

Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre las Alianzas Público-Privadas



Para más información, dirijase a:

Secretaría de la CNUDMI, Vienna International Centre
P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria

Teléfono: (+43-1) 26060-4060
Internet: uncitral.un.org

Fax: (+43-1) 26060-5813
Correo electrónico: uncitral@un.org

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre las Alianzas Público-Privadas



NACIONES UNIDAS
Viena, 2020

Nota

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras y cifras. La mención de una de tales firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
e-ISBN 978-92-1-005075-3

© Naciones Unidas, septiembre de 2020. Reservados todos los derechos.

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que se presentan los datos no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni sobre la delimitación de sus fronteras o límites.

Producción de la publicación: Sección de Servicios en Inglés, Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

Prefacio

Las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre las Alianzas Público-Privadas y la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las alianzas público-privadas* fueron elaboradas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y aprobadas en su 52º período de sesiones (Viena, 8 a 19 de julio de 2019)¹. Además de los representantes de los Estados miembros de la Comisión, participaron intensamente en la labor preparatoria los representantes de otros muchos Estados y de varias organizaciones internacionales, tanto intergubernamentales como no gubernamentales. Las Disposiciones Legales Modelo traducen al lenguaje legislativo las orientaciones formuladas en las recomendaciones de la *Guía legislativa*.

Las Disposiciones Legales Modelo tienen como objetivo contribuir al establecimiento de un marco legislativo favorable a las alianzas público-privadas (APP). Las Disposiciones Legales Modelo siguen las correspondientes notas de la *Guía legislativa*, que ofrecen una introducción analítica con referencias a las cuestiones financieras, regulatorias, jurídicas, de políticas y de otra índole que se plantean en torno al tema. Se aconseja a los usuarios que lean las Disposiciones Legales Modelo junto con la *Guía legislativa*, que proporciona información básica para una mejor comprensión de las recomendaciones legislativas.

Las Disposiciones Legales Modelo hacen referencia a asuntos que es importante que se traten en la legislación específica en materia de APP. No se adentran en otros ámbitos del derecho que, como se explica en la *Guía legislativa*, también inciden en las APP. Además, para implementar con éxito las APP, suelen ser necesarias varias medidas que van más allá de la creación de un marco legislativo apropiado, como dotarse de estructuras y prácticas administrativas adecuadas, desarrollar capacidad organizativa, albergar conocimientos técnicos, contar con recursos humanos y financieros apropiados y mantener la estabilidad económica.

Las Disposiciones Legales Modelo y la *Guía legislativa* actualizan, amplían y sustituyen dos textos anteriores elaborados por la CNUDMI, a saber, la *Guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*, aprobada por la CNUDMI en su 33er período de sesiones (Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000)²,

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/74/17)*, cap. III y anexo I.

² *Ibid.*, quincuagésimo quinto período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/55/17), párr. 372.

y las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada, aprobadas por la CNUDMI en su 36º período de sesiones (Viena, 30 de junio a 11 de julio de 2003)³.

³ *Ibid.*, quincuagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/58/17), párr. 171.

Índice

Prefacio.....	iii
Resolución 74/183 aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2019.....	ix
I. Disposiciones generales	1
Disposición modelo 1. Principios rectores de las alianzas público-privadas	1
Disposición modelo 2. Definiciones.....	1
Disposición modelo 3. Facultad para celebrar contratos de participación público-privada	3
Disposición modelo 4. Sectores en que pueden requerirse o ejecutarse proyectos de infraestructura	3
II. Planificación y preparación de proyectos.....	4
Disposición modelo 5. Propuestas de proyectos de participación público-privada	4
Disposición modelo 6. Aprobación de las propuestas de proyectos de participación público-privada	5
Disposición modelo 7. Coordinación administrativa	6
III. Adjudicación de contratos	6
Disposición modelo 8. Normas generales.....	6
1. Preselección de los licitantes	7
Disposición modelo 9. Finalidad de la preselección y procedimiento	7
Disposición modelo 10. Criterios de preselección.....	9
Disposición modelo 11. Participación de consorcios.....	10
Disposición modelo 12. Decisión de preselección.....	10
2. Procedimientos para la solicitud de propuestas	11
Disposición modelo 13. Elección del procedimiento de selección... ..	11
Disposición modelo 14. Contenido de la solicitud de propuestas	11
Disposición modelo 15. Garantías de la oferta.....	12
Disposición modelo 16. Aclaraciones y modificaciones	13

Disposición modelo 17.	Solicitud de propuestas en dos etapas	13
Disposición modelo 18.	Solicitud de propuestas con diálogo	14
Disposición modelo 19.	Criterios de evaluación	15
Disposición modelo 20.	Comparación y evaluación de las propuestas u ofertas	16
Disposición modelo 21.	Confirmación del cumplimiento de los criterios de calificación	16
Disposición modelo 22.	Adjudicación de contratos	16
3.	Negociación directa de los contratos de participación público-privada con uno o más licitantes	17
Disposición modelo 23.	Circunstancias que autorizan la negociación directa	17
Disposición modelo 24.	Procedimientos para la negociación de un contrato de participación público-privada	18
4.	Propuestas no solicitadas	19
Disposición modelo 25.	Admisibilidad de las propuestas no solicitadas	19
Disposición modelo 26.	Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas	19
Disposición modelo 27.	Propuestas no solicitadas que no entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos	20
Disposición modelo 28.	Propuestas no solicitadas que entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos	21
5.	Disposiciones varias	21
Disposición modelo 29.	Confidencialidad	21
Disposición modelo 30.	Anuncio de la adjudicación del contrato . .	22
Disposición modelo 31.	Expediente de los procesos de selección y adjudicación	22
Disposición modelo 32.	Procedimientos de revisión	22
IV.	Contenido y ejecución del contrato de participación público-privada	23
Disposición modelo 33.	Contenido del contrato de participación público-privada	23
Disposición modelo 34.	Ley aplicable	25

Disposición modelo 35.	Estructura societaria del socio privado ...	25
Disposición modelo 36.	Propiedad de los bienes	25
Disposición modelo 37.	Adquisición de derechos relativos al emplazamiento del proyecto	26
Disposición modelo 38.	Servidumbres	26
Disposición modelo 39.	Arreglos financieros.....	27
Disposición modelo 40.	Garantías reales.....	28
Disposición modelo 41.	Cesión del contrato de participación público-privada	28
Disposición modelo 42.	Traspaso del control de la sociedad del socio privado	29
Disposición modelo 43.	Explotación de la infraestructura.....	29
Disposición modelo 44.	Indemnización por cambios legislativos concretos	29
Disposición modelo 45.	Modificación del contrato de participación público-privada	30
Disposición modelo 46.	Asunción del proyecto de infraestructura por la autoridad contratante.....	31
Disposición modelo 47.	Sustitución del socio privado	32
V.	Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada	32
1.	Duración y prórroga del contrato de participación público-privada... Disposición modelo 48. Duración del contrato de participación público-privada	32
	Disposición modelo 49. Prórroga del contrato de participación público-privada	33
2.	Rescisión del contrato de participación público-privada..... Disposición modelo 50. Rescisión del contrato de participación público-privada por la autoridad contratante	33
	Disposición modelo 51. Rescisión del contrato de participación público-privada por el socio privado	33
	Disposición modelo 52. Rescisión del contrato de participación público-privada por cualquiera de las partes	34
3.	Disposiciones aplicables en caso de rescisión o extinción del contrato de participación público-privada	34

Disposición modelo 53. Indemnización en caso de rescisión del contrato de participación público-privada	34
Disposición modelo 54. Medidas de liquidación y traspaso	35
VI. Solución de controversias	35
Disposición modelo 55. Controversias entre la autoridad contratante y el socio privado	35
Disposición modelo 56. Controversias con clientes o usuarios de la infraestructura u otras partes	36
Disposición modelo 57. Otras controversias	36

Resolución 74/183 aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2019

[sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/74/423)]

74/183. Disposiciones Legales Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre las Alianzas Público-Privadas

La Asamblea General,

Recordando su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, en la que estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y le confirió el mandato de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional y, a ese respecto, tener presentes los intereses de todos los pueblos, en particular los de los países en desarrollo, en la evolución general del comercio internacional,

Recordando también su resolución 58/4, de 31 de octubre de 2003, en la que aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹,

Recordando además su resolución 70/1, de 25 de septiembre de 2015, en la que aprobó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, y su resolución 69/313, de 27 de julio de 2015, en la que hizo suya la Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo,

Convencida de que las alianzas público-privadas pueden desempeñar un papel importante en la mejora del suministro de infraestructura y servicios públicos y su gestión racional y en el apoyo a los esfuerzos de los Gobiernos por alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible,

¹Véase también Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2349, núm. 42146.

Preocupada porque las deficiencias del marco jurídico y la falta de transparencia pueden desalentar la inversión en infraestructura y servicios públicos y generar un mayor riesgo de corrupción y mala administración de los fondos públicos,

Poniendo de relieve la importancia de contar con procedimientos eficientes y transparentes de adjudicación de contratos a las alianzas público-privadas y de facilitar la ejecución de los proyectos mediante normas que aumenten la transparencia, la equidad y la sostenibilidad a largo plazo y eliminen las restricciones indeseables a la participación del sector privado en el desarrollo y funcionamiento de la infraestructura y los servicios públicos,

Recordando la valiosa orientación que la Comisión ha proporcionado a los Estados Miembros con miras al establecimiento de un marco legislativo favorable en ese sentido, por medio de su *Guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*² y las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada³ que la acompañan, y la recomendación de la Asamblea General, en su resolución 58/76, de 9 de diciembre de 2003, de que los Estados tomen debidamente en consideración esos textos al revisar o promulgar legislación relativa a la participación del sector privado en el desarrollo y funcionamiento de la infraestructura pública,

Convencida de que el asesoramiento proporcionado por la Comisión seguirá siendo de ayuda a los Estados, en particular a los países en desarrollo, para la promoción de la buena gobernanza y el establecimiento de marcos legislativos adecuados para los proyectos de las alianzas público-privadas,

1. *Expresa su reconocimiento* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por haber finalizado y aprobado⁴ las Disposiciones Legales Modelo sobre las Alianzas Público-Privadas⁵ y la *Guía legislativa sobre alianzas público-privadas*;

2. *Solicita* al Secretario General que publique las Disposiciones Legales Modelo y la *Guía legislativa*, incluso por medios electrónicos, en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y les dé amplia difusión entre los Gobiernos y las organizaciones internacionales intergubernamentales y no gubernamentales, las entidades del sector privado y las instituciones académicas pertinentes;

² Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.01.V.4.

