinar propuestas no solicitadas y determinar, por ejemplo, si tales propuestas revisten interés público. En tal caso, el Estado promulgante deberá examinar detenidamente la forma en que las funciones de ese órgano pueden coordinarse con las de la autoridad contratante (véanse las notas de pie de página 1, 3 y 24 y las referencias que contienen).

³² Para determinar si un proyecto propuesto reviste interés público conviene ponderar los beneficios potenciales del proyecto para el público, así como su relación con la política gubernamental en el sector de infraestructuras pertinente. A fin de asegurar la integridad, la transparencia y la previsibilidad de los procedimientos para determinar la admisibilidad de propuestas no solicitadas, puede ser conveniente que el Estado promulgante dé orientaciones, a través de reglamentos u otros documentos, sobre los criterios que se seguirán para determinar si una propuesta no solicitada reviste interés público; entre esos criterios puede figurar el de evaluar si los arreglos contractuales son apropiados y si la distribución propuesta de los riesgos del proyecto es razonable.

³³ El Estado promulgante tal vez desee reglamentar los criterios de calificación que deba cumplir el autor de la propuesta. Los elementos que deberán tenerse en cuenta con este fin vienen indicados en [la disposición modelo 7].

ambiental e información satisfactoria sobre el concepto o la tecnología que se prevean en la propuesta.

3. Al estudiar una propuesta no solicitada, la autoridad contratante respetará los derechos de propiedad intelectual, los secretos comerciales u otros derechos exclusivos a los que se haga referencia en la propuesta o que se deriven de ella. En consecuencia, la autoridad contratante no hará uso de la información proporcionada por el autor de la propuesta o en su nombre en relación con su propuesta no solicitada salvo para evaluar dicha propuesta, a menos que el autor de la propuesta consienta en ello. Salvo estipulación en contrario de las partes, la autoridad contratante, en caso de desestimar la propuesta, devolverá a su autor el original y todas las copias de los documentos presentados y preparados por aquél durante todo el procedimiento.

Disposición modelo 22. Propuestas no solicitadas que no entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos

[véanse la recomendación 33 y el capítulo III, párrs. 113 y 114]

1. Excepto en las circunstancias enunciadas en [la disposición modelo 18], la autoridad contratante, en caso de que decida ejecutar el proyecto, iniciará un procedimiento de selección con arreglo a [las disposiciones modelo 6 a 17] si estima que:

a) Los resultados previstos del proyecto pueden lograrse sin utilizar los derechos de propiedad intelectual, los secretos comerciales u otros derechos exclusivos de los que sea titular o de los que esté en posesión el autor de la propuesta; y

b) El concepto o la tecnología propuestos no son realmente singulares ni nuevos.

2. Se invitará al autor de la propuesta a participar en el procedimiento de selección iniciado por la autoridad contratante con arreglo al párrafo 1 y podrá dársele un incentivo o un beneficio similar, en la forma descrita por la autoridad contratante en la solicitud de propuestas, por haber formulado y presentado la propuesta.

Disposición modelo 23. Propuestas no solicitadas que entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos

[véanse las recomendaciones 34 (para los párrafos 1 y 2) y 35 (para los párrafos 3 y 4) y el capítulo III, párrs. 115 a 117]

1. Si la autoridad contratante determina que no se cumplen las condiciones de [los apartados a) y b) del párrafo 1 de la disposición modelo 22], no deberá llevar a cabo un procedimiento de selección con arreglo a [las disposiciones modelo 6 a 17]. No obstante, la autoridad contratante podrá tratar de obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada de conformidad con las disposiciones enunciadas en los párrafos 2 a 4³⁴.

³⁴ El Estado promulgante tal vez desee adoptar un procedimiento especial para tramitar las propuestas no solicitadas que entren en el ámbito de la presente disposición modelo; este

2. Cuando la autoridad contratante trate de obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada publicará una descripción de los resultados más importantes de la propuesta junto con una invitación dirigida a otras partes interesadas para que presenten sus respectivas propuestas en [un plazo razonable] [*el Estado promulgante especificará aquí el plazo concedido*].

3. De no recibirse propuestas a raíz de la invitación efectuada conforme al párrafo 2 [en un plazo razonable] [el plazo especificado en el párrafo 2 *supra*], la autoridad contratante podrá entablar negociaciones con el autor de la propuesta inicial.

