



Asamblea General

Distr. general
10 de febrero de 2000
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

33º período de sesiones

Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000

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

Informe del Secretario General

Adición

Capítulo V. Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto

Índice

Recomendaciones legislativas 2

Notas sobre las recomendaciones legislativas 1-624

A. Observaciones generales 14

B. Duración del acuerdo de proyecto 2-54

C. Prórroga del acuerdo de proyecto 6-85

D. R e s c i s i ó n
9-35 6

1. Rescisión por la autoridad contratante
14-27 7

2. Rescisión por el concesionario 28-3311

3. Rescisión por alguna de las partes 34-3513

E. Consecuencias de la expiración o de la rescisión del acuerdo de
proyecto 3 6 - 6 2
13

1. Traspaso de bienes vinculados al proyecto
37-42 13

2. Disposiciones financieras para el momento de la rescisión
43-4916

3. Traspaso de la instalación y medidas de transición 50-6219

Recomendaciones legislativas

Se recomienda a los países anfitriones que
deseen promover proyectos de infraestructura
con financiación privada que incorporen a su
legislación los siguientes principios:

**Duración y prórroga del acuerdo de proyecto
(véanse los párrs. 2 a 8)**

Recomendación 60. En el acuerdo de proyecto debe especificarse la duración de la concesión.

Recomendación 61. El plazo de la concesión no debe prorrogarse, salvo que se produzcan circunstancias especificadas en la legislación, como las siguientes:

a) Demoras en el cumplimiento del plazo o interrupción de la explotación debido a circunstancias contra las cuales las partes no tengan posibilidades razonables de actuar;

b) Suspensión del proyecto a consecuencia de actos de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas;

c) A fin de permitir que el concesionario amortice gastos adicionales ocasionados por peticiones de la autoridad contratante inicialmente no previstas en el acuerdo de proyecto y que el concesionario no conseguiría amortizar en el plazo normal estipulado en el acuerdo de proyecto.

Rescisión del acuerdo de proyecto (véanse los párrs. 9 a 35)

Rescisión del acuerdo por la autoridad contratante

Recomendación 62. Debe facultarse a la autoridad contratante para rescindir el acuerdo de proyecto en los siguientes supuestos:

a) Si no cabe prever razonablemente que el concesionario podrá o deseará cumplir con sus obligaciones por razones de insolvencia, de incumplimiento grave o de otra índole;

b) Por razones de interés público, con la obligación de pagar una indemnización al concesionario.

Rescisión del acuerdo por el concesionario

Recomendación 63. Debe facultarse al concesionario para rescindir el acuerdo de proyecto en circunstancias excepcionales especificadas en la legislación, como las siguientes:

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

b) En caso de agravación importante de la carga impuesta por el acuerdo al concesionario a raíz de modificaciones o de otros actos ordenados por la autoridad contratante o debido a cambios imprevistos de las circunstancias o actos de otras autoridades públicas sin que las partes hayan podido llegar a un acuerdo sobre una adaptación adecuada del acuerdo de proyecto.

Rescisión del acuerdo por cualquiera de las partes

Recomendación 64. Cualquiera de las partes debe poder rescindir el acuerdo de proyecto si el cumplimiento de sus obligaciones se ve impedido por circunstancias contra las cuales las partes no tengan posibilidades razonables de actuar. Las partes también deben poder rescindir el acuerdo de proyecto si lo deciden de común acuerdo.

Consecuencias de la expiración o de la rescisión del acuerdo de proyecto (véanse los párrs. 36 a 62)

Traspaso de bienes a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario

Recomendación 65. En el acuerdo de proyecto deben determinarse los criterios para fijar, en su caso, la indemnización que corresponda al concesionario por los bienes traspasados a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario o adquiridos por la autoridad contratante tras la expiración o rescisión del acuerdo de proyecto.

Arreglos financieros tras la rescisión

Recomendación 66. El acuerdo de proyecto debe establecer la forma en que se habrá de calcular la indemnización de las partes en caso de rescindirse el acuerdo de proyecto previendo, cuando corresponda, la indemnización, por su valor justo, de las obras efectuadas conforme al acuerdo de

proyecto así como de las pérdidas, incluido el lucro cesante.

Liquidación y medidas de traspaso

Recomendación 67. En el acuerdo de proyecto deben establecerse, cuando proceda, los derechos y obligaciones de las partes en relación con:

- a) El traspaso de la tecnología requerida para el funcionamiento de la instalación;
- b) La capacitación del personal de la autoridad contratante o del concesionario sucesor en las actividades de explotación y mantenimiento de la instalación;
- c) La prestación, por el concesionario, de ciertos servicios de explotación y mantenimiento de la instalación y, de ser necesario, el suministro de repuestos durante un período de tiempo razonable a partir del traspaso de la instalación a la autoridad contratante o al concesionario sucesor.

Notas sobre las recomendaciones legislativas

A. Observaciones generales

1. La mayoría de los proyectos de infraestructura con financiación privada se conciertan por un cierto plazo al final del cual el concesionario traspasa a la autoridad contratante la función que venía ejerciendo en la explotación de la instalación de infraestructura. La sección B trata sobre los elementos que habrán de tenerse en cuenta al fijar el plazo de la concesión. La sección C se ocupa de las circunstancias que pueden dar lugar a una prórroga del acuerdo de proyecto. La sección D examina las circunstancias que pueden dar lugar a la rescisión del acuerdo de proyecto con anterioridad a la expiración de su plazo. Por último, la sección E se ocupa de las consecuencias de la expiración o rescisión del acuerdo de proyecto, así como del traspaso de los bienes del proyecto y de la indemnización a la que pudiera tener derecho alguna de las partes al producirse la rescisión y, de la liquidación del proyecto.

B. Duración del acuerdo de proyecto

2. Las leyes de algunos países contienen disposiciones que limitan la duración de las concesiones de infraestructuras a un número determinado de años. Algunas leyes establecen un límite general para la mayoría de los proyectos de infraestructura y límites especiales

para proyectos en determinados sectores de infraestructuras. En algunos países existen límites máximos de duración sólo para determinados sectores de infraestructuras.

3. La duración conveniente de un acuerdo de proyecto puede depender de varios factores como, por ejemplo, el período de explotación de la instalación; el período durante el cual es probable que se requiera el servicio; la vida útil prevista de los bienes asociados vinculados al proyecto; la variabilidad de la tecnología requerida para el proyecto; y el tiempo requerido por el concesionario para reembolsar sus deudas y amortizar la inversión inicial. En este contexto, el concepto de “amortización” económica significa la recuperación gradual de la inversión con los ingresos del proyecto en el supuesto de que la instalación no tendrá ningún valor residual al final del período del proyecto. Dado que es difícil establecer un único límite legal para la duración de los proyectos de infraestructura, es aconsejable dar cierta flexibilidad a la autoridad contratante para negociar, en cada caso, un plazo adecuado para el proyecto de que se trate.

4. En algunos ordenamientos jurídicos, este resultado se logra con disposiciones que requieren que todas las concesiones estén sujetas a un período de duración máxima, sin especificar el número de años. A veces la ley se limita a indicar los elementos que deben tenerse en cuenta al determinar la duración de la concesión, que pueden ser la naturaleza y el importe de la inversión que debe hacer el concesionario y el período normal de amortización para las

instalaciones concretas del proyecto. Algunas leyes específicas para determinados proyectos o sectores prevén un sistema combinado y requieren que el acuerdo de proyecto prevea la expiración de la concesión al final de un determinado período o una vez que las deudas del concesionario hayan sido totalmente reembolsadas y se haya logrado un determinado nivel de ingresos, producción o utilización, si esto ocurre antes.

5. Ahora bien, cuando se considere necesario adoptar límites legales, el período máximo debe ser suficientemente largo para que el concesionario pueda reembolsar por completo sus deudas y obtener beneficios razonables. Además, puede ser útil autorizar a la autoridad contratante a aceptar, en casos excepcionales, períodos de concesión más largos, teniendo en cuenta el importe de la inversión y el período requerido para su recuperación y previendo procedimientos especiales de aprobación.

C. Prórroga del acuerdo de proyecto

6. En la práctica contractual de algunos países, la autoridad contratante y el concesionario pueden convenir una o más prórrogas del plazo de la concesión. Lo más frecuente suele ser, no obstante, que el derecho interno sólo autorice la prórroga del acuerdo de proyecto en circunstancias excepcionales. De ser este el caso, al caducar el acuerdo del proyecto la autoridad contratante estará normalmente obligada a seleccionar a un nuevo concesionario,

para lo que aplicará normalmente los mismos procedimientos que utilizó para seleccionar al concesionario cuya concesión ha caducado (para un análisis de los procedimientos de selección, véase el capítulo III, “Selección del concesionario”).

