NACIONES
UNIDAS

A

Asamblea General

Distr. GENERAL
A/CN.9/444/Add.2
2 de marzo de 1998

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
31º período de sesiones
Nueva York, 1º a 12 de junio de 1998

PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA

Proyecto de capítulo de una guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada

Informe del Secretario General

Adición

Capítulo I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA LEGISLACIÓN

ÍNDICE

	Párrafos	*Página*
Recomendaciones relativas a la legislación	-	3
Notas sobre las recomendaciones de índole legislativa	1 - 67	5
A. Marco jurídico de los proyectos de infraestructura con fiananciación privada	1 - 27	5
1. Cuestiones constitucionales	1 - 4	5
2. Legislación de carácter general y por sectores	5 - 8	5
3. Elementos de una legislación habilitadora	9 - 21	6
4. Coordinación administrativa	22 - 27	9
B. Otras ramas pertinente sde la legislación	28 - 62	10
1. Protección de las inversiones	29 - 32	11
2. Régimen de la propiedad	33 - 35	11
3. Reglas y procedimientos en materia de expropiación	36 - 37	12
4. Régimen de la propiedad intelectual	38 - 39	12

V.98-51369

ÍNDICE *(continuación)*

		Párrafos	*Página*
5.	Derecho de garantías	40 - 45	12
6.	Derecho de sociedades	46 - 49	14
7.	Prácticas contables	50	15
8.	Derecho contractual	51 - 52	15
9.	Régimen de la insolvencia	53 - 54	15
10.	Derecho fiscal	55 - 57	16
11.	Protección ambiental	58 - 60	16
12.	Solución de controversias	61 - 62	17
C.	Legislación nacional y acuerdos internacionales	63 - 67	18
1.	Acuerdos generales sobre facilitación y fomento del comercio	64	18
2.	Acuerdos internacionales sobre sectores industriales concretos	65 - 67	18

RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN

Cuestiones constitucionales

1) Es aconsejable examinar toda norma de rango constitucional existente que pueda obstaculizar la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de obras de infraestructura, o que pueda limitar la explotación por entidades privadas de bienes públicos, o la propiedad privada de obras o instalaciones de infraestructura, con miras a su eventual revisión (véanse párrs. 1 a 4).

Opciones legislativas

2) Tal vez convenga complementar la legislación general habilitadora de este tipo de proyectos con normas especiales para cada sector de la infraestructura. De existir ya esas normas sectoriales, sería aconsejable revisarlas con miras a comprobar su idoneidad para este tipo de proyectos (véanse párrs. 5 a 8).

Autorización legal para adjudicar concesiones

3) El derecho interno debe definir claramente las facultades de la autoridad competente para adjudicar proyectos de infraestructura al sector privado, así como las actividades o tipos de infraestructura que podrán encomendarse a entidades privadas (véase párr. 10).

4) Es aconsejable que la ley reconozca el derecho de la compañía del proyecto a cobrar un precio por la utilización de la infraestructura, o de los servicio o productos por ella suministrados, de conformidad con el derecho interno y las condiciones estipuladas en el acuerdo del proyecto. Es igualmente aconsejable facultar a las partes para convenir en un mecanismo que permita calcular y ajustar el precio (véase párr. 11).

Régimen jurídico del proyecto

5) Tal vez convenga incorporar a una normativa legal especial, promulgada para los proyectos de infraestructura con financiación privada, todos los derechos y obligaciones que, por lo demás, serían implícitamente aplicables, y que se consideren adecuados para dichos proyectos. La promulgación de un marco legal general para los proyectos de infraestructura con financiación privada sería una buena ocasión para excluir la aplicación de toda norma que se tema obstaculice la ejecución de estos proyectos (véanse párrs. 12 a 15).

Propiedad y utilización de la infraestructura

6) Es preciso que el Estado esté plenamente facultado, conforme a derecho, para traspasar o poner a disposición de la compañía del proyecto los terrenos públicos o infraestructuras existentes que se juzguen necesarios para la ejecución del proyecto (véanse párrs. 16 a 19).

Condición jurídica de las entidades que presten servicios públicos

7) Convendría que, en los que la explotación de infraestructuras públicas o la prestación de servicios públicos esté reservada al Estado, se facultara por ley al Estado para conceder a la compañía del proyecto, los derechos, privilegios y medios necesarios para construir y explotar la infraestructura, en su propio nombre o en representación de la autoridad competente, y para prestar los servicios públicos que le hayan sido encomendados (véanse párrs. 20 y 21).

Coordinación administrativa

8) Es aconsejable que la propia ley indique cuáles son los órganos o autoridades de la administración del país anfitrión, de ámbito nacional, provincial o local, que están facultados para adjudicar concesiones de proyectos de infraestructura (véanse párrs. 22 y 23).

9) Cabría encomendar por ley a un solo órgano la tarea de tramitar las licencias necesarias para la ejecución de un proyecto de infraestructura, remitiendo las solicitudes que reciba a los organismos competentes y supervisando la emisión de todas las licencias requeridas en el momento de la adjudicación del proyecto y de las que tal vez se introduzcan posteriormente (véanse párrs. 24 a 26).

10) Cabría también facultar a los organismos competentes para emitir licencias provisionales y fijar un plazo que las convalidaría, de no haber sido previamente denegadas por escrito (véanse párrs. 24 a 26).

11) Si el Estado anfitrión no está en condiciones de introducir las disposiciones sugeridas en los anteriores párrafos 9) y 10), tal vez si sea posible imponer a la autoridad adjudicadora la obligación de hacer todo lo posible por ayudar a la compañía del proyecto a obtener las licencias necesarias (véase párr. 27).

Otras ramas pertinentes de la normativa interna

12) Además de la normativa interna directamente aplicable a los proyectos de infraestructura con financiación privada, la introducción de reglas adecuadas en otras ramas del derecho facilitaría las operaciones necesarias para llevar a cabo proyectos de infraestructura y reduciría el riesgo jurídico que pueda haber para las inversiones en el país (p. ej. normas protectoras de las inversiones, régimen de la propiedad, garantías sustantivas y procesales en materia de expropiación, derecho de propiedad intelectual, derecho de garantías, derecho de sociedades, prácticas contables, régimen de la insolvencia, derecho fiscal, normas de protección ambiental, y de solución de las controversias) (véanse párrs. 28 a 62)

Legislación nacional y acuerdos internacionales

13) Tal vez el Estado anfitrión desee estudiar la conveniencia de adherirse a acuerdos internacionales sobre facilitación del comercio, o sobre el fomento del comercio en determinadas industrias y servicios, que favorecerían la ejecución de los proyectos de infraestructura con financiación privada (véanse párrs. 63 a 67)

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES DE ÍNDOLE LEGISLATIVA

A. Marco jurídico de los proyectos de infraestructura con financiación privada

1. Cuestiones constitucionales

1. El derecho constitucional de diversos algunos países recoge generalmente la obligación del Estado de asegurar la prestación de servicios públicos. Algunos enumeran los sectores de servicios e infraestructura que corresponden al Estado, mientras que otros encomiendan la tarea de determinar dichos sectores al legislador. En algunas constituciones nacionales la prestación de determinados servicios públicos queda reservada exclusivamente al Estado o a entidades públicas especialmente creadas para este fin. Sin embargo, en otras se autoriza al Estado a que adjudique concesiones a entidades privadas para el desarrollo y la gestión de obras de infraestructura y la prestación de servicios públicos. En algunos países hay limitaciones a la participación de extranjeros en determinados sectores, o se exige que el Estado participe en el capital de las empresas que prestan servicios públicos.