4. Si la autoridad contratante recibe propuestas a raíz de la invitación formulada conforme al párrafo 2, invitará a los autores de las propuestas a negociaciones de conformidad con lo dispuesto en [*la disposición modelo 19*]. Si la autoridad contratante recibe un número suficientemente amplio de propuestas que a primera vista respondan a las necesidades de infraestructura, la autoridad contratante solicitará la presentación de propuestas conforme a [*las disposiciones modelo 10 a 17*], a reserva de los incentivos u otros beneficios que puedan concederse a la persona que presentó la propuesta no solicitada con arreglo al [*párrafo 2 de la disposición modelo 22*].

5. Disposiciones varias

Disposición modelo 24. Confidencialidad de las negociaciones

[*véanse la recomendación 36 y el capítulo III, párr.118*]

La autoridad contratante estudiará cada una de las propuestas evitando que su contenido llegue al conocimiento de los demás ofertantes. Toda conversación, comunicación y negociación entre la autoridad contratante y un ofertante conforme a [*los párrafos 3, 17, 18 y 19 de la disposición modelo 10 o a los párrafos 3 y 4 de la disposición modelo 23*] serán confidenciales. A menos que lo requiera la ley o salvo requerimiento judicial, las partes en las negociaciones deberán abstenerse de revelar, sin el consentimiento de la otra parte, a otras personas que no sean sus representantes, subcontratistas, prestamistas, asesores o consultores, pormenores técnicos o información sobre los precios o de otra índole que hayan recibido en el transcurso de las conversaciones, comunicaciones y negociaciones llevadas a cabo de conformidad con las disposiciones antes mencionadas.

Disposición modelo 25. Aviso de la adjudicación de un contrato

[*véanse la recomendación 37 y el capítulo III, párr.119*]

Salvo para los contratos de concesión *adjudicados conforme* [*al párrafo c) de la disposición modelo 18*], la autoridad contratante hará publicar un aviso de la adjudicación del contrato de conformidad con [*el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre contratación pública que rijan la publicación de los avisos de adjudicación de contratos*]. En el aviso se dará a

procedimiento podría basarse, *mutatis mutandis*, en el procedimiento para la solicitud de propuestas enunciado en el artículo 48 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública.

conocer la identidad del concesionario y se presentarán de forma resumida las cláusulas esenciales del acuerdo de concesión.

Disposición modelo 26. Expediente del proceso de selección y adjudicación

[véanse la recomendación 38 y el capítulo III, párrs. 120 a 126]

La autoridad contratante mantendrá un expediente apropiado de la información relativa a los procedimientos de selección y adjudicación de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación sobre contratación pública que rijan los expedientes de los procedimientos de contratación pública]³⁵.

Disposición modelo 27. Vías de recurso

[véanse la recomendación 39 y el capítulo III, párrs. 127 a 131]

Los ofertantes que pretendan haber sufrido o haber quedado expuestos a pérdidas o perjuicios debido al incumplimiento de una obligación impuesta por la ley a la autoridad contratante podrán solicitar la revisión de los actos u omisiones de esta autoridad conforme a [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan la revisión de las decisiones adoptadas en procedimientos de contratación pública]³⁶.

III. Construcción y explotación de infraestructuras

Disposición modelo 28. Contenido del contrato de concesión

[véanse la recomendación 40 y el capítulo IV, párrs. 1 a 11]

El contrato de concesión regulará las cuestiones que las partes estimen apropiadas, tales como:

- a) La naturaleza y el alcance de las obras que deba realizar y de los servicios que deba prestar el concesionario [véase el capítulo IV, párrafo 1];
- b) Las condiciones para prestar esos servicios y, eventualmente, el grado de exclusividad de los derechos que tenga el concesionario en virtud del contrato de concesión [véase la recomendación 5];

³⁵ El contenido del expediente para los diversos tipos de adjudicaciones de proyectos previstas en las disposiciones modelo y el acceso público a tal información se analizan en los párrafos 120 a 126 del capítulo III (“Selección del concesionario”) de la Guía Legislativa. El contenido de tales expedientes para los diversos tipos de adjudicaciones de proyectos previstas viene enunciado en el artículo 11 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Si el Estado promulgante no cuenta con legislación que regule adecuadamente estas cuestiones, deberá adoptar leyes o reglamentos a tal efecto.

