



Asamblea General

Distr. GENERAL

A/CN.9/471/Add.5
6 de diciembre de 1999

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

ÍNDICE

IV. CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS

V.99-90417

Recomendaciones legislativas

-
3

Notas sobre las recomendaciones legislativas

1-150

6

- A. Disposiciones generales sobre el acuerdo de proyecto
 - 1-11 6
 - 1. Criterios legislativos
 - 2-4 6
 - 2. La ley aplicable al acuerdo de proyecto
 - 5-8 6
 - 3. Concertación del acuerdo de proyecto
 - 9-11 7

- B. Organización del concesionario
 - 12-18

8

- C. Emplazamiento del proyecto, bienes y servidumbres
 - 19-32

10

- 1. Adquisición de los terrenos necesarios para ejecutar el proyecto
 - 20-22

10

- 2. Propiedad de los bienes del proyecto
 - 23-29

11

3. Servidumbres
30-32

Párrafos Página

D.	Mecanismos financieros	33-51
13		
	1. Obligaciones financieras del concesionario	34-35
13		
	2. Determinación y control de tarifas	36-46
14		
contratante	3. Obligaciones financieras de la autoridad	47-51
16		
E.	Garantías reales	52-61
18		
	1. Garantías sobre bienes físicos	54-55
19		
	2. Garantías sobre bienes incorporeales	56-57
19		
	3. Garantías sobre créditos comerciales	58-60
20		
sociedad del proyecto	4. Garantías constituidas sobre las acciones de la	
61	21	

	F.	Cesión de la concesión	62-63
			21
	G.	Transmisibilidad del control de la sociedad del proyecto	64-68
			21
	H.	Obras de construcción	69-79
			23
construcción		1. Examen y aprobación de los planes de	
	72	23	
		2. Modificación de las condiciones del proyecto	
		73-76	
			23
contratante		3. Facultades de vigilancia de la autoridad	
	24	77-78	
		4. Período de garantía	
		79 25	
	I.	Explotación de infraestructuras	80-97
			25
		1. Normas de ejecución	82-83
			26
		2. Ampliación de los servicios	84-85
			26

	3.	Continuidad de servicio	
		86-87	
27			
	4.	Igualdad de trato de los clientes o usuarios	
		88-89	
27			
	5.	Interconexión y acceso a redes de infraestructuras	
		90-93	
28			
	6.	Requisitos de información	
		94-95	
28			
	7.	Facultades de ejecución del concesionario	
		96-97	
29			
J.		Arreglos contractuales generales	
		98-150	
29			
	1.	Subcontratación	
		99-104	
30			
	2.	Responsabilidad frente a usuarios y terceros	
		105-107	
31			
	3.	Fianzas de cumplimiento y seguros	
		108-120	
32			
	4.	Cambio de las condiciones	
		121-130	
35			

	5. Disposiciones de exoneración
	131-139
38	
	6. Incumplimiento y acciones
	140-150
40	

RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

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

Disposiciones generales sobre el acuerdo de proyecto (véanse los párrafos 1 a 11)

Recomendación 39. La ley podría establecer las cláusulas básicas que debería contener el acuerdo de proyecto, que podrían ser las mencionadas en las recomendaciones que figuran a continuación.

Recomendación 40. A menos que se disponga otra cosa, el acuerdo de proyecto se regirá por la ley del país anfitrión.

Organización del concesionario (véanse los párrafos 12 a 18)

Recomendación 41. La autoridad contratante debe tener la opción de requerir que los ofertantes seleccionados creen una entidad jurídica independiente con sede en el país.

Recomendación 42. El acuerdo de proyecto debe especificar el capital mínimo de la compañía del proyecto, así como los procedimientos para obtener de la autoridad contratante la aprobación de los estatutos y reglamentos de la compañía del proyecto y de los cambios fundamentales que se realicen en ellos.

Emplazamiento, activos y servidumbres del proyecto (véanse los párrafos 19 a 32)

Recomendación 43. En el acuerdo de proyecto deben especificarse, en su caso, los bienes que serán de propiedad pública y los que serán propiedad

privada del concesionario. Asimismo, deben determinarse los bienes que el concesionario deberá traspasar a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto; los bienes que la autoridad contratante podrá comprar al concesionario, si así lo desea; y los bienes que el concesionario podrá libremente llevarse o enajenar al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto.

Recomendación 44. La autoridad contratante debe ayudar al concesionario a adquirir las servidumbres necesarias para la explotación, la construcción y el mantenimiento de la instalación. La ley puede facultar al concesionario para entrar o transitar por terrenos propiedad de terceros o hacer obras o instalaciones en ellos, cuando sea necesario para la construcción y explotación de la instalación.

Arreglos financieros (véanse los párrafos 33 a 51)

Recomendación 45. La ley debe facultar al concesionario para imponer tarifas y otros recargos por la utilización de la instalación o por los servicios que preste. El acuerdo de proyecto debe prever métodos y fórmulas para ajustar el importe de las tarifas o de los recargos.

Recomendación 46. Cuando las tarifas o los recargos percibidos por el concesionario estén sujetos al control externo de un organismo regulador, la ley debe establecer los mecanismos para las revisiones periódicas y extraordinarias de las fórmulas de ajuste de las tarifas.

Recomendación 47. La autoridad contratante debe estar facultada, en su caso, para efectuar pagos directos al concesionario en sustitución de los cobros por servicios prestados a los usuarios, o además de ellos, o para comprometerse a adquirir cantidades predeterminadas de bienes o servicios.

Garantías reales (véanse los párrafos 52 a 61)

Recomendación 48. El concesionario debe encargarse de recaudar los fondos necesarios para construir e explotar la instalación de infraestructura y, con este fin, debe estar autorizado a obtener cualquier financiación necesaria para el proyecto con una garantía sobre cualquiera de sus bienes, con un ofrecimiento de acciones de la compañía del proyecto, con un ofrecimiento del producto y de los créditos derivados de la concesión, o mediante cualquier otra garantía procedente, sin perjuicio de cualquier disposición jurídica que pueda prohibir la creación de garantías sobre bienes públicos que se encuentren en posesión del concesionario.

Cesión de la concesión (véanse los párrafos 62 y 63)

Recomendación 49. En el acuerdo de proyecto deben enunciarse las condiciones con arreglo a las cuales la autoridad contratante pueda dar su consentimiento a la cesión de una concesión, incluida la aceptación por el nuevo concesionario de todas las obligaciones estipuladas en el acuerdo de proyecto y pruebas de que el nuevo concesionario tiene la capacidad técnica y financiera necesaria para prestar el servicio. La concesión no debe cederse a un tercero sin el consentimiento de la autoridad contratante.

Transmisibilidad de las acciones de la compañía del proyecto (véanse los párrafos 64 a 68)

Recomendación 50. La transmisión de la participación en el capital de una empresa concesionaria podrá requerir el consentimiento de la autoridad contratante.

Obras de construcción (véanse los párrafos 69 a 79)

Recomendación 51. En el acuerdo de proyecto deben enunciarse los procedimientos para que la autoridad contratante examine y apruebe los planes y especificaciones de la construcción, así como el derecho de ésta a inspeccionar la construcción de las instalaciones de infraestructura o sus mejoras, las condiciones en que la autoridad contratante podrá ordenar que se modifiquen especificaciones de la construcción y los procedimientos para el ensayo y la inspección, la aprobación y la aceptación final de las instalaciones, su equipo y sus accesorios.

Explotación de la infraestructura (véanse los párrafos 80 a 97)

Recomendación 52. El acuerdo de proyecto debe determinar, en su caso, las obligaciones del concesionario a fin de garantizar:

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

Recomendación 53. El acuerdo de proyecto debe establecer:

- a) La obligación del concesionario de facilitar a la autoridad contratante o a un organismo regulador, en su caso, informes y otros datos sobre la explotación;

b) Los procedimientos para supervisar el cumplimiento por parte del concesionario y adoptar las medidas razonables que la autoridad contratante o el organismo regulador considere apropiadas para garantizar que las instalaciones de infraestructura sean debidamente explotadas y que se presten los servicios conforme a los requisitos jurídicos y contractuales aplicables.

Recomendación 54. A reserva de la aprobación de la autoridad contratante o del organismo regulador, el concesionario debe estar autorizado a dictar y aplicar normas que regulen la utilización de las instalaciones.

Disposiciones contractuales generales (véanse los párrafos 98 a 150)

Recomendación 55. La autoridad contratante podrá reservarse el derecho a examinar y aprobar los contratos principales concertados por el concesionario, en particular los contratos celebrados con los propios accionistas del concesionario o con personas conexas. La autoridad contratante no denegará normalmente su aprobación, salvo cuando los contratos contengan disposiciones que no se ajusten al acuerdo de proyecto o que sean manifiestamente contrarias al interés público o a normas obligatorias de derecho público.

Recomendación 56. El concesionario y sus prestamistas, aseguradores y otros Congreso-contratantes deben tener libertad para elegir el derecho aplicable a sus relaciones contractuales, salvo cuando dicha elección conculque políticas de orden público del país anfitrión.

Recomendación 57. El acuerdo de proyecto debe determinar:

a) La forma, la duración y la cuantía de las fianzas de cumplimiento que podrán exigirse al concesionario en relación con la construcción y explotación de las instalaciones;

b) Las pólizas de seguros que podrán exigirse que contrate el concesionario;

c) La compensación a la que puede tener derecho el concesionario cuando se produzcan modificaciones legislativas u otros cambios de las condiciones económicas o financieras a raíz de los cuales el cumplimiento de la obligación resulte sustancialmente más gravoso de lo previsto. En el acuerdo de proyecto se establecerán también mecanismos para revisar las condiciones del acuerdo de proyecto cuando se produzca algún cambio de esta índole;

d) Las condiciones en que cualquiera de las partes podrá quedar exonerada de responsabilidad por incumplimiento o demora en el cumplimiento de cualquier obligación prevista en el acuerdo de proyecto debido a circunstancias que las partes no puedan controlar razonablemente;

e) Las acciones legales de que dispondrán la autoridad contratante y el concesionario en caso de incumplimiento de la otra parte.

Recomendación 58. El acuerdo de proyecto debe enunciar las circunstancias en que la autoridad contratante podrá hacerse cargo temporalmente de la explotación de las instalaciones a fin de garantizar la prestación eficaz e ininterrumpida del servicio en caso de incumplimiento grave de obligaciones por parte del concesionario.

Recomendación 59. La autoridad contratante debe estar facultada para concertar acuerdos con los prestamistas que permitan a éstos nombrar, con el consentimiento de la autoridad contratante, a un nuevo concesionario que cumpla el acuerdo de proyecto existente si el concesionario incumple gravemente la obligación de prestar el servicio exigido o si se producen otros acontecimientos especificados que justifiquen la rescisión del acuerdo de proyecto.