7. Cierta número de países han juzgado conveniente disponer que toda concesión otorgada en exclusiva habrá de ser periódicamente readjudicada mediante concurso, y no meramente prorrogada. Esta renovación periódica mediante concurso puede ser un fuerte incentivo para que el concesionario se esmere en el cumplimiento de la función asumida. La duración del plazo entre la adjudicación inicial y su primera (y toda subsiguiente) renovación deberá fijarse en función de la magnitud de la inversión y de otros riesgos a los que haya de hacer frente el concesionario. Por ejemplo, para una concesión de recolección de basuras sólidas que no requiera una fuerte inversión en capital fijo, esos plazos pueden ser relativamente breves (por ejemplo, de tres a cinco años), mientras que se necesitarán plazos más largos para las concesiones de distribución de energía eléctrica o de agua, por dar un ejemplo. En la mayoría de los países, la renegociación coincide con el final del plazo del proyecto, pero en otros se asigna la concesión por un largo período (por ejemplo, de 99 años), combinado con un concurso periódico de renegociación (por ejemplo, cada 10 ó 15 años). Conforme al segundo esquema, adoptado por algunos países, la primera reapertura de concurso tendrá lugar antes de que el

concesionario inicial haya podido recuperar plenamente su inversión. A título de incentivo para la empresa concesionaria en funciones, algunas leyes dan cierta preferencia al concesionario sobre los demás concursantes en la adjudicación de nuevas concesiones para una misma actividad. Ahora bien, el concesionario gozará tal vez de derechos de indemnización si no consigue renovar su concesión, en cuyo caso la totalidad o una parte de los beneficios del concurso pueden acabar en manos del concesionario en funciones. De requerirse que el ganador del concurso indemnice al concesionario en funciones por el valor de sus derechos de propiedad y de la inversión no amortizada, se reducirá el riesgo a largo plazo de los inversionistas y prestamistas y se les ofrecerá una vía de salida atractiva (véanse los párrs. 39 y 40).

8. Pese a lo dicho, es aconsejable no excluir por completo la opción de negociar una prórroga del plazo de la concesión, en determinadas circunstancias especificadas. La duración de un proyecto de infraestructura es uno de los principales factores que han de tenerse en cuenta al negociar las condiciones financieras, ya que tiene una repercusión directa sobre el precio de los servicios prestados por el concesionario. Las partes pueden descubrir que la prórroga del acuerdo de proyecto (como medida sustitutiva o complementaria de otros mecanismos compensatorios) puede ser una buena solución para hacer frente a ciertas circunstancias o cambios imprevistos que pudieran surgir durante la vida del proyecto. Cabe citar los siguientes

supuestos: prórroga compensatoria de la suspensión del proyecto o de las pérdidas debidas a algún impedimento (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrs. 131 a 139); prórroga compensatoria de una suspensión del proyecto debida a medidas de la autoridad contratante o de alguna otra autoridad pública (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrs. 140 y 141); prórroga que permita al concesionario amortizar el costo de toda obra adicional en la instalación que no sea posible recuperar durante el plazo estipulado en el acuerdo de proyecto sin un incremento excesivo de la tarifa (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrs. 73 a 76). En aras de una mayor transparencia o de una rendición más pormenorizada de las cuentas, en algunos países la prórroga del plazo de la concesión está sujeta a un límite global acumulativo o debe ser aprobada por alguna autoridad pública expresamente designada al efecto.

D. Rescisión

9. Los eventuales motivos de rescisión de un acuerdo de proyecto antes de su expiración y las consecuencias de tal rescisión suelen ser objeto de alguna norma de derecho interno. Por lo general, la ley autoriza a las partes a rescindir el acuerdo de ocurrir algún hecho de determinada índole. El interés principal de todas las partes que intervienen en un proyecto de infraestructura con financiación privada está en asegurar la

terminación satisfactoria de las obras de infraestructura, así como la prestación ordenada y continua del servicio público objeto de la concesión. Habida cuenta de las graves consecuencias de la rescisión del acuerdo, que pudiera interrumpir o incluso suprimir el servicio prestado, la rescisión deberá ser contemplada en la mayoría de los casos como una medida de última instancia. Deberán ponderarse cuidadosamente los requisitos para el ejercicio por una u otra parte de este derecho. Aun cuando no sea preciso que esos requisitos sean idénticos, suele ser conveniente que haya un cierto equilibrio entre los derechos de cada una de las partes para rescindir el acuerdo y entre los requisitos impuestos a cada una de ellas para el ejercicio de esos derechos.

10. Además de definir las circunstancias o los hechos que pueden dar lugar a un derecho de rescisión, es aconsejable que las partes prevean un procedimiento adecuado para determinar si existe o no un motivo válido para rescindir el acuerdo de proyecto. Reviste particular importancia la cuestión de si el acuerdo de proyecto podrá rescindirse unilateralmente o si la rescisión habrá de hacerse por decisión de una entidad judicial o de algún otro órgano designado para resolver las controversias.

11. El concesionario no suele poder rescindir el acuerdo de proyecto sin motivo, y en algunos ordenamientos jurídicos la rescisión por el concesionario, incluso en caso de incumplimiento de la autoridad contratante, requiere una decisión judicial final. No obstante,

en otros países, conforme a las reglas aplicables a los contratos con entidades gubernamentales, ese derecho puede ser ejercido por las autoridades públicas, a reserva del pago de indemnización del concesionario. Sin embargo, en algunos países se hace una excepción respecto de aquellas concesiones de servicios públicos cuyo carácter contractual sea tenido por incompatible con la existencia de un derecho de rescisión unilateral. Por último, existen ordenamientos jurídicos que no reconocen a las autoridades públicas el derecho de rescisión unilateral de este tipo de acuerdos. Ahora bien, los promotores y prestamistas del proyecto tal vez se sientan inquietos ante el riesgo de una rescisión prematura e injustificada por la autoridad contratante, aun cuando quepa recurrir contra esa decisión por la vía prevista para la solución de controversias. Cabe también observar que aun cuando disponga de un derecho unilateral de rescisión del acuerdo de proyecto, la autoridad contratante no debe prescindir de un buen mecanismo contractual de supervisión del cumplimiento o de las debidas garantías de cumplimiento (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrs. 80 a 97 y 108 a 120).

12. Por consiguiente, el régimen de la rescisión deberá ser coordinado con los recursos contractuales contra el incumplimiento previstos en el acuerdo de proyecto. En particular, sería conveniente distinguir las condiciones de rescisión de las que se establezcan para una intervención eventual de la autoridad contratante

(véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrs. 143 a 146). Es igualmente importante que los derechos de rescisión de la autoridad contratante sean perfilados sin perder de vista los acuerdos de financiación negociados por el concesionario con sus prestamistas. En la mayoría de los casos, los hechos que den lugar a una rescisión del acuerdo de proyecto constituirán asimismo supuestos de incumplimiento de los acuerdos de préstamo, dando tal vez lugar a un vencimiento inmediato de la totalidad de la deuda pendiente del concesionario. Sería por ello aconsejable tratar de evitar el riesgo de una rescisión dando margen a los prestamistas del proyecto para proponer otro concesionario cuando parezca inminente el riesgo de rescisión del acuerdo de proyecto con el concesionario inicial (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrs. 108 a 120).

13. A la luz de lo anteriormente dicho, es en general aconsejable que, en la mayoría de los supuestos, la ley disponga que sólo podrá procederse a la rescisión del acuerdo de proyecto tras el fallo definitivo del órgano designado en el acuerdo para la solución de controversias. Ese requisito reduciría la inquietud ante una eventual rescisión prematura o injustificada. Al mismo tiempo, no impediría adoptar medidas adecuadas para garantizar la continuidad del servicio, en espera de que el órgano encargado de la solución de la controversia llegara a una decisión definitiva, siempre que el acuerdo de proyecto haya previsto ciertos recursos contractuales para

el supuesto de incumplimiento, como pudiera ser algún derecho de intervención de la autoridad contratante o de los prestamistas. En los países en que ese requisito no se ajustaría a los principios generales de derecho administrativo aplicables a los contratos públicos, podría ser importante velar al menos por que el derecho de la autoridad contratante a rescindir el acuerdo de proyecto no menoscabe el derecho del concesionario a presentar un recurso judicial contra la decisión de la autoridad contratante de rescindir el acuerdo.