³⁶ En los párrafos 127 a 131 del capítulo III (“Selección del concesionario”) de la Guía Legislativa se examinan los elementos para el establecimiento de un sistema adecuado de revisión. Estos elementos son tratados también en el capítulo VI de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Si las leyes del Estado promulgante no prevén un sistema de revisión adecuado, ese Estado deberá estudiar la posibilidad de adoptar legislación a tal efecto.

c) La asistencia que la autoridad contratante pueda prestar al concesionario para obtener las licencias y los permisos necesarios para ejecutar el proyecto de infraestructura;

d) Todo requisito relativo a la creación y al capital mínimo de la entidad jurídica constituida de conformidad con [la disposición modelo 30] [véanse las recomendaciones 42 y 43 y el proyecto de disposición modelo 30];

e) La propiedad de los bienes relacionados con el proyecto y, cuando proceda, las obligaciones de las partes en la adquisición del emplazamiento del proyecto y en lo relativo a las servidumbres necesarias, de conformidad con [las disposiciones modelo 31 a 33] [véanse las recomendaciones 44 y 45 y las disposiciones modelo 31 a 33 del proyecto];

f) La remuneración del concesionario, ya sea en forma de tarifas o tasas en concepto de utilización de la instalación o de prestación de servicios; los métodos y las fórmulas para establecer o ajustar esas tarifas o esas tasas; y los eventuales pagos que pueda hacer la autoridad contratante u otra autoridad pública [véanse las recomendaciones 46 a 48];

g) Los procedimientos para examinar y aprobar los diseños de ingeniería, los planes de obras y el pliego de condiciones por parte de la autoridad contratante, y los procedimientos para realizar pruebas y para la inspección final, la aprobación y la aceptación de la instalación de infraestructura [véase la recomendación 52];

h) El alcance de las obligaciones del concesionario de asegurar, en su caso, la modificación del servicio a fin de poder atender la demanda efectiva de tal servicio, mantener su continuidad y poder seguir prestándolo en condiciones prácticamente idénticas para todos los usuarios [véanse la recomendación 53 y la disposición modelo 38];

i) El derecho de la autoridad contratante o de otra autoridad pública a supervisar las obras que deba realizar el concesionario o los servicios que éste deba prestar y las condiciones y el margen de que dispondrá la autoridad contratante u otro organismo regulador para ordenar modificaciones de las obras y de las condiciones de servicio o para adoptar otras medidas razonables que considere apropiada para asegurar que la instalación de infraestructura se explote debidamente y que los servicios se presten de conformidad con los requisitos legales y contractuales aplicables [véanse las recomendaciones 52 y 54 b)];

j) El alcance de la obligación del concesionario de facilitar a la autoridad contratante o a un organismo regulador, en su caso, informes y otros datos sobre la explotación [véase la recomendación 54 a)];

k) Mecanismos para regular los costos suplementarios y otras consecuencias que pudieran derivarse de una orden emitida por la autoridad contratante o por otra autoridad pública en relación con los apartados h) e i) *supra*, incluida la eventual compensación a que pueda tener derecho el concesionario [véase el capítulo IV, párrs. 73 a 76];

l) Todo derecho a examinar y aprobar los contratos principales concertados por el concesionario, en particular los contratos celebrados con los propios accionistas del concesionario o con personas conexas [véase la recomendación 56];

m) Las garantías de buena ejecución que deba dar el concesionario y las pólizas de seguros que éste pueda suscribir en relación con la ejecución del proyecto de infraestructura [véase la recomendación 58 a) y b)];

n) Los recursos de que dispondrá cada una de las partes en caso de incumplimiento de la otra parte [véase la recomendación 58 e)];

o) Los casos en que las partes podrán quedar exoneradas de su respectiva responsabilidad por incumplimiento o demora en el cumplimiento de alguna obligación prevista en el contrato de concesión cuando tal incumplimiento obedezca a circunstancias que sean razonablemente ajenas a su control [véase la recomendación 58 d)];

p) La duración del contrato de concesión y los derechos y obligaciones de las partes al expirar o al rescindirse dicho contrato [véase la recomendación 61];

q) La forma de calcular la compensación conforme a [la disposición modelo 47] [véase la recomendación 67];

r) La ley aplicable y los mecanismos mediante los cuales habrán de resolverse las controversias que surjan entre la autoridad contratante y el concesionario [véanse la recomendación 69 y la disposición modelo 49].