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

A. Disposiciones generales sobre el acuerdo de proyecto

1. El “acuerdo de proyecto” entre la autoridad contratante y el concesionario es el documento contractual clave en un proyecto de infraestructura. El acuerdo de proyecto define el alcance y la finalidad del proyecto, así como los derechos y obligaciones de las partes; da detalles sobre la ejecución del proyecto y expone las condiciones para la explotación de la infraestructura o la prestación de los servicios pertinentes. Los acuerdos de proyecto pueden figurar en un único documento o consistir en distintos acuerdos entre la autoridad contratante y el concesionario. En la presente sección se analiza la relación entre el acuerdo de proyecto y la legislación del país anfitrión sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada. Se estudian también los procedimientos y formalidades para la celebración y la entrada en vigor del acuerdo de proyecto.

1. Criterios legislativos

2. La legislación nacional contiene a menudo disposiciones que se refieren al contenido del acuerdo de proyecto. En algunos países, se limita a mencionar la necesidad de un acuerdo entre el concesionario y la autoridad contratante, mientras que la legislación de otros comprenden extensas disposiciones imperativas referentes al contenido de las cláusulas que se han de incluir en el acuerdo. Adoptan un enfoque intermedio las leyes que enumeran una serie de cuestiones que deben abordarse en el acuerdo de proyecto sin regular en detalle el contenido de sus cláusulas.

3. Las disposiciones legislativas generales sobre ciertos elementos esenciales del acuerdo de proyecto pueden atender al propósito de

establecer un marco general para la asignación de derechos y obligaciones entre las partes. Pueden obedecer a la intención de lograr la coherencia en la manera de tratar ciertas cuestiones contractuales y dar orientación a las autoridades públicas que participan en la negociación de acuerdo de proyecto en los diferentes planos de la administración (nacional, provincial o local). Esa orientación puede resultar particularmente útil para las autoridades contratantes que carecen de experiencia en la negociación de ese tipo de acuerdos. Por último, algunas veces quizá se necesiten leyes para dotar a la autoridad contratante de poder para dar su conformidad a ciertos tipos de disposición.

4. No obstante, las disposiciones legislativas generales que regulan en detalle los derechos y las obligaciones de las partes pueden privar a la autoridad contratante y al concesionario de la necesaria flexibilidad para negociar un acuerdo que tenga en cuenta las necesidades y particularidades de un proyecto concreto. Por consiguiente, es aconsejable limitar a lo estrictamente necesario el alcance de las disposiciones legislativas generales referentes al acuerdo de proyecto, previendo, por ejemplo, disposiciones sobre asuntos que puedan requerir previa autorización legislativa o que puedan afectar a los intereses de terceros o disposiciones relativas a asuntos sustanciales de política que no puedan modificarse por vía de acuerdo.

2. La ley aplicable al acuerdo de proyecto

5. En la legislación nacional sobre proyectos de infraestructura con financiación privada no es frecuente hallar disposiciones legales referentes al derecho aplicable al acuerdo de proyecto. Cuando aparecen, suelen prever la aplicación de las leyes del país anfitrión haciendo una remisión general a la ley nacional o mencionando textos legales o reglamentarios especiales aplicables al acuerdo de proyecto. En algunos ordenamientos jurídicos puede haber una sumisión tácita a las leyes del país anfitrión, incluso cuando no hay una disposición legal en ese sentido.

6. La ley aplicable al acuerdo del proyecto abarca las normas enunciadas en las leyes y los reglamentos del país anfitrión directamente relacionados con los proyectos de infraestructura con financiación privada, cuando existe legislación expresa sobre la materia. Los principales elementos de estas leyes han sido examinados en anteriores capítulos de la *Guía*. En algunos países, el acuerdo de proyecto puede estar sometido al derecho administrativo, mientras que en otros se regirá por el derecho privado (véase el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”, ___). La ley aplicable abarca además normas jurídicas de otros campos del derecho que rigen diversos asuntos planteados durante la ejecución de un proyecto de infraestructura (véase el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”, ___). Algunas de estas normas pueden ser de carácter administrativo o público de otra índole y su aplicación tiene posiblemente carácter imperativo en el país anfitrión, como ocurre con las que rigen la protección del medio ambiente y la salud y las condiciones de trabajo. Algunas leyes nacionales señalan expresamente los asuntos sujetos a normas de aplicación imperativa. No obstante, puede ocurrir que varias cuestiones derivadas del acuerdo de proyecto o de la explotación de la instalación no sean objeto de normas imperativas de derecho público. Tal es el caso generalmente con la mayoría de las cuestiones contractuales planteadas por el acuerdo de proyecto (por ejemplo, formación, validez e incumplimiento del contrato, incluida la responsabilidad y la indemnización por incumplimiento de contrato y su resolución culpable).

7. Los países anfitriones que deseen adoptar legislación sobre proyectos de infraestructura con financiación privada tal vez tengan que abordar en más de un instrumento legislativo las diversas cuestiones que plantean tales proyectos. Otros países tal vez deseen introducir legislación que regule únicamente ciertas cuestiones que no se aborden satisfactoriamente en las leyes y reglamentaciones vigentes. Por ejemplo, la legislación específica sobre proyectos de infraestructura con financiación privada puede prever las características concretas de los

procedimientos de selección del concesionario y remitirse, en su caso, a la legislación vigente en materia de adjudicación de contratos públicos en lo que respecta a la administración del procedimiento. Del mismo modo, al adoptar legislación sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, tal vez convenga que los países anfitriones dejen de aplicar ciertas leyes y reglamentaciones que, en opinión del poder legislativo, obstruyan la ejecución de los proyectos.

8. En aras de la claridad, puede ser útil proporcionar información a los posibles inversionistas sobre los textos legislativos y reglamentarios que sean directamente aplicables a la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada y, en su caso, sobre los textos que hayan sido derogados por el poder legislativo. Sin embargo, dado que no sería posible enumerar exhaustivamente en la ley todas las leyes o reglamentaciones de importancia directa o subsidiaria para los proyectos de infraestructura con financiación privada, sería conveniente presentar esa lista en un documento no legislativo, como en un folleto de promoción o en la información general facilitada a los ofertantes junto con la solicitud de propuestas (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párr. 60).

3. Concertación del acuerdo de proyecto

9. En los proyectos tan complejos como los de infraestructura, no es inhabitual que transcurran varios meses de negociaciones finales antes de que las partes estén dispuestas a firmar el acuerdo de proyecto (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrs. 83 y 84). Puede requerirse más tiempo para realizar ciertos trámites a veces prescritos por la ley, como la aprobación del acuerdo de proyecto por una autoridad de mayor jerarquía. En algunos países, la entrada en vigor del acuerdo de proyecto o de ciertas categorías de acuerdos de proyecto está sujeta a un acto del parlamento o incluso a la adopción de legislación especial. Dados los costos que entraña la demora en la ejecución del acuerdo de proyecto,

es aconsejable prever modos de agilizar la negociación final que eviten demoras innecesarias en la concertación del acuerdo de proyecto.

10. Entre los factores que demoran las negociaciones se han mencionado, por ejemplo, la falta de experiencia de las partes, la coordinación deficiente entre las distintas autoridades públicas, la incertidumbre sobre el grado de apoyo público o las dificultades para adoptar disposiciones de garantía que sean aceptables para los proveedores de fondos. El gobierno puede aportar una notable contribución ofreciendo orientación adecuada a los negociadores que actúan en nombre de las autoridades contratantes del país. Cuanto mejor sepan las partes qué cuestiones deberán entrar en el acuerdo de proyecto, mayores serán las posibilidades de éxito de la negociación del acuerdo de proyecto. Inversamente, si después del proceso de selección quedan por resolver importantes cuestiones y se da escasa orientación a los negociadores sobre el contenido del acuerdo de proyecto, existe el riesgo considerable de que las negociaciones resulten costosas y se prolonguen y también de que se presenten quejas justificadas en el sentido de que el proceso de selección no ha sido lo suficientemente transparente y competitivo (véase también el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrs. 83 y 84).

11. Convendría asimismo revisar los procedimientos para la concertación y la entrada en vigor del acuerdo de proyecto con miras a agilizar las cuestiones y a evitar las consecuencias negativas de las demoras en el calendario del proyecto. En algunos países, la legislación pertinente confiere el poder de vincular a la autoridad contratante o al gobierno a funcionarios designados al efecto, a fin de que la entrada en vigor del acuerdo de proyecto se produzca al firmarse el acuerdo o al realizarse ciertos trámites, como la publicación en la gaceta oficial. En los países en que ese procedimiento no resulte factible o en que se requiera además la aprobación final de otra entidad, es conveniente plantearse la racionalización de los procedimientos de aprobación. Cuando esos

procedimientos se consideren arbitrarios o engorrosos, cabe pedir al gobierno que proporcione al concesionario y a los proveedores de fondos suficientes garantías contra ese riesgo (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 45 a 50). En algunos países con requisitos de aprobación, se ha autorizado a veces a las autoridades contratantes a compensar al ofertante seleccionado por los gastos realizados durante el proceso de selección y en la preparación del proyecto en caso de que la aprobación definitiva permanezca en suspenso por razones no atribuibles al ofertante seleccionado.

B. Organización del concesionario

12. En las legislaciones nacionales figuran a menudo requisitos sobre la organización del concesionario que se especifican en disposiciones detalladas de los acuerdos de proyecto. Estos requisitos pueden referirse a la constitución del concesionario en entidad jurídica, así como a su capital, al alcance de sus actividades y a las leyes y reglamentos. En la mayoría de los casos, los ofertantes seleccionados constituyen la sociedad del proyecto en entidad jurídica independiente dotada de personalidad jurídica propia, que en el acuerdo de proyecto se convierte en el concesionario. La sociedad del proyecto constituida en entidad jurídica independiente es el modo habitual para reunir fondos en la modalidad de financiación de proyectos (véase “Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párr. 54). La constitución de tal entidad facilita la coordinación en la ejecución del proyecto e introduce un mecanismo para proteger los intereses del proyecto que no han de coincidir necesariamente con los intereses particulares de cada uno de los promotores del proyecto. Este aspecto puede revestir especial importancia cuando uno o más miembros del consorcio vayan a proporcionar una parte importante de los servicios o suministros necesarios para el proyecto.

13. Generalmente, la sociedad del proyecto debe constituirse antes de que concluya un plazo razonable tras la adjudicación del proyecto. Puesto que gran parte de las responsabilidades y obligaciones del concesionario, incluidas las que sean a largo plazo (acuerdo de proyecto, acuerdos de préstamo y garantía, contratos de construcción), se determinan generalmente en una etapa inicial, tal vez convenga que el proyecto esté representado a título de entidad independiente en el momento de negociarse dichos instrumentos. Sin embargo, no es razonable esperar compromisos firmes y definitivos por parte de los prestamistas y de otros proveedores de fondos antes de la adjudicación definitiva de la concesión.

14. Con frecuencia se exige que las entidades que prestan servicios públicos se constituyan con arreglo al derecho interno del país anfitrión. Este requisito refleja el interés del poder legislativo en asegurar, entre otras cosas, que los proveedores de servicios públicos cumplan las disposiciones nacionales sobre contabilidad y publicidad (por ejemplo, publicación de estados financieros; requisitos de publicidad para ciertos actos sociales). No obstante, ese requisito subraya la necesidad de que el país anfitrión disponga de un derecho de sociedades adecuado (véase el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”, ____). La facilidad con que pueda constituirse la sociedad del proyecto, respetando debidamente todo requisito razonable que se juzgue de interés público, puede ayudar a evitar demoras innecesarias en la ejecución del proyecto.