1. Rescisión por la autoridad contratante

14. Los derechos de rescisión de la autoridad contratante suelen corresponder a tres categorías de circunstancias: incumplimiento grave del concesionario; insolvencia o quiebra del concesionario; y rescisión por motivos de interés público.

a) Incumplimiento grave del concesionario

15. La autoridad contratante tiene el deber de asegurarse de que los servicios públicos se prestan de conformidad con las leyes, reglamentaciones y disposiciones contractuales aplicables. Así, algunos ordenamientos reconocen a la autoridad contratante el derecho a rescindir el acuerdo de proyecto en el supuesto de incumplimiento del concesionario. Dado el efecto perturbador de la rescisión y el interés en mantener la continuidad del servicio, no es aconsejable considerar la rescisión como una

sanción aplicable a todo tipo de incumplimiento insatisfactorio por parte del concesionario. Por el contrario, suele ser aconsejable no recurrir a la opción extrema de la rescisión sino en supuestos de incumplimiento “particularmente graves” o “reiterados”, especialmente si se considera llegada la situación en la que ya no cabe esperar razonablemente que el concesionario esté en condiciones de cumplir el acuerdo de proyecto o de que esté dispuesto a hacerlo. En muchos ordenamientos se emplean ciertos tecnicismos para referirse a las situaciones en las que el grado de incumplimiento de una de las partes contratantes es tal que la otra parte puede rescindir su relación contractual antes de agotarse el plazo de su validez (por ejemplo, “incumplimiento fundamental”, “incumplimiento especial” o expresiones similares). Esas situaciones son designadas en la *Guía* por las palabras “incumplimiento grave”.

16. El restringir la posibilidad de rescisión a los supuestos de incumplimiento grave puede servir de garantía a los prestamistas y promotores del proyecto de que estarán protegidos contra toda decisión prematura o poco razonable de la autoridad contratante. La ley puede reconocer en términos generales el derecho de la autoridad contratante a rescindir el acuerdo de proyecto en supuestos de incumplimiento grave del concesionario y dejar que sea el acuerdo de proyecto el que defina con más detalle el concepto de incumplimiento grave y ofrezca, en su caso, ejemplos ilustrativos de ese incumplimiento. Desde una perspectiva práctica,

no es aconsejable tratar de dar, ya sea legislativamente o en el acuerdo del proyecto, una lista, legal o contractual, de los supuestos de rescisión.

17. Por regla general, es aconsejable otorgar al concesionario un plazo adicional para dar cumplimiento a sus obligaciones y eludir las consecuencias de ese incumplimiento antes de que la autoridad contratante recurra a los medios de que disponga. Por ejemplo, se debe dar aviso al concesionario de toda circunstancia que por su gravedad pueda dar lugar a rescisión si no se rectifica en el plazo que le sea ofrecido. Esa posibilidad puede ser ofrecida también a los prestamistas y garantes, según sea el caso, para que eviten las consecuencias del incumplimiento del concesionario, por ejemplo contratando a un tercero que ponga remedio al incumplimiento del concesionario conforme a lo estipulado en las cauciones de cumplimiento que hayan dado a la autoridad contratante o en el acuerdo directo entre los prestamistas y la autoridad contratante (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrs. 108 a 120 y 147 a 150). El proyecto de acuerdo puede también disponer que, si no se rectifican las circunstancias especificadas antes del término del plazo otorgado, la autoridad contratante podrá dar por rescindido el acuerdo de proyecto, tras notificar previamente a los prestamistas y darles la oportunidad de ejercer el derecho que tengan de buscar en un plazo determinado un sustituto del concesionario de conformidad con el acuerdo directo entre ellos y la autoridad

contratante. Ahora bien, deberán establecerse plazos límites razonables, ya que no cabe esperar que la autoridad contratante haya de soportar indefinidamente el costo continuo de una situación de incumplimiento del acuerdo por el concesionario. Además, la puesta en marcha de esos procedimientos no debe ser obstáculo para que la autoridad contratante ejerza su derecho de intervenir para evitar el riesgo de interrupción del servicio por el concesionario (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrs. 145 y 146).

i) Incumplimiento grave antes del inicio de la construcción

18. El concesionario deberá normalmente llevar a cabo una serie de medidas previas a las obras de construcción de la instalación. Algunas de esas medidas pueden incluso constituir requisitos para la entrada en vigor de acuerdo del proyecto. Como supuestos que darían lugar a la retirada de la concesión en una etapa inicial del proyecto cabe citar los siguientes:

a) No haber reunido los recursos financieros requeridos, no haber suscrito el acuerdo de proyecto o no haber fundado la sociedad del proyecto dentro del plazo fijado al respecto;

b) No haber obtenido las licencias o los permisos requeridos para poder llevar a cabo la actividad que sea objeto de la concesión;

c) No haber emprendido la construcción de la instalación, o las obras del proyecto, o no

haber presentado los planos y diseños requeridos, en un plazo contado a partir de la adjudicación de la concesión.

19. La rescisión debe en principio reservarse para supuestos en los que la autoridad contratante ya no pueda razonablemente prever que el concesionario seleccionado adoptará las medidas requeridas para dar comienzo a la ejecución del proyecto. A ese respecto, es importante que la autoridad contratante tenga en cuenta cualquier circunstancia que pudiera excusar la demora del concesionario en el cumplimiento de sus obligaciones. Además, el concesionario no debe cargar con las consecuencias de cualquier omisión o error en que incurra la autoridad contratante o alguna otra autoridad pública. Por ejemplo, la rescisión de acuerdo de proyecto no estará normalmente justificada si el hecho de que el concesionario no ha obtenido las licencias y permisos públicos requeridos en el plazo convenido no es culpa del concesionario.

ii) Incumplimiento grave durante la fase de construcción

20. Como ejemplos de supuestos que podrían dar lugar a la rescisión del acuerdo de proyecto durante la fase de construcción cabe citar los siguientes:

a) La no observancia de los reglamentos, especificaciones y normas mínimas de diseño o rendimiento de las obras y el incumplimiento de la obligación de terminar las

obras conforme al calendario convenido sin que medie una excusa razonable;

b) La no aportación o renovación de las garantías requeridas en las condiciones acordadas;

c) La violación de alguna obligación legal o contractual esencial.

21. La rescisión no deberá ser declarada sino en casos en los que el grado de incumplimiento del concesionario y las consecuencias de ese incumplimiento para la autoridad contratante justifiquen esa medida. Por ejemplo, la autoridad contratante puede tener un interés legítimo en especificar la fecha en la que deberán concluirse las obras, por lo que puede tener motivo para considerar la demora a ese respecto como un incumplimiento grave que da lugar a rescisión. Ahora bien, la demora por sí sola, especialmente si no es excesiva en función de las especificaciones del acuerdo de proyecto, puede no ser tenida por motivo de rescisión si la autoridad contratante está por lo demás convencida de la capacidad del concesionario para terminar las obras de conformidad con las normas de calidad requeridas y de que el concesionario cumplirá con su compromiso.

iii) *Incumplimiento grave durante la etapa de explotación*

22. Como supuestos particulares de incumplimiento que suelen dar lugar a que la

concesión sea rescindida durante la fase de explotación cabe citar los siguientes:

a) Todo incumplimiento grave relativo a la prestación de servicios de conformidad con las normas de calidad legales y contractuales que sean aplicables, incluido el hacer caso omiso de las medidas de control de precios;

b) Toda suspensión o interrupción inexcusable del servicio prestado sin el consentimiento previo de la autoridad contratante;

c) Todo incumplimiento grave por parte del concesionario en el mantenimiento de la instalación, de su equipo y de sus accesorios de conformidad con las normas de calidad convenidas o toda demora inexcusable en la realización de las operaciones de mantenimiento convenidas de conformidad con los planes, programas y calendarios estipulados al efecto;

d) Toda inobservancia de las sanciones impuestas por la autoridad contratante o por el organismo regulador competente a raíz de alguna infracción de los deberes del concesionario.

23. En aras de la transparencia y de la integridad de los negocios públicos, las leyes de algunos países disponen también que el acuerdo de proyecto será rescindido si el concesionario es declarado culpable de fraude fiscal o de otros actos fraudulentos, o si sus agentes o empleados están implicados en el soborno de titulares de cargos públicos o en otras prácticas corruptas (véase también el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”, párrs. 50 a 52). Estas

consideraciones ponen de manifiesto la importancia de que se elaboren mecanismos para combatir la corrupción y los sobornos y para dar al concesionario la oportunidad de presentar demandas si es instado a efectuar pagos ilegales o es objeto de amenazas por parte de funcionarios del país anfitrión.

b) Insolvencia del concesionario

24. Los servicios de infraestructura deben normalmente ser prestados con la debida continuidad, por lo que la mayoría de los ordenamientos internos disponen que podrá rescindirse el acuerdo si el concesionario es declarado insolvente o en quiebra. A fin de velar por la continuidad del servicio, se podrá excluir del proceso de insolvencia a las instalaciones y bienes que hayan de ser entregados a la autoridad contratante para asegurar la continuidad del servicio y la ley podrá someter a aprobación pública previa todo acto de disposición por el síndico o administrador de la insolvencia de ciertas categorías de bienes que sean propiedad del concesionario.