2. Es importante que los países que desean promover la inversión privada en obras de infraestructura revisen las disposiciones constitucionales existentes a fin de identificar posibles limitaciones a la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada. En algunos países se ha demorado la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada por incertidumbres sobre la autoridad del Estado para adjudicarlos. A veces, el temor de que dichos proyectos puedan contravenir disposiciones constitucionales sobre monopolios estatales o sobre la prestación de servicios públicos ha suscitado causas judiciales, que han afectado negativamente a la ejecución de los proyectos.

3. Otra categoría importante de disposiciones constitucionales es la relativa a la propiedad de los terrenos o las instalaciones de infraestructura. En el derecho constitucional de algunos países hay limitaciones a la propiedad privada de tierras y de ciertos tipos de medios de producción. En otros países se reconoce la propiedad privada, pero la constitución establece que todos o determinados tipos de infraestructuras son propiedad del Estado. Prohibiciones y limitaciones de esta índole pueden obstaculizar la ejecución de proyectos que supongan el traspaso de la gestión, o de la gestión y la propiedad, de una infraestructura al sector privado.

4. Independientemente de la elección que las autoridades del país anfitrión hagan con respecto a la propiedad de la obra de infraestructura, es importante que el país que desee atraer inversión privada en infraestructura se asegure de que el Estado está facultado para poner a disposición de la compañía del proyecto los terrenos o las infraestructuras existentes que puedan necesitar para la ejecución de los proyectos de infraestructura. En algunos países ha sido necesario modificar la constitución para conferir al Estado esa facultad.

2. Legislación de carácter general y por sectores

5. En algunos países, como cuestión de práctica legislativa, se ha considerado conveniente promulgar normas especiales para regular la ejecución y gestión de uno o más proyectos. En otros países que cuentan con una arraigada tradición en la adjudicación al sector privado, de concesiones para la prestación de servicios públicos, normas legales de carácter general facultan al Estado para adjudicar al sector privado cualquier actividad del sector público que tenga un valor económico que permita su gestión por entidades privadas. Una legislación habilitadora general de este tipo de proyectos sienta las bases para dar un tratamiento uniforme a cuestiones que sean comunes a proyectos con financiación privada de diversos sectores de la infraestructura. Los países que consideren conveniente promulgar una ley de carácter general, tal vez deseen determinar cuáles son las cuestiones que sea adecuado regular a este nivel, cuáles deben ser resueltas en leyes especiales, reglamentos o el propio acuerdo del proyecto.

6. Por su propia naturaleza una legislación de carácter general no suele prestarse para regular todas las cuestiones peculiares de cada sector. De hecho, la prestación de determinados servicios públicos se rige en varios países por normas especiales para determinados sectores de la infraestructura (por ejemplo telecomunicaciones, generación y distribución de energía, o transporte por carretera y ferrocarril). Una razón para promulgar normas sectoriales especiales, incluso en países que ya cuentan con legislación habilitadora general para los aspectos comunes a todos los sectores, es que permite al legislador tener en cuenta la estructura del mercado a la hora de diseñar mecanismos regulatorios para cada sector de la infraestructura.

7. En general, las normas sectoriales definen la política del gobierno para ese sector, los mecanismos para llevarla a cabo y las reglas generales para la prestación de cada servicio. En muchos países se promulgaron esas normas especiales en momentos en que una parte importante, o incluso la totalidad, de la infraestructura nacional estaba en manos de monopolios estatales. Las recientes estrategias nacionales para la promoción de la inversión del sector privado en infraestructura se basaron a menudo en los resultados de amplios estudios que analizaron cuestiones tales como el grado de competitividad que podría introducirse en el mercado en general o en segmentos específicos de éste y estudiaron la relación costos-beneficios de abolir o mantener total o parcialmente los monopolios legales (véase capítulo II "Estructura y reglamentación del sector", ___). Es aconsejable que los países interesados en promover la inversión del sector privado en infraestructura examinen la normativa sectorial existente a fin de comprobar su idoneidad para proyectos de infraestructura con financiación privada.

8. Una legislación sectorial puede desempeñar además un papel importante en el establecimiento de un marco legal para regular cada sector de la infraestructura (véase capítulo II, "Estructura y reglamentación del sector", ___). Ese marco de rango legal puede ser particularmente útil para los países que se encuentren en una fase inicial de creación o desarrollo de una normativa interna de rango reglamentario. Ese marco legal inspiraría además confianza a los prestamistas y a los miembros del consorcio del proyecto, al darles la seguridad de que el poder de las autoridades para dictar reglamentos no es ilimitado, ya que en su ejercicio se habrán de respetar los parámetros que fija la ley. No obstante, en general no es aconsejable promulgar una legislación rígida o excesivamente detallada, que en la mayoría de los casos se adoptaría mal a la larga duración de los proyectos de infraestructura con financiación privada.

3. Elementos de una legislación habilitadora

9. La ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada puede requerir la promulgación de leyes o reglamentos especiales que autoricen a los órganos del Estado a encomendar la prestación de servicios públicos a entidades privadas o a entidades descentralizadas que sean total o parcialmente de propiedad estatal. Además de que en ocasiones es necesario cumplir con requisitos constitucionales y de otro tipo, la promulgación de una autorización legal expresa puede ser un factor importante para reforzar la confianza de los inversionistas eventuales del sector privado, nacionales o extranjeros, en la política nacional de promoción de la inversión del sector privado en infraestructura. Si bien no suele ser aconsejable regular en normas legales de índole general aspectos concretos relativos a los derechos y obligaciones recíprocos de la compañía del proyecto de la autoridad adjudicadora, hay una serie de cuestiones básicas que sí sería útil regular en una norma de carácter general.

a) Autorización legal para adjudicar concesiones

10. En algunos ordenamientos el Estado es directamente responsable de la prestación de todo servicio público necesario y no puede delegar dicha función sin autorización legal previa. Por tanto, para los países que deseen atraer la inversión privada hacia la infraestructura es especialmente importante que la ley defina claramente la autoridad de los poderes públicos para encomendar a entidades que no sean organismos públicos el derecho a prestar determinados servicios públicos y a ser remunerada por esos servicios. Para mayor claridad, convendría además que esa norma de carácter general defina las actividades que podrán adjudicarse a concesiones.