15. Otra cuestión importante es la inversión de capital social necesaria para constituir la sociedad del proyecto. La autoridad contratante tiene interés legítimo en buscar un nivel de capital social que asegure una base financiera sólida para la sociedad del proyecto y garantice su capacidad de hacer frente a sus obligaciones. Sin embargo, como la inversión total necesaria así como la proporción ideal de deudas y capital social varían de un proyecto a otro, tal vez no sea conveniente prescribir como requisito legal una cantidad fija de capital mínimo para todas las compañías que realicen proyectos de infraestructura en el país. Podría

darse en cambio a la autoridad contratante una mayor flexibilidad para fijar la cantidad conveniente de inversión de capital social que corresponda a las necesidades financieras del proyecto. Por ejemplo, podría fijarse en la solicitud de propuestas un nivel de inversión de capital social expresado como relación entre la deuda y el capital social y podría incluirse entre los criterios de evaluación de propuestas financieras y comerciales a fin de estimular la competencia entre los ofertantes (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrs. 75 y 76).

16. En cualquier caso, es aconsejable revisar las disposiciones legislativas o los requisitos reglamentarios referentes a la organización del concesionario a fin de que se ajusten a las obligaciones internacionales asumidas por el país anfitrión. Las disposiciones que restrinjan o requieran determinados tipos de entidad jurídica o empresa conjunta por medio de las cuales un proveedor pueda prestar un servicio y las limitaciones de la participación de capital extranjero expresadas en forma de tope porcentual para accionistas extranjeros o de valor total de las inversiones extranjeras individuales o conjuntas podrían resultar incompatibles con obligaciones específicas contraídas por los Estados signatarios de algunos acuerdos internacionales de integración económica o de liberalización del comercio de servicios.

17. Las legislaciones contienen a veces disposiciones relativas al alcance de las actividades de la sociedad del proyecto que exigen, por ejemplo, que se limiten al desarrollo y gestión de un proyecto concreto. Dichas restricciones pueden tener como objeto asegurar la transparencia de la contabilidad del proyecto y proteger la integridad de sus bienes, separando los bienes, beneficios y deudas del proyecto de que se trate, de los de otros proyectos y otras actividades que no guarden relación alguna con el mismo. Además, un requisito de este tipo puede facilitar la evaluación de la ejecución de cada proyecto ya que los déficit y los superávit no pueden cubrirse ni compensarse con las deudas ni con los beneficios de otros proyectos o actividades.

18. También puede interesar a la autoridad contratante asegurarse de que los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto reflejen debidamente las obligaciones que asume la compañía en el acuerdo de proyecto. Por tanto, los acuerdos de proyecto prevén a veces que la entrada en vigor de cambios en los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto se produzca tras la aprobación de la autoridad contratante. Si la autoridad contratante u otra autoridad pública participa en la sociedad del proyecto, se dispone a veces que determinadas decisiones necesiten el voto favorable de la autoridad contratante en las juntas de accionistas o en el consejo de administración. En cualquier caso, es importante sopesar los intereses públicos que representa la autoridad contratante y la necesidad de permitir que la sociedad del proyecto goce de la flexibilidad necesaria para cumplir con su cometido. Cuando se estime necesario pedir la aprobación de la autoridad contratante a las modificaciones propuestas de los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto, será aconsejable limitar ese requisito a los casos relativos a disposiciones que se consideren de importancia decisiva (por ejemplo, cuantía del capital, clases de acciones y privilegios de éstas, procedimientos de liquidación) y que deberían determinarse en el acuerdo de proyecto.

C. Emplazamiento del proyecto, bienes y servidumbre

19. Las disposiciones relativas al emplazamiento del proyecto son una parte esencial de la mayoría de los acuerdos de proyecto. Estas disposiciones suelen regular cuestiones como la adquisición de los terrenos necesarios, la propiedad de tierras y los activos del proyecto y las servidumbres requeridas por el concesionario para llevar a cabo las obras o explotar la infraestructura. En la medida en que el acuerdo de proyecto pueda prever la transferencia de bienes públicos al concesionario o la creación de un derecho de uso de bienes públicos, puede ser necesaria la previa autorización legislativa. También puede requerirse legislación para

facilitar la adquisición de las servidumbres o bienes necesarios cuando las obras del proyecto no deban realizarse en terrenos públicos.

1. Adquisición de los terrenos necesarios para ejecutar el proyecto

20. Cuando vaya a construirse una nueva infraestructura en un terreno que sea público (propiedad de la autoridad contratante o de otra autoridad pública) o se vaya a modernizar o rehabilitar una instalación ya existente, en general el propietario de dicho terreno o instalación deberá ponerlo a disposición del concesionario. La situación es más compleja cuando el terreno no es aún propiedad de la autoridad contratante y debe ser comprado a sus dueños. En la mayoría de los casos, el concesionario no estará en las mejores condiciones para asumir la responsabilidad de comprar el terreno necesario para el proyecto, habida cuenta de la demora y de los gastos que posiblemente entrañarán las negociaciones con un número tal vez grande de propietarios y tampoco podrá cumplir el requerimiento habitual en algunas jurisdicciones de practicar complicadas búsquedas de títulos de propiedad y examinar cadenas de anteriores transmisiones de la titularidad para poder comprobar la regularidad del título de cada dueño. Por consiguiente, lo normal es que la autoridad contratante asuma la responsabilidad de proporcionar los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto, a efectos de evitar demoras innecesarias o un aumento del costo del proyecto de resultas de su adquisición. La autoridad contratante puede comprar los terrenos necesarios a sus propietarios o, si es necesario, adquirirlos por vía forzosa.

21. El procedimiento para la adquisición estatal forzosa de bienes privados contra el pago de una indemnización adecuada a sus dueños, que se denomina en las legislaciones nacionales con varias expresiones técnicas como “expropiación”, en la *Guía* se denomina “adquisición forzosa”. En los países cuyo derecho interno prevea más de un tipo de procedimiento de adquisición forzosa, tal vez convenga autorizar a las

autoridades competentes a efectuar todas las adquisiciones requeridas para infraestructuras con financiación privada siguiendo para ello el más eficiente de dichos procedimientos, como los procedimientos especiales que algunos países aplican por necesidad pública imperiosa (véase el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”, ____).

22. El poder de adquirir bienes de propiedad privada por la fuerza corresponde generalmente al gobierno, pero la legislación de algunos países autoriza también a los empresarios de infraestructuras o a las empresas de servicios públicos (por ejemplo, compañías de ferrocarriles, de electricidad o telefónicas) a entablar ciertas actuaciones para la adquisición forzosa de bienes privados que sean necesarios para prestar sus servicios al público o para ampliarlos. En aquellos países en los que se determina judicialmente la indemnización pagadera a los propietarios de bienes forzosamente adquiridos, se ha visto la conveniencia de delegar en el concesionario la facultad de llevar a cabo determinadas medidas relativas a la adquisición forzosa, aunque siga correspondiendo al gobierno adoptar toda medida que, conforme a la normativa aplicable, constituya un requisito previo al inicio del procedimiento de adquisición. Al llevarse a cabo la adquisición, la propiedad del terreno pasa a menudo al gobierno, aunque en algunos casos la legislación puede autorizar a la autoridad contratante para convenir con el concesionario alguna otra solución, según la aportación respectiva al costo de la adquisición de los inmuebles.

2. Propiedad de los bienes del proyecto

23. Como se indicó anteriormente, pueden concebirse diversas formas de participación del sector privado en proyectos de infraestructura con financiación privada, que van desde las infraestructuras de propiedad y explotación públicas hasta los proyectos plenamente privatizados (véase “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 47 a 53).

Independientemente de la política general o sectorial del país anfitrión, es importante que el régimen de propiedad de los diversos activos esté claramente definido y tenga una base legislativa suficiente. Sin embargo, es posible que no resulte indispensable adoptar disposiciones legislativas detalladas al respecto. En diversos países se consideraba suficiente ofrecer orientación legislativa sobre las cuestiones que debían abordarse en el acuerdo de proyecto.

24. En algunos ordenamientos jurídicos, la infraestructura física requerida para prestar servicios públicos suele considerarse propiedad pública, aun cuando se haya adquirido inicialmente o se haya creado con fondos privados. En ello suelen estar comprendidos los bienes especialmente adquiridos para la construcción de la instalación además de los bienes que la autoridad contratante haya puesto a la disposición del concesionario. No obstante, durante la ejecución del proyecto el concesionario puede introducir amplias mejoras en las instalaciones o complementarlas. No siempre puede determinarse fácilmente en virtud del derecho aplicable si esas mejoras o esos complementos se convierten o no en parte integrante de los bienes públicos en posesión del concesionario o si algunos de estos complementos o mejoras pueden quedar al margen de los bienes públicos en posesión del concesionario y convertirse en propiedad privada de éste. Por consiguiente, es aconsejable que en el acuerdo de proyecto se especifique qué bienes serán propiedad pública y cuáles serán propiedad privada del concesionario.

25. La necesidad de claridad respecto de la propiedad de los bienes del proyecto no se limita a los ordenamientos jurídicos en que las infraestructuras físicas requeridas para prestar servicios públicos se consideran propiedad pública. En general, cuando la autoridad contratante facilite los terrenos o las instalaciones que se requieran para ejecutar el proyecto, es aconsejable que en el acuerdo de proyecto se especifique qué bienes serán propiedad pública y cuáles serán propiedad privada del concesionario. El concesionario puede recibir el título de propiedad de los

terrenos o instalaciones o tener únicamente un derecho de arrendamiento o de utilización de los terrenos o instalaciones y de edificación, en particular cuando los terrenos sigan siendo propiedad pública. En ambos casos, debe establecerse claramente la naturaleza de los derechos del concesionario, ya que afectará directamente a la capacidad del concesionario para crear derechos reales sobre los bienes del proyecto a efectos de obtención de fondos para el proyecto (véanse los párrafos 54 y 55).

26. Además de la propiedad de los bienes durante el período de la concesión, es importante tener presente el régimen de propiedad aplicable al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto. En algunos países, la ley insiste particularmente en el interés que puede tener la autoridad contratante en los bienes vinculados al proyecto y suele exigir su entrega a la autoridad contratante, mientras que en otros países los proyectos de infraestructura con financiación privada son primordialmente considerados como un procedimiento para obtener la prestación de un servicio durante un plazo especificado, y no como un mecanismo para la construcción de instalaciones. Por ello, las leyes de estos últimos países suelen limitar las obligaciones de traspaso del concesionario a los bienes públicos y a los que se hayan puesto inicialmente a la disposición del concesionario o a otros bienes que se consideran indispensables para la prestación del servicio. A veces, el concesionario traspasa directamente esos bienes a otro concesionario que le sucede.