³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/58/17)*, anexo I.

⁴ *Ibid.*, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/74/17), cap. III.

⁵ *Ibid.*, anexo I.

3. *Recomienda* que todos los Estados tomen debidamente en consideración las Disposiciones Legales Modelo y la *Guía legislativa* cuando revisen o aprueben leyes relacionadas con las alianzas público-privadas, e invita a los Estados que hayan utilizado las Disposiciones Legales Modelo a que informen de ello a la Comisión.

*51ª sesión plenaria
18 de diciembre de 2019*

I. Disposiciones generales

Disposición modelo 1. Principios rectores de las alianzas público-privadas

Opción I

CONSIDERANDO que [la administración pública] [el Parlamento] de [...] desea permitir que se haga uso de alianzas público-privadas para el desarrollo de la infraestructura y la prestación de servicios conexos al público;

CONSIDERANDO que, con estos propósitos, [la administración pública] [el Parlamento] estima conveniente reglamentar las alianzas público-privadas a fin de aumentar la transparencia, la equidad, la estabilidad y la previsibilidad; promover la buena gestión, la integridad, la competencia y la economía, y garantizar la sostenibilidad a largo plazo;

[Otros objetivos que el Estado promulgante tal vez desee enunciar];

Se incorpora al derecho interno el texto siguiente:

Opción II

Por la presente ley se establecen los procedimientos necesarios para la aprobación, adjudicación y ejecución de proyectos de participación público-privada, de conformidad con los principios de transparencia, equidad, estabilidad, buena gestión, integridad, competencia, economía y sostenibilidad a largo plazo.

Disposición modelo 2. Definiciones

A efectos de la presente ley:

a) Se entenderá por “alianza público-privada” (APP) un acuerdo entre la autoridad contratante y una entidad privada para la ejecución de un proyecto, a cambio de pagos que serán efectuados por la autoridad contratante o los usuarios de la infraestructura, incluidos tanto los proyectos que entrañan una transferencia del riesgo de demanda al socio privado (“alianzas público-privadas que realizan sus

actividades bajo la modalidad de concesión”) como los tipos de APP que no entrañan esa transferencia del riesgo (“alianzas público-privadas que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión”);

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

c) Se entenderá por “proyecto de infraestructura” la concepción, la construcción, el desarrollo y la explotación de nuevas obras de infraestructura o la rehabilitación, modernización, expansión o explotación de obras de infraestructura ya existentes;

d) Se entenderá por “autoridad contratante” la autoridad pública facultada para celebrar un contrato de participación público-privada [*conforme a lo dispuesto en la presente ley*]¹;

e) Se entenderá por “socio privado” la entidad privada contratada por la autoridad contratante para llevar a cabo un proyecto en el marco de un contrato de participación público-privada;

f) Se entenderá por “contrato de participación público-privada” el acuerdo o los acuerdos mutuamente vinculantes concertados entre la autoridad contratante y el socio privado en que se establezcan las condiciones para el establecimiento de una APP;

g) Se entenderá por “licitante” o “licitantes” las personas o los grupos de personas que participen en el proceso de selección para la adjudicación del contrato de participación público-privada²;

h) 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 proceso de selección;

i) Se entenderá por “organismo regulador” una autoridad pública facultada para emitir y hacer cumplir las normas y reglamentos que rijan la obra de infraestructura o la prestación de los servicios pertinentes³.

¹ Cabe señalar que esta definición se refiere únicamente a la facultad de celebrar contratos de participación público-privada. Dependiendo del régimen de regulación del Estado promulgante, puede haber otro órgano, definido como “organismo regulador” en el apartado i), que esté facultado para emitir las normas y reglamentos que rijan la prestación del servicio pertinente.

² El término “licitante” o “licitantes” comprende, según el contexto, a las personas que hayan solicitado una invitación para participar en el proceso de preselección o las personas que hayan presentado una propuesta a raíz de la solicitud de propuestas emitida por una autoridad contratante.

³ Puede ser necesario definir la composición, la estructura y las funciones de ese organismo regulador en una ley especial (véase la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las alianzas público-privadas*, cap. I, “Marco jurídico e institucional general”, párrs. 37 a 55).

Disposición modelo 3. Facultad para celebrar contratos de participación público-privada

Estarán facultadas para celebrar contratos de participación público-privada⁴ a efectos de la ejecución de proyectos de infraestructura comprendidos dentro de sus respectivas esferas de competencia, las siguientes autoridades públicas: *[el Estado promulgante enumerará aquí las autoridades públicas pertinentes del país anfitrión que pueden celebrar contratos de participación público-privada, por medio de una lista exhaustiva o indicativa de autoridades públicas, una lista de tipos o categorías de autoridades públicas o una lista en que se combinen ambos criterios]*⁵.

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

Las autoridades competentes podrán celebrar contratos de participación público-privada en los siguientes sectores: *[el Estado promulgante indicará aquí los sectores pertinentes enumerándolos en una lista exhaustiva o indicativa]*⁶.

⁴Es conveniente establecer mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas encargadas de expedir las aprobaciones, licencias, permisos o autorizaciones necesarias para la implementación de la alianza público-privada de conformidad con las disposiciones legislativas o reglamentarias sobre la construcción y explotación de obras de infraestructura del tipo propuesto (véase la *Guía legislativa*, cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 53 a 55). Además, en el caso de los países que prevean la posibilidad de ofrecer formas específicas de respaldo público a los proyectos de participación público-privada, quizás sea útil que la normativa pertinente, por ejemplo las leyes o reglamentos que regulan las actividades de las entidades autorizadas a ofrecer respaldo público, establezca claramente qué entidades están facultadas para prestar ese respaldo y qué tipo de respaldo puede prestarse (véase la *Guía legislativa*, cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”).

⁵En general, los Estados promulgantes tienen dos opciones para completar la redacción de esta disposición modelo. Una de ellas consiste en proporcionar una lista de autoridades facultadas para celebrar contratos de participación público-privada, ya sea en la propia disposición modelo o en un anexo de esta. La otra opción consiste en que el Estado promulgante indique el rango de las autoridades que pueden celebrar esos contratos, pero sin nombrarlas expresamente. En un Estado federal, por ejemplo, esa cláusula de habilitación podría referirse a “la Unión, los estados [o provincias] y los municipios”. En cualquier caso, es aconsejable que los Estados promulgantes que deseen incluir una lista exhaustiva de autoridades prevean mecanismos que permitan revisar la lista cuando sea necesario. Una posibilidad a ese efecto sería la de presentar la lista en un anexo de la ley o en los reglamentos que se adopten, conforme a dicha ley.

⁶Es aconsejable que los Estados promulgantes que deseen presentar una lista exhaustiva de los sectores establezcan mecanismos que permitan revisar esa lista en caso necesario. Una posibilidad a ese efecto sería la de presentar la lista en un anexo de la ley o en los reglamentos que se adopten, conforme a dicha ley.

II. Planificación y preparación de proyectos

Disposición modelo 5. Propuestas de proyectos de participación público-privada

1. La autoridad contratante que prevea el desarrollo de una infraestructura o la prestación de servicios mediante una APP llevará a cabo o contratará un estudio de viabilidad para determinar si el proyecto reúne las condiciones necesarias para su aprobación establecidas en [las presentes disposiciones].

2. En el estudio de viabilidad se deberá:

a) indicar las necesidades de infraestructura o servicios públicos que deberá satisfacer el proyecto de participación público-privada propuesto y la forma en que el proyecto atiende las prioridades nacionales o locales pertinentes para el desarrollo de la infraestructura y los servicios públicos;

b) evaluar las diversas opciones de que dispone la autoridad contratante para atender a esas necesidades y demostrar de manera concluyente la ventaja comparativa y los beneficios estratégicos y operacionales de la ejecución del proyecto como APP, en particular que el proyecto:

i) ofrece una solución más económica y eficiente si se ejecuta como APP que si hubiera de ser contratado y llevado a cabo por la autoridad contratante u otro órgano público (“relación entre calidad y precio”); y

ii) no dará lugar a obligaciones financieras imprevistas para el sector público (“riesgo fiscal”).

3. Además del estudio de viabilidad, en la solicitud de aprobación de un proyecto de participación público-privada se deberá:

a) evaluar los efectos sociales, económicos y ambientales del proyecto;

b) determinar las necesidades técnicas y los insumos y los productos previstos;

c) examinar en qué medida las actividades del proyecto pueden ser desempeñadas por un socio privado en virtud de un contrato celebrado con la autoridad contratante;

d) determinar las licencias, permisos o autorizaciones que tal vez deba expedir la autoridad contratante o cualquier otra autoridad pública en relación con la aprobación o la ejecución del proyecto;

e) determinar y evaluar los principales riesgos del proyecto y describir la distribución de los riesgos propuesta con arreglo al contrato;

- f) indicar toda forma de respaldo público propuesta para la ejecución del proyecto;
- g) determinar la capacidad de la autoridad contratante para hacer cumplir efectivamente el contrato, incluida la capacidad de supervisar y reglamentar la ejecución del proyecto y el desempeño del socio privado;
- h) determinar el procedimiento apropiado para la adjudicación del contrato.