11. Asimismo debe facultarse por ley a las partes para que convengan en un mecanismo para determinar y ajustar dichos precios, cuando éstos no vayan a ser fijados por alguna entidad reguladora del sector considerado. La inclusión de una autorización expresa al efecto en la legislación habilitadora puede revestir particular importancia en países en los que los servicios públicos sean monopolio del Estado, o en los que se prevea la contratación de entidades privadas para prestar determinados servicios que solían prestarse al público de forma gratuita. En algunos países la ausencia de esa autorización legal previa ha dado lugar a que el derecho de la compañía del proyecto para reclamar el pago de un precio por el servicio prestado sea discutido ante los tribunales.

b) Régimen jurídico de los proyectos de infraestructura con financiación privada

12. En algunos ordenamientos de tradición romanista o que han aceptado su influjo, la prestación de los servicios públicos suele regirse por una rama del derecho denominada "derecho administrativo", que regula una amplia gama de funciones públicas. En la mayoría de esos países existen conceptos bien definidos del derecho administrativo correspondientes a diversas formas de proyectos de infraestructura, como los de "concesión de obras públicas", "concesión de servicios públicos", o "delegación", "licencia" o "permiso" para la prestación de servicios públicos. Diversos de los derechos y obligaciones de las partes puede que tengan su fuente en disposiciones de rango legal, jurisprudencia de los tribunales o principios generales del derecho, según el tipo de proyecto y la naturaleza del instrumento de adjudicación (p. ej. un acuerdo bilateral o un acto unilateral).

13. Por ejemplo, en algunos de esos ordenamientos, la autoridad administrativa suele estar facultada para revocar contratos administrativos, o para modificar su alcance y condiciones, por razones de interés público, con la salvedad habitual de tener que indemnizar a los contratistas por las pérdidas y costos adicionales que esa medida les ocasione. Entre otros posibles derechos de la autoridad competente, cabe citar los de inspección y supervisión general, así como el derecho a imponer sanciones por incumplimiento a la empresa gestora privada. En algunos países, existen disposiciones especiales para la solución de las controversias que surjan de los contratos de la administración pública, y puede haber limitaciones al derecho de los organismos públicos a someterse a procedimientos de solución de controversias que no sean judiciales (véase capítulo XI, "Solución de controversias", ___). Al mismo tiempo, algunos ordenamientos reconocen ciertas condiciones implícitas en todos los contratos de la administración pública que conceden cierta medida de protección al adjudicador del contrato público, como el derecho a que se revisen las condiciones del contrato adjudicador de ocurrir algún cambio imprevisto en las circunstancias (véase capítulo VIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", ___). Sin embargo, en algunos países, la facultad de la administración para revocar o modificar las condiciones de prestación de un servicio público por parte de una entidad privada puede estar limitado a los casos en que el instrumento de la concesión haya sido otorgado en forma de un acto discrecional unilateral del poder público.

14. La existencia de un régimen jurídico especial aplicable a las empresas gestoras de servicios o instalaciones de infraestructura y a las que se encargan de prestar servicios públicos no se limita a los ordenamientos de la tradición jurídica mencionada. En algunos países pertenecientes a la tradición del *common law* o que se encuentran bajo su influencia existen normas especiales para cada tipo de servicio público (p. ej. telecomunicaciones, ferrocarriles, electricidad), que no siempre pueden agruparse de forma sistemática en un corpus jurídico más general. También en estos países se han promulgado normas especiales para regular los contratos públicos, que recurren a menudo a un empleo generalizado de formularios y cláusulas contractuales uniformes. Estas normas especiales otorgan en general a la administración pública ciertas facultades para rescindir o modificar el contrato, acompañadas de la obligación de indemnizar al contratista por todo daño en el que haya incurrido por actuar con arreglo al contrato. A ese respecto se hace una distinción importante en algunos países del *common law* entre "franquicias", que confieren a la empresa gestora del servicio público un derecho firme de prestar el servicio conferido, y las simples "licencias", que son privilegios personales que normalmente pueden ser revocados por el que los concede. Sin embargo, en algunos países se entiende que incluso los actos unilaterales que conceden a una entidad privada una licencia para llevar a cabo una actividad determinada pueden crear un derecho firme y que, por tanto, no puede

ser modificado por la administración sin el consentimiento de la entidad privada, a menos que esa posibilidad se prevea expresamente en la legislación o en las condiciones de la licencia.

15. En los países en los que los contratos de la administración pública están sujetos a un régimen especial, puede ser aconsejable que el poder legislativo compruebe la idoneidad del régimen actualmente en vigor para los proyectos de infraestructura con financiación privada y señale las posibles dificultades que podrían surgir de la aplicación de dicho régimen especial. Para lograr una mayor transparencia y evitar cualquier duda por parte de los eventuales inversionistas extranjeros y nacionales, tal vez convenga definir en la legislación especial relativa a los proyectos de infraestructura con financiación privada todos aquellos derechos y obligaciones que estén implícitos, pero que no se hayan sistematizado, en el propio ordenamiento y que se consideren convenientes para este tipo de proyectos. La promulgación de una legislación habilitadora de carácter general puede ser asimismo una buena ocasión para excluir la aplicación de toda norma jurídica que se considere un obstáculo para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada.

c) Propiedad y utilización de la infraestructura

16. Algunos países cuentan con amplias disposiciones sobre la conservación y protección de la propiedad pública, incluidos los procedimientos y autorizaciones especiales necesarios para traspasar el título de dicha propiedad a entidades privadas o conceder a éstas el derecho a utilizar propiedad pública. Cualquiera que sea la elección de las autoridades del país anfitrión con respecto a la propiedad de la obra de infraestructura que se va a construir, modernizar o rehabilitar, es importante que el país que quiera atraer inversión privada en infraestructura autorice al Estado a traspasar o poner a disposición de la compañía del proyecto cualquier terreno o infraestructura existente necesaria para la ejecución del proyecto por un período no inferior al de la duración del acuerdo del proyecto.