Disposición modelo 29. Ley aplicable

[véanse la recomendación 41 y el capítulo IV, párrs. 5 a 8]

El contrato de concesión se regirá por la ley del Estado a menos que dicho contrato disponga otra cosa³⁷.

Disposición modelo 30. Organización del concesionario

[véanse las recomendaciones 42 y 43 y el capítulo IV, párrs. 12 a 18]

La autoridad contratante podrá exigir que el ofertante seleccionado cree una persona jurídica constituida con arreglo a la legislación de [este Estado], siempre y cuando se haya hecho a este efecto una declaración en los documentos de preselección o en la solicitud de propuestas, según el caso. En el contrato de concesión deberán especificarse los eventuales requisitos de capital mínimo de tal entidad jurídica y los procedimientos a seguir para obtener de la autoridad contratante la aprobación de los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto, así como de toda modificación esencial de los mismos.

³⁷ Los ordenamientos jurídicos prevén diversas soluciones en cuanto al derecho que las partes puedan declarar aplicable al contrato de concesión, que puede ser un derecho distinto del vigente en el país anfitrión. Además, tal como se explica en la Guía Legislativa (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 5 a 8), en algunos países el contrato de concesión puede estar sujeto al derecho administrativo, mientras que en otros puede regirse por el derecho privado (véase también la Guía Legislativa, capítulo VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 24 a 27). El derecho aplicable incluye también las normas jurídicas de otros ámbitos del derecho que rigen las diversas cuestiones que se plantean durante la ejecución de un proyecto de infraestructura (véase, en general, la Guía Legislativa, capítulo VII; “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, sección B).

Disposición modelo 31. Propiedad de los bienes³⁸

[véanse la recomendación 44 y el capítulo IV, párrs. 20 a 26]

En el contrato de concesión se deben especificar, cuando proceda, los bienes que serán de propiedad pública y los que serán de propiedad privada del concesionario. En particular, en el contrato de concesión se especificarán los bienes que pertenezcan a las siguientes categorías:

- a) Los eventuales bienes que el concesionario esté obligado a devolver o transferir a la autoridad contratante o a cualquier otra entidad indicada por la autoridad contratante de conformidad con lo dispuesto en el contrato de concesión;
- b) Los eventuales bienes que la autoridad contratante pueda optar por comprar al concesionario; y
- c) Los eventuales bienes que el concesionario pueda retener o de los que pueda disponer al expirar o al rescindirse el contrato de concesión.

Disposición modelo 32. Adquisición de derechos relativos al emplazamiento del proyecto

[véanse la recomendación 45 y el capítulo IV, párrs. 27 a 29]

1. La autoridad contratante u otra autoridad pública, con arreglo a la ley, y el contrato de concesión pondrán a la disposición del concesionario o, cuando proceda, prestarán asistencia al concesionario para obtener los derechos relativos al emplazamiento del proyecto, incluida la propiedad del mismo, que sean necesarios para la ejecución del proyecto.

2. Toda adquisición forzosa de tierras que pueda requerirse para la ejecución del proyecto deberá llevarse a cabo de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de sus leyes que rijan la adquisición forzosa de propiedad privada por parte de las autoridades públicas por razones de interés público].

³⁸ La participación del sector privado en proyectos de infraestructura puede revestir diversas formas que van desde la propiedad y la explotación públicas de la infraestructura hasta los proyectos plenamente privatizados (véase “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 47 a 53). Estas opciones generales suelen determinar el criterio legislativo para la propiedad de los bienes relacionados con proyectos (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 20 a 26). Independientemente de la política general o sectorial del país anfitrión, el régimen de propiedad de los diversos bienes debe definirse con claridad y tener una base legislativa suficiente. La claridad a este respecto es importante, ya que afectará directamente a la capacidad del concesionario para constituir garantías reales sobre los bienes del proyecto con miras a obtener financiación para el proyecto (*ibid.*, párrs. 52 a 61). De conformidad con el criterio flexible adoptado en diversos ordenamientos jurídicos, la disposición modelo no prevé un traspaso incondicional de todos los bienes a la autoridad contratante sino que permite hacer una distinción entre los bienes que deben transferirse a la autoridad contratante, los bienes que ésta puede tener la opción de adquirir y los bienes que siguen siendo propiedad privada del concesionario, al expirar o al rescindirse el contrato de concesión o en cualquier otro momento.