Disposición modelo 6. Aprobación de las propuestas de proyectos de participación público-privada

1. El [*el Estado promulgante indicará aquí el órgano competente*] será responsable de [aprobar las propuestas de proyectos de participación público-privada que le sean presentadas por las autoridades contratantes] [asesorar a [*el Estado promulgante indicará aquí el órgano competente*]] acerca de si un proyecto de participación público-privada propuesto cumple las condiciones enunciadas en [*las presentes disposiciones*] para su aprobación].
2. El [*el Estado promulgante indicará aquí el órgano competente*] será responsable, en particular, de:
 - a) examinar las propuestas de proyectos de participación público-privada y los estudios de viabilidad presentados por la autoridad contratante, a los efectos de determinar si merece la pena llevar a cabo un proyecto propuesto como APP y si este cumple los requisitos enunciados en [*las presentes disposiciones*];
 - b) examinar la capacidad de la autoridad contratante para llevar a cabo el proyecto y formular recomendaciones apropiadas;
 - c) examinar los borradores de las solicitudes de propuestas preparadas por las autoridades contratantes para verificar su conformidad con la propuesta aprobada y el estudio de viabilidad;
 - d) asesorar a la administración pública sobre los procedimientos administrativos relativos a las APP;
 - e) elaborar directrices relativas a las APP;
 - f) asesorar a las autoridades contratantes sobre la metodología para la realización de estudios de viabilidad y otros estudios;
 - g) preparar los documentos estándar de licitación y contratación para uso de las autoridades contratantes;
 - h) prestar asesoramiento en relación con la ejecución de los proyectos de participación público-privada;

- i) prestar asistencia a las autoridades contratantes, según sea necesario, a fin de que las APP se lleven a cabo de conformidad con [las presentes disposiciones]; y
- j) desempeñar cualesquiera otras funciones relacionadas con las APP que el [el Estado promulgante indicará aquí el órgano competente para dictar reglamentos de aplicación de las disposiciones modelo] le asigne.

Disposición modelo 7. Coordinación administrativa

El [el Estado promulgante indicará aquí el órgano competente] [establecerá] [propondrá a [el Estado promulgante indicará aquí el órgano competente] el establecimiento de] mecanismos institucionales de coordinación de las actividades de las autoridades públicas encargadas de expedir las aprobaciones, licencias, permisos o autorizaciones que se necesiten para la ejecución de proyectos de participación público-privada de conformidad con las disposiciones legales o reglamentarias sobre construcción y explotación de obras de infraestructura del tipo de que se trate.

III. Adjudicación de contratos

Disposición modelo 8. Normas generales

La autoridad contratante seleccionará al socio privado de conformidad con las disposiciones modelo 9 a 22 (o excepcionalmente las disposiciones modelo 23 a 28) y las disposiciones modelo 29 a 32, y, si se trata de asuntos no previstos en ellas, de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que prevean procedimientos competitivos de contratación pública transparentes y eficientes que sean equivalentes a los enunciados en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública]⁷.

⁷ Conviene tener presente la relación que existe entre los procedimientos de selección del socio privado y el marco legislativo general para la adjudicación de contratos públicos en el Estado promulgante. Si bien algunos de los elementos de competencia estructurada que existen en los métodos de contratación tradicionales se pueden utilizar de manera provechosa, es preciso efectuar varios ajustes para tener en cuenta las necesidades especiales de los proyectos de participación público-privada como, por ejemplo, una etapa de preselección claramente definida, flexibilidad para formular las solicitudes de propuestas, criterios de evaluación especiales y cierto margen de negociación con los licitantes. Los procedimientos de selección descritos en el presente capítulo se basan en gran medida en las características de la solicitud de propuestas, la licitación en dos etapas, la negociación competitiva y la contratación con un solo proveedor previstas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, que fue aprobada por la CNUDMI en su 44º período de sesiones, celebrado en Viena del 27 de junio al 8 de julio de 2011. Las disposiciones modelo sobre la selección del socio privado no pretenden sustituir o reproducir la totalidad de las normas de contratación pública del Estado promulgante, sino más bien prestar asistencia a los legisladores nacionales en la elaboración de reglas especiales para la selección del socio privado.

1. Preselección de los licitantes

Disposición modelo 9. Finalidad de la preselección y procedimiento

1. A fin de limitar el número de proveedores o contratistas a los que se solicitarán propuestas, la autoridad contratante entablará un proceso de preselección con miras a determinar qué licitantes están debidamente calificados para ejecutar el proyecto previsto.

2. La convocatoria para participar en el proceso de preselección se publicará de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan la publicación de la convocatoria para participar en el proceso de precalificación de los 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 para participar en procesos de precalificación de proveedores y contratistas]⁸, en la convocatoria para participar en el proceso de preselección deberán figurar, como mínimo, los siguientes datos:

a) una descripción de la infraestructura, las instalaciones o los sistemas de servicios, según proceda;

b) una indicación de otros elementos esenciales del proyecto, como los servicios que deberá prestar el socio privado y los arreglos financieros previstos por la autoridad contratante (por ejemplo, si el proyecto será financiado enteramente con los derechos o tarifas pagados por los usuarios o si podrán facilitarse al socio privado fondos públicos como pagos directos, préstamos o garantías);

c) si ya se dispone de información al respecto, un resumen de las principales cláusulas obligatorias del contrato de participación público-privada que se ha de celebrar;

En las disposiciones modelo 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 compatibles con la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Por consiguiente, en las disposiciones modelo no se incluyen ciertas medidas prácticas de procedimiento que normalmente forman parte de todo régimen adecuado de contratación general. Como ejemplo de tales medidas cabe citar la forma en que se publican los avisos, el procedimiento para emitir solicitudes de propuestas, el mantenimiento de un expediente del proceso de contratación, el acceso público a la información y los procedimientos de impugnación. Cuando corresponde, las notas referentes a las presentes disposiciones modelo remiten al lector a las disposiciones de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, que pueden complementar, *mutatis mutandis*, los elementos prácticos del procedimiento de selección que se describen en las presentes disposiciones modelo.

⁸En el art. 18, párr. 3, de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública se enumeran los elementos que suelen contener las convocatorias para participar en los procesos de precalificación.

d) la forma y el lugar en que se han de presentar las solicitudes de preselección y el plazo para su presentación, con indicación de fecha y hora, dando a los licitantes tiempo suficiente para preparar y presentar sus solicitudes; y

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 relativa a los procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de los documentos de preselección que deben facilitarse a los proveedores y contratistas a los efectos de su precalificación*]⁹, en los documentos de preselección deberán figurar, como mínimo, los siguientes datos:

a) los criterios de preselección de conformidad con la disposición modelo 10;

b) si la autoridad contratante tiene la intención de no aplicar las limitaciones a la participación de consorcios enunciadas en la disposición modelo 11;

c) si, una vez que concluya el proceso de preselección de conformidad con la disposición modelo 12, párrafo 2, la autoridad contratante tiene la intención de solicitar propuestas únicamente a un número limitado¹⁰ de licitantes preseleccionados por ser los que mejor satisfacen los criterios enunciados en los documentos de preselección; en caso afirmativo, el número máximo de licitantes preseleccionados a los que se solicitará la presentación de propuestas y la forma en que se llevará a cabo la selección. Al establecer el número máximo, la autoridad contratante deberá tener en cuenta la necesidad de que exista una competencia real;

d) si la autoridad contratante tiene la intención de pedir al licitante seleccionado que establezca una persona jurídica independiente constituida con arreglo a la legislación de [*el Estado promulgante*] de conformidad con la disposición modelo 35.

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

⁹ En el art. 18, párr. 5, de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública se enumeran los elementos que suelen contener los documentos de precalificación.

¹⁰ En algunos países, las orientaciones prácticas sobre los procesos de selección alientan a las autoridades contratantes nacionales a limitar el número de propuestas al mínimo suficiente para asegurar una competencia real (por ejemplo, tres o cuatro propuestas).

¹¹ En el art. 18 y el art. 49, párr. 3, de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública se indican las etapas de los procedimientos de precalificación y preselección, incluidos los procedimientos para tramitar solicitudes de aclaración y los requisitos de divulgación de la decisión adoptada por la autoridad contratante respecto de las calificaciones de los licitantes.

Disposición modelo 10. Criterios de preselección

Los licitantes interesados deberán cumplir aquellos de los criterios enunciados a continuación que la autoridad contratante considere apropiados¹² y pertinentes para el contrato de que se trate:

- a) Poseer las calificaciones profesionales, técnicas y ambientales, la competencia profesional y técnica, los recursos financieros, el equipo y otros medios físicos, la capacidad de gestión, la fiabilidad, la experiencia y el personal necesarios para llevar a cabo todas las fases del proyecto, desde el diseño y la construcción hasta la explotación y el mantenimiento;
- b) Disponer de capacidad suficiente para gestionar los aspectos financieros del proyecto y para satisfacer sus necesidades de financiación;
- c) Cumplir las normas éticas y de otra índole aplicables en [*este Estado*];
- d) Tener la capacidad jurídica necesaria para celebrar el contrato de participación público-privada;
- e) No ser insolventes ni estar en quiebra ni hallarse bajo la administración de un síndico o de un tribunal o en proceso de liquidación, ni haberse suspendido su actividad comercial o haberse abierto procedimiento alguno en su contra por alguna de las causas que anteceden;
- f) Haber cumplido sus obligaciones fiscales y efectuado sus pagos a la seguridad social de [*este Estado*];
- g) No haber sido condenados, así como tampoco sus directores o gestores, por algún delito relacionado con su conducta profesional o la formulación de declaraciones falsas acerca de sus calificaciones para celebrar un contrato público en los ... años [*el Estado promulgante especificará aquí el número de años*] que antecedan al comienzo del proceso de adjudicación del contrato, ni haber sido tampoco objeto de inhabilitación o suspensión profesional a raíz de algún proceso administrativo.