17. El régimen de propiedad de un proyecto concreto puede ser resultado de consideraciones prácticas, como la vida operacional de la infraestructura o el interés del Estado de conservar la propiedad de la infraestructura. Además en algunos proyectos las partes pueden querer distinguir entre aquellos bienes que van a ser propiedad de la administración pública o que serán devueltos a ella al término del período de la concesión, y los que han sido adquiridos por la compañía del proyecto durante dicho período y seguirán siendo propiedad de ésta. En algunos países la legislación establece expresamente que la propiedad de todos los bienes aportados inicialmente por las autoridades del país anfitrión para la construcción de la instalación, así como la de las instalaciones y mejoras realizadas posteriormente por la compañía del proyecto, corresponde a las autoridades del país anfitrión durante el período de vigencia del acuerdo. La legislación de algunos países autoriza, por el contrario, el traspaso a la compañía del proyecto de la titularidad de los bienes de propiedad necesario para los fines de la concesión o dispone que la compañía del proyecto será propietaria de todos los bienes adquiridos como resultado de la concesión. Otras legislaciones, si bien no autorizan el traspaso de la titularidad de los bienes públicos a la compañía del proyecto, permiten que ésta adquiere ciertos derechos reales sobre los bienes y regulan detalladamente su naturaleza y alcance (por ejemplo, arrendamiento, derecho de uso o usufructo).

18. Cualquiera que sea la forma que adopten sus derechos, es importante que la compañía del proyecto pueda estar segura de la legitimidad de sus derechos y de que podrá oponerlos frente a terceros. Ese interés será compartido por los prestamistas y los demás inversionistas del proyecto. Además, dadas las restricciones legales impuestas en muchos países a la utilización de bienes públicos por entidades privadas, tal vez se haya de obtener una autorización legal previa antes de permitir que la compañía del proyecto utilice cualquier otra propiedad pública.

19. Por tanto, sería conveniente que la legislación aplicable definiera claramente la naturaleza de los derechos de propiedad que, en su caso, podrán concederse a la compañía del proyecto, respecto de los diversos tipos de infraestructura. Además podría ser útil que la legislación autorizase a la administración pública o a conceder a la compañía del proyecto el derecho a utilizar terrenos, carreteras y otras instalaciones de apoyo que no estén

directamente vinculadas al proyecto, en la medida que lo requiera la construcción y explotación de la infraestructura, y conforme a lo estipulada al respecto en el acuerdo del proyecto.

d) Condición jurídica de los suministradores de servicios públicos

20. Las entidades o los órganos de la administración pública que prestan servicios públicos gozan en general de facultades destinadas a facilitar la prestación del servicio y asegurar que los usuarios cumplan y observen las normas y reglamentos correspondientes. Cabe citar, por ejemplo, el derecho a emitir normas de seguridad, o controlar su cumplimiento, y el derecho a suspender la prestación del servicio por razones de emergencia o seguridad o por impago o incumplimiento de los usuarios (véase capítulo VII, "Etapa de explotación", ___). Estas facultades dimanan normalmente de la autoridad del Estado y en algunos ordenamientos son intrínsecamente públicas.

21. En países con una arraigada tradición de adjudicar concesiones para la prestación de servicios públicos, la autoridad pública delegará normalmente en el concesionario las facultades que juzgue necesarias. La amplitud de esas facultades será normalmente definida en el acuerdo del proyecto, por lo que tal vez no sea necesario regularlas detalladamente en la legislación habilitadora general de la que se habla en la *Guía*. No obstante, cuando la explotación de infraestructuras públicas o la prestación de servicios públicos esté reservada al Estado, es aconsejable que la legislación autorice a la administración a conceder a la compañía del proyecto todo derecho, privilegio o recurso público que sea necesario para construir y explotar la infraestructura o para prestar los servicios públicos correspondientes, en nombre propio o en representación de las autoridades del país anfitrión.

4. Coordinación administrativa

22. Dependiendo de la estructura administrativa del país anfitrión, los proyectos de infraestructura con financiación privada pueden requerir la participación de varios organismos públicos, a diversos niveles de la administración. Por ejemplo, la facultad reguladora o reglamentadora de la actividad en cuestión puede competir total o parcialmente a un organismo público situado a distinto nivel que el encargado de prestar el servicio correspondiente. También puede ocurrir que tanto la función reguladora como la operacional correspondan a una sola entidad, pero que la función adjudicadora de contratos públicos corresponda a otro organismo de la administración. Para los proyectos en los que hay inversión extranjera, puede también ocurrir que determinadas competencias específicas correspondan al organismo de la administración pública encargado de aprobar las propuestas de inversión extranjera.

23. Cuando se apruebe una legislación habilitadora general, conviene que en ella se indique claramente cuáles son los organismos o escalones administrativos competentes para adjudicar los proyectos de infraestructura al sector privado. Puede ser útil considerar la amplitud de poderes requerida por las autoridades que no sean las de la administración central para llevar a cabo proyectos que sean de su competencia. La legislación general puede determinar el procedimiento que ha de seguirse al identificar o fijar la prioridad de un proyecto de infraestructura que vaya a adjudicarse al sector privado o puede remitirse al reglamento que defina ese procedimiento. Asimismo, la legislación puede definir el procedimiento a seguir para la selección del concesionario, o remitirse al reglamento que defina ese procedimiento (véase capítulo III, "Selección del concesionario").

24. Además de aclarar las cuestiones relativas a la competencia general para adjudicar proyectos dentro de un sector específico, la legislación puede desempeñar un papel útil a la hora de facilitar la tramitación de las aprobaciones y licencias que puedan necesitarse en el transcurso de un proyecto (tales como licencias conforme a la normativa sobre cambio exterior; licencias para la inscripción registral de la compañía del proyecto; autorizaciones para el empleo de extranjeros; derechos de timbre e inscripción para la utilización o la propiedad de terrenos; licencias de importación de equipo y suministros; licencias de construcción; licencias de instalación de cables o conducciones; licencias para la puesta en funcionamiento de la instalación; asignación de frecuencias para las

comunicaciones móviles). Las licencias y autorizaciones necesarias pueden ser de la competencia de diversos órganos situados a diferentes niveles de la administración nacional y el tiempo requerido para su obtención puede ser considerable, en especial cuando los órganos o dependencias competentes no hayan participado desde un principio en la concepción del proyecto ni en la negociación de sus condiciones.