25. En los ordenamientos que permiten constituir gravámenes reales sobre la propia concesión (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párr. 57), la ley suele disponer que la autoridad contratante podrá, previa consulta con los acreedores titulares de los créditos garantizados, designar a un administrador provisional que garantice la continuidad del servicio objeto de la concesión, hasta que los acreedores titulares de los créditos

garantizados admitidos al procedimiento de insolvencia decidan, por recomendación del administrador de la insolvencia, si debe proseguirse la actividad o si debe someterse a concurso el derecho a explotar la concesión.

c) Rescisión por motivos de interés público

26. En la práctica contractual de algunos países, las autoridades públicas que adjudican obras de construcción acostumbran a reservarse el derecho a rescindir el contrato de obras por razones de interés público (es decir, sin tener que dar otra justificación que su interés en que se concluyan las obras). En algunos países de *common law* ese derecho, que a veces se denomina de “rescisión por conveniencia”, sólo podrá ejercerse si está expresamente previsto en una ley o en el contrato que rija la concesión. Varios ordenamientos de tradición romanista reconocen a las autoridades públicas un derecho similar a rescindir un contrato por razones de “interés público” o de “interés general”. En algunos países, ese derecho puede estar implícitamente reconocido como parte de las facultades contractuales de la administración pública, incluso en ausencia de toda mención legal o contractual al efecto. El derecho de la autoridad pública a declarar rescindido el acuerdo por razones de interés público es considerado, en los ordenamientos que lo reconocen, un factor esencial para preservar el libre ejercicio por la autoridad pública de su función al servicio del bien común.

27. Ahora bien, convendría sopesar las condiciones para el ejercicio de este derecho y

sus consecuencias. La determinación de lo que constituye un interés público puede ser una facultad discrecional del gobierno, de modo que la decisión de la autoridad contratante de rescindir el acuerdo de proyecto sólo podría impugnarse en determinadas circunstancias (por ejemplo, por motivo indebido o “détournement de pouvoir”). Sin embargo, un derecho general y no condicionado de rescisión del acuerdo por motivos de interés público puede constituir un riesgo imponderable que ni el concesionario ni los prestamistas estén dispuestos a aceptar sin garantía suficiente de que recibirán una indemnización pronta y equitativa de toda pérdida que les sea ocasionada. La posibilidad de una rescisión por motivos de interés público, dondequiera que exista, debe ser dada a conocer a los inversionistas eventuales desde el primer momento y deberá ser expresamente mencionada en el borrador de acuerdo de proyecto que se distribuya con la solicitud de propuestas contractuales (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párr. 67). La indemnización debida en el supuesto de rescisión por motivos de interés público deberá abarcar, en la práctica, todos aquellos elementos que se contabilizan para calcular la indemnización debida en un supuesto de rescisión por incumplimiento grave de la autoridad contratante (véase el párr. 42). Suele ser además aconsejable limitar el ejercicio del derecho de rescisión de acuerdo de proyecto a situaciones en que un interés público imperioso reclame tal rescisión, lo cual debería interpretarse restrictivamente (por ejemplo, cuando una importante modificación ulterior de

la política o de los planes del sector público requiera la integración del proyecto en una red más amplia o cuando la subsiguiente renovación de los planes de la autoridad contratante exija una revisión básica del proyecto que modifique sustancialmente el diseño original del proyecto o su viabilidad financiera y de su explotación comercial privada). Cabe decir que no es aconsejable considerar el derecho de rescisión por razones de interés público una vía adecuada para sustituir otros recursos contractuales ante una actuación poco satisfactoria del concesionario (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrs. 140 a 150).

2. Rescisión por el concesionario

28. Mientras que la autoridad contratante puede reservarse en algunos ordenamientos un derecho incondicional de rescisión del acuerdo de proyecto, los motivos de rescisión alegables por el concesionario suelen estar limitados al supuesto de un incumplimiento grave de la autoridad contratante o a alguna otra situación excepcional sin que se prevea un derecho general de rescisión total del acuerdo de proyecto al arbitrio del interesado. Además, algunos ordenamientos jurídicos no reconocen el derecho del concesionario a rescindir unilateralmente el acuerdo de proyecto y únicamente prevén el derecho a solicitar a un tercero, como por ejemplo el tribunal competente, a declarar rescindido el acuerdo de proyecto.

a) Incumplimiento grave por parte de la autoridad contratante

29. Generalmente, el derecho del concesionario a rescindir el acuerdo de proyecto se limita a situaciones en que la autoridad contratante ha incumplido una parte sustancial de sus obligaciones (por ejemplo, no ha hecho los pagos convenidos al concesionario o no ha expedido las licencias necesarias para la explotación de la instalación por razones no imputables a una falta del concesionario). En aquellos ordenamientos en los que la autoridad contratante esté facultada para requerir modificaciones en el proyecto, algunas leyes reconocen al concesionario el derecho a rescindir el acuerdo de proyecto si la autoridad contratante altera o modifica el proyecto original provocando un aumento notable de la cuantía de la inversión requerida y si las partes no consiguen llegar a un acuerdo sobre la cuantía de la indemnización debida (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrs. 73 a 76).

30. Además del supuesto de incumplimiento grave de la autoridad contratante, por razones de equidad tal vez debe facultarse al concesionario para rescindir el acuerdo de proyecto en el supuesto de que el concesionario se vea en la imposibilidad de prestar el servicio a resultas de actos de otras autoridades públicas que no sean la autoridad contratante, como sería la denegación de medidas de respaldo público que sean necesarias para la ejecución del acuerdo de

proyecto (véase el capítulo II, “Riesgos de los proyectos y respaldo público”, párrs. 35 a 60).

31. Si bien la rescisión por parte del concesionario no siempre requiera una decisión final de un órgano judicial o de solución de controversias, los recursos de que dispone el concesionario en caso de incumplimiento por la autoridad contratante pueden estar limitados. De conformidad con una regla general del derecho existente en muchos ordenamientos jurídicos, toda parte en un contrato podrá interrumpir el cumplimiento de sus prestaciones en el caso de que la otra parte incumpla una parte sustancial de sus obligaciones. En algunos ordenamientos esa regla no es, sin embargo, aplicable a los contratos públicos, al disponer la ley expresamente que los contratistas de contratas públicas no podrán excusarse de su obligación contractual únicamente en razón de un incumplimiento de la autoridad contratante salvo que el contrato sea rescindido por una resolución judicial o arbitral.

32. Las limitaciones del derecho del concesionario a abstenerse del cumplimiento suelen tener la finalidad de asegurar la continuidad de los servicios públicos (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrs. 86 y 87). Debe observarse, no obstante, que si bien la autoridad contratante puede mitigar las consecuencias de un incumplimiento del concesionario haciendo valer su derecho de intervención, el concesionario no suele disponer de un recurso comparable. En el supuesto de un

incumplimiento grave de la autoridad contratante, el concesionario podría tener que soportar daños considerables o incluso irreparables, si le lleva demasiado tiempo obtener una resolución definitiva que lo libere de sus obligaciones dimanantes del acuerdo de proyecto. Esta consideración realza la importancia de las garantías públicas del cumplimiento de las prestaciones asumidas por una autoridad contratante (véase el capítulo II, “Riesgos de los proyecto y respaldo público”, párrs. 45 a 50) y la necesidad de que las partes dispongan de un mecanismo rápido y eficaz de solución de sus controversias (véase cap. VI, “Solución de controversias”, párrs. 3 a 42).

b) Evolución de las condiciones y cambios

33. Las leyes permiten a veces que el concesionario rescinda el acuerdo de proyecto si las prestaciones del concesionario se han vuelto considerablemente más onerosas a resultas de un cambio imprevisto en las condiciones y las partes no han conseguido llegar a un acuerdo sobre una revisión adecuada del acuerdo de proyecto para adaptarlo a las nuevas condiciones (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrs.126 a 130).