27. Esta diversidad de enfoques legislativos suele reflejar la diversidad de funciones de los sectores privado y público según cual sea el ordenamiento jurídico o el sistema económico imperante en cada país, aún cuando puede ser también el resultado de consideraciones prácticas por parte de la autoridad contratante. Una buena razón por la que la autoridad contratante puede autorizar al concesionario a retener algunos bienes al final del período del proyecto puede ser el deseo de reducir el costo del servicio. Si es probable que los bienes del proyecto posean un

valor residual para el concesionario y que ese valor será contabilizado durante el proceso de selección, la autoridad contratante puede lógicamente esperar que las tarifas cobradas por el servicio serán inferiores. Ciertamente, si el concesionario no se siente obligado a amortizar la totalidad del costo de esos bienes durante la vida del proyecto, sino que puede confiar en venderlos al expirar el acuerdo de proyecto o en destinarlos para otros fines, es probable que pueda ofrecer el servicio a un costo inferior que si se sintiera obligado a amortizar la totalidad de su costo durante la vida del proyecto. Además, algunos bienes tal vez hayan de ser reequipados o actualizados técnicamente al final de la vida del proyecto hasta tal punto que pudiera no ser rentable reclamarlos. En ese momento puede además haber responsabilidades residuales o nuevos gastos, tal vez por concepto de daños ocasionados al medio ambiente o de gastos de demolición.

28. Por estas razones, las leyes de algunos países no prevén un traspaso incondicional de todos los bienes a la autoridad contratante, sino que distinguen entre tres categorías de bienes:

a) *Bienes que deben traspasarse a la autoridad contratante.* En esta categoría figuran normalmente todos aquellos bienes que sean propiedad pública que el concesionario haya utilizado para prestar el servicio que tenía encomendado. En esta categoría figurará toda instalación que haya sido facilitada al concesionario por la autoridad contratante y toda nueva instalación que el concesionario haya edificado a raíz del acuerdo de proyecto. Algunos ordenamientos exigen también el traspaso de otras instalaciones, terrenos y bienes que el concesionario haya adquirido subsiguientemente para el buen funcionamiento de la infraestructura, particularmente cuando pasen a formar parte de la infraestructura que haya de entregarse a la autoridad contratante o hayan sido adheridos permanentemente a ella;

b) *Bienes que la autoridad contratante podrá comprar, si así lo desea.* En esta categoría suelen figurar bienes que eran inicialmente propiedad del concesionario o que el concesionario adquirió ulteriormente, y que, sin ser indispensables o estrictamente necesarios para la prestación del servicio, pueden facilitar o mejorar la eficiencia y la calidad del servicio prestado;

c) *Bienes que seguirán siendo de propiedad privada del concesionario.* Se trata de los bienes que sean propiedad del concesionario y que no correspondan a la categoría b) anteriormente descrita. La autoridad contratante no suele gozar de derecho alguno sobre dichos bienes, que podrán ser libremente retirados o enajenados por el concesionario.

29. En vista de lo anterior, es útil que la ley requiera que en el acuerdo de proyecto se especifiquen los bienes que serán propiedad pública y los que serán propiedad privada del concesionario. En el acuerdo de proyecto deben especificarse los bienes que el concesionario deberá traspasar a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario cuando expire o se rescinda el acuerdo de proyecto; qué bienes la autoridad contratante puede adquirir del concesionario y de qué bienes podrá disponer libremente el concesionario cuando expire o se rescinda el acuerdo de proyecto. Estas disposiciones deberían complementarse con criterios contractuales para determinar, en su caso, la compensación a que el concesionario puede tener derecho por los bienes traspasados a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario o adquiridos por la autoridad contratante al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto (véase el capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, ___).

3. Servidumbres

30. Pueden requerirse disposiciones especiales en los casos en que el concesionario deba pasar por terrenos de propiedad de terceros para tener acceso al emplazamiento del proyecto o para realizar o mantener obras necesarias para prestar el servicio (por ejemplo, para colocar señales de tráfico en terrenos adyacentes; para instalar postes o líneas de transmisión eléctrica que atraviesen la propiedad de terceros; para la instalación y el mantenimiento de equipo de transformación y conexión; para talar árboles que obstaculicen líneas telefónicas situadas en terrenos colindantes; para instalar tuberías de petróleo, gas o agua).

31. A menudo se emplea el término “servidumbre” para referirse al derecho a utilizar la propiedad ajena para un fin determinado o para realizar ciertos trabajos en ella. Las servidumbres exigen generalmente el consentimiento del propietario del bien al que pertenecen, a menos de que se trate de derechos que establece la ley. No suele ser una solución expeditiva ni rentable dejar que el concesionario negocie directamente las servidumbres con los propietarios. En lugar de ello, es más frecuente que la autoridad contratante obtenga coercitivamente esas servidumbres, al mismo tiempo que adquiere el emplazamiento del proyecto.

32. Otra vía distinta sería que la propia ley facultase a los proveedores de servicios públicos para entrar y pasar por las propiedades de terceros o realizar obras e instalaciones en ellas cuando sea necesario para la construcción, la explotación y el mantenimiento de estructuras públicas. Este sistema, con el que se puede eludir la necesidad de adquirir servidumbres respecto de propiedades individuales, puede ser utilizado en una normativa de tipo sectorial, cuando se considere posible determinar de antemano ciertas servidumbres mínimas que el concesionario puede necesitar. Por ejemplo, en una norma especial promulgada para el sector de la energía eléctrica cabe mencionar las condiciones en que el concesionario obtendrá el derecho a tender cables con el fin de instalar y explotar redes básicas y de distribución sobre propiedades ajenas. Este derecho puede ser necesario para efectuar ciertas

tareas, como la instalación o el tendido de cables subterráneos y aéreos, así como estructuras de apoyo y equipo de transformación y conexión; para mantener, reparar y desmontar cualquiera de dichas instalaciones; para establecer una zona de seguridad a lo largo de todo el tendido subterráneo o aéreo; para eliminar obstáculos al tendido de los cables o que invadan la zona de seguridad. Conforme a algunos ordenamientos, los propietarios pueden tener derecho a indemnización si los derechos otorgados al concesionario causan un notable trastorno a los propietarios en el disfrute de sus propiedades.

D. Mecanismos financieros

33. Los mecanismos financieros suelen abarcar disposiciones relativas a las obligaciones del concesionario de conseguir financiación para el proyecto, esbozan los mecanismos para el desembolso y la contabilización de los recursos, enuncian métodos para calcular y ajustar las tarifas percibidas por el concesionario y se ocupan de los tipos de garantía real que pueden crearse a favor de los acreedores del concesionario. Es importante verificar que las leyes del país anfitrión propician o no obstaculizan la gestión financiera del proyecto.

1. Obligaciones financieras del concesionario

34. En los proyectos de infraestructura con financiación privada, el concesionario es normalmente responsable de conseguir los fondos necesarios para construir y explotar la instalación de infraestructura. Las obligaciones del concesionario a este respecto suelen enunciarse en disposiciones detalladas del acuerdo de proyecto. En la mayoría de los casos, la autoridad contratante u otras autoridades públicas estarían interesadas en limitar las obligaciones financieras a las expresamente expuestas en el acuerdo de proyecto o las formas de respaldo directo que el gobierno haya convenido en conceder al proyecto.

35. La cantidad de capital privado aportado directamente por los accionistas de la sociedad del proyecto suele representar sólo una parte de la inversión total propuesta. Una parte mucho mayor procede de préstamos otorgados al concesionario por bancos comerciales e instituciones financieras internacionales y del producto de la colocación de obligaciones y otros títulos negociables en el mercado de capitales (véase “Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 54 a 67). En consecuencia, es importante evitar que la ley restrinja innecesariamente la capacidad del concesionario para acordar los mecanismos financieros que estime oportunos con el fin de financiar la infraestructura.

2. Determinación y control de tarifas

36. Las tarifas y las tasas percibidas por el concesionario pueden ser la fuente de recursos principal (a veces incluso la única) para recuperar la inversión efectuada en el proyecto, a falta de subvenciones o de pagos de la autoridad contratante (véanse los párrs. 47 a 51) o del gobierno (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 30 a 60). El concesionario procurará, pues, estar en condiciones de fijar y mantener las tarifas y las tasas a un nivel que le garantice una liquidez suficiente para el proyecto. No obstante, en algunos ordenamientos puede haber límites a la libertad del concesionario de fijar tarifas y tasas. El costo al que se prestan los servicios públicos es normalmente un elemento de la política del gobierno en materia de infraestructura y causa de preocupación inmediata para amplios sectores del público. Así pues, el marco regulatorio comprende en muchos países normas especiales para controlar tarifas y tasas por la prestación de servicios públicos. Además, en algunos ordenamientos jurídicos, disposiciones legales u otras normas generales de derecho establecen parámetros para fijar precios de bienes o servicios requiriendo, por ejemplo, que las tarifas satisfagan ciertos niveles de “razonabilidad”, “justicia” o “equidad”.

a) Facultad del concesionario para cobrar precios por servicios públicos

37. En cierto número de países puede precisarse previa autorización legislativa para que un concesionario cobre una tarifa por la prestación de servicios públicos o por la utilización de infraestructuras públicas. La falta de una disposición general semejante en la legislación ha dado lugar en algunos países a controversias judiciales en las que se ha impugnado la facultad del concesionario para cobrar una tarifa por el servicio.

38. Cuando se estime necesario incorporar a legislación general disposiciones sobre el nivel de las tarifas y las tasas que el concesionario puede cobrar de los usuarios, debe procurarse conseguir un equilibrio entre los intereses de los inversionistas y los de los usuarios actuales y futuros. Es aconsejable que los criterios legales para determinar las tarifas y tasas tomen en cuenta, además de los factores sociales que el gobierno considera pertinentes, el interés del concesionario en lograr un nivel de liquidez que garantice la viabilidad económica y la rentabilidad comercial del proyecto. Además, conviene dotar a las partes de las facultades necesarias para negociar arreglos apropiados, inclusive disposiciones sobre indemnización, a fin de atender a situaciones en que la aplicación de normas sobre el control de tarifas que regulen directa o indirectamente la prestación de servicios públicos pueda tener como consecuencia que se fijen tarifas y tasas por debajo del nivel requerido para la explotación rentable del proyecto (véase el párrafo 124).

b) Métodos de control de tarifas

39. La legislación interna somete a menudo las tarifas y tasas a algún mecanismo de control. Muchos países han preferido establecer sólo los principios generales de la fijación de tarifas en su legislación y dejar su aplicación práctica al organismo regulador que se ocupe de las condiciones de las licencias o concesiones. Este criterio es aconsejable,

ya que las fórmulas son específicas de cada sector y pueden requerir ajustes durante la realización del proyecto. Cuando se aplican medidas de control de tarifas, la legislación requiere normalmente que la fórmula utilizada se publique al solicitar las propuestas y se incorpore al acuerdo de proyecto. Los sistemas de control de tarifas consisten normalmente en fórmulas para reajustar las tarifas y en disposiciones sobre vigilancia para garantizar el cumplimiento de los parámetros de ese reajuste. Los métodos de control de tarifas más corrientes en las leyes nacionales se basan en los principios de la rentabilidad y del precio tope. Existen también regímenes híbridos en que se combinan ambos criterios. Cabe señalar que un mecanismo de control de tarifas que funcione bien requiere un análisis comercial y económico detallado. Los párrafos siguientes sólo constituyen una presentación general de determinados problemas y de posibles soluciones.

i) Método de rentabilidad

40. Con arreglo al método de la rentabilidad, el mecanismo de reajuste de tarifas tiene por objeto permitir al concesionario una rentabilidad convenida. Las tarifas para un período determinado se fijan sobre la base de los ingresos generales del concesionario que explote las instalaciones, lo que supone la determinación de sus gastos, las inversiones realizadas para prestar los servicios y la rentabilidad autorizada. Se realizan periódicamente exámenes de las tarifas, a veces siempre que la autoridad contratante u otras partes interesadas estiman que a los ingresos reales son superiores o inferiores a los esperados de las instalaciones. Con ese fin, la autoridad contratante comprueba los gastos de las instalaciones, determina hasta qué punto las inversiones realizadas por el concesionario pueden incluirse en la base tarifaria, y calcula los ingresos que deben obtenerse para cubrir los gastos autorizados y la rentabilidad convenida. El método de la rentabilidad suele utilizarse cuando se trate de prestar servicios públicos para los que cabe esperar una demanda constante, como en el suministro de electricidad, gas o agua. Para las instalaciones

o los servicios sujetos a una demanda más elástica (como las carreteras de peaje), tal vez no sea posible mantener constante el nivel de rentabilidad de concesionario ajustando periódicamente las tarifas.