Disposición modelo 33. Servidumbres³⁹

[véanse la recomendación 45 y el capítulo IV, párr. 30]

[El concesionario tendrá el derecho] [Se otorgará al concesionario el derecho] a entrar o transitar por terrenos de terceros o a realizar obras o instalar soportes de infraestructura en ellos cuando sea necesario para la ejecución del proyecto de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan las servidumbres y otros derechos similares que sus leyes confieran a las empresas estatales de servicios y a las empresas explotadoras de infraestructuras].

Disposición modelo 34. Arreglos financieros

[véanse las recomendaciones 46 y 47 y el capítulo IV, párrs. 33 a 51]

El concesionario tendrá derecho a imponer, percibir o cobrar tarifas o tasas por la utilización de la infraestructura creada o por los servicios que preste. El contrato de concesión preverá los métodos y las fórmulas para fijar y ajustar el importe de las sumas abonables por este concepto [de conformidad con las reglas establecidas por el organismo regulador competente]⁴⁰.

Disposición modelo 35. Garantías reales

[véanse la recomendación 49 y el capítulo IV, párrs. 52 a 61]

1. A reserva de eventuales restricciones enunciadas en el contrato de concesión⁴¹, el concesionario tiene derecho a constituir garantías reales sobre cualquiera de sus bienes o derechos, incluidos los relativos al proyecto de infraestructura, cuando estas garantías sean necesarias para obtener cualquier

³⁹ El derecho a atravesar o a transitar por terrenos adyacentes con fines relacionados con el proyecto o para hacer obras en esos bienes puede ser adquirido directamente por el concesionario o de manera forzosa por la autoridad pública cuando ésta adquiera el emplazamiento del proyecto. Otra opción ligeramente distinta consiste en que la propia ley faculte a los prestadores de servicios públicos a entrar o transitar por terrenos de terceros o a realizar obras o instalar soportes de infraestructura en ellos cuando sea necesario para la construcción, la explotación y el mantenimiento de la infraestructura pública (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 30 a 32). Las opciones que figuran entre corchetes al principio de la disposición modelo tienen la finalidad de reflejar esas posibilidades.

⁴⁰ Los peajes, derechos, precios u otras sumas que perciba el concesionario, que en la Guía Legislativa se denominan “tarifas”, pueden ser la principal fuente de ingresos, o incluso la única, que permita amortizar las inversiones realizadas en el proyecto cuando la autoridad contratante u otras autoridades públicas no aporten subvenciones u otros pagos (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 30 a 60). El precio que debe pagar el usuario por los servicios públicos suele constituir un elemento de la política de infraestructuras de los gobiernos y es motivo de preocupación inmediata para grandes sectores de la población. Por lo tanto, el marco regulador para la prestación de servicios públicos incluye en muchos países reglas especiales para el control de las tarifas. Además, en algunos ordenamientos jurídicos las leyes o las reglas generales de derecho establecen parámetros para fijar los precios de bienes o servicios, por ejemplo, exigiendo que esos precios cumplan ciertos criterios “razonables”, “justos” o “equitativos” (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 36 a 46).

⁴¹ Esas restricciones pueden afectar, en particular, a la ejecución de los derechos relativos a los bienes del proyecto de infraestructura.

financiación requerida por el proyecto. En particular, el concesionario podrá constituir los siguientes tipos de garantías reales:

a) Garantías sobre bienes muebles o inmuebles que sean propiedad del concesionario o sobre los derechos reales que éste tenga sobre bienes del proyecto;

b) Prendas sobre el producto y los créditos adeudados al concesionario en concepto de utilización de la infraestructura o de los servicios prestados.

2. Los accionistas de la sociedad del concesionario tendrán derecho a pignorar o a constituir cualquier otro tipo de garantía real sobre las acciones que tengan en la sociedad concesionaria.

3. No podrá constituirse, en virtud del párrafo 1, ninguna garantía sobre bienes de propiedad pública u otros bienes o derechos necesarios para prestar un servicio público cuando la constitución de tales garantías esté prohibida por la ley de [ese Estado].