25. Para cuando se firme el acuerdo del proyecto, el consorcio del proyecto le habrá dedicado normalmente un tiempo considerable y habrá invertido importantes sumas en el proyecto (por ejemplo en la preparación de estudios de viabilidad, diseños de ingeniería y otros documentos técnicos; preparación de los documentos de licitación y participación en el concurso; negociación del acuerdo del proyecto, acuerdos de crédito y otros acuerdos contractuales relacionados con el proyecto; servicios de consultores y asesores). La posibilidad de que no se obtengan las licencias necesarias para la construcción de la instalación puede disuadir a ciertos inversionistas prudentes de competir para la adjudicación del proyecto. Además, todo retraso en la puesta en funcionamiento del proyecto de infraestructura imputable a demoras en las licencias comprometería la viabilidad financiera del proyecto o causaría pérdidas importantes a sus patrocinadores. Cuando esos costos adicionales no sean recuperables mediante una ampliación del plazo de la concesión, o un aumento de la tarifa o los precios, es probable que la compañía del proyecto recurra ante la autoridad competente, pidiendo resarcimiento o compensación. Todo ello puede provocar un incremento en el costo del proyecto y la elevación de su precio para el público.

26. El prever desde una etapa temprana todo lo relativo a las licencias requeridas para el proyecto considerado puede evitar graves demoras en la fase de ejecución. Una medida posible para coordinar mejor la emisión de licencias y aprobaciones puede ser la de encomendar a un solo órgano la tarea de recibir las solicitudes de licencia, transmitirlas a los organismos competentes y controlar la emisión oportuna de todas las licencias indicadas en la convocatoria del concurso en la solicitud de propuestas y de toda nueva licencia que introduzca algún reglamento posterior. Cabría asimismo facultar a los organismos competentes para emitir licencias provisionales y que el mero transcurso de un plazo convalidaría, caso de no ser denegadas por escrito.

27. No obstante, puede haber casos en los que las autoridades del país anfitrión, por razones constitucionales o de organización interna, no puedan asumir la responsabilidad de la emisión de todas las licencias ni encomendar a un único órgano dicha función de coordinación. En ese caso, las autoridades del país anfitrión podrían tal vez mostrar que, no obstante, hará todo lo posible por ayudar a la compañía del proyecto a obtener las licencias que requiera el derecho interno, designando, por ejemplo, algún servicio u organismo que se encargue de proporcionar información y prestar asistencia a todo eventual consorcio de un proyecto acerca de las licencias que se han de obtener, así como de los procedimientos a seguir y de las condiciones a cumplir.

B. Otras ramas pertinentes de la legislación

28. Además de las cuestiones relativas a la legislación directamente aplicable a los proyectos de infraestructura con financiación privada, un marco jurídico favorable puede incluir disposiciones en otras ramas del derecho. Una legislación que promueva la inversión privada en actividades económicas favorecería la inversión privada en infraestructura. En los párrafos siguientes se señalan ciertos aspectos únicamente de otras ramas del derecho que pueden favorecer la ejecución de proyectos de infraestructura[1]. Una normativa adecuada en esos otros ámbitos facilitaría ciertas operaciones necesarias para llevar a cabo proyectos de infraestructura y reduciría el riesgo jurídico percibido de realizar inversiones en el país.

---

[1] Para una visión general del marco jurídico necesario para fomentar la inversión privada en sectores privatizados, véase Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *Comparative Experiences with Privatization*, Nueva York y Ginebra, 1995, págs. 40 a 52. En especial, con respecto a las economías en transición, véase Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, *Legal Aspects of Privatization in Industry*, Nueva York, 1992, págs. 13 a 30.

1. Protección de las inversiones

29. Una cuestión que preocupa especialmente a los consorcios de proyecto y a los prestamistas es el grado de protección que se ofrece a la inversión en el país anfitrión. Puede aumentarse la confianza de los inversionistas en el país anfitrión si se les ampara, por ejemplo, mediante la protección contra toda medida nacionalizadora o expropiadora sin control judicial o sin indemnización adecuada. Las sociedades que participen en el consorcio de un proyecto desearán, asimismo, poder introducir en el país, sin restricciones infundadas, el personal técnico requerido por el proyecto, así como los bienes y el equipo necesarios, y tener acceso a las divisas necesarias, y que se les permita transferir al extranjero o repatriar sus beneficios.

30. En los países que ya dispongan de una legislación protectora de las inversiones adecuada, tal vez convenga extender expresamente esa protección a los proyectos de infraestructura con inversión privada.

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

32. En la actualidad se está negociando un acuerdo multilateral sobre inversiones bajo los auspicios de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). El acuerdo multilateral sobre inversiones de la OCDE se ocupará de lo relativo a la solución de controversias, la protección de los inversionistas y las inversiones, medidas liberalizadoras, la privatización y los monopolios, la entrada de personal clave, cuestiones ambientales y laborales, requisitos de buena ejecución y los incentivos a la inversión.

2. Régimen de la propiedad

33. Es aconsejable que el régimen de la propiedad del país anfitrión refleje pautas aceptables y modernas y cuenta con disposiciones adecuadas sobre la propiedad y la utilización de terrenos y edificios, así como sobre bienes muebles e inmateriales (por ejemplo, derecho de propiedad intelectual), y asegure que la compañía del proyecto podrá comprar, vender, traspasar y autorizar la utilización de bienes, según proceda.

34. Sea que la compañía del proyecto es propietaria de los terrenos en los que se construya la instalación o posea únicamente el derecho a utilizarlos, es importante que la propiedad de los terrenos sea un dato claro e inequívoco que goce de la publicidad dimanante, de su inscripción en el registro. La compañía del proyecto y los prestamistas necesitarán contar con pruebas razonables de que la propiedad del terreno no será controvertida. Por tanto se mostrarán reticentes a aportar fondos al proyecto si la legislación del país anfitrión no proporciona medios adecuados para determinar quién es el propietario del terreno. Es también conveniente cerciorarse de que la compañía del proyecto podrá constituir garantías reales sobre dichos bienes, a fin de obtener financiación para el proyecto (véase capítulo IV, “Conclusión y condiciones generales del acuerdo del proyecto”, párrs. 39 a 45).

35. Es asimismo necesario proporcionar mecanismos eficaces para asegurar el respeto de los derechos de propiedad y posesión que se conceda a la compañía del proyecto contra violaciones de terceros. Esto deberá ser

asimismo aplicable a las servidumbres y derechos de paso que la compañía del proyecto pueda necesitar para prestar y mantener el servicio correspondiente (por ejemplo, colocación de postes y cables en propiedad privada para asegurar la distribución de electricidad) (véase capítulo IV, "Conclusión y condiciones generales del acuerdo del proyecto", párrs. 13 a 16).