3. Rescisión por alguna de las partes

a) Impedimento del cumplimiento

34. Algunas leyes permiten que las partes rescindan el acuerdo de proyecto si el cumplimiento de alguna de sus prestaciones se ve

impedido permanentemente a resultas de una circunstancia definida en el acuerdo de proyecto como impedimento exonerante (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrs. 132 a 139). A este respecto, es aconsejable prever en el acuerdo de proyecto que si el impedimento exonerante persiste más allá de cierto plazo o si la duración acumulativa de dos o más impedimentos exonerantes sobrepasa cierto plazo, el acuerdo podrá ser rescindido por una u otra parte. Si la ejecución del proyecto se ve imposibilitada legalmente por cambios legislativos o a resultas de una decisión judicial que afecte a la validez del acuerdo de proyecto, por ejemplo, ese derecho de rescisión no requerirá plazo alguno para poderse ejercer tan pronto como surta efecto el cambio legislativo o el fallo judicial de que se trate.

b) De común acuerdo

35. Algunas leyes facultan a las partes para rescindir de consuno el acuerdo de proyecto, habitualmente a reserva de que esa rescisión sea aprobada por una autoridad superior. La autoridad contratante puede precisar esa autorización legislativa en ordenamientos jurídicos en que la rescisión de común acuerdo puede considerarse una interrupción del servicio público de la que es responsable la autoridad contratante.

E. Consecuencias de la expiración o de la rescisión del acuerdo de proyecto

36. El derecho del concesionario a explotar la instalación y a prestar el servicio especificado suele expirar al término del plazo del proyecto o al rescindirse el acuerdo de proyecto. A menos que la infraestructura quede indefinidamente en manos del concesionario, la expiración o rescisión del acuerdo de proyecto a menudo la obligación de traspasar los bienes a la autoridad contratante o a algún otro concesionario que se haga cargo del funcionamiento de la instalación. Este traspaso puede tener importantes consecuencias financieras que deberán ser reguladas en detalle en el acuerdo de proyecto, particularmente el supuesto de rescisión por alguna de las partes. Las partes deberán convenir asimismo diversas otras medidas que faciliten el traspaso ordenado de la función de explotación de la instalación y la prestación del servicio.

1. Traspaso de bienes vinculados al proyecto

37. En la mayoría de los casos, las instalaciones y terrenos facilitados inicialmente al concesionario, así como los demás bienes vinculados al proyecto, deberán pasar a manos de la autoridad contratante cuando expire o se rescinda el acuerdo de proyecto (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párrs. 23 a 29). En los proyectos característicos de “construcción, explotación y traspaso”, el concesionario tendría también la obligación de traspasar a la autoridad contratante la infraestructura física y otros bienes vinculados al proyecto al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto. Los bienes que deben traspasarse a la autoridad contratante son a veces

activos inmateriales, como créditos pendientes y otros derechos existentes en el momento del traspaso. Según el proyecto de que se trate, pueden traspasarse tecnologías concretas o conocimientos especializados (véanse los párrs. 51 a 55). Cabe señalar que en algunos proyectos los bienes o activos se traspasan directamente del concesionario cuyo plazo vence al nuevo concesionario que asume sus funciones.

a) Traspaso de bienes a la autoridad contratante

38. Pueden requerirse diversos arreglos, según el tipo de bien que deba traspasarse (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párr. 28):

a) *Bienes que deben traspasarse a la autoridad contratante.* En algunos países se le exige normalmente al concesionario, al final del período del proyecto, que traspase esos bienes sin ninguna servidumbre o gravamen real y sin gasto alguno para la autoridad contratante, salvo la suma de toda indemnización debida al concesionario por concepto de las mejoras o modernizaciones efectuadas con miras a asegurar la continuidad del servicio y cuyo costo no haya sido todavía amortizado. En la práctica, esa regla presupone la negociación de un plazo de la concesión lo bastante largo y un nivel de ingresos lo bastante elevado para que el concesionario pueda amortizar plenamente su inversión y reembolsar la totalidad de sus deudas. En otros ordenamientos se le da un margen más flexible a la autoridad contratante para indemnizar al concesionario conforme

estime oportuno del valor residual que puedan tener las instalaciones construidas por el concesionario;

b) *Bienes que la autoridad contratante podrá comprar, si así lo desea.* Si la autoridad contratante decide hacer valer su opción de compra sobre esos bienes, el concesionario deberá ser normalmente indemnizado por un importe equivalente a su valor justo de mercado en ese momento. Ahora bien, si se había previsto que esos bienes estuvieran plenamente amortizados (es decir, si las previsiones financieras del concesionario no han asignado un valor residual a esos bienes), entonces el precio abonado por su traspaso podrá ser meramente nominal. En la práctica contractual de algunos países, suele concederse a la autoridad contratante algún gravamen real sobre dichos bienes que le sirva de garantía de su traspaso efectivo;

c) *Bienes que seguirán siendo de propiedad privada del concesionario.* En general, esos bienes pueden ser libremente retirados o enajenados por el concesionario.

b) Traspaso de bienes a un nuevo concesionario

39. Como se indicó anteriormente, la autoridad contratante tal vez desee proceder a una nueva adjudicación de la concesión al final del acuerdo de proyecto, en vez de explotarla directamente ella misma (véase el párr. 3). Para ese fin, puede ser conveniente exigir legalmente que el concesionario ponga los bienes a disposición del nuevo concesionario. A fin de asegurar una

transición ordenada y la continuidad del servicio, el concesionario deberá estar obligado a cooperar con el nuevo concesionario en la operación de traspaso. El traspaso de los bienes a un nuevo concesionario tal vez requiera el pago de una cierta indemnización al concesionario en funciones, según que se haya o no amortizado el valor de los bienes.

40. Un importante elemento que debe tenerse en cuenta a este respecto es la estructura de la propuesta financiera formulada por el concesionario durante el proceso de selección (véase también el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párr. 27). En proyectos de infraestructuras públicas, una de las suposiciones básicas de las propuestas financieras de los ofertantes es que durante la vida del proyecto se amortizarán por completo todos los bienes que deban construirse o adquirirse para el proyecto (es decir, se recuperarán totalmente los costos). Así pues, las propuestas financieras contendrán normalmente una previsión del valor residual de los bienes al final del período del proyecto. En tales casos, es posible que no haya a simple vista ninguna razón que induzca a requerir al concesionario sucesor que pague una indemnización al concesionario inicial, lo cual puede ser necesario para entregar todos los bienes disponibles al sucesor sin que ello entrañe costos para éste o sólo a cambio de una contraprestación nominal. En efecto, si el concesionario ha logrado el rendimiento previsto, todo pago de traspaso sucesor supondría un costo adicional para el

concesionario que se habría de amortizar con un incremento de los precios cobrados en virtud del segundo acuerdo. No obstante, si el nivel de tarifas previsto en la propuesta del concesionario inicial daba por supuesto que los bienes tendrían algún valor residual al final del período del proyecto, o si la propuesta financiera preveía notables ingresos provenientes de terceros, el concesionario podía tener derecho a indemnización por los bienes traspasados a su sucesor.

c) Estado de los bienes en el momento del traspaso

41. Al traspasar los bienes a la autoridad contratante o al transferirlos directamente al nuevo concesionario, el concesionario suele estar obligado a entregarlos libres de toda servidumbre o gravamen real y en condiciones que permitan el funcionamiento normal de la instalación de infraestructura, habida cuenta de las necesidades del servicio. El derecho de la autoridad contratante a recibir esos bienes en buen estado de funcionamiento suele estar consagrado en algunos países por la obligación legal impuesta al concesionario de mantener y traspasar el proyecto en el debido estado de funcionamiento de conformidad con las prácticas de buena administración comercial y le obliga a aportar alguna forma de garantía a ese respecto (véase el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”, párr. 118). Cuando la autoridad contratante requiera que los bienes sean devueltos en el estado prescrito, las condiciones

impuestas al respecto al primer concesionario deben ser razonables. Si bien sería razonable que la autoridad contratante requieran que los bienes gocen de un cierto plazo de vida residual, no sería razonable exigir que se entreguen en unas condiciones equivalentes a las que cabría esperar si fueran nuevos. Además, esos requisitos pueden no ser aplicables en caso de rescisión del acuerdo de proyecto, sobre todo si la rescisión se produce antes de que concluya con éxito la fase de construcción.

42. Es aconsejable idear algún procedimiento para evaluar el estado de los bienes en el momento de su traspaso a la autoridad contratante. Tal vez convenga, por ejemplo, establecer un comité integrado por representantes tanto de la autoridad contratante como del concesionario para determinar si las instalaciones están en el estado prescrito y si cumplen con los requisitos enunciados en el acuerdo de proyecto. El acuerdo de proyecto puede haber determinado asimismo el procedimiento de designación y el mandato de ese comité, que pudiera estar facultado para exigir del concesionario ciertas medidas de reparación razonables y la eliminación de todo defecto o deficiencia que se detecte en las instalaciones. Tal vez sea aconsejable estipular que se ha de llevar a cabo una inspección especial un año antes del final de la concesión, a raíz de la cual la autoridad contratante podría exigir ciertas medidas adicionales de mantenimiento por parte del concesionario a fin de que la instalación se traspase en el estado

prescrito. La autoridad contratante tal vez desee exigir que el concesionario proporcione garantías especiales del traspaso satisfactorio de las instalaciones (véase el capítulo IV “Construcción y explotación de infraestructuras”, párr. 118). La autoridad contratante tal vez se vea en la necesidad de reclamar el pago de esas garantías para sufragar la reparación de ciertos bienes o instalaciones que se entreguen en mal estado.