41. Se ha visto que el método de la rentabilidad ofrece un alto grado de seguridad a los explotadores de infraestructuras, ya que el concesionario tiene la garantía de que las tarifas aplicadas serán suficientes para cubrir sus gastos de explotación y obtener la rentabilidad convenida. Como las tarifas se reajustan regularmente, manteniendo así la rentabilidad del concesionario esencialmente constante, las inversiones en empresas que prestan servicios públicos están expuestas a escasos riesgos comerciales. A consecuencia de ello se registran normalmente unos costos de capital inferiores. La posible desventaja del método de la rentabilidad es que ofrece escaso incentivo a los exportadores de infraestructuras para minimizar sus costos, porque tiene la seguridad que los recuperarán mediante reajustes tarifarios. Sin embargo, puede haber cierto grado de incentivo si las tarifas no se ajustan instantáneamente o si los reajustes no se aplican con carácter retroactivo. Cabe señalar que para aplicar el método de la rentabilidad se requiere un volumen considerable de información, así como amplias negociaciones (por ejemplo, sobre los gastos y la asignación de costos que pueden tenerse en cuenta).

ii) Método del precio tope

42. En virtud de este método, se establece una fórmula de tarifas para un período determinado (por ejemplo cuatro o cinco años), teniendo en cuenta la inflación futura y las futuras ganancias de eficiencia que se esperan de las instalaciones. Se permite que las tarifas fluctúen dentro de los límites establecidos en la fórmula. En algunos países, la fórmula consiste en una media ponderada de diversos índices, en otros es un índice de precios al consumo menos un factor de productividad. Cuando se requieren nuevas inversiones sustanciales, la fórmula puede incluir un componente adicional para cubrir esos costos extraordinarios. La fórmula

puede aplicarse a todos los servicios de la empresa o sólo a grupos de servicios determinados, y pueden utilizarse fórmulas diferentes para diferentes grupos. El reajuste periódico de la fórmula, sin embargo, se basa en cálculos de rentabilidad, y requiere la misma información detallada anteriormente indicada, aunque con menos frecuencia.

43. La aplicación del método del precio tope puede ser menos compleja que la del método de la rentabilidad. Se ha visto que el primero de esos métodos ofrece mayores incentivos a quienes prestan servicios públicos, ya que el concesionario conserva las ventajas de unos costos inferiores a los previstos hasta el siguiente período de reajuste. Al propio tiempo, sin embargo, quienes prestan servicios públicos están normalmente expuestos a más riesgos cuando se aplica el método de precio tope que cuando se aplica el método de la rentabilidad. En particular, el concesionario afronta con el riesgo de pérdidas cuando los costos resultan superiores a los previstos, ya que no puede aumentar las tarifas, hasta el siguiente reajuste. Ese mayor riesgo aumenta los costos de capital. Si no se permite que la rentabilidad de la empresa del proyecto aumente, podría haber dificultades para captar nuevas inversiones. Además, la empresa puede sentirse tentada a disminuir la calidad del servicio para reducir los costos.

iii) Métodos híbridos

44. Muchos métodos de reajuste tarifario actualmente utilizados combinan elementos de los métodos de la rentabilidad y del precio tope a fin de reducir los riesgos a que se exponen los proveedores de servicios y de ofrecer incentivos suficientes para la eficiencia en la explotación de la infraestructura. Uno de esos métodos híbridos emplea escalas móviles para reajustar las tarifas, que garantizan los reajustes al alza cuando la rentabilidad disminuye por debajo de cierto umbral y los reajustes a la baja cuando supera cierto máximo, sin que se hagan reajustes cuando la rentabilidad queda comprendida entre ambos niveles. Otros criterios posibles para combinar ambos métodos son el examen por la autoridad

contratante de las inversiones hechas por el concesionario, a fin de asegurarse de que satisfacen los criterios de utilidad que deben tenerse en cuenta al calcular los ingresos previstos del concesionario. Otra técnica de reajuste de tarifas que puede utilizarse para fijarlos o, en general, para vigilar los niveles de precios, es la fijación de tarifas de referencia. Al comparar los diversos componentes de costos de un proveedor de servicios públicos con los de otro y las normas internacionales, la autoridad contratante podrá juzgar si los reajustes tarifarios solicitados por ese proveedor son razonables.

c) Consideraciones sobre políticas de control de tarifas

45. Cada uno de los métodos principales de reajuste tarifario anteriormente examinados tiene sus ventajas y desventajas e influye de distintas maneras en las decisiones de inversión del sector privado (véanse los párrs. 41 y 43). El poder legislativo habrá de tenerlo en cuenta al considerar la idoneidad de los métodos de control de tarifas, dadas las circunstancias nacionales. También pueden utilizarse métodos diferentes para sectores de infraestructura diferentes. De hecho, algunas legislaciones autorizan a la autoridad contratante a aplicar un método de precio tope o de rentabilidad al seleccionar los concesionarios, según el alcance y la naturaleza de las inversiones y los servicios. Al elegir un método de control de tarifas, es importante tener en cuenta cómo pueden influir las diversas políticas posibles en las decisiones de inversión del sector privado. Cualquiera que sea el mecanismo que se elija debe examinarse detenidamente la capacidad de la autoridad contratante o del organismo regulador para vigilar debidamente la actuación del concesionario y aplicar el método de reajuste de una forma satisfactoria (véase también el capítulo I, “Marco legislativo e institucional general”, párrs. 30 a 53).

46. Es importante tener presente que las fórmulas de reajuste de tarifas no pueden fijarse de una vez para siempre, ya que la tecnología, los tipos

de cambio, los niveles de salarios, la productividad y otros factores varían necesariamente de forma importante y, a veces, incluso imprevisiblemente, durante el período de la concesión. Además, las fórmulas de reajuste tarifario suelen elaborarse dando por sentado un cierto nivel de producción o de demanda y pueden tener resultados insatisfactorios si el volumen de producción o la demanda varían considerablemente. En consecuencia, muchos países han establecido mecanismos de revisión de las fórmulas tarifarias, que incluyen revisiones periódicas de la fórmula (por ejemplo, cada cuatro o cinco años) o revisiones específicas siempre que se demuestre que la fórmula no se ha traducido en una compensación suficiente del concesionario (véanse también los párrs. 59 a 68). El régimen tarifario exigirá también una estabilidad y previsibilidad que permitan a los proveedores y usuarios de servicios públicos planificar en consecuencia y obtener una financiación basada en unos ingresos previsibles. Los inversionistas y prestamistas pueden preocuparse especialmente por las modificaciones reglamentarias que afecten al método de reajuste de tarifas. Por ello, normalmente requieren que la fórmula de reajuste de tarifas se incorpore al acuerdo de proyecto.

3. Obligaciones financieras de la autoridad contratante

47. Cuando el concesionario ofrece servicios directamente al público en general, la autoridad contratante u otra autoridad pública puede comprometerse a hacer pagos directos al concesionario como alternativa o complemento de las tasas por los servicios que hayan de pagar los usuarios. Si el concesionario elabora un producto para su posterior transmisión o distribución por otro proveedor de servicios, la autoridad contratante puede comprometerse a adquirir ese producto al por mayor a un precio y en unas condiciones convenidas. A continuación se examinan brevemente los principales ejemplos de sistemas de ese tipo.

a) Pagos directos

48. En algunos países, la autoridad contratante ha utilizado los pagos directos como alternativa o complemento de los pagos de los usuarios finales, en particular en proyectos de autopistas de peaje, mediante un mecanismo conocido como “peaje encubierto”. Los peajes encubiertos son sistemas mediante los cuales el concesionario asume la obligación de desarrollar, construir, financiar y explotar una carretera u otra instalación de transporte durante un número determinado de años a cambio de pagos periódicos, en lugar o además de los peajes reales o explícitos pagados por los usuarios. Los planes de peajes encubiertos pueden utilizarse para atender a riesgos peculiares de los proyectos de transporte, en particular el de que sólo se alcancen unos niveles de tráfico inferiores a los esperados (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párr. 18). Además, los planes de peajes encubiertos pueden ser políticamente más aceptables que los peajes directos, por ejemplo cuando se teme que la introducción del pago de peajes en carreteras públicas pueda dar lugar a protestas de los usuarios. No obstante, cuando esos arreglos entrañen una subvención para la sociedad del proyecto, conviene examinar detenidamente si son compatibles con ciertas obligaciones contraídas por el país anfitrión en virtud de acuerdos de integración económica regional o de liberalización del comercio.