3. Reglas y procedimientos en materia de expropiación

36. Normalmente las autoridades del país anfitrión asumirán la responsabilidad de proporcionar los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto, ya sea comprándolos a sus propietarios o, de ser ello necesario, procediendo a su expropiación (véase capítulo IV, "Conclusión y condiciones generales del acuerdo del proyecto", párrs. 8 a 12). Muchos países han regulado por ley el procedimiento a seguir en materia de expropiación y esa normativa será aplicable a toda medida de expropiación que se requiera para los proyectos de infraestructura con financiación privada.

37. Los procedimientos de expropiación suelen ser largos y complejos, y en ellos pueden participar dependencias de diversos ministerios o situadas a diversos niveles de la administración. En algunos países se pueden producir mayores demoras al procederse a la expropiación por vía judicial. Por tanto, las autoridades del país anfitrión tal vez deseen revisar la normativa vigente en materia de expropiación por razones de interés público para comprobar su adecuación a las necesidades de los grandes proyectos de infraestructura y determinar si permite un procedimiento rápido y eficiente, que respete debidamente los derechos de los propietarios. Es particularmente importante que las autoridades del país anfitrión puedan tomar posesión de los bienes lo antes posible, para no demorar el inicio de las obras ni incrementar los costos del proyecto (véase capítulo VIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", ___).

4. Régimen de la propiedad intelectual

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

39. Los acuerdos internacionales relativos a la protección y la inscripción registral de los derechos de propiedad intelectual ofrecen un marco jurídico protector al que pudiera ser aconsejable adherirse. [*Tal vez la Comisión desee examinar si debería incluirse en este párrafo una lista de los principales instrumentos internacionales y una breve descripción de sus contenidos, que podría elaborarse tras consultar con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)]*.

5. Derecho de garantías

40. El tipo y el alcance de las garantías que ofrezca la compañía del proyecto o sus accionistas desempeñará un papel fundamental en la negociación contractual de la financiación de los proyectos de infraestructura. Los acuerdos de garantía pueden ser complejos y constar de diversas formas de garantías, por ejemplo, constitución de garantías sobre bienes determinados físicos de la compañía del proyecto (por ejemplo, hipotecas o gravámenes), pignoración de acciones de la compañía del proyecto y cesión de los créditos a cobrar del proyecto. Si bien la determinación de la ley aplicable a los acuerdos de préstamo está normalmente al arbitrio de la autonomía contractual de las partes, el derecho interno del país anfitrión determinará las más de las veces el tipo de garantía que podrá hacerse valer sobre los bienes situados en el país, así como la vía y los remedios judiciales disponibles al respecto. Las diferencias en

el tipo de garantías o las insuficiencias de la vía judicial disponible en el derecho interno del país anfitrión pueden ser causa de notables dificultades prácticas. Por ello, es importante que la legislación nacional proteja adecuadamente a los acreedores con créditos garantizados y no ponga obstáculos a la capacidad de las partes para constituir garantías adecuadas.

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

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

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

44. Otra forma de garantía que se da generalmente en relación con ciertos proyectos de infraestructura con financiación privada es una cesión a los prestamistas del producto financiero de los contratos con los clientes de la compañía del proyecto. El producto así cedido puede ser el de un único contrato por ejemplo, (el producto de la venta de energía a una red distribuidora) o de un gran número de operaciones individuales (por ejemplo, el pago mensual de las facturas de gas o de agua). En la mayoría de los casos no será viable que la compañía del proyecto especifique individualmente los créditos o cobros así cedidos a los acreedores. Por tanto la cesión de créditos para la financiación del proyecto adopta generalmente la forma de una cesión global de créditos futuros. No obstante, en algunos ordenamientos puede que la validez de una cesión global de créditos presentes y futuros sea bastante incierta.

45. Hasta el momento ningún organismo intergubernamental internacional ha elaborado ningún régimen ni modelo uniforme completo para la modernización de la legislación nacional en materia de garantías, aun cuando la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas, preparada por el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF) para ayudar en la reforma legislativa de los países de Europa central y del este[2] ofrece un modelo al respecto. Además de regular en términos generales quién puede constituir y recibir un derecho de garantía, y de enunciar ciertas reglas generales relativas a las deudas garantizadas y a los bienes gravados, la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas

---

[2] Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento, *Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas* , Londres, 1994.

del BERF aborda otras materias, como la constitución de los derechos de garantía, los intereses de terceros, la ejecución de la garantía y los trámites de inscripción en el registro. Las soluciones que propone la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas del BERF tratan de lograr los objetivos que se debaten en los párrafos 41 a 44 *supra*. *[En este párrafo podrá describirse, si se juzga oportuno, la labor realizada por la CNUDMI en el ámbito de la cesión de créditos.]*

6. Derecho de sociedades

46. En la mayoría de los proyectos que conllevan el desarrollo de una infraestructura nueva, los socios del consorcio del proyecto crearán una compañía del proyecto como entidad jurídica independiente en el país anfitrión (véase capítulo IV, "Conclusión y condiciones generales del acuerdo del proyecto", párrs. ___). Por tanto, es importante que el Estado anfitrión cuente con una legislación adecuada sobre sociedades con disposiciones modernas en temas fundamentales como lo relativo a la fundación y administración de sociedades mercantiles, la emisión de acciones y su venta o transferencia, prácticas de publicidad contable y financiera y la protección de los accionistas minoritarios.

47. Todo accionista de la compañía del proyecto tendrá interés en limitar su responsabilidad al valor de su participación en el capital social. Si se quiere que la compañía del proyecto ofrezca en bolsa sus acciones, la responsabilidad de sus socios habrá de ser limitada, ya que los inversionistas comprarán, en general, las acciones de la compañía por razón de su valor a título de inversión y no intervendrán de cerca en la gestión de la compañía del proyecto. Por tanto, es importante que la legislación del país anfitrión limite adecuadamente la responsabilidad de los accionistas. Además, una normativa adecuada que regule la emisión por las sociedades mercantiles de bonos, obligaciones u otros valores bursátiles, permitirá a la compañía del proyecto obtener fondos de los inversionistas en el mercado de valores, lo que facilitará la financiación de ciertos proyectos de infraestructura.

48. La legislación moderna sobre sociedades contiene a menudo normas de conducta para el personal gestor a fin de evitar conflictos de intereses. En esas normas se exige que todo directivo actúe de buena fe al servicio de los intereses de la sociedad, y que no utilice su cargo al servicio de sus propios intereses financieros o los de un tercero y en detrimento de la sociedad. Toda norma destinada a evitar conflictos eventuales de intereses en la gestión de la sociedad puede tener particular importancia para los proyectos de infraestructura, en los que la compañía del proyecto desea a veces que sus accionistas participen, en una u otra etapa del proyecto, en la ejecución de ciertas obras o en la prestación de ciertos servicios conexos (véase capítulo VI, "Etapa de la construcción", ___).