¹²Las leyes de algunos países prevén algún tipo de trato preferente para las entidades locales o conceden un trato especial a los licitantes que se comprometan a utilizar productos nacionales o a emplear mano de obra local. Los diversos problemas que plantean las preferencias nacionales se abordan en la *Guía legislativa* (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. 44 y 45). En la *Guía legislativa* se propone que los países que deseen ofrecer algún incentivo a los proveedores nacionales apliquen esas preferencias en forma de criterios especiales de evaluación, en lugar de recurrir a la exclusión general de los proveedores extranjeros. En cualquier caso, cuando se prevean preferencias nacionales, deberán anunciarse al comienzo del proceso de preselección (es decir, en la convocatoria al proceso de selección).

Disposición modelo 11. Participación de consorcios

1. Al invitar por primera vez a los licitantes a participar en el proceso de selección, la autoridad contratante los autorizará a constituir consorcios de licitantes. La información requerida de los miembros de los consorcios de licitantes para demostrar sus calificaciones de conformidad con la disposición modelo 10 se referirá al consorcio en su conjunto, así como a cada uno de sus participantes.
2. A menos que [lo autorice el [el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente] y que] los documentos de preselección dispongan otra cosa, los miembros de un consorcio no podrán participar al mismo tiempo, directa o indirectamente, en otro consorcio¹³. El incumplimiento de esta norma entrañará la descalificación del consorcio y de los miembros que lo componen.
3. Al examinar las calificaciones de los consorcios de licitantes, la autoridad contratante tendrá en cuenta las capacidades de cada uno de los miembros del consorcio y determinará si la suma de todas las calificaciones es suficiente para cumplir los requisitos de todas las fases del proyecto.

Disposición modelo 12. Decisión de preselección

1. La autoridad contratante adoptará una decisión respecto de las calificaciones de cada licitante que haya presentado su candidatura a la preselección. Para tomar esa decisión, la autoridad contratante aplicará exclusivamente los criterios, requisitos y procedimientos que figuren en los documentos de preselección. A continuación, invitará a todos los licitantes preseleccionados a presentar propuestas de conformidad con las disposiciones modelo 13 a 22.
2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, si la autoridad contratante ha indicado, mediante una declaración a tal efecto en los documentos de preselección, que se reserva el derecho de solicitar propuestas únicamente a un número limitado de licitantes que cumplan mejor los criterios de preselección, esta procederá a puntuar a los licitantes sobre la base de los criterios aplicados para evaluar sus calificaciones y elaborará la lista de licitantes a los que se invitará a presentar propuestas una vez concluido el proceso de preselección, hasta el número máximo indicado en los documentos de preselección, pero, de ser posible, con un mínimo de tres. Al

¹³ El motivo por el que se prohíbe que los licitantes 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 competidores. No obstante, la disposición modelo prevé la posibilidad de hacer excepciones *ad hoc* a esta norma, por ejemplo, en caso de que solo una empresa o un número limitado de empresas pueda suministrar un determinado bien o prestar un determinado servicio esencial para la ejecución del proyecto.

confeccionar la lista, la autoridad contratante aplicará exclusivamente los criterios y la forma de puntuación que figuren en los documentos de preselección.

2. Procedimientos para la solicitud de propuestas

Disposición modelo 13. Elección del procedimiento de selección

1. La autoridad contratante podrá elegir al socio privado de un proyecto de participación público-privada mediante una solicitud de propuestas en dos etapas de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que prevean un método de contratación equivalente a la licitación en dos etapas descrita en el artículo 48 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública] si considera necesario entablar conversaciones con los licitantes para afinar ciertos aspectos de la descripción del objeto del contrato adjudicable y formularlos con el grado de detalle que se requiere de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan el contenido de la solicitud de propuestas previsto como en el artículo 10 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública], y para poder obtener la solución más satisfactoria para sus necesidades de contratación.

2. La autoridad contratante podrá elegir al socio privado de un proyecto de participación público-privada mediante una solicitud de propuestas con diálogo de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que prevean un método de contratación equivalente a la solicitud de propuestas con diálogo descrita en el artículo 49 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública] si no le es factible formular una descripción detallada del objeto del contrato adjudicable de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan el contenido de la solicitud de propuestas como en el artículo 10 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública] y si estima que el diálogo con los licitantes es necesario para obtener la solución más satisfactoria para sus necesidades de contratación.

Disposición modelo 14. Contenido de la solicitud de propuestas

1. La autoridad contratante deberá proporcionar un juego de documentos compuesto por la solicitud de propuestas y la documentación conexas a cada licitante invitado a presentar propuestas que pague el precio que, en su caso, se cobre por esos documentos.

2. Además de cualquier otra información requerida por [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación relativa a los procedimientos de contratación pública que rijan el contenido de la solicitud de propuestas]¹⁴, en la solicitud de propuestas deberá figurar la siguiente información:

- a) la información general que necesiten los licitantes a fin de preparar y presentar sus propuestas;
- b) las especificaciones del proyecto y los indicadores del desempeño, cuando proceda, incluidos los requisitos de la autoridad contratante en materia de seguridad y protección del medio ambiente;
- c) las cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante, incluida una indicación de las que se consideren no negociables;
- d) los criterios de evaluación de las propuestas y, en su caso, los umbrales fijados por la autoridad contratante para determinar qué propuestas no se consideran conformes; el peso relativo que se asignará a cada uno de los criterios de evaluación o el orden descendiente de importancia de estos, y la forma en que los criterios y umbrales se han de aplicar al evaluar y rechazar las propuestas.

Disposición modelo 15. Garantías de la oferta

1. Cuando la autoridad contratante exija a los licitantes que ofrezcan una garantía de la oferta, en la solicitud de propuestas se deberán indicar los requisitos relativos al emisor, la naturaleza, la forma, la cuantía y otras condiciones esenciales de la garantía exigida.

2. El licitante no perderá la garantía de la oferta que haya debido ofrecer salvo en los casos siguientes¹⁵:

- a) Si retira o modifica una propuesta o una mejor oferta final antes o después del plazo fijado para la presentación de propuestas, si así se indica en la solicitud de propuestas;
- b) Si no entabla negociaciones finales con la autoridad contratante conforme a la disposición modelo 22, párrafo 1 a);
- c) Si no presenta su mejor oferta final en el plazo prescrito por la autoridad contratante conforme a la disposición modelo 18, apartado e);

¹⁴ En los arts. 47 y 49 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública se presenta una lista de los elementos que normalmente figuran en la solicitud de propuestas.

¹⁵ En el art. 17 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figuran disposiciones generales sobre la garantía de la oferta.

d) Si no firma el contrato de participación público-privada tras habérselo solicitado la autoridad contratante, una vez aceptada la propuesta;

e) Si no aporta la garantía necesaria de cumplimiento del contrato de participación público-privada después de aceptada la propuesta u oferta o si no cumple alguna otra condición especificada en la solicitud de propuestas antes de firmar el contrato.

Disposición modelo 16. Aclaraciones y modificaciones

La autoridad contratante podrá, por iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración de un licitante, reconsiderar y, según proceda, revisar cualquiera de los elementos de la solicitud de propuestas descritos en la disposición modelo 14. La autoridad contratante indicará en el expediente del proceso de selección que se ha de llevar de conformidad con la disposición modelo 31 el motivo que justifique cualquier revisión de la solicitud de propuestas. Toda supresión, modificación o adición que se realice se comunicará a los licitantes en la misma forma que la solicitud de propuestas, con una antelación razonable al vencimiento del plazo fijado para la presentación de propuestas.

Disposición modelo 17. Solicitud de propuestas en dos etapas

a) Antes de emitir la solicitud de propuestas de conformidad con la disposición modelo 14, la autoridad contratante emitirá una solicitud inicial de propuestas en la que pedirá a los licitantes que presenten, en la primera etapa del proceso, propuestas iniciales relativas a las especificaciones del proyecto, los indicadores de desempeño, las necesidades de financiación u otras características del proyecto, así como a las principales cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante;

b) La autoridad contratante podrá convocar reuniones y mantener conversaciones o diálogos con los licitantes cuyas propuestas iniciales no hayan sido rechazadas por falta de conformidad o por otros motivos que determine la ley¹⁶. Las conversaciones podrán referirse a cualquier aspecto de la solicitud inicial de propuestas o de las propuestas iniciales y de los documentos anexos presentados por los licitantes¹⁷;

¹⁶ Por ejemplo, corrupción, colusión y conflicto de intereses.

¹⁷ En el art. 15 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública figuran disposiciones generales sobre las aclaraciones de la solicitud de propuestas y la celebración de reuniones con los licitantes.

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 cualquier aspecto de las especificaciones del proyecto, los indicadores de desempeño, las necesidades de financiación u otras características del proyecto, incluidas las principales cláusulas contractuales, así como cualquiera de los criterios de evaluación y comparación de las propuestas y de selección del licitante ganador, establecidos en la solicitud inicial de propuestas, y agregando a esta nuevas características o nuevos criterios. La autoridad contratante indicará en el expediente del proceso de selección que se ha de llevar de conformidad con la disposición modelo 31 el motivo que justifique cualquier revisión de la solicitud de propuestas. Toda supresión, modificación o adición se deberá comunicar a los licitantes en la convocatoria para presentar propuestas definitivas;

d) En la segunda etapa del proceso, la autoridad contratante invitará a los licitantes a presentar propuestas definitivas respecto de un conjunto único de especificaciones del proyecto, indicadores de desempeño o cláusulas contractuales de conformidad con la disposición modelo 14.