49. Los peajes encubiertos pueden representar un gasto sustancial de la autoridad contratante y precisar de una estrecha y minuciosa vigilancia por parte de ésta. En los países que han utilizado peajes encubiertos para el desarrollo de nuevos proyectos viarios, los pagos de la autoridad contratante al concesionario se basan principalmente en niveles reales de tránsito, medidos en kilómetros de vehículos. Se considera conveniente disponer que los pagos no se efectúen hasta que empiece a circular el tránsito, con lo que el concesionario tiene un incentivo para abrir la ruta lo más rápidamente posible. Al mismo tiempo, se ha comprobado que es conveniente calcular los pagos sobre la base del tránsito real mientras dure la concesión. Este sistema da al concesionario una razón para velar por que las obras de reparación perturben lo menos posible la utilización

de la carretera. Otra posibilidad es que el acuerdo de proyecto contenga una pena o una cláusula de daños y perjuicios pactados por la falta de disponibilidad de carriles debido a las obras de reparación. Se suele requerir del concesionario que efectúe permanentemente recuentos del tránsito para calcular los kilómetros de vehículos por año, que la autoridad contratante verifica periódicamente. Un sistema algo modificado puede combinar los peajes encubiertos y los peajes directos pagados por los usuarios. En ese sistema la autoridad contratante sólo paga peajes encubiertos en caso de que el nivel de tránsito durante un cierto período descienda por debajo del nivel mínimo acordado necesario para que el concesionario pueda explotar rentablemente la carretera.

b) *Compromisos de compra*

50. En el caso de centrales termoeléctricas u otras instalaciones que producen bienes o servicios susceptibles de ser entregados o prestados durante largo tiempo a un comprador determinado, la autoridad pública asume a veces la obligación de comprar los bienes y servicios a medida que el concesionario los ofrezca según una tarifa convenida. Los contratos de este tipo se suelen calificar de “acuerdos de absorción” y (*off-take agreements*). Los acuerdos de absorción abarcan a menudo dos tipos de pago: los pagos por la disponibilidad de la capacidad de producción y los pagos por unidades de consumo real. En un proyecto de producción de energía eléctrica, por ejemplo, el acuerdo de compra de la energía puede prever los siguientes devengos:

a) *Devengos por capacidad.* Se trata de devengos pagaderos independientemente de la producción real en un período de facturación y se calculan para que sean suficientes para pagar todos los costos fijos del concesionario ocasionados por la financiación y el mantenimiento del proyecto, incluidos el servicio de la deuda y otros gastos corrientes de financiación, gastos fijos de explotación y mantenimiento y una cierta tasa de beneficio. El pago de los devengos por capacidad está a menudo

sometido a la observancia de ciertas normas de rendimiento o disponibilidad;

b) *Devengos por consumo.* Estos devengos no pretenden cubrir todos los costos fijos del concesionario, sino pagar los costos variables o marginales que el concesionario ha de soportar para producir y entregar una unidad determinada del servicio o bien pertinente (por ejemplo un kilovatio-hora de electricidad). Los devengos por consumo se calculan comúnmente para que sufraguen los costos variables de explotación del concesionario, como el combustible consumido mientras funciona la instalación, gastos de tratamiento del agua y costos de productos consumibles. Los pagos variables se vinculan a menudo a los propios costos variables de explotación del concesionario o a un índice que refleje razonablemente los cambios de los costos de explotación.

51. Desde la perspectiva del concesionario, un sistema combinado de devengos por capacidad y por consumo es particularmente útil para garantizar la recuperación de los costos cuando la función de transmitir o distribuir los bienes o servicios producidos por el concesionario está sometida a monopolio. No obstante, los devengos por capacidad previstos en el acuerdo de absorción deben ser proporcionales a las demás fuentes de capacidad de producción de que disponga o que realmente utilice la autoridad contratante. Con el fin de garantizar la disponibilidad de los fondos necesarios para los pagos de la autoridad contratante conforme al acuerdo de absorción, es aconsejable examinar si se necesitan mecanismos de presupuestación anticipada. Los pagos en un acuerdo de absorción pueden estar respaldados por una garantía otorgada por el gobierno anfitrión o por un organismo nacional o internacional de caución (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 46 y 47).

E. Garantías reales

52. En general, las garantías reales sobre bienes muebles otorgan al acreedor garantizado, en principio, dos tipos de derechos: un derecho real a hacerse cargo de la propiedad o hacer que un tercer lo haga y la venta, y un derecho prioritario a recibir el pago con el producto de la venta de los bienes en caso de insolvencia del deudor. Generalmente, los mecanismos de garantía en la financiación de proyectos desempeñan una función defensiva o preventiva al dar la seguridad de que, en el caso de que un tercero adquiera el negocio del deudor (por ejemplo, mediante ejecución de una garantía real, adjudicación en caso de quiebra o directamente del deudor), todo el producto resultante de la venta de sus activos servirá en primer lugar para amortizar los préstamos pendientes. No obstante, los proveedores de fondos tratan de obtener garantías reales que les permitan ejecutarlas y tomar posesión de un proyecto del que puedan hacerse cargo y explotarlo para restablecer su viabilidad económica con miras a volverlo a vender en su momento o para retener el proyecto por tiempo indefinido y percibir ingresos permanentes.

53. Los mecanismos de garantía desempeñan una función crucial en la financiación de los proyectos de infraestructura, en particular cuando la financiación está estructurada conforme a la modalidad de “financiación con respaldo del propio proyecto”. Entre los documentos financieros para proyectos de infraestructura con financiación privada suelen figurar detallados mecanismos a este respecto que, en la mayoría de los casos, abarcan garantías sobre los activos físicos relacionados con el proyecto y garantías sobre los activos inmateriales del concesionario. A continuación se examinan algunos de los principales requisitos para concertar con buen éxito mecanismos de garantía. No obstante, cabe señalar que en algunos ordenamientos jurídicos sólo pueden darse garantías a los proveedores de fondos (que les permitan hacerse cargo del proyecto) en circunstancias excepcionales y en condiciones muy concretas; por ejemplo, se exige que la autoridad contratante apruebe la garantía, que la garantía sea concedida con el objetivo concreto de facilitar la financiación o explotación del proyecto, y que los derechos

reales no afecten a las obligaciones contraídas por el concesionario. Esas condiciones se derivan a menudo de principios generales de derecho o de disposiciones legislativas y la autoridad contratante no podría eludirlas mediante arreglos contractuales.

1. Garantías sobre bienes físicos

54. La negociación de los mecanismos de garantía necesarios para obtener la financiación necesaria puede tropezar con obstáculos jurídicos cuando los activos del proyecto son propiedad pública. Si el concesionario carece del derecho de propiedad, en muchos ordenamientos jurídicos no estará habilitado (o lo estará sólo de manera limitada) para gravar esos bienes. Cuando existan limitaciones de este tipo, la ley puede, de todos modos, facilitar la negociación de mecanismos de garantía indicando, por ejemplo, los tipos de bienes sobre los cuales pueden crearse esas garantías reales o el tipo de garantías reales permisible. En algunos ordenamientos, un concesionario al que se otorga el arrendamiento de ciertos bienes o el derecho a utilizarlos puede crear una garantía real sobre el arriendo o el derecho de uso.

55. Además, también cabe crear garantías reales cuando la concesión abarca diferentes tipos de bienes públicos, como cuando se concede a una compañía de ferrocarril la propiedad de los terrenos adyacentes (y no sólo el derecho a usarlos) además del derecho a utilizar la infraestructura pública. Cuando sea posible crear alguna forma de garantía real respecto de los bienes de la autoridad contratante o que ésta deba traspasar, o activos respecto de los cuales la autoridad contratante tiene una opción contractual de compra (véase el párrafo 28), la ley tal vez exija la aprobación de la autoridad contratante para que el concesionario pueda crear esas garantías reales.

2. Garantías sobre bienes incorpóras

56. El principal bien incorporal en un proyecto de infraestructura es la concesión misma, es decir, el derecho del concesionario a explotar la infraestructura o prestar el servicio pertinente. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la concesión proporciona a su titular la facultad de controlar todo el proyecto y habilita al concesionario para percibir los ingresos generados por el proyecto. De este modo, el valor de la concesión excede con mucho del valor combinado de todos los bienes físicos integrados en un proyecto. Dado que el titular de la concesión tendrá normalmente derecho a poseer todos los activos del proyecto y a disponer de ellos (con la posible excepción de los que pertenecen a otras partes, como los bienes de propiedad pública en posesión del concesionario), la concesión abarcará normalmente los activos presentes y futuros de carácter material o inmaterial. En consecuencia, los prestamistas pueden considerar la concesión como un componente esencial de los mecanismos de garantía negociados con el concesionario. Una prenda de la concesión misma puede entrañar diversas ventajas prácticas para el concesionario y los prestamistas, en particular, en ordenamientos que de otro modo no permitirían crear garantías reales sobre todos los activos de la compañía, o que no reconocen en general garantías reales sobre bienes que no estén en posesión del acreedor (véase el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”). Estas ventajas pueden consistir en: evitar la necesidad de crear garantías reales por separado para cada bien del proyecto, permitir al concesionario seguir utilizando esos activos en el curso ordinario de sus negocios, hacer posible pignorar ciertos bienes sin transmitir a los acreedores su posesión efectiva. Además, una prenda de la concesión puede habilitar a los prestamistas, en caso de incumplimiento del concesionario, a impedir que se rescinda el proyecto haciéndose cargo de la concesión y celebrando acuerdos para que el proyecto continúe con otro concesionario. La prenda de la concesión puede, por tanto, representar un complemento útil o, en ciertas circunstancias, una alternativa a un acuerdo directo entre prestamistas y autoridad contratante acerca de los derechos de subrogación de los primeros (véanse los párrs. 147 a 150).

57. Puede haber, sin embargo, en algunos ordenamientos jurídicos obstáculos para una prenda de la concesión a falta de autorización legislativa expresa. Conforme a diversos ordenamientos, sólo pueden crearse garantías reales respecto de activos que el otorgante de la garantía pueda libremente transmitir. Dado que el derecho a explotar la infraestructura no es en la mayoría de los casos transmisible sin el consentimiento de la autoridad contratante (véanse los párrs. 62 y 63), en algunos de ellos puede no ser posible que el concesionario cree garantías reales sobre la concesión misma. La legislación reciente en algunos países de tradición romanística ha eliminado ese obstáculo creando una categoría especial de garantía real, mencionada a veces con expresiones como “hipoteca de concesión de obra pública” o “prenda de concesión de obra pública”, que generalmente dota a los prestamistas de una garantía real ejecutable que abarca todos los derechos otorgados al concesionario conforme al acuerdo del proyecto. No obstante, a fin de proteger el interés público, la ley requiere el consentimiento de la autoridad contratante para toda medida de los prestamistas tendiente a hacer valer ese derecho, en las condiciones que prevea un acuerdo entre la autoridad contratante y los prestamistas. En algunos ordenamientos de derecho anglosajón se ha logrado una solución algo más limitada al hacer una distinción entre el derecho no transmisible de llevar a cabo cierta actividad bajo licencia oficial (por ejemplo, los “derechos públicos” nacidos de la licencia) y el derecho a reclamar el producto percibido por el licenciataria (por ejemplo, los “derechos privados” de este último conforme a la licencia).

3. Garantías sobre créditos comerciales

58. Otra forma de garantía que suele darse en relación con la mayoría de los proyectos de infraestructura con financiación privada es la cesión a los prestamistas del producto de los contratos celebrados con clientes del concesionario. Puede ser el producto de un único contrato (por ejemplo, el compromiso de comprar electricidad por parte de una entidad de distribución de electricidad) o de un gran número de transacciones (por

ejemplo, los pagos mensuales de las facturas de gas o agua). Este producto suele incluir las tarifas cobradas al público por la utilización de la infraestructura (por ejemplo, los peajes de una autovía) o el precio pagado por los clientes en concepto de bienes o servicios proporcionados por el concesionario (por ejemplo, el importe de la electricidad). También pueden incluir los ingresos de concesiones auxiliares. Las garantías de este tipo son un elemento típico de los arreglos de financiación negociados con los proveedores de fondos, y los acuerdos de préstamos requieren a menudo que el producto de los proyectos de infraestructura sea depositado en una cuenta de garantía bloqueada administrada por un fideicomisario nombrado por los prestamistas. Este mecanismo puede también desempeñar un papel esencial en la emisión de obligaciones y de otros títulos negociables por parte del concesionario.

59. Las garantías sobre créditos comerciales desempeñan un papel central en los arreglos de financiación que prevén la colocación de obligaciones y otros títulos negociables pueden representar una fuente sustancial de financiación para los proyectos de infraestructura. Estos títulos pueden ser emitidos por el concesionario mismo, en cuyo caso los inversionistas que adquieran el título se convertirán en sus acreedores, o pueden ser emitidos por un tercero al que se hayan cedido los créditos del proyecto mediante un mecanismo conocido como “bursatilización”. La bursatilización entraña la creación de títulos financieros respaldados por la corriente de ingresos del proyecto, que queda obligada para el pago del principal e intereses de ese título. Las operaciones de bursatilización suelen comprender la creación de una entidad jurídica distinta del concesionario y especialmente dedicada al negocio de bursatilizar activos o créditos. A menudo se llama a esta entidad jurídica un “vehículo para usos especiales”. El concesionario cede los créditos del proyecto al vehículo para usos especiales, el cual, a su vez, emite a los inversionistas títulos con interés respaldados por los créditos del proyecto. Los titulares de obligaciones bursatilizadas adquieren con ello el derecho al producto de las operaciones del concesionario con sus clientes. El concesionario

recauda de sus clientes las tasas fijadas y transfiere los fondos resultantes al vehículo para fines especiales, el cual lo transfiere luego a los titulares de obligaciones bursatilizadas. En algunos países, una legislación reciente ha reconocido expresamente la facultad del concesionario para ceder créditos del proyecto a un vehículo para usos especiales, que conserve y gestione los créditos en régimen fiduciario en beneficio de los acreedores del proyecto. Con miras a proteger a los titulares de las obligaciones del riesgo de insolvencia del concesionario, puede ser aconsejable adoptar las medidas legislativas necesarias que permitan la separación jurídica entre el concesionario y el vehículo para fines especiales.

60. En la mayoría de los casos, no sería práctico que el concesionario especificara en detalle los créditos que se cedían a los acreedores. Por consiguiente, la cesión de créditos en la financiación de proyectos suele revestir la forma de una cesión global de créditos futuros. En diversos ordenamientos jurídicos se han incorporado al derecho interno disposiciones legales que reconocen la autoridad del concesionario para prometer el producto de proyectos de infraestructura. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos puede haber una considerable incertidumbre en lo relativo a la validez de la cesión global de créditos y de crédito futuros. Así pues, es importante evitar que la legislación nacional sobre derechos reales impida a las partes ceder efectivamente créditos comerciales a fin de obtener fondos para el proyecto (véase el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”, ____).

4. Garantías constituidas sobre las acciones de la sociedad del proyecto

61. Cuando no pueda llevarse a cabo la cesión ni la transmisión de la concesión sin el consentimiento de la autoridad contratante (véanse los párrs. ____) la legislación prohíbe a veces la constitución de garantías reales sobre las acciones de la sociedad del proyecto. No obstante, cabe señalar que la garantía sobre las acciones de la sociedad del proyecto es

normalmente exigida por los prestamistas en las operaciones de financiación del proyecto y que las prohibiciones generales de la constitución de dicha garantía pueden limitar la capacidad de la sociedad del proyecto para obtener financiación para el proyecto. Al igual que ocurre con otras formas de garantía, puede ser útil que la legislación autorice a los accionistas del concesionario a crear esa garantía, a condición de que la autoridad contratante dé previamente su aprobación en los casos en que se necesitaría para la transmisión de la participación social en la sociedad del proyecto (véanse los párrs. 64 a 68).

F. Cesión de la concesión

62. Las concesiones se adjudican a la vista de las especiales calificaciones y la fiabilidad del concesionario y en la mayoría de los ordenamientos no pueden traspasarse libremente. De hecho, las legislaciones nacionales prohíben a menudo la cesión de la concesión sin el consentimiento de la autoridad contratante. La finalidad de estas limitaciones suele ser asegurar el control de la autoridad contratante sobre las calificaciones técnicas de las empresas gestoras de infraestructura o de servicios públicos.

63. Algunos países han considerado conveniente mencionar en la legislación las condiciones en las que puede darse la aprobación para el traspaso de una concesión antes de que haya expirado su plazo, como, por ejemplo, que el nuevo concesionario acepte todas las obligaciones que le sean impuestas en el acuerdo de proyecto y demuestre poseer la capacidad técnica y financiera necesaria para prestar el servicio. Las disposiciones legislativas de carácter general de este tipo pueden complementarse con disposiciones específicas estipuladas en el acuerdo de proyecto que definan el alcance de dichas restricciones, así como las condiciones en que la autoridad contratante puede dar su consentimiento. Sin embargo, cabe observar que estas restricciones se aplican normalmente a la transferencia voluntaria de sus derechos por el concesionario; no

excluyen la transferencia forzosa de la concesión a una entidad designada por los prestamistas, con el consentimiento de la autoridad contratante, a los efectos de evitar la liquidación consiguiente a un grave incumplimiento del concesionario (véanse los párrs. 147 a 150).

G. Transmisibilidad del control de la sociedad del proyecto

64. Puede preocupar a la autoridad contratante que los miembros originales del consorcio ofertante mantengan su compromiso con el proyecto a lo largo de toda su duración y que el control efectivo sobre la sociedad del proyecto no se transfiera a entidades desconocidas por la autoridad contratante. Los concesionarios se escogen para llevar a cabo proyectos de infraestructura por lo menos en parte sobre la base de su experiencia y sus capacidades para ese tipo de proyecto (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 38 a 40). Preocupa, pues, a las autoridades contratantes que, si los accionistas del concesionario son del todo libres para transmitir sus inversiones en un proyecto determinado, no habrá seguridad acerca de quién prestará realmente los servicios pertinentes.

65. Las autoridades contratantes pueden conformarse con la experiencia que el consorcio ofertante seleccionado demostró en la fase de preselección y las garantías de cumplimiento otorgadas por las organizaciones matrices del consorcio original y sus subcontratistas. En la práctica, sin embargo, no conviene exagerar la tranquilidad que pueda resultar de la aparente pericia de los accionistas del concesionario. Cuando se crea una entidad jurídica aparte para llevar a cabo el proyecto, como ocurre con frecuencia (véase el párrafo 12), el respaldo de los accionistas del concesionario en caso de que el proyecto tropiece con dificultades, puede verse limitado por su responsabilidad máxima. Así, las restricciones de la transmisibilidad de las inversiones tal vez no representen en sí una protección suficiente contra el riesgo de incumplimiento del concesionario. En particular, estas restricciones no

sustituyen a los recursos contractuales apropiados previstos en el acuerdo de proyecto, como la supervisión del nivel del servicio prestado (véanse los párrs. 147 a 150) o la rescisión sin plena indemnización en el caso de un cumplimiento insatisfactorio (véase el capítulo VI, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”).

66. Las limitaciones de la transmisibilidad de acciones en empresas que prestan servicios públicos pueden presentar también algunas desventajas para la autoridad contratante. Como antes se observó (véase “Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 54 a 67), existen muchos tipos de financiación obtenibles de diferentes inversionistas para distintos perfiles de riesgo y remuneración. Los inversionistas iniciales, como las empresas de construcción y los proveedores de equipo, tratarán de ser remunerados por los mayores riesgos que asumen, mientras que los inversionistas posteriores pueden pedir un rendimiento menor a la medida de los menores riesgos a que hacen frente. La mayoría de los inversionistas iniciales disponen de recursos finitos y necesitan reciclar el capital para poder participación en nuevos proyectos. Por consiguiente, esos inversionistas tal vez no estén dispuestos a inmovilizar su capital en proyectos a largo plazo. Al final del período de construcción, los inversionistas iniciales pueden preferir vender su participación a un proveedor secundario de capital que pida un tipo de rendimiento inferior. Una vez asegurado el uso de la infraestructura, podría recurrirse a otro tipo de refinanciación. Pero, si la capacidad del inversionista de invertir y reinvertir capital para el desarrollo de proyectos se ve restringida por limitaciones de la transmisibilidad de las acciones en proyectos de infraestructura se corre el riesgo de que la financiación tenga un costo más alto. En algunas circunstancias tal vez sea totalmente imposible financiar un proyecto, ya que tal vez no estén dispuestos a participar en él algunos inversionistas cuya participación pudiera ser decisiva para la ejecución del proyecto. Desde una perspectiva a largo plazo, se puede obstaculizar el desarrollo de un mercado de inversión en infraestructuras

públicas si se limita innecesariamente la capacidad de los inversionistas para transferir su capital en proyectos de infraestructura con financiación privada.

67. Por las mencionadas razones, puede ser aconsejable limitar las restricciones de la transmisión de capital de control en la sociedad del proyecto a un tiempo determinado (por ejemplo, cierto número de años después de la entrada en vigor del acuerdo de proyecto) o a las situaciones en que tales restricciones se justifican por razones de interés público. Una de esas situaciones puede darse si el concesionario está en posesión de bienes públicos o si el concesionario recibe préstamos, subvenciones, capital u otras formas de respaldo oficial directo. En esos casos, la responsabilidad de la autoridad contratante por el uso correcto de fondos públicos impone asegurarse de que los fondos y los bienes se confían a una compañía sólida con la que los inversionistas originales permanezcan comprometidos durante un tiempo razonable. Otra situación que quizá justifique imponer limitaciones a las transferencias de acciones de empresas concesionarias puede darse cuando la autoridad contratante tiene interés en impedir que se transmitan acciones a determinados inversionistas. Por ejemplo, la autoridad contratante tal vez desee controlar la adquisición de las participaciones dominantes de proveedores de servicios públicos para evitar la formación de oligopolios o monopolios en los sectores liberalizados. O puede pensarse que no conviene que una empresa que defraudó a una parte del gobierno sea empleada por otra mediante una filial nuevamente adquirida.

68. En estos casos excepcionales, puede ser conveniente pedir que los inversionistas iniciales obtengan el consentimiento previo de la autoridad contratante antes de transmitir su participación social. Debe quedar claro en el acuerdo de proyecto que ese consentimiento no ha de ser denegado sin razón ni retardado indebidamente. A efectos de transparencia, puede ser además aconsejable expresar en la ley los motivos por los que quepa denegar la aprobación y requerir a la autoridad contratante que

especifique en cada caso las razones de su negativa. Puede que haya que estudiar caso por caso la duración adecuada de esas limitaciones (por ejemplo, para una fase en particular del proyecto o para el plazo de la concesión). En algunos proyectos tal vez sea posible suavizar esas restricciones una vez terminada la instalación. Es también conveniente aclarar en el acuerdo del proyecto si estas limitaciones, de haberlas, han de aplicarse a la transferencia de alguna participación en el concesionario o si las preocupaciones de la autoridad contratante se centran en un inversionista determinado, (por ejemplo, una empresa de construcción o el diseñador de la instalación) mientras dure la fase de construcción o durante un tiempo apreciable a partir de la misma.