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

7. Prácticas contables

50. La adopción de un modelo de prácticas contables es una medida que se adopta en muchos países para lograr una uniformidad en la valoración de los negocios. La utilización de prácticas contables modernas y reconocidas internacionalmente puede ser un medio de asegurar la comercialización de las obligaciones y demás valores que emita la compañía del proyecto para obtener fondos en los mercados financieros internacionales. En relación con la selección del concesionario, la utilización de prácticas contables normalizadas puede asimismo facilitar la tarea de evaluar y comparar las ofertas y determinar cuál de ellas será la más rentable durante todo el período de la concesión (véase capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 75 a 77). El empleo de prácticas contables uniformes puede

ser esencial para auditar los beneficios de las sociedades, a fin de que el órgano regulador pueda supervisar la aplicación de las tarifas y verificar su observancia (véase capítulo VII, "Etapa operacional", __).

8. Derecho contractual

51. Es importante que el derecho interno relativo a los contratos comerciales ofrezca soluciones adecuadas a las necesidades de la compañía del proyecto y de los prestamistas, incluida la flexibilidad requerida para negociar los contratos que mejor respondan a las necesidades de la construcción y gestión de una instalación de infraestructura. Además de algunos principios básicos de derecho contractual, como el reconocimiento de la autonomía contractual de las partes, de la ejecutoriedad judicial de las obligaciones contractuales y de soluciones adecuadas para los supuestos de incumplimiento de contrato, el derecho interno puede crear un ambiente favorable para los proyectos de infraestructura con financiación privada facilitando soluciones contractuales susceptibles de ser utilizadas en estos proyectos.

52. Cuando vaya a construirse una nueva obra de infraestructura, es probable que la compañía del proyecto necesite importar grandes cantidades de suministros y equipo. Se impartirá mayor certeza jurídica a esas operaciones si la legislación del país anfitrión contiene disposiciones expresamente adaptadas a los contratos de compraventa internacionales. La adhesión a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena, 1980) o a otros instrumentos internacionales que se refieran a contratos específicos, o a la Convención relativa al Arriendo Financiero Internacional de bienes de equipo con opción de compra (Ottawa, 1988), del UNIDROIT ofrecería un marco particularmente idóneo.

9. Régimen de la insolvencia

53. La insolvencia de una empresa gestora de una infraestructura o proveedora de servicios públicos plantea una serie de problemas que ha llevado a algunos países a prever un régimen especial para estas situaciones, con reglas que permitan a las autoridades del país anfitrión adoptar las medidas necesarias para asegurar la continuidad del proyecto (véase capítulo IX "Duración, prórroga y terminación anticipada del acuerdo del proyecto", ___). A los prestamistas garantizados les preocupará especialmente la existencia de disposiciones sobre créditos garantizados, y en especial la cuestión de si los acreedores con créditos garantizados podrán ejecutar la garantía a pesar del inicio del procedimiento de insolvencia, si los créditos garantizados tienen prioridad para recibir el pago con el producto reportado por la garantía y qué prelación tienen los créditos de los acreedores garantizados.

54. La insolvencia de una compañía del proyecto es probable que afecte a acreedores de más de un país y a bienes situados en varios países. Por tanto tal vez sea conveniente que el país anfitrión cuente con disposiciones que faciliten la cooperación judicial, el acceso a los tribunales de los administradores de procedimientos de insolvencia extranjeros y el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros. En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza[3] se ofrece un modelo idóneo para todo Estado que desee remover su legislación a este fin.

10. Derecho fiscal

55. El régimen impositivo general del país anfitrión desempeña un papel importante en las decisiones inversoras de las sociedades privadas. Además de una evaluación de las repercusiones fiscales en los costos del proyecto y el

[3] El texto de la Ley Modelo fue aprobado por la Comisión en su 30º período de sesiones (Viena, 12 a 30 de mayo de 1997) y figura en el anexo I del informe de la CNUDMI sobre la labor realizada en su 30º período de sesiones (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/52/17)).

margen de beneficios previsto, los inversionistas privados tendrán en cuenta cuestiones como la transparencia general del sistema impositivo nacional, el grado de discrecionalidad de que disponen las autoridades fiscales, la claridad de las directrices e instrucciones que se dan a los contribuyentes y la objetividad de los criterios utilizados para calcular las obligaciones fiscales.

56. Algunos países, en particular los países en desarrollo y las economías en transición, han utilizado los incentivos fiscales para atraer la inversión extranjera hacia ciertas regiones o industrias. Entre los incentivos fiscales más usuales cabe citar un impuesto sobre sociedades de tipo módico, la exención del impuesto sobre la renta para el personal extranjero cuya pericia sea necesaria al proyecto, la exención de la contribución inmobiliaria o territorial, y concesiones fiscales sobre los derechos de patente y de importación. No obstante, cabe señalar que los incentivos fiscales otorgados a determinado proyecto en forma de exenciones o reducciones en impuestos concretos, retenciones o deducciones fiscales especiales, o demás alteraciones privilegiadas del sistema impositivo general, se prestan a ser discriminatorios y menos transparentes que otras formas más directas de apoyo público al proyecto (véase capítulo V, "Respaldo público", párrs. ___). Asimismo puede ser aconsejable que las autoridades nacionales revisen periódicamente los incentivos fiscales otorgados a las empresas extranjeras, en particular si no están bien definidos y si se conceden a todo tipo de inversiones extranjera, ya que su prolongación puede colocar a los inversionistas nacionales en situación desventajosa.

57. Un problema propio de los proyectos de infraestructura con financiación privada y participación extranjera es la posibilidad de que las sociedades extranjeras que participen en el consorcio del proyecto se vean expuestas a la doble imposición, es decir imposición sobre los beneficios, derechos de patentes e intereses en sus propios países y en el país anfitrión. Algunos países han concluido acuerdos bilaterales para eliminar, o al menos reducir, los efectos negativos de la doble imposición, y la existencia de dichos acuerdos entre el país anfitrión y los países de origen de los miembros del consorcio suele ser un factor importante en su análisis fiscal del proyecto.

11. Protección ambiental

58. La normativa aplicable en materia de protección ambiental puede repercutir directamente en la ejecución de los proyectos de infraestructura a diversos niveles. Esas normas requieren a menudo autorización previa para llevar a cabo una serie de actividades comerciales, que imponen prácticas particularmente restrictivas para algunos tipos de infraestructura (por ejemplo, en materia de tratamiento de aguas residuales, o recogida de basuras). A menudo se exigen autorizaciones y licencias para iniciar obras de construcción o para montar ciertas estructuras físicas. La denegación de una licencia ambiental tal vez impida, en algunos casos, la ejecución de todo el proyecto.