Disposición modelo 18. Solicitud de propuestas con diálogo

Cuando se recurra a la solicitud de propuestas con diálogo de conformidad con la disposición modelo 13, párrafo 2:

a) La autoridad contratante invitará a cada licitante que haya presentado una propuesta conforme, dentro del número máximo aplicable, a participar en el diálogo. La autoridad contratante deberá velar por que el número de licitantes invitados a participar en el diálogo sea suficiente para garantizar una competencia real; en la medida de lo posible, ese número mínimo de participantes será de tres;

b) El diálogo será entablado, de forma concomitante, por los mismos representantes de la autoridad contratante;

c) En el transcurso del diálogo, la autoridad contratante no modificará el objeto del proyecto ni los criterios de calificación o evaluación ni los requisitos mínimos establecidos ni los elementos de la descripción del proyecto ni las cláusulas del contrato adjudicable que no estén sujetas al diálogo conforme a lo especificado en la solicitud de propuestas;

d) Los requisitos, las directrices, los documentos, las aclaraciones u otra información generada durante el diálogo que la autoridad contratante comunique a un licitante se comunicará también simultáneamente y en igualdad de condiciones a todos los demás licitantes que participen en el proceso, a menos que esa información sea específica o exclusiva de ese proveedor o contratista o que su

comunicación constituya un incumplimiento de las disposiciones sobre confidencialidad de [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación equivalentes a las del artículo 24 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública];

e) Una vez concluido el diálogo, la autoridad contratante solicitará a todos los licitantes que aún estén participando en el proceso que presenten su mejor oferta final respecto de todos los aspectos de sus propuestas. La petición se hará por escrito y en ella se precisará la forma, el lugar y el plazo en que deberán presentarse las mejores ofertas finales.

Disposición modelo 19. Criterios de evaluación

1. Entre los criterios que se aplicarán para evaluar y comparar los elementos técnicos de las propuestas figurarán, como mínimo, los siguientes:

- a) la solidez técnica;
- b) el cumplimiento de las normas ambientales;
- c) la viabilidad funcional;
- d) la calidad de los servicios y de las medidas que se han de adoptar para asegurar su continuidad.

2. Entre los criterios que se aplicarán para evaluar y comparar los elementos financieros y comerciales de las propuestas figurarán, cuando proceda:

- a) el valor actual de los peajes, los precios unitarios y otros derechos propuestos que se vayan a cobrar durante el período del contrato;
- b) el valor actual de los pagos directos propuestos que deba efectuar la autoridad contratante, cuando proceda;
- c) el costo de las actividades de diseño y construcción, los gastos anuales de explotación y mantenimiento, el valor actual del costo de capital y los gastos de explotación y mantenimiento;
- d) el grado de apoyo financiero que, en su caso, se espera de una autoridad pública de [el Estado promulgante];
- 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) las posibilidades de desarrollo social y económico que ofrezcan las propuestas.

Disposición modelo 20. Comparación y evaluación de las propuestas u ofertas

1. La autoridad contratante comparará y evaluará cada propuesta u oferta de conformidad con los criterios de evaluación, el peso relativo asignado a cada criterio o el orden descendiente de importancia de estos y el proceso de evaluación establecido en la solicitud de propuestas.
2. A los efectos del párrafo 1, la autoridad contratante podrá fijar umbrales con respecto a la calidad y a los aspectos técnicos, financieros y comerciales. Las propuestas u ofertas que no alcancen esos umbrales serán rechazadas por falta de conformidad.

Disposición modelo 21. Confirmación del cumplimiento de los criterios de calificación

La autoridad contratante podrá exigir a todo licitante preseleccionado que vuelva a demostrar sus calificaciones con arreglo a los mismos criterios que se utilizaron para su preselección. La autoridad contratante descalificará a todo licitante que no consiga volver a demostrar sus calificaciones, cuando se le solicite que lo haga¹⁸.

Disposición modelo 22. Adjudicación de contratos

1. Si se recurre al procedimiento en dos etapas de conformidad con la disposición modelo 13, párrafo 1:
 - a) La autoridad contratante clasificará todas las propuestas que haya declarado conformes sobre la base de los criterios de evaluación e invitará al licitante que haya obtenido la mejor puntuación a una negociación final del contrato de participación público-privada. La negociación final no se referirá a aquellas cláusulas contractuales que, en su caso, hayan sido declaradas no negociables en la solicitud de propuestas definitiva;
 - b) Si a la autoridad contratante le resulta evidente que las negociaciones con el licitante convocado no culminarán en la celebración de un contrato, informará al licitante que ha decidido dar por terminadas las negociaciones y le dará un plazo razonable para que presente su mejor oferta final;

¹⁸ Véase la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, art. 9, párr. 8.

c) Si la autoridad contratante no considera aceptable la oferta, la rechazará e invitará a negociar a los demás licitantes, por orden de clasificación, hasta concluir un contrato de participación público-privada o rechazar todas las propuestas restantes;

d) La autoridad contratante no reanudará las negociaciones con un licitante con el cual se hayan dado por terminadas las negociaciones con arreglo a este párrafo.

2. Cuando se recurra a la solicitud de propuestas con diálogo de conformidad con la disposición modelo 13, párrafo 2:

a) No se entablará negociación alguna entre la autoridad contratante y los licitantes respecto de sus mejores ofertas finales;

b) Se declarará ganadora la oferta que mejor responda a las necesidades de la entidad adjudicadora según se determine de conformidad con los criterios y el procedimiento de evaluación de las propuestas enunciados en la solicitud de propuestas.

3. *Negociación directa de los contratos de participación público-privada con uno o más licitantes*

Disposición modelo 23. Circunstancias que autorizan la negociación directa

A condición de que lo apruebe el [*el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente*]¹⁹, la autoridad contratante estará facultada para negociar un contrato de participación público-privada sin recurrir al procedimiento previsto en las disposiciones modelo 9 a 22 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 9 a 22, siempre y cuando las circunstancias que

¹⁹La negociación directa del contrato de participación público-privada se supedita a la aprobación de una autoridad superior con objeto de que la autoridad contratante recurra a esta vía excepcional solo en las circunstancias apropiadas. Así pues, la disposición modelo sugiere que el Estado promulgante indique cuál es 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 podrá disponer que la facultad para entablar tales negociaciones se derive directamente de la ley. En otros casos, el Estado promulgante podrá 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 infraestructura 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 añadiendo referencias a las disposiciones de su legislación en que se enuncien esos requisitos de aprobación.

motiven esa urgencia no hayan sido previsibles para la autoridad contratante ni hayan sido el resultado de una conducta dilatoria de esta;

b) Si se trata de proyectos de corta duración para los que se haya previsto una inversión inicial que no supere la cuantía [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 especifique el importe monetario por debajo del cual puede adjudicarse un proyecto mediante negociación directa]]²⁰;

c) Si la utilización de los procedimientos enunciados en las disposiciones modelo 9 a 22 no es apropiada para la protección de los intereses esenciales de seguridad del Estado;

d) Si existe un solo proveedor que pueda prestar el servicio que se requiere, como es el caso si, para prestarlo, se precisa la utilización de derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos que sean propiedad o estén en posesión de una persona o personas determinadas;

e) En los demás casos en que el [el Estado promulgante indicará aquí la autoridad competente] autorice tal excepción por razones imperativas de interés público²¹.

Disposición modelo 24. Procedimientos para la negociación de un contrato de participación público-privada

Si un contrato de participación público-privada se negocia sin recurrir a los procedimientos establecidos en las disposiciones modelo 9 a 22, la autoridad contratante deberá:

a) hacer que se publique un anuncio de su intención de entablar negociaciones con respecto a un contrato de participación público-privada de conformidad con [el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de la legislación pertinente en materia de procesos de contratación pública que rijan la publicación de anuncios]²²;

²⁰ En lugar de aplicar la exclusión prevista en los apartados b) y c), el Estado promulgante podrá estudiar la posibilidad de formular un procedimiento simplificado para la solicitud de propuestas relativas a proyectos que entren en el ámbito de dichos apartados, por ejemplo, permitiendo que se recurra a la convocatoria directa en los procedimientos descritos en las disposiciones modelo 9 a 22, según lo previsto en el art. 35, párr. 2, de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública.

²¹ Los Estados promulgantes que estimen conveniente autorizar el uso de procedimientos de negociación directa según las necesidades tal vez deseen conservar el apartado e) al aplicar la disposición modelo. Los Estados promulgantes que deseen limitar las excepciones a los procedimientos de selección previstos en las disposiciones modelo 9 a 22 tal vez prefieran no incluir el 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 excepciones que, en su caso, permitan recurrir a los procedimientos de negociación directa previstos en la legislación específica.

²² Véase la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, art. 7.

- b) entablar negociaciones con todas aquellas personas que, a su juicio, estén en condiciones de llevar a cabo el proyecto, conforme lo permitan las circunstancias;
- c) establecer criterios de evaluación que le sirvan de referencia para estudiar y puntuar las propuestas.

4. *Propuestas no solicitadas*²³

Disposición modelo 25. Admisibilidad de las propuestas no solicitadas

Como excepción a las disposiciones modelo 9 a 22, la autoridad contratante²⁴ estará facultada para examinar propuestas no solicitadas de conformidad con los procedimientos establecidos en las disposiciones modelo 26 a 28, siempre y cuando esas propuestas no se refieran a un proyecto para el que se haya iniciado o anunciado un proceso de selección.

Disposición modelo 26. Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas

1. Tras la recepción y el examen preliminar de una propuesta no solicitada, la autoridad contratante deberá informar al autor de la propuesta lo antes posible si se considera o no que el proyecto puede revestir interés público²⁵.
2. Si se considera que el proyecto puede revestir interés público conforme al párrafo 1, la autoridad contratante invitará al autor de la propuesta a que le presente toda la información sobre el proyecto propuesto de que pueda disponer en ese

²³ Los Estados promulgantes que deseen promover la transparencia de los procedimientos de negociación directa podrán establecer, mediante reglas específicas, los criterios de calificación que deberán cumplir las personas invitadas a negociar de conformidad con las disposiciones modelo 23 y 24. En la disposición modelo 10 figuran posibles criterios de calificación.

²⁴ La disposición modelo da por sentado que la facultad de examinar propuestas no solicitadas corresponde a la autoridad contratante. No obstante, en algunos Estados promulgantes, según sus arreglos institucionales y administrativos, se asigna a un órgano distinto de la autoridad contratante la facultad de 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 se habrán de coordinar las funciones de ese órgano con las de la autoridad contratante (véanse las notas 1, 3 y 19 y las referencias que en ellas se mencionan).

²⁵ Para determinar si un proyecto propuesto reviste interés público conviene ponderar los posibles beneficios del proyecto para el público, así como su relación con la política pública respecto del sector de que se trate. 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 proporcione 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.

momento para que pueda evaluar adecuadamente sus calificaciones²⁶ y la viabilidad técnica y económica del proyecto y determinar si este se puede ejecutar con éxito en la forma propuesta de modo que resulte aceptable para la autoridad contratante. Con ese fin, el autor de la propuesta presentará un estudio de viabilidad técnica y económica, un estudio del impacto ambiental e información satisfactoria sobre el concepto o la tecnología previstos 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 que figuren en la propuesta, a los que se haga referencia en ella 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 dé su consentimiento. Salvo estipulación en contrario de las partes, la autoridad contratante, en caso de rechazar la propuesta, devolverá a su autor el original y todas las copias de los documentos presentados y preparados por aquel durante todo el proceso.

Disposición modelo 27. Propuestas no solicitadas que no entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos

1. Excepto en las circunstancias enunciadas en la disposición modelo 23, la autoridad contratante, en caso de que decida ejecutar el proyecto, iniciará un proceso de selección con arreglo a las disposiciones modelo 9 a 22 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 únicos ni nuevos.

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

²⁶ El Estado promulgante tal vez desee definir en sus reglamentos los criterios de calificación que deba cumplir el autor de la propuesta. En la disposición modelo 10 se indican los elementos que deberán tenerse en cuenta a ese efecto.

Disposición modelo 28. Propuestas no solicitadas que entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos

1. Si la autoridad contratante determina que no se cumplen las condiciones de la disposición modelo 27, párrafo 1, apartados *a)* y *b)*, no se le exigirá que lleve a cabo un proceso de selección con arreglo a las disposiciones modelo 9 a 22. No obstante, la autoridad contratante podrá tratar de obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 2 a 4 de la presente disposición modelo.

2. Si la autoridad contratante se propone obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada, publicará una descripción de los resultados más importantes de la propuesta junto con una convocatoria dirigida a otras partes interesadas para que presenten propuestas dentro de [un plazo razonable] [*el Estado promulgante indicará aquí el plazo fijado*].

3. Si no se reciben propuestas en respuesta a la convocatoria emitida de conformidad con el párrafo 2 de la presente disposición modelo dentro de [un plazo razonable] [el plazo especificado en dicho párrafo], la autoridad contratante podrá entablar negociaciones con el autor de la propuesta inicial.

4. Si la autoridad contratante recibe propuestas en respuesta a la convocatoria emitida conforme al párrafo 2, invitará a los autores de las propuestas a entablar negociaciones de conformidad con lo dispuesto en la disposición modelo 24. Si la autoridad contratante recibe un número suficientemente amplio de propuestas que a primera vista respondan a sus necesidades, solicitará la presentación de propuestas conforme a las disposiciones modelo 9 a 22, sin perjuicio de los incentivos u otros beneficios que puedan concederse a la persona que presentó la propuesta no solicitada con arreglo a la disposición modelo 27, párrafo 2.

5. Disposiciones varias

Disposición modelo 29. Confidencialidad

La autoridad contratante deberá tratar las propuestas de manera tal que no se revele su contenido a los demás licitantes ni a cualquier otra persona que no esté autorizada para tener acceso a ese tipo de información. Toda conversación, comunicación y negociación entre la autoridad contratante y un licitante conforme a las disposiciones modelo 17, 18, 21, 23, 24 y 28, párrafos 3 y 4, será confidencial. Salvo que lo requiera la ley o una orden judicial, ninguna de las partes en las negociaciones revelará a un tercero el precio o cualquier dato técnico o de otra índole

que guarde relación con las conversaciones, comunicaciones y negociaciones llevadas a cabo de conformidad con las disposiciones mencionadas anteriormente sin el consentimiento de la otra parte.

Disposición modelo 30. Anuncio de la adjudicación del contrato

La autoridad contratante hará publicar un anuncio de la adjudicación del contrato de conformidad con [*el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación en materia de procesos de contratación pública que rijan la publicación de los anuncios de adjudicación de contratos*]²⁷. En el anuncio se dará a conocer la identidad del socio privado y se presentará un resumen de las cláusulas esenciales del contrato de participación público-privada.

Disposición modelo 31. Expediente de los procesos de selección y adjudicación

La autoridad contratante llevará un expediente en el que constará la información relativa a los procesos de selección y adjudicación de conformidad con [*el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación en materia de procesos de contratación pública que rijan el expediente del proceso de contratación*]²⁸.

Disposición modelo 32. Procedimientos de revisión

Los licitantes que aleguen haber sufrido o estar expuestos a sufrir pérdidas o perjuicios debido a la no conformidad con la ley de un acto o decisión de la autoridad contratante podrán impugnar tal acto o decisión de conformidad con [*el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación relativas a la revisión de las decisiones adoptadas en los procesos de contratación pública*].

²⁷ Véase la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, art. 23.

²⁸ El art. 25 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública establece qué información debe figurar en ese expediente con respecto a los diversos tipos de adjudicación de proyectos previstos en las disposiciones modelo y en qué medida esa información ha de ser de acceso público. Si el Estado promulgante no cuenta con legislación que regule adecuadamente estas cuestiones, deberá adoptar leyes o reglamentos a tal efecto.

IV. Contenido y ejecución del contrato de participación público-privada

Disposición modelo 33. Contenido del contrato de participación público-privada

El contrato de participación público-privada regulará las cuestiones que las partes estimen apropiadas²⁹ tales como:

- a) la naturaleza y el alcance de las obras que deba realizar y de los servicios que deba prestar el socio privado;
- b) las condiciones para prestar esos servicios y, cuando proceda, el grado de exclusividad de los derechos que tenga el socio privado de conformidad con el contrato;
- c) la asistencia que la autoridad contratante se haya comprometido a prestar al socio privado 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 persona jurídica constituida de conformidad con la disposición modelo 35;
- e) la propiedad de los bienes relacionados con el proyecto y, cuando proceda, las obligaciones de las partes relativas a la adquisición del emplazamiento del proyecto y las servidumbres necesarias, de conformidad con las disposiciones modelo 36 a 39;
- f) en caso de que la remuneración del socio privado consista en ingresos de explotación, como el cobro de tarifas y derechos en concepto de utilización de la obra de infraestructura o de prestación de servicios: el importe y el método de pago, su desglose, las modalidades de modificación y las subvenciones públicas, cuando proceda;
- g) en caso de que la remuneración del socio privado consista en pagos efectuados por la autoridad contratante: el costo total del servicio prestado a la autoridad pública y su desglose; los métodos y las fórmulas para establecer o ajustar esos pagos; el procedimiento de pago, en particular las condiciones conforme a las cuales, cada año, las sumas brutas adeudadas por la autoridad contratante al socio privado se compensarán con los importes que el socio privado deba pagar en concepto de multas, penalizaciones contractuales o indemnización pactada, cuando proceda;
- h) los procedimientos para el examen y la aprobación de los proyectos de ingeniería, los planes de obras y las especificaciones por parte de la autoridad

²⁹ Los Estados promulgantes tal vez deseen tener presente que, de conformidad con otras disposiciones modelo, es obligatorio incluir en el contrato de participación público-privada cláusulas que regulen algunas de las cuestiones enumeradas en la presente disposición modelo.

contratante, y los procedimientos para realizar pruebas y para proceder a la inspección final, la aprobación y la aceptación de la infraestructura;

i) el alcance de las obligaciones del socio privado de asegurar, en su caso, la modificación del servicio a fin de poder atender la demanda efectiva, preservar la continuidad del servicio y prestarlo en condiciones esencialmente idénticas para todos los usuarios de conformidad con la disposición modelo 43;

j) el derecho de la autoridad contratante o de otra autoridad pública a supervisar las obras que deba realizar y los servicios que deba prestar el socio privado y las condiciones y el margen de que dispondrá la autoridad contratante o un organismo regulador para ordenar que se introduzcan variaciones en las obras y las condiciones de servicio o adoptar otras medidas razonables que considere apropiadas para que la infraestructura se explote debidamente y los servicios se presten de conformidad con los requisitos legales y contractuales aplicables;

k) el alcance de la obligación del socio privado de facilitar a la autoridad contratante o a un organismo regulador, según proceda, informes y otros datos sobre sus actividades;

l) los 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 i) y j) incluida la indemnización a que pueda tener derecho el socio privado;

m) todo derecho de la autoridad contratante a examinar y aprobar los contratos más importantes que deba concertar el socio privado, en particular los celebrados con los propios accionistas de la sociedad del socio privado o con personas conexas;

n) las garantías de ejecución que deba dar el socio privado y las pólizas de seguros que este deba suscribir en relación con la ejecución del proyecto de infraestructura;

o) las medidas de que dispondrá cada una de las partes en caso de incumplimiento de la otra parte;

p) la medida 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 por circunstancias que escapen a su control razonable;

q) la duración del contrato y los derechos y obligaciones de las partes al vencer o al rescindirse el contrato;

r) la forma de calcular la indemnización conforme a la disposición modelo 53;

s) la ley aplicable y los mecanismos mediante los cuales habrán de resolverse las controversias que surjan entre la autoridad contratante y el socio privado (véanse las disposiciones modelo 34 y 55);

t) los derechos y obligaciones de las partes respecto de la información confidencial previstos en la disposición modelo 29.

Disposición modelo 34. Ley aplicable

El contrato de participación público-privada se regirá por la ley de [*el Estado promulgante*], a menos que dicho contrato disponga otra cosa³⁰.

Disposición modelo 35. Estructura societaria del socio privado

La autoridad contratante podrá exigir que el licitante seleccionado cree una persona jurídica constituida con arreglo a la legislación de [*el Estado promulgante*], siempre y cuando se haya incluido una declaración a este efecto en los documentos de preselección o en la solicitud de propuestas, según proceda. En el contrato de participación público-privada deberán especificarse los eventuales requisitos relativos al plazo para constituir tal persona jurídica, su capital mínimo y los procedimientos que se habrán de seguir para obtener de la autoridad contratante la aprobación de sus estatutos y reglamentos, así como de toda modificación esencial de dichos documentos, conforme a lo establecido en la solicitud de propuestas.

Disposición modelo 36. Propiedad de los bienes³¹

En el contrato de participación público-privada se especificarán, cuando proceda, los bienes que son o serán de propiedad pública y los que son o serán de propiedad privada del socio privado. En particular, en el contrato se especificarán los bienes que pertenezcan a las siguientes categorías:

³⁰ Los ordenamientos jurídicos tienen respuestas diferentes a la pregunta de si las partes en un contrato de participación público-privada pueden elegir como ley aplicable al contrato un derecho distinto del vigente en el país anfitrión. Además, tal como se explica en la *Guía legislativa* (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 5 a 8), en algunos países el contrato de participación público-privada puede estar sujeto al derecho administrativo, mientras que en otros puede regirse por el derecho privado (véase también el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 25 a 28). La ley 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 participación público-privada (véase, en general, el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", secc. B).

³¹ La participación del sector privado en proyectos de infraestructura y servicios públicos puede revestir diversas formas (véase la *Guía legislativa*, "Introducción e información general sobre las APP", párrs. 48 a 55). La política general suele determinar el criterio legislativo para regular la propiedad de los bienes relacionados con proyectos. Independientemente de la política general o sectorial del país anfitrión, el régimen de propiedad de los diversos bienes implicados debería definirse con claridad y tener una base legislativa suficiente. La claridad a este respecto es importante, ya que afectará directamente a la capacidad del socio privado para constituir garantías reales sobre los bienes del proyecto con miras a obtener financiación para el proyecto. 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 traspasarse a la autoridad contratante, los bienes sobre los que esta tiene opción de compra y los bienes que siguen siendo propiedad privada del socio privado, al vencer o al rescindirse el contrato de participación público-privada o en cualquier otro momento.

- a) los bienes que, en su caso, el socio privado esté obligado a devolver o traspasar a la autoridad contratante o a cualquier otra entidad indicada por la autoridad contratante de conformidad con lo dispuesto en el contrato de participación público-privada;
- b) los bienes que, en su caso, la autoridad contratante pueda comprar, si así lo desea, al socio privado; y
- c) los bienes que, en su caso, el socio privado pueda retener o enajenar al vencer o al rescindirse el contrato.

Disposición modelo 37. Adquisición de derechos relativos al emplazamiento del proyecto

1. La autoridad contratante u otra autoridad pública, con arreglo a la ley y al contrato de participación público-privada, otorgará al socio privado o, cuando proceda, lo ayudará a obtener los derechos relativos al emplazamiento del proyecto, incluida la propiedad de este, que sean necesarios para la ejecución del proyecto.
2. Toda adquisición forzosa de terrenos que pueda requerirse para la ejecución del proyecto se llevará a cabo de conformidad con [*el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan la adquisición forzosa de propiedad privada por parte de las autoridades públicas por razones de interés público*]³².

Disposición modelo 38. Servidumbres³³

Opción I

1. La autoridad contratante u otra autoridad pública, con arreglo a la ley y al contrato de participación público-privada, otorgará al socio privado o, cuando proceda, lo ayudará a obtener el derecho a entrar en terrenos de terceros o a transitar por ellos o a realizar obras o instalar estructuras en ellos cuando proceda y 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*]

³² Si el Estado promulgante no dispone de legislación de esa índole, la ley específica relativa a las APP debería contener disposiciones al respecto.

³³ El derecho a atravesar terrenos adyacentes o transitar por ellos con fines relacionados con el proyecto o a hacer obras en esos terrenos puede ser adquirido directamente por el socio privado o de manera forzosa por una autoridad pública cuando esta adquiera el emplazamiento del proyecto. Otra opción ligeramente distinta, que aparece reflejada en la variante B, consiste en que la propia ley faculte a los proveedores de servicios públicos a entrar en terrenos de terceros, a atravesarlos o a realizar obras o instalar estructuras en ellos cuando sea necesario para la construcción, la explotación y el mantenimiento de la infraestructura pública.

similares que sus leyes confieran a las empresas de servicios públicos y a las empresas explotadoras de infraestructuras].

Opción II

1. El socio privado tendrá el derecho a entrar en terrenos de terceros o a transitar por ellos o a realizar obras o instalar estructuras en ellos cuando proceda y 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 de servicios públicos y a las empresas explotadoras de infraestructuras*].
2. Toda servidumbre que pueda requerirse para la ejecución del proyecto se constituirá de conformidad con [*el Estado promulgante indicará aquí las disposiciones de su legislación que rijan la constitución de servidumbres por razones de interés público*].

Disposición modelo 39. Arreglos financieros

1. Cuando explote una infraestructura utilizada por la población o preste un servicio público en virtud del contrato de participación público-privada, el socio privado tendrá derecho a imponer, percibir o cobrar tarifas o derechos por la utilización de la infraestructura o de sus servicios de conformidad con el contrato. Dicho contrato preverá los métodos y las fórmulas para fijar y ajustar dichas tarifas o derechos [*de conformidad con las reglas establecidas por el organismo regulador competente*]³⁴.
2. La autoridad contratante estará facultada para efectuar pagos directos al socio privado en sustitución o como complemento de las tarifas o derechos previstos en el párrafo anterior por la utilización de la infraestructura o de sus servicios.
3. Cuando explote una infraestructura utilizada por la población o preste un servicio a la autoridad contratante u otro órgano público, el socio privado tendrá

³⁴ Los peajes, derechos, precios u otras sumas que perciba el socio privado, 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 cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 56 a 86). El precio al que se prestan los servicios públicos suele constituir un elemento de la política de infraestructuras de la administración pública y es motivo de preocupación inmediata para amplios sectores de la población. Por lo tanto, el marco que regula 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 las sumas se atengan a ciertos criterios “razonables”, “justos” o “equitativos”.

derecho, de conformidad con el contrato de participación público-privada, al alquiler, los derechos por utilización y demás pagos previstos en el contrato por el uso efectivo o la disponibilidad de la infraestructura o el servicio. El contrato preverá los métodos y las fórmulas para fijar y ajustar dichos pagos.

Disposición modelo 40. Garantías reales

1. Sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecerse en el contrato de participación público-privada³⁵, el socio privado tendrá 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 la financiación que requiera el proyecto. En particular, el socio privado podrá constituir los siguientes tipos de garantías reales:

a) garantías sobre bienes muebles o inmuebles que sean propiedad del socio privado o sobre los derechos reales que este tenga sobre bienes del proyecto;

b) prendas sobre el producto que obtenga de la utilización de la infraestructura o de los servicios que preste y sobre los créditos que se le adeuden por tal concepto.

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

3. No podrán constituirse las garantías previstas en el párrafo 1 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 [el Estado promulgante].

Disposición modelo 41. Cesión del contrato de participación público-privada

A excepción de las previsiones de la disposición modelo 40, el socio privado no podrá ceder a terceros los derechos y obligaciones que tenga en virtud del contrato de participación público-privada sin el consentimiento de la autoridad contratante. En el contrato se enunciarán las condiciones en que la autoridad contratante dará su consentimiento para que el socio privado ceda los derechos y obligaciones que tenga en virtud del contrato; esas condiciones incluirán la aceptación de todas estas obligaciones por el nuevo socio privado y la demostración de que este cuenta con los medios técnicos y financieros necesarios para prestar el servicio.

³⁵ Esas limitaciones podrán afectar, en particular, al ejercicio de los derechos relativos a los bienes del proyecto de infraestructura.

Disposición modelo 42. Traspaso del control³⁶ de la sociedad del socio privado

Salvo estipulación en contrario en el contrato de participación público-privada, no podrá traspasarse a un tercero, sin el consentimiento de la autoridad contratante, el control de la sociedad del socio privado o la participación de un accionista cuya aportación a la sociedad del proyecto se considere esencial para el mantenimiento y explotación satisfactorios del proyecto. En el contrato se enunciarán las condiciones en que la autoridad contratante podrá dar su consentimiento.

Disposición modelo 43. Explotación de la infraestructura

1. En el contrato de participación público-privada se determinará, según proceda, el alcance de las obligaciones del socio privado a fin de garantizar:

- a) la modificación del servicio para responder a la demanda de dicho servicio;
- b) la continuidad del servicio;
- c) la prestación 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 socio privado.

2. El socio privado estará facultado para dictar y aplicar el reglamento de utilización de la infraestructura, siempre que para ello cuente con la aprobación de la autoridad contratante o de un organismo regulador.

Disposición modelo 44. Indemnización por cambios legislativos concretos

En el contrato de participación público-privada se determinará en qué medida el socio privado tendrá derecho a ser indemnizado en caso de que el costo que le exija el cumplimiento del contrato haya aumentado sustancialmente o de que el beneficio que obtenga por dicho cumplimiento haya disminuido sustancialmente con respecto a lo previsto en el cálculo inicial de los costos y beneficios del

³⁶ Por lo general, el concepto de “control” se refiere al poder de nombrar a los miembros del órgano de gestión de una sociedad y de determinar la marcha de sus negocios o influir en ella. Los criterios aplicables pueden variar de un ordenamiento jurídico a otro o incluso entre distintos cuerpos de leyes en un mismo ordenamiento jurídico; así, pueden fijarse criterios formales para atribuir el control al titular de una suma determinada (generalmente, más de un 50 %) del total combinado de votos de todas las clases de acciones de una sociedad o pueden fijarse criterios más complejos que tengan en cuenta la estructura de gestión real de una sociedad. Los Estados promulgantes que no hayan definido en sus leyes el concepto de “control” tal vez tengan que definirlo en la normativa que dicten para aplicar la disposición modelo.

cumplimiento, cuando ello se deba a cambios legislativos o reglamentarios que se apliquen específicamente a la infraestructura o al servicio que presta.

Disposición modelo 45. Modificación del contrato de participación público-privada

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición modelo 44, en el contrato de participación público-privada se establecerá además si el socio privado tendrá derecho a solicitar la modificación del contrato, y en qué medida podrá hacerlo, en caso de que el costo que le exija el cumplimiento del contrato haya aumentado sustancialmente o de que el beneficio que obtenga por dicho cumplimiento haya disminuido sustancialmente con respecto a lo previsto en el cálculo inicial de los costos y beneficios del cumplimiento, cuando ello se deba a:

- a) cambios en las condiciones económicas o financieras; o
- b) cambios legislativos o reglamentarios que no se apliquen específicamente a la infraestructura o al servicio que presta;

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

- se produzcan una vez concertado el contrato;
- escapen al control del socio privado; y
- sean de naturaleza tal que no quepa razonablemente esperar que el socio privado hubiera podido preverlos al negociar el contrato o hubiera podido evitar o superar sus consecuencias.

2. Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 5, la autoridad contratante y el socio privado podrán acordar la ampliación del alcance del contrato de participación público-privada de forma que prevea obras o servicios adicionales por parte del socio privado que, si bien no estaban incluidos en el contrato inicial, han pasado a ser necesarios con posterioridad y para cuya ejecución la selección de otro socio privado no respondería al interés público:

- i) por razones económicas o técnicas, como los requisitos de intercambiabilidad o interoperabilidad con el equipo, los servicios o las instalaciones existentes y disponibles en virtud del contrato inicial;
y
- ii) por los inconvenientes considerables o la duplicación sustancial de costos para la autoridad contratante que ocasionaría la selección de otro socio privado.

3. En el contrato de participación público-privada se establecerán procedimientos para modificar sus cláusulas de conformidad con los párrafos 1 y 2.

4. La autoridad contratante requerirá la aprobación de [el Estado promulgante indicará aquí el órgano o entidad pública] para cualquier modificación del contrato de participación público-privada:

a) que exceda [el Estado promulgante indicará aquí el porcentaje] del valor del contrato inicial; o

b) que prevea obras o servicios adicionales por parte del socio privado que no estuvieran incluidos en el contrato inicial de conformidad con el párrafo 2.

5. La autoridad contratante no podrá aceptar cambios o modificaciones del contrato de participación público-privada del tipo mencionado en el párrafo 2 que desvirtúen sustancialmente el contrato inicial. Se considerará que la modificación es sustancial cuando se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

a) El valor total de la remuneración del socio privado resultante de la modificación superaría [el Estado promulgante indicará aquí el porcentaje] de la suma combinada del valor actual de los peajes, los derechos por utilización, los precios unitarios y otros derechos propuestos que se vayan a cobrar durante el período del contrato y del valor actual de los pagos directos propuestos que deba efectuar la autoridad contratante, cuando proceda, que esta haya tenido en cuenta para evaluar las propuestas de conformidad con la disposición modelo 19, párrafo 2, apartados a) y b). Si se hacen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las modificaciones sucesivas, en un período de [el Estado promulgante indicará aquí el plazo deseado];

b) La modificación introduce condiciones que, de haber formado parte del proceso de adjudicación del contrato inicial, habrían permitido la admisión de otros licitantes distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de otra propuesta distinta de la aceptada inicialmente, o habrían atraído a otros participantes al proceso de adjudicación del contrato;

c) La modificación amplía considerablemente el alcance del contrato;

d) Un socio privado nuevo sustituye al socio privado al que la autoridad contratante adjudicó inicialmente el contrato en casos distintos de los previstos en la disposición modelo 47.

Disposición modelo 46. Asunción del proyecto de infraestructura por la autoridad contratante

En las circunstancias enunciadas en el contrato de participación público-privada, la autoridad contratante tendrá derecho a hacerse cargo temporalmente de la explotación de la infraestructura con miras a asegurar la prestación efectiva e ininterrumpida del servicio en caso de incumplimiento grave de las obligaciones del socio privado que este no haya rectificado en un plazo razonable tras un requerimiento de la autoridad contratante en tal sentido.

Disposición modelo 47. Sustitución del socio privado

La autoridad contratante podrá convenir con las entidades que financien un proyecto de infraestructura y con el socio privado en que se prevea la sustitución de este por una nueva entidad o una nueva persona que asuma las obligaciones derivadas del contrato de participación público-privada en caso de incumplimiento grave por parte del socio privado o en caso de que se produzcan otros acontecimientos que justifiquen la rescisión del contrato u otras circunstancias similares³⁷.

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

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

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

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

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

³⁷ Con la sustitución del socio privado por otra entidad, propuesta por los prestamistas 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 del contrato de participación público-privada (véase la *Guía legislativa*, cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 162 a 165). Las partes tal vez deseen recurrir previamente y de forma sucesiva a otras medidas prácticas como la asunción temporal del proyecto por los prestamistas o un administrador provisional nombrado por estos o la ejecución de la garantía de los prestamistas sobre las acciones de la sociedad del socio privado vendiendo dichas acciones a un tercero que sea aceptable para la autoridad contratante.

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

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

- a) demora en la finalización del proyecto o interrupción de la explotación por circunstancias que escapen al control razonable de ambas partes;
- b) suspensión del proyecto en razón de actos de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas;
- c) incremento de los costos ocasionados por requisitos de la autoridad contratante no previstos inicialmente en el contrato, siempre y cuando el socio privado no pueda recuperar esos costos sin dicha prórroga; o
- d) *[otras circunstancias que especifique el Estado promulgante]*³⁸.

2. Rescisión del contrato de participación público-privada

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

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

- a) cuando ya no sea razonable prever que el socio privado esté en condiciones de cumplir sus obligaciones o esté dispuesto a hacerlo por su insolvencia, su incumplimiento grave u otros motivos;
- b) cuando concurren razones imperiosas³⁹ de interés público, a reserva de que se pague al socio privado una indemnización cuyas condiciones se deberán convenir en el contrato;
- c) *[otras circunstancias que el Estado promulgante tal vez desee agregar]*.

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

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

³⁸ El Estado promulgante tal vez desee considerar la posibilidad de que la ley autorice la prórroga consensual del contrato de participación público-privada conforme a sus cláusulas, por razones de interés público, según se justifique en el expediente que la autoridad contratante debe llevar conforme a la disposición modelo 31.

³⁹ Las situaciones que pueden constituir una razón imperiosa de interés público se examinan en la *Guía legislativa*, cap. V, "Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada", párrs. 29 y 30.

- a) en caso de incumplimiento grave de las obligaciones contraídas en el contrato por parte de la autoridad contratante o de otra autoridad pública, siempre que haya un pronunciamiento definitivo del órgano de solución de controversias convenido por las partes de conformidad con la disposición modelo 55 o en el contrato;
- b) en caso de que se den las condiciones para revisar el contrato previstas en la disposición modelo 45, párrafo 1, pero las partes no hayan convenido en una revisión del contrato; o
- c) en caso de que claramente no sea razonable prever que el socio privado siga cumpliendo lo estipulado en el contrato porque:
 - i) la autoridad pública no ha prestado apoyo o no ha llevado a cabo otros actos que son necesarios para ejecutar el proyecto de acuerdo con lo dispuesto en el contrato o en la ley; o
 - ii) el costo de la ejecución del contrato ha aumentado sustancialmente para el socio privado o el beneficio que este ha obtenido por tal concepto es sustancialmente inferior al previsto a causa de actos u omisiones de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas, por ejemplo, conforme a la disposición modelo 33, apartados h) e i), y las partes no han convenido en una revisión del contrato de acuerdo con la disposición modelo 33, apartado l).

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

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

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

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

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

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

Disposición modelo 54. Medidas de liquidación y traspaso

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

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

VI. Solución de controversias

Disposición modelo 55. Controversias entre la autoridad contratante y el socio privado

Las controversias que surjan entre la autoridad contratante y el socio privado se dirimirán recurriendo a los mecanismos de solución de controversias convenidos por las partes en el contrato de participación público-privada⁴⁰.

⁴⁰ El Estado promulgante podrá prever en su legislación los mecanismos de solución de controversias que más se ajusten a las necesidades de las APP.

Disposición modelo 56. Controversias con clientes o usuarios de la infraestructura u otras partes

Cuando el socio privado preste servicios al público o explote una infraestructura de acceso público, la autoridad contratante podrá requerir al socio privado que establezca mecanismos simplificados y eficientes para tramitar las reclamaciones presentadas por los clientes o usuarios de la infraestructura, así como por otras partes afectadas por el proyecto.

Disposición modelo 57. Otras controversias

1. El socio privado y sus accionistas podrán elegir los mecanismos que estimen apropiados para resolver las controversias que surjan entre ellos.
2. El socio privado podrá acordar los mecanismos que estime apropiados para resolver las controversias que surjan entre él y sus prestamistas, contratistas, proveedores y otros socios comerciales.