H. Obras de construcción

69. Las autoridades contratantes que adquieren obras de construcción actúan normalmente como un empleador en un contrato de construcción y conservan amplios derechos de vigilancia e inspección, incluido el de examinar el proyecto de construcción y solicitar modificaciones, vigilar de cerca el calendario de las obras, inspeccionar y aceptar oficialmente la construcción terminada y dar su autorización final para la explotación de las instalaciones.

70. En cambio, en muchos proyectos de infraestructura con financiación privada, la autoridad contratante puede preferir transmitir esa responsabilidad al concesionario. En lugar de asumir la responsabilidad directa de la gestión detallada del proyecto, las autoridades contratantes pueden preferir traspasar esa responsabilidad al concesionario, exigiéndole que asuma la plena responsabilidad de la terminación de la construcción en el plazo fijado. También el concesionario tendrá interés en que el proyecto se termine a tiempo y no se supere el costo estimado, y normalmente negociará contratos “llave en mano” de precio y plazos fijos, que incluyan fianzas de cumplimiento dadas por los contratistas de la construcción. En consecuencia, en los proyectos de infraestructura con

financiación privada es el concesionario el que, a la mayoría de los efectos, desempeña la función que normalmente desempeñaría el empleador en los contratos de construcción.

71. Por estas razones, las disposiciones legislativas sobre la construcción de instalaciones de infraestructura con esa financiación se limitan en algunos países a dar una definición general de la obligación del concesionario de realizar las obras públicas de conformidad con las disposiciones del acuerdo de proyecto y conceden a la autoridad contratante un derecho general de vigilar la marcha de las obras a fin de asegurarse de que se ajusten a las disposiciones del acuerdo. En esos países, se deja que las disposiciones más detalladas figuren en acuerdo de proyecto.

1. Examen y aprobación de los planes de construcción

72. Cuando se estima necesario tratar en la legislación los proyectos de construcción y cuestiones conexas, es aconsejable establecer procedimientos que ayuden a que la fecha de terminación y los costos de construcción no excedan de las estimaciones, y reduzcan la posibilidad de controversias entre el concesionario y las autoridades públicas de que se trate. Por ejemplo cuando las disposiciones legales requieren que la autoridad contratante examine y apruebe el proyecto de construcción, el acuerdo de proyecto deberá fijar un plazo máximo para el examen del proyecto de construcción y disponer que se considerará concedida la aprobación si la autoridad contratante no formula objeciones durante ese período. Puede ser útil también especificar en el acuerdo de proyecto los motivos por los que la autoridad contratante podrá formular objeciones o solicitar modificaciones del proyecto (por ejemplo, seguridad pública, defensa y seguridad nacionales, preocupaciones ecológicas o incumplimiento de las especificaciones).

2. Modificación de las condiciones del proyecto

73. Durante la construcción de unas instalaciones de infraestructura, es corriente que se den situaciones que hagan necesario o conveniente modificar algunos aspectos de la construcción. En consecuencia, quizá desee la autoridad contratante reservarse el derecho de ordenar modificaciones en relación con aspectos como el alcance de la construcción, las características técnicas del equipo o los materiales que se incorporarán a la obra o los servicios de construcción necesarios en virtud de las especificaciones. Esos cambios se denominan en la *Guía* “modificaciones”. Tal como se utiliza en la *Guía*, la palabra “modificación” no incluye los reajustes o revisiones de tarifas por razón de variaciones de los costos o de fluctuaciones monetarias (véanse los párrs. 39 a 44). De igual modo, la *Guía* no considera como modificación la renegociación del acuerdo de proyecto en el caso de cambios sustanciales de las condiciones (véanse los párrs. 126 a 130).

74. Dada la complejidad de la mayoría de los proyectos de infraestructura, no es posible excluir la necesidad de modificar las especificaciones de construcción u otros requisitos del proyecto. Sin embargo, esas modificaciones causan a menudo demoras en la ejecución del proyecto o en la prestación del servicio público; también pueden hacer más gravoso para el concesionario el cumplimiento del acuerdo de proyecto. Además, el costo de ejecutar órdenes de realizar amplias modificaciones puede exceder de los recursos financieros del propio concesionario, exigiendo una financiación adicional considerable que quizá no se pueda obtener a un costo aceptable. Por consiguiente, es aconsejable que la autoridad contratante estudie medidas para controlar la posible necesidad de modificaciones. La calidad de los estudios de viabilidad requeridos por la autoridad contratante y de las especificaciones dadas durante el proceso de selección (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, párrs. 61 y 64 a 66) desempeña una función importante para evitar modificaciones ulteriores del proyecto.

75. En el acuerdo de proyecto deberían especificarse las circunstancias en que la autoridad contratante podrá ordenar modificaciones con respecto a las especificaciones de construcción, y la indemnización que podrá percibir el concesionario, cuando proceda, para sufragar los costos adicionales y las demoras que esas modificaciones supongan. El acuerdo de proyecto deberá aclarar también la medida en que el concesionario estará obligado a realizar las modificaciones y si podrá formular objeciones al respecto, y en caso afirmativo, por qué motivos. Conforme a una práctica contractual seguida en algunos ordenamientos jurídicos, el concesionario puede quedar liberado de sus obligaciones cuando la cuantía de los costos adicionales que suponga la modificación exceda de un límite establecido.

76. En los contratos de construcción importantes se han utilizado diversos enfoques para tratar las modificaciones en relación con la obligación del contratista de realizar los cambios y los reajustes necesarios en el precio o la duración del contrato¹. Esas soluciones pueden utilizarse también, *mutatis mutandis*, en relación con las modificaciones solicitadas por la autoridad contratante en virtud del acuerdo de proyecto. Hay que señalar, sin embargo, que en las concesiones de infraestructura la remuneración de la empresa titular del proyecto consiste en las tarifas de utilización o los precios del producto de las instalaciones y no en un precio global por la construcción. Por ello, los métodos de indemnización utilizados en relación con las concesiones de infraestructura incluyen a veces una combinación de métodos diversos, que van desde el pago de sumas globales a los aumentos de tarifas o las prórrogas del período de la concesión. Por ejemplo, puede haber modificaciones que se traduzcan en un aumento de los costos que el concesionario sería capaz de absorber o financiar por sí mismo, amortizándolo por medio de un reajuste de las tarifas o del sistema de pago, según proceda. Si el concesionario no puede refinanciar o financiar las modificaciones por sí mismo, tal vez deseen las partes considerar el

pago de sumas globales como alternativa de una estructura de refinanciación complicada y costosa.

3. Facultades de vigilancia de la autoridad contratante

77. En algunos sistemas jurídicos, las autoridades públicas que adquieren obras de construcción se reservan normalmente la facultad de ordenar la suspensión o interrupción de las obras por razones de interés público. Sin embargo, a fin de dar ciertas seguridades a posibles inversionistas, puede ser útil limitar la posibilidad de esa intervención y disponer que ninguna de esas interrupciones será de duración o amplitud mayor de las precisas, teniendo en cuenta las circunstancias que den lugar a la necesidad de suspender o interrumpir las obras. Puede ser útil también convenir un plazo máximo de suspensión y prever una indemnización adecuada del concesionario. Además, pueden darse garantías para garantizar el pago de la indemnización o para indemnizar al concesionario de las pérdidas resultantes de la suspensión del proyecto (véase también el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 48 a 50).

78. En algunos ordenamientos jurídicos, las instalaciones construidas para la prestación de ciertos servicios públicos adquieren titularidad pública una vez concluidas las obras (véase el párrafo 24). En tal caso, la ley exige que la instalación concluida sea aceptada formalmente por la autoridad contratante o por otra autoridad pública. Esta aceptación formal no suele darse hasta que se han inspeccionado las instalaciones terminadas y se han realizado las pruebas necesarias para comprobar que las instalaciones funcionan y cumplen las especificaciones y los requisitos técnicos y de seguridad. Aun en los casos en que no se requiere la aceptación formal de la autoridad contratante (por ejemplo, cuando la instalación sigue siendo propiedad del concesionario), se requieren a menudo disposiciones para la inspección final y la aprobación de las obras de construcción por parte de la autoridad contratante a fin de velar

por el cumplimiento de las normas de sanidad, seguridad y construcción o de las normas laborales. El acuerdo de proyecto deberá determinar detalladamente la naturaleza de las pruebas de terminación o la inspección de las instalaciones terminadas; el calendario de las pruebas (por ejemplo, puede ser conveniente realizar pruebas parciales al cabo de cierto tiempo, en lugar de una sola prueba final); las consecuencias de no superar una prueba; y a quién corresponde organizar los medios para la prueba y sufragar los costos correspondientes. En algunos países se ha estimado útil autorizar la explotación de las instalaciones con carácter provisional, en espera de la aprobación final de la autoridad contratante, y dar oportunidad al concesionario de rectificar los defectos que puedan encontrarse entonces.

4. Período de garantía

79. Los contratos de construcción negociados por el concesionario preverán normalmente una garantía de calidad en la que los contratistas asumen la responsabilidad de los defectos en las obras y de las imprecisiones o insuficiencias en los documentos técnicos facilitados con las obras, excepto en casos en que no se justifique (por ejemplo, el desgaste normal o los errores del concesionario en el mantenimiento o explotación). También se puede derivar una responsabilidad adicional de disposiciones legislativas o de principios generales de derecho en virtud del derecho aplicable, como la del período especial de responsabilidad prorrogada por defectos estructurales en las obras, previsto en algunos ordenamientos jurídicos. El acuerdo de proyecto debería prever que la aprobación o aceptación final de la instalación por la autoridad contratante no eximiría a los contratistas de responsabilidad por los defectos en las obras y por las imprecisiones o insuficiencias en los documentos técnicos facilitados en el marco de los contratos de construcción y del derecho aplicable.

I. Explotación de infraestructuras

80. A menudo se especifican en la legislación las condiciones de explotación y mantenimiento de las instalaciones, así como normas de calidad y seguridad, que se detallan en el acuerdo de proyecto. Además, especialmente en el sector de la electricidad, el agua y el saneamiento, y el transporte público, la autoridad contratante o un organismo regulador independiente pueden ejercer una función de supervisión de la explotación de las instalaciones. El examen exhaustivo de las cuestiones jurídicas relativas a las condiciones de explotación de las instalaciones de infraestructura excedería del ámbito de la presente *Guía*. Por consiguiente, en los párrafos que siguen se hace solo una breve exposición de algunas de las cuestiones principales.

81. Las disposiciones reguladoras sobre la explotación de infraestructuras y los requisitos jurídicos para la prestación de los servicios públicos tienen por objeto lograr diversos objetivos de interés público. Dada la duración normalmente larga de los proyectos de infraestructura, existe la posibilidad de que esas disposiciones y requisitos tengan que modificarse durante la vida del acuerdo de proyecto. Sin embargo, es importante tener en cuenta la necesidad que tiene el sector privado de un marco normativo estable y previsible. La modificación de las reglamentaciones o la introducción frecuente de normas nuevas y más estrictas pueden tener repercusiones perturbadoras