59. Por tanto, es aconsejable asegurar el mayor grado posible de claridad en las normas que regulen las comprobaciones que pueden llevar a cabo las autoridades ambientales, los requisitos de documentación y de otro tipo que deben cumplir los solicitantes de una licencia, las condiciones para la emisión de una licencia, las circunstancias que justifican su denegación o retirada, y las vías de apelación y judiciales que, llegado el caso, estarán abiertas a los solicitantes. Asimismo puede ser aconsejable asegurarse, en la medida de lo posible, antes de la adjudicación definitiva del proyecto, de si se cumplen las condiciones para la obtención de dicha licencia (véanse párrs. 22 a 27). En algunos países, algunos órganos especiales de la administración o determinados grupos para la defensa del medio ambiente pueden tener derecho a iniciar procedimientos jurídicos para tratar de evitar daños ambientales, entre los que puede incluirse el derecho a solicitar la retirada de una licencia por considerar que no es conforme a las normas ambientales aplicables. En algunos de esos países se ha juzgado oportuno que representantes de la población eventualmente afectada participen en los procedimientos conducentes a la emisión de licencias ambientales.

60. Pueden suscitarse también problemas con las normas internas protectoras del medio ambiente cuando la compañía del proyecto se hace cargo de una infraestructura ya existente, en particular cuando no se ha dilucidado la cuestión de la responsabilidad por los daños ambientales causados por la industria nacionalizada con anterioridad

a su privatización. Los inversionistas privados se pueden mostrar reticentes a hacerse cargo de una infraestructura ya existente o a comprar acciones de servicios públicos a los que se pueda exigir en el futuro una indemnización o reparación por los daños ambientales causados por la empresa estatal antes de su privatización. Por tanto, puede ser aconsejable establecer mecanismos para compensar a los inversionistas privados por la responsabilidad en la que se incurrió como resultado de los daños ambientales causados durante el período de gestión pública.

12. Solución de controversias

61. Otro factor importante para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada es el marco jurídico que existe en el país anfitrión para la solución de controversias (véase capítulo XI, "Solución de controversias", ___). Es probable que inversionistas, contratistas y prestamistas se muestren más propensos a participar en proyectos en países que dispongan de vías procesales adecuadas e internacionalmente aceptables para la solución de controversias, como la ofrecida por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. Otros factores que hay que tener en cuenta son la eficacia del sistema judicial nacional, la rapidez de las causas judiciales, y la disponibilidad de remedios judiciales adecuados para las controversias comerciales. Reviste particular importancia el reconocimiento y la ejecución interna de los laudos arbitrales extranjeros, que se reforzará de adherirse el país a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).

62. Puede establecerse un marco para la solución de las controversias que puedan surgir entre las autoridades del país anfitrión y las sociedades extranjeras participantes en el consorcio del de proyecto (véase capítulo XI, "Solución de controversias", ___) adhiriéndose al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Washington, 1965). Por este Convenio, al que hasta ahora se han adherido 139 Estados, se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). El CIADI presta servicios de conciliación y arbitraje para la solución de controversias entre países miembros e inversionistas que sean nacionales de otros países miembros. El recurso a la conciliación y al arbitraje del CIADI es voluntario. No obstante, una vez que las partes en un contrato o controversia hayan consentido en someterse al arbitraje conforme al Convenio del CIADI, no podrán retractarse de manera unilateral. El Convenio exige que todos los miembros del CIADI, sean o no partes en una controversia, reconozcan y ejecuten las sentencias arbitrales del CIADI. El CIADI es una organización internacional independiente estrechamente vinculada al Banco Mundial.

C. Legislación nacional y acuerdos internacionales

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

1. Acuerdos generales sobre facilitación y fomento del comercio

64. Se han negociado una serie de acuerdos multilaterales para promover el libre comercio a nivel mundial. El más notable de estos acuerdos se negoció bajo los auspicios del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y posteriormente la Organización Mundial del Comercio (OMC). En estos acuerdos pueden figurar disposiciones generales sobre la promoción y el favorecimiento del comercio de mercaderías (p. ej. la cláusula de la nación más favorecida, la prohibición de contingentes y otras barreras comerciales discriminatorias) y sobre la promoción de prácticas comerciales equitativas (p. ej. prohibición del dumping y restricciones a la utilización de subvenciones). El objetivo de algunos acuerdos es específicamente la desaparición de barreras para la prestación de servicios por extranjeros en los Estados contratantes o la promoción de la transparencia y la eliminación de la discriminación de los proveedores en la contratación pública. Estos acuerdos pueden tener importancia en la legislación nacional sobre proyectos de infraestructura con financiación privada en la que se contemplan limitaciones

a la participación de sociedades extranjeras en proyectos de infraestructura, o se establecen preferencias para entidades nacionales, o para la contratación pública de suministros en el mercado local.

2. Acuerdos internacionales sobre sectores industriales concretos

65. El sector de las telecomunicaciones se rige hasta la fecha por compromisos especiales internacionales, contraídos por las partes interesadas, en materia de regulación, competencia y estructura del mercado. En el marco de las negociaciones sobre telecomunicaciones básicas, concertadas como parte del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), un buen número de miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que representaban la casi totalidad del mercado mundial de los servicios de telecomunicaciones, asumieron compromisos especiales con miras a facilitar el comercio de los servicios de telecomunicaciones. Otros países miembros de la OMC pueden asumir aún compromisos especiales, y todo país puede ofrecer en cualquier momento mejoras a los compromisos ya contraídos, mientras que puede pedirse a los nuevos miembros de la OMC, como parte de las condiciones de adhesión, que acepten determinados compromisos en materia de telecomunicaciones.

66. Hay que señalar que todos los Estados Miembros de la OMC (incluso los que aún no han asumido compromisos especiales en materia de telecomunicaciones), están obligados por el reglamento general sobre servicios del Acuerdo GATS, así como por determinados requisitos relativos a la cláusula de nación más favorecida, y en materia de transparencia, reglamentación, monopolios y prácticas comerciales. El acuerdo de telecomunicaciones de la OMC se limita a adjuntar compromisos sectoriales y por países al acuerdo general GATS. Esos compromisos suelen versar sobre la apertura, a la competencia y a las inversiones extranjeras, de diversos segmentos del mercado, como, por ejemplo, la telefonía vocal, la transmisión de datos y la mejora de los servicios. Por tanto, los legisladores de los actuales o posibles Estados miembros de la OMC deberán asegurarse de que las leyes de su país en materia de telecomunicaciones son coherentes con el acuerdo GATS y sus disposiciones específicas en materia de telecomunicaciones.

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