2. Disposiciones financieras para el momento de la rescisión

43. La rescisión del acuerdo de proyecto puede producirse antes de que el concesionario haya podido recuperar el capital invertido, reembolsar sus deudas y obtener la ganancia prevista, lo que puede suponer una muy notable pérdida para el concesionario. La autoridad contratante podría también sufrir pérdidas, al verse tal vez obligada a efectuar una inversión adicional o importantes gastos para, por ejemplo, terminar las obras o mantener en funcionamiento el servicio. Por todo ello, el acuerdo de proyecto suele regular en detalle los derechos y las obligaciones financieras de las partes en el momento de la rescisión. El nivel de la indemnización otorgada suele variar según cual sea el motivo de la rescisión. No obstante, en los acuerdos de indemnización las partes suelen tener en cuenta los siguientes factores:

a) *La deuda pendiente, la inversión en el capital social y las ganancias previstas.* La rescisión del proyecto suele figurar como supuesto de incumplimiento en los acuerdos de

préstamo del concesionario. Dado que los acuerdos de préstamo suelen incluir una denominada “cláusula de aceleración” por la que la deuda vence en su totalidad en el supuesto de incumplimiento, la totalidad de la deuda pendiente al rescindirse el acuerdo del proyecto sería exigible y contabilizable como pérdida inmediata del concesionario. La posibilidad de que la autoridad contratante indemnice o no, y en qué medida, al concesionario dependerá del motivo por el que se rescinda el acuerdo de proyecto. Cabe prever una indemnización parcial limitada a una suma proporcional al valor de las obras satisfactoriamente efectuadas por el concesionario, o una indemnización completa por el importe total de la deuda pendiente. Otra categoría de pérdidas que en ocasiones se tienen en cuenta en las cláusulas contractuales de indemnización son las pérdidas de los promotores del proyecto por concepto de sus inversiones en el capital social de la sociedad del proyecto en la medida en que no se haya recuperado el capital invertido al rescindirse el acuerdo. Por último, la rescisión privará también al concesionario de las ganancias que cabía esperar que la instalación reportara en el futuro. Si bien el lucro cesante no suele ser considerado como daño efectivo, en supuestos excepcionales, como sería el de una rescisión indebida por parte de la autoridad contratante, el valor actualizado de las ganancias futuras podría ser contabilizado a efectos de la indemnización abonable al concesionario;

b) *Grado de terminación de las obras y grado de amortización y valor residual de las instalaciones.* La indemnización contractual prevista para diversos motivos de rescisión suele determinarse en función del grado de terminación de las obras al rescindirse el acuerdo. El valor de las obras suele calcularse en función de la inversión requerida para la construcción (particularmente si el acuerdo se rescinde durante la fase de construcción) o en función del valor “residual” de la instalación. Por valor residual debe entenderse el valor de mercado de la infraestructura en el momento de rescindirse la concesión. El valor de mercado puede ser inexistente o, al menos, difícil de determinar para ciertos tipos de infraestructuras físicas (como puentes o carreteras) o para instalaciones cuya vida funcional esté cercana a su fin. En ocasiones, el valor residual puede calcularse habida cuenta de la utilidad prevista de la instalación para la autoridad contratante. Ahora bien, cabe prever cierto tipo de dificultades en orden a la determinación del valor de obras no acabadas, particularmente cuando la autoridad contratante haya de efectuar una inversión para que la instalación llegue a ser operativa que sea incluso superior a la suma ya invertida por el concesionario. En todo caso, rara vez se abona el valor residual completo de las obras, particularmente en supuestos en los que la rentabilidad del proyecto sea la única fuente de remuneración prevista para la inversión del concesionario. Por ello, el concesionario no suele recibir una indemnización plena del valor de la instalación sino una indemnización por

concepto del valor residual de los bienes que no hayan sido plenamente amortizados en el momento de la rescisión.

a) Rescisión por incumplimiento del concesionario

44. El concesionario no suele tener derecho a indemnización en el supuesto de una rescisión del acuerdo que sea imputable a su incumplimiento. En algunos casos, el concesionario podrá estar obligado a pagar una indemnización a la autoridad contratante aunque, en la práctica, un concesionario que haya incumplido el acuerdo, y cuyas deudas sean declaradas vencidas al rescindirse el acuerdo, rara vez dispondrá de medios financieros suficientes para pagar esa indemnización.

45. Conviene señalar que la rescisión por incumplimiento, aun cuando sea vista como una sanción por graves incumplimientos, no debe dar lugar a un enriquecimiento injusto de una u otra parte. Por ello, la rescisión del acuerdo no entraña necesariamente un derecho de la autoridad contratante a hacerse cargo de la instalación sin efectuar pago alguno al concesionario. Para resolver este asunto con equidad convendría distinguir entre los diversos tipos de bienes, según cual sea el destino que se les haya asignado en el acuerdo de proyecto (véase párrafo 38):

a) *Bienes que han de traspasarse a la autoridad contratante.* Cuando el acuerdo de proyecto requiera el traspaso automático de las

instalaciones del proyecto a la autoridad contratante al finalizar el acuerdo de proyecto, la rescisión por incumplimiento no suele dar lugar al pago de una indemnización al concesionario por esas instalaciones, salvo lo que corresponda al valor residual de las obras que hayan sido concluidas satisfactoriamente, en la medida en que no hayan sido ya amortizadas por el concesionario;

b) *Bienes que podrán ser comprados por la autoridad contratante, si así lo desea.* Cierta remuneración financiera será precisa en aquellos casos en los que la autoridad contratante goce de una opción para comprar ciertos bienes a su valor de mercado al expirar el acuerdo de proyecto o del derecho a exigir que esa opción ofrecida al ganador de un nuevo concurso relativo al proyecto. Ahora bien, tal vez sea legítimo que la indemnización financiera prevista sea inferior al valor total de esos bienes a fin de que esa pérdida eventual sirva para estimular al concesionario. Por ello mismo, no es preciso que esa indemnización cubra el costo total de reembolsar la deuda pendiente del concesionario. Convendría pormenorizar las fórmulas de indemnización financiera en el acuerdo de proyecto (es decir, determinar si se abonará el valor monetario neto de la instalación o únicamente el importe de la deuda pendiente o del valor de empleo alternativo de la instalación, de ser éste menor);

c) *Bienes que seguirán siendo propiedad privada del concesionario.* Los bienes que sean propiedad privada del concesionario y

que no entren en los párrafos a) o b) *supra* podrán en general ser retirados y enajenados por el concesionario, con lo cual raras veces se requieren mecanismos de indemnización. Sin embargo, puede plantearse una situación diferente en el caso de proyectos plenamente privatizados en que todos los bienes, incluidos los bienes esenciales para la prestación de los servicios, sean propiedad del concesionario. En tales casos, para asegurar la continuidad de los servicios, la autoridad contratante tal vez estime necesario hacerse con esos bienes, aún cuando no se haya previsto su entrega en el acuerdo de proyecto. En tales casos, sería justo indemnizar al concesionario por el valor justo de mercado de dichos bienes. El acuerdo de proyecto tal vez disponga, sin embargo, que serán deducibles de esa indemnización los costos que hayan ocasionado a la autoridad contratante la explotación de la instalación o la contratación de un nuevo concesionario.

b) Rescisión por incumplimiento de la autoridad contratante

46. El concesionario suele tener derecho a ser plenamente indemnizado de las pérdidas que sufra al rescindirse el acuerdo por un motivo imputable a la autoridad contratante. La indemnización debida al concesionario suele incluir el valor de las obras e instalaciones, en la medida en que ese valor no haya sido amortizado, así como las pérdidas ocasionadas por la rescisión al concesionario, incluido el lucro cesante, que suele calcularse en función de

las ganancias obtenidas por el concesionario en los ejercicios financieros anteriores. El concesionario puede tener derecho en este supuesto a reclamar la indemnización total de su inversión en el capital social y de su deuda, así como del servicio de la deuda y del lucro cesante.

c) Rescisión por otros motivos

47. Al considerar posibles arreglos de indemnización para el supuesto de rescisión por motivos que no sean imputables a ninguna de las partes, tal vez convenga distinguir el supuesto de un impedimento exonerante del supuesto de la rescisión declarada por la autoridad contratante por motivos de interés público o similares.