Disposición modelo 36. Traspaso del contrato de concesión

[véanse la recomendación 50 y el capítulo IV, párrs. 62 y 63]

A menos que [la disposición modelo 35] disponga otra cosa, el concesionario no podrá ceder a terceros los derechos y obligaciones que tenga en virtud del contrato de concesión sin el consentimiento de la autoridad contratante. En el contrato de concesión se enunciarán las condiciones en que la autoridad contratante deberá dar su consentimiento para que el concesionario ceda los derechos y obligaciones que tenga en virtud del contrato de concesión; asimismo, el contrato preverá la aceptación de todas estas obligaciones por el nuevo concesionario y la demostración de que éste cuenta con los medios técnicos y financieros necesarios para prestar el servicio.

Disposición modelo 37. Traspaso del control⁴² sobre el concesionario

[véanse la recomendación 51 y el capítulo IV, párrs. 64 a 68]

Salvo estipulación en contrario en el contrato de concesión, no podrá traspasarse a un tercero el control de una empresa concesionaria sin el consentimiento de la autoridad contratante. En el contrato de concesión se enunciarán las condiciones en que la autoridad contratante deberá dar su consentimiento.

⁴² Por lo general, el concepto de “control” se refiere al poder de nombrar a los miembros del órgano directivo de una empresa y de determinar o influir en la marcha de sus negocios. Los criterios aplicables pueden variar de un ordenamiento jurídico a otro o incluso entre distintos cuerpos de leyes en un mismo ordenamiento jurídico; el criterio puede consistir en fijar condiciones formales para atribuir el control a quien esté en posesión de una suma que represente un total combinado de votos de todas las clases de acciones de una empresa, (generalmente, más de un 50%), o pueden fijarse criterios más complejos que tienen en cuenta la estructura de gestión real de una empresa. Tal vez convenga que los Estados promulgantes que no hayan definido en sus leyes el concepto de “control” dicten una normativa en que se defina el concepto con miras a poder aplicar la disposición modelo.

Disposición modelo 38. Explotación de la infraestructura

[véanse la recomendación 53 y el capítulo IV, párrs. 80 a 93 (para el párrafo 1) y la recomendación 55 y el capítulo IV, párrs. 96 y 97 (para el párrafo 2)]

1. El contrato de concesión debe determinar, en su caso, las obligaciones del concesionario a fin de garantizar:

- a) La adaptabilidad del servicio para responder a la demanda real de dicho servicio;
- b) La continuidad del servicio;
- c) La disponibilidad del servicio en condiciones esencialmente idénticas para todos los usuarios;
- d) El acceso sin discriminación, cuando proceda, de otros proveedores de servicios a cualquier red de infraestructura pública explotada por el concesionario.

2. A reserva de su aprobación por la autoridad contratante o por el organismo regulador, el concesionario deberá estar facultado para dictar y aplicar el reglamento por el que se rija la infraestructura.

Disposición modelo 39. Compensación por cambios legislativos concretos

[véanse la recomendación 58 c) y el capítulo IV, párrs. 122 a 125]

El contrato de concesión regulará la cuestión de si el concesionario tiene derecho a compensación en caso de que aumente sustancialmente para aquél el costo del cumplimiento del contrato de concesión o en caso de que el concesionario perciba por tal concepto una suma sustancialmente inferior a la prevista en el cálculo inicial de los costos y beneficios de la ejecución, cuando ello se deba a cambios legislativos o reglamentarios que afecten directamente a la instalación de infraestructura o al servicio que presta.

Disposición modelo 40. Revisión del acuerdo de concesión

[véanse la recomendación 58 c) y el capítulo IV, párrs. 126 a 130]

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en [la disposición modelo 39], el contrato de concesión regulará además la cuestión de si el concesionario tiene derecho a la revisión del contrato de concesión con miras a obtener compensación en caso de que el costo del cumplimiento de dicho contrato aumente sustancialmente para el concesionario o en caso de que éste perciba por tal concepto una suma sustancialmente inferior a la prevista en el cálculo inicial de los costos y beneficios, cuando ello se deba a:

- a) Los cambios que se produzcan en las condiciones económicas y financieras; o
- b) Los cambios legislativos o reglamentarios que no afecten directamente a la instalación de infraestructura o al servicio que presta;

siempre y cuando los cambios económicos, financieros, legislativos o reglamentarios:

- a) Se produzcan una vez celebrado el contrato;
- b) Sean ajenos al control del concesionario; y

c) Sean de tal naturaleza que no haya motivo por el cual el concesionario hubiera podido preverlos al negociar el acuerdo de proyecto o no hubiera podido eludir o superar sus consecuencias.

2. En el contrato de concesión se establecerán procedimientos para revisar sus cláusulas cuando se produzcan tales cambios.

Disposición modelo 41. Asunción del proyecto de infraestructura por la autoridad contratante

[véanse la recomendación 59 y el capítulo IV, párrs. 143 a 146]

En las circunstancias enunciadas en el contrato de concesión, la autoridad contratante tiene derecho a hacerse cargo temporalmente de la explotación de la instalación con miras a asegurar la prestación eficaz e ininterrumpida del servicio en caso de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario que éste no haya podido rectificar en un período razonable tras un requerimiento pertinente de la autoridad contratante en tal sentido.

Disposición modelo 42. Sustitución del concesionario

[véanse la recomendación 60 y el capítulo IV, párrs. 147 a 150]

La autoridad contratante podrá convenir con las entidades que colaboren en la financiación de un proyecto de infraestructura en la sustitución del concesionario por una nueva entidad o una nueva persona que asuma las obligaciones del contrato de concesión en caso de incumplimiento grave por parte del concesionario inicial o en caso de que se produzcan otros acontecimientos que justifiquen la rescisión del contrato de concesión u otras circunstancias similares⁴³.

IV. Duración, prórroga y rescisión del contrato de concesión

1. Duración y prórroga del contrato de concesión

Disposición modelo 43. Duración y prórroga del contrato de concesión

[véanse la recomendación 62 y el capítulo V, párrs. 2 a 8]

1. La duración del contrato de concesión, determinada conforme a la [disposición modelo 28, apartado p)] será improrrogable salvo si se dan las siguientes circunstancias:

⁴³ Con la sustitución del concesionario por otra entidad, propuesta por los proveedores de fondos y aceptada por la autoridad contratante conforme a lo que convengan se pretende dar a las partes la oportunidad de evitar las perturbaciones que supone la rescisión de un contrato de concesión (véase el capítulo IV, "Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y proyecto de acuerdo", párrs. 147 a 150). Las partes tal vez deseen recurrir previamente y de forma sucesiva a otras medidas prácticas como el traspaso temporal del proyecto a los proveedores de fondos o a un administrador provisional nombrado por éstos, o la ejecución de la garantía de los proveedores de fondos sobre las acciones de la empresa concesionaria vendiendo dichas acciones a un tercero aceptable para la autoridad contratante.

a) Demora en la finalización del proyecto o interrupción de la explotación por circunstancias que, según quepa razonablemente deducir, sean ajenas al control de ambas partes;

b) Suspensión del proyecto en razón de actos de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas; u

c) *[Otras circunstancias especificadas por el Estado promulgante.]*⁴⁴

2. El contrato de concesión podrá también prorrogarse con el fin de que el concesionario pueda amortizar los gastos suplementarios ocasionados por requisitos de la autoridad contratante no previstos inicialmente en el contrato de concesión, siempre y cuando el concesionario no pueda recuperar esos costos durante el período inicialmente previsto.

2. Rescisión del proyecto de acuerdo

Disposición modelo 44. Rescisión del contrato de concesión por la autoridad contratante

[véanse la recomendación 63 y el capítulo V, párrs. 14 a 27]

La autoridad contratante podrá rescindir el contrato de concesión en los siguientes supuestos:

a) Si ya no es razonable creer que el concesionario tenga la intención o que esté en condiciones de cumplir con sus obligaciones, por razones de insolvencia, de incumplimiento grave o de otra índole;

b) Por razones *[imperativas]*⁴⁵ de interés público, con la obligación de pagar una indemnización al concesionario; las condiciones de indemnización se fijarán en el contrato de concesión.

c) *[Otras circunstancias que el Estado promulgante tal vez desee agregar a la ley.]*

Disposición modelo 45. Rescisión del contrato de concesión por el concesionario

[véanse la recomendación 64 y el capítulo V, párrs. 28 a 33]

El concesionario no podrá rescindir el contrato de concesión excepto en los siguientes supuestos:

a) En caso de incumplimiento grave, por parte de la autoridad contratante o de otra autoridad pública, de las obligaciones contraídas en el contrato de concesión;

b) Cuando se cumplan las condiciones para revisar el contrato de concesión conforme a *[la disposición modelo 40, párrafo I]*, sin que las partes hayan podido llegar a un acuerdo sobre una revisión del contrato de concesión; o

⁴⁴ El Estado promulgante tal vez desee estudiar la posibilidad de que las partes puedan prorrogar el contrato de concesión conforme a las cláusulas de tal acuerdo, cuando tal prórroga se justifique por razones imperativas de interés público.

⁴⁵ [Las posibles situaciones en que pueda darse una razón imperativa de interés público se examinan en el capítulo V (“Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”), párrafo 27, de la Guía Legislativa.]

c) En caso de que el costo del cumplimiento del contrato de concesión haya aumentado sustancialmente para el concesionario o en caso de que éste perciba por tal concepto una suma sustancialmente inferior a la prevista a causa de actos u omisiones de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas conforme a lo enunciado en [los apartados h) e i) de la disposición modelo 28], y cuando las partes no hayan podido llegar a un acuerdo sobre una revisión del contrato de concesión.

Disposición modelo 46. Rescisión del contrato de concesión por cualquiera de las partes

[véanse la recomendación 65 y el capítulo V, párrs. 34 y 35]

Cualquiera de las partes tendrá derecho a rescindir el contrato de concesión si el cumplimiento de sus obligaciones se ve impedido por circunstancias que escapen del control razonable de las partes. Las partes también tendrán derecho a rescindir el contrato de concesión si lo deciden de común acuerdo.

3. Arreglos concertados al expirar o al rescindirse el contrato de concesión

Disposición modelo 47. Arreglos financieros tras la expiración o la rescisión del contrato de concesión

[véanse la recomendación 67 y el capítulo V, párrs. 43 a 49]

El contrato de concesión establecerá la forma en que se habrá de calcular la indemnización de las partes en caso de rescindirse dicho contrato, previendo, cuando corresponda, la indemnización por su justo valor de las obras efectuadas conforme al contrato, así como de las pérdidas sufridas por cualquiera de las partes, incluido, en su caso, el lucro cesante.

Disposición modelo 48. Liquidación y medidas de traspaso

[véanse la recomendación 66 y el capítulo V, párrs. 37 a 42] (para el apartado a)) y la recomendación 68 y el capítulo V, párrs. 50 a 62 (para los apartados b) a d))]

En el contrato de concesión se establecerán, cuando sea el caso, los derechos y obligaciones de las partes en relación con:

- a) Los mecanismos y procedimientos para el traspaso de los bienes, cuando corresponda, a la autoridad contratante;
- b) El traspaso de la tecnología requerida para el funcionamiento de la infraestructura;
- c) La capacitación del personal de la autoridad contratante o del concesionario sucesor en las actividades de explotación y mantenimiento de la infraestructura;
- d) La prestación continua, por el concesionario, de servicios de apoyo y recursos, incluido el suministro de repuestos, cuando sea necesario, durante un período de tiempo razonable a partir del traspaso de la infraestructura a la autoridad contratante o al concesionario sucesor.

V. Solución de controversias

Disposición modelo 49. Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario

[véanse la recomendación 69 y el capítulo VI, párrs. 3 a 41]

Las controversias que surjan entre la autoridad contratante y el concesionario se dirimirán recurriendo a los mecanismos de solución de controversias convenidos por las partes en el contrato de concesión⁴⁶.

Disposición modelo 50. Controversias entre el concesionario y sus clientes o los usuarios de la instalación de infraestructura

[véanse la recomendación 71 y el capítulo VI, párrs. 43 a 45]

Cuando el concesionario preste servicios al público o explote infraestructuras de acceso público, la autoridad contratante podrá requerir al concesionario que abra vías sencillas y eficientes para tramitar las reclamaciones presentadas por sus clientes o por los usuarios de la infraestructura.

Disposición modelo 51. Otras controversias

[véanse la recomendación 70 y el capítulo VI, párr. 42]

1. El concesionario y sus accionistas podrán elegir los mecanismos que estimen apropiados para resolver las controversias que surjan entre ellos.
2. El concesionario podrá concertar con sus prestamistas, contratistas, proveedores y otros socios comerciales los mecanismos que estimen adecuados para resolver las controversias que surjan entre el concesionario y las mencionadas partes.

⁴⁶ El Estado promulgante podrá prever en su legislación los mecanismos de solución de controversias que más se ajusten a las necesidades de los proyectos de infraestructura con financiación privada.