i) Rescisión por impedimentos exonerantes

48. Por definición, los impedimentos exonerantes son hechos que no dependen de la voluntad de las partes y que, por regla general, no dan lugar a derechos de indemnización que puedan ser invocados por alguna de las partes. Ahora bien, puede haber supuestos en los que sea justo otorgar alguna indemnización al concesionario por las obras ya terminadas, particularmente si, por razón de su índole especializada, el concesionario no podrá retirar los bienes o utilizar la instalación con provecho, mientras que la autoridad contratante sí podrá hacerlo para prestar un servicio (por ejemplo, un puente). Ahora bien, puesto que en el caso de un impedimento no cabe culpar a la autoridad contratante de la rescisión, la indemnización debida al concesionario no tendrá por qué ser

una indemnización “plena” (es decir, reembolso de su deuda, de su inversión en el capital social y de su lucro cesante).

ii) *Rescisión por razón de conveniencia*

49. Cuando el acuerdo de proyecto reconozca a la autoridad contratante un derecho de rescisión por razón de conveniencia, la indemnización abonable al concesionario suele abarcar todos los factores indemnizables en el supuesto de rescisión por incumplimiento de la autoridad contratante (véase el párrafo 46), aun cuando no necesariamente en la misma medida. A fin de calcular la cuantía justa de la indemnización debida al concesionario, conviene distinguir entre la rescisión por razón de conveniencia durante la fase de construcción y la rescisión por razón de conveniencia durante la fase de explotación:

a) *Rescisión por conveniencia durante la fase de construcción.* Si se rescinde el acuerdo de proyecto durante la fase de construcción, las medidas de indemnización podrán ser similares a las que se suelen estipular para los grandes contratos de obras que prevén el supuesto de su rescisión por conveniencia. En tales casos, el contratista suele tener derecho a la parte del precio que corresponda a las obras ya efectuadas satisfactoriamente, así como a los gastos y pérdidas que haya tenido a resultas de la rescisión. Ahora bien, dado que la autoridad contratante no acostumbra a pagar un precio por las obras efectuadas por el concesionario, el principal criterio para calcular la indemnización será normalmente la suma total efectivamente

invertida por el concesionario hasta la fecha de la rescisión, incluida toda suma efectivamente desembolsada de la suma prestada por los prestamistas al concesionario para la realización de las obras con arreglo al acuerdo de proyecto, y los gastos relacionados con la cancelación de los acuerdos de préstamo. Una cuestión adicional sería la de hasta qué punto el concesionario puede reclamar el lucro cesante por la parte de las obras que haya completado a tenor de un contrato rescindido por razón de conveniencia. Por una parte, es posible que el concesionario haya dejado pasar alguna oportunidad comercial en previsión de poder concluir el proyecto y explotar la instalación durante el plazo previsto de la concesión. Por otra parte, si al concesionario se le reconoce el derecho a ser compensado por su lucro cesante, la autoridad contratante podrá verse privada por razones financieras del ejercicio de su derecho de rescisión por conveniencia. Una posible solución sería la de que el acuerdo de proyecto estableciera una escala de indemnización del lucro cesante abonable en función del grado de finalización de las obras al rescindirse por conveniencia el acuerdo de proyecto;

b) *Rescisión por conveniencia durante la fase de explotación.* En lo que respecta a las obras satisfactoriamente terminadas por el concesionario, cabe aplicar las mismas reglas de indemnización que las aplicables durante la fase de construcción en un supuesto de rescisión por conveniencia. Ahora bien, una indemnización equitativa en un supuesto de rescisión por

conveniencia durante la fase de explotación tal vez deba prever una indemnización por el lucro cesante. La norma de indemnización más severa que se aplica en este supuesto estaría justificada por la circunstancia de que, a diferencia de la rescisión durante la fase de construcción, en que la autoridad contratante tendría que concluir las obras a su propio costo, en el supuesto de rescisión durante la fase de explotación la autoridad contratante puede recibir una instalación acabada y en condiciones de ser explotada rentablemente. La indemnización por el lucro cesante se calcula a veces sobre la base de los ingresos percibidos por el concesionario durante anteriores ejercicios, pero en algunos casos deben tenerse en cuenta otros elementos como los beneficios previstos en función de las tarifas convenidas. Es así porque en algunos proyectos de infraestructura, como carreteras de peaje y proyectos similares, que se caracterizan por elevados costos financieros e ingresos relativamente bajos durante las primeras fases de explotación, puede producirse la rescisión antes de que el proyecto haya empezado a registrar beneficios.

3. Traspaso de la instalación y medidas de transición

50. Cuando se traspasa la instalación a la autoridad contratante al finalizar el plazo de la concesión, las partes tal vez deseen adoptar una serie de medidas para asegurarse de que la autoridad contratante estará en condiciones de explotar la instalación conforme a las normas de

eficiencia y de seguridad prescritas. El acuerdo de proyecto tal vez imponga al concesionario la obligación de traspasar la tecnología o los conocimientos operativos necesarios para explotar la instalación de infraestructura. El acuerdo de proyecto puede también prorrogar, durante el plazo de transición, ciertas obligaciones del concesionario relativas a la explotación y al mantenimiento de la instalación. Puede incluso prever una obligación, por parte del concesionario, de suministrar o facilitar el suministro de los repuestos que puedan ser requeridos por la autoridad contratante para la reparación de la instalación. Sin embargo, cabe señalar que el concesionario tal vez no esté en condiciones de realizar por su cuenta algunas de las medidas de transición que se mencionan, ya que en la mayoría de los casos se designa al concesionario con el único fin de llevar a cabo el proyecto y tendría que comprar a terceros la tecnología y los repuestos pertinentes.

a) Traspaso de la tecnología

51. En algunos casos, la instalación traspasada a la autoridad contratante incorporará diversos procesos tecnológicos necesarios para la generación de ciertos bienes, como electricidad o agua potable, o la prestación de determinados servicios, como servicios telefónicos. La autoridad contratante deseará a menudo familiarizarse con esos procesos y su aplicación. También es posible que desee adquirir la información y los conocimientos técnicos necesarios para el funcionamiento y

mantenimiento de la instalación. Aun cuando la autoridad contratante disponga de los medios técnicos requeridos para encargarse de algunas operaciones de explotación y mantenimiento (por ejemplo, en materia de construcción o de ingeniería civil), es posible que precise conocimientos sobre ciertos procesos técnicos especiales necesarios para el buen funcionamiento de la instalación traspasada. La transmisión a la autoridad contratante de esos conocimientos, de esa información y de esa pericia operativa suele ser designada por el término “transferencia de tecnología”. Las obligaciones de transferencia de tecnología no pueden imponerse unilateralmente al concesionario, y, en la práctica, estas cuestiones son objeto de amplias negociaciones entre las partes interesadas. Si bien el país anfitrión tiene un interés legítimo en obtener la tecnología necesaria para explotar la instalación, deben tenerse debidamente en cuenta los intereses y las estrategias comerciales de los inversionistas privados.

52. Cabe adoptar diversos arreglos contractuales para el traspaso de tecnología y el cumplimiento de otras prestaciones necesarias para la construcción o explotación de la instalación. El traspaso de la tecnología suele efectuarse de diversos modos, por ejemplo a través de la licencia de patentes industriales, de la creación de una empresa conjunta con la sociedad proveedora o del suministro de información técnica confidencial. La presente *Guía* no trata de dar una visión completa de la

negociación y redacción de cada contrato relativo a la licencia de patentes industriales o al suministro de conocimientos técnicos, ya que es un tema que ha sido abordado con cierto detalle en publicaciones de otros órganos de las Naciones Unidas¹. Los párrafos siguientes se limitan a señalar ciertas cuestiones fundamentales relativas a la transmisión de los conocimientos técnicos necesarios para la explotación y el mantenimiento de la instalación mediante la capacitación del personal de la autoridad contratante o mediante la entrega de documentación.

53. El método más importante para el traspaso a la autoridad contratante de la información y de los conocimientos técnicos requeridos para el buen funcionamiento y mantenimiento de las instalaciones es el de capacitar al personal de la autoridad contratante. A fin de que la autoridad contratante pueda decidir sobre las necesidades de capacitación de su personal, convendría que la autoridad contratante solicitara en su convocatoria de propuestas o durante la negociación del contrato que el concesionario presentara a la autoridad contratante un organigrama en el que se indicaran las necesidades de personal para la explotación y el mantenimiento de las instalaciones y en el que se precisaran las calificaciones técnicas básicas y de otra índole de ese personal. Esa declaración debe ser lo bastante explícita para que la autoridad contratante pueda determinar el alcance de la capacitación requerida para el personal de que disponga. El concesionario dispondrá a menudo

de los medios requeridos para impartir esa capacitación. En algunos casos, no obstante, la capacitación será impartida más eficazmente por un ingeniero consultor o por medio de una institución especializada en tareas de capacitación técnica.

54. La información y los conocimientos técnicos requeridos para el buen funcionamiento y mantenimiento de la instalación pueden ser asimismo transmitidos por medio de documentación técnica. La documentación facilitada constará normalmente de planos, diseños, fórmulas, manuales de funcionamiento y de mantenimiento e instrucciones de seguridad. Tal vez convenga enumerar en el acuerdo de proyecto la documentación que deberá facilitar el concesionario, que deberá ser completa y clara y estar en el idioma convenido. Tal vez convenga obligar al concesionario a que, a petición de la autoridad contratante, efectúe demostraciones prácticas de los procedimientos descritos en la documentación cuando ello sea preciso para una comprensión adecuada de esos procedimientos.

55. Cabría especificar el calendario de entrega de la documentación. El acuerdo de proyecto tal vez disponga que toda la documentación deberá haber sido entregada para la fecha de terminación de las obras. Las partes podrán estipular asimismo que no se tendrá por concluida la instalación hasta que se haya entregado toda la documentación relativa a su funcionamiento que conforme al contrato haya de ser entregada con anterioridad a su terminación. Tal vez sea aconsejable estipular que algunos

documentos, como, los manuales de funcionamiento, deberán ser entregados en el curso de las obras, ya que ello permitirá que los ingenieros y técnicos de la autoridad contratante se vayan familiarizando con la maquinaria y el equipo durante el proceso de su instalación.

b) Asistencia para la explotación y el mantenimiento de la instalación prestada con posterioridad a su traspaso

56. La asistencia que se deberá obtener del concesionario en lo relativo al suministro de piezas de repuesto y servicios dependerá de la tecnología y del personal especializado de que disponga la autoridad contratante. Si la autoridad contratante carece del personal especializado requerido para la explotación técnica de la instalación, tal vez desee obtener la asistencia técnica del concesionario, al menos durante el período inicial subsiguiente al traspaso. En algunos casos es posible que la autoridad contratante desee que el concesionario le facilite especialistas para la mayoría de los puestos técnicos de la instalación, mientras que en otros casos es posible que sólo desee que el concesionario le facilite expertos técnicos que colaboren con su personal en calidad de asesores en algunas operaciones sumamente especializadas.

57. A fin de ayudar a la autoridad contratante en la explotación y el mantenimiento de la instalación, el acuerdo de proyecto tal vez obligue al concesionario a presentar, con anterioridad al traspaso de la instalación, un

programa de explotación y mantenimiento que asegure el funcionamiento de la instalación, durante el resto de su vida útil, al nivel de eficiencia requerido por el acuerdo de proyecto. Ese programa deberá incluir un organigrama en el que se indiquen todos los especialistas necesarios para el funcionamiento técnico de la instalación y sus respectivas funciones; el calendario de inspecciones y de las operaciones de lubricación, limpieza y ajuste; y el plan de reposición de las piezas defectuosas o desgastadas. El mantenimiento podría incluir también funciones de carácter administrativo, como las de establecer un calendario de mantenimiento o llevar un registro de operaciones de mantenimiento. Tal vez convenga exigir al concesionario que presente manuales de explotación y mantenimiento en los que se indiquen los procedimientos que han de seguirse al respecto. Esos manuales deberán tener una presentación y estar en un idioma que no suponga un obstáculo para el personal de la autoridad contratante y deben ser de fácil consulta.

58. Una forma eficaz de capacitar al personal de la autoridad contratante en la explotación y el mantenimiento de la instalación puede consistir en disponer en el acuerdo de proyecto que el personal de la autoridad contratante deberá colaborar con el personal del concesionario en las tareas de explotación y mantenimiento durante un cierto período de tiempo previo o posterior al traspaso de la instalación. Se procederá entonces a definir los puestos que

ocupará el personal empleado por la autoridad contratante, así como las calificaciones y experiencias requeridas. A fin de evitar fricciones e ineficiencias, conviene que se describa claramente toda función de mando que haya de ejercer el personal de una de las partes sobre el personal de la otra.

c) Suministro de piezas de recambio

59. En proyectos que prevean el traspaso de la instalación a la autoridad contratante, la autoridad contratante deberá procurarse los repuestos necesarios para las piezas desgastadas o dañadas y para la explotación, el mantenimiento y la reparación de la instalación. Esas piezas tal vez no puedan obtenerse localmente, por lo que es posible que la autoridad contratante dependa del concesionario para su suministro. La planificación por las partes del suministro de repuestos y de servicios requeridos una vez traspasada la instalación se vería notablemente facilitada si las partes previeran y estipularan en el acuerdo de proyecto la forma de satisfacer las necesidades de la autoridad contratante a este respecto. Ahora bien, dada la larga duración de la mayoría de los proyectos de infraestructura, tal vez sea difícil para las partes prever en el acuerdo de proyecto las necesidades de la autoridad contratante una vez traspasada la instalación.

60. Una solución posible sería que las partes concertaran un contrato separado a este respecto². Ese contrato podrá ser concertado en un momento más próximo al del traspaso de la

instalación, cuando la autoridad contratante conozca ya mejor sus eventuales necesidades. Si no es el concesionario sino sus proveedores los que fabrican esos repuestos, la autoridad contratante tal vez prefiera concertar contratos con esos proveedores, aun cuando también sea posible que la autoridad contratante prefiera que el concesionario actúe como su mandatario para la compra de esos repuestos.

61. Conviene que el personal de la autoridad contratante adquiera la pericia técnica requerida para instalar los repuestos. Para este fin, tal vez convenga que el acuerdo de proyecto obligue al concesionario a suministrar los manuales de instrucciones, las herramientas y el equipo que puedan requerirse para este cometido. Los manuales de instrucciones deberán estar en un idioma de fácil comprensión para el personal de la autoridad contratante y su presentación de las instrucciones deberá ser clara. El contrato podrá requerir asimismo que el concesionario facilite los diseños de montaje en los que se vean las interconexiones entre las diversas piezas del equipo y la manera de tener acceso a ellas para su instalación y para toda tarea de mantenimiento o reparación que pueda ser necesaria. En algunos casos, convendría obligar al concesionario a enseñar al personal de la autoridad contratante a instalar las piezas de repuesto.

d) Reparaciones

62. El interés de la autoridad contratante está en concertar arreglos contractuales que garanticen una reparación rápida de la

instalación si se produce una avería. En muchos casos, la entidad más indicada para llevar a cabo esas reparaciones es el propio concesionario. Además, si la autoridad contratante se ha comprometido en el acuerdo de proyecto a no dar a conocer a terceros la tecnología suministrada por el concesionario, esa cláusula de confidencialidad impediría contratar a todo tercero para efectuar las reparaciones que no ofrezca al concesionario una garantía satisfactoria de confidencialidad respecto de esa tecnología. Por el contrario, si ciertos elementos importantes del equipo del concesionario han sido fabricados por proveedores del concesionario, es posible que la autoridad contratante desee celebrar contratos independientes de reparación con esos proveedores. Al definir la naturaleza y la duración de las obligaciones de reparación impuestas al concesionario, en caso de imponerse alguna, sería aconsejable estipularlas en términos claros a fin de no confundirlas con las obligaciones contraídas por el concesionario, a título de garantía de calidad, de remediar todo defecto de la instalación.

Notas

- ¹ La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se ha ocupado en detalle de todo lo relativo a la negociación y redacción de contratos de licencia de patentes industriales y de suministro de saber técnico aplicado en *Licensing Guide for Developing Countries* (publicación de la OMPI N° 620 (E), 1977). Las principales cuestiones que han de abordarse en la

negociación y redacción de esos contratos han sido examinadas en *Pautas para la Evaluación de Acuerdos de Transferencia de Tecnología*, Serie “Desarrollo y transferencia de tecnología”, N° 12 (ID/233, 1979), y en la *Guide for Use in Drawing Up Contracts Relating to the International Transfer of Know-How in the Engineering Industry* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta E.70.II.E.15). Otra publicación de interés al respecto es el *Manual de adquisición de tecnología para los países en desarrollo* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.78.II.D.15). Respecto del examen de la transferencia de tecnología en el marco de contratos de construcción de instalaciones industriales, véase la *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.87.V.10), cap. VI, “Transferencia de tecnología”.

- ² La Comisión Económica para Europa ha preparado una guía relativa a los contratos internacionales de servicios de mantenimiento, reparación y funcionamiento de instalaciones industriales y de otra índole (*Guide on Drawing Up International Contracts for Services Relating to Maintenance, Repair and Operation of Industrial and Other Works*) que, *mutatis mutandis*, tiene por objeto ayudar a las partes en la redacción de un contrato o contratos separados relativos al mantenimiento y reparación de una instalación traspasada a la autoridad contratante (ECE/TRADE/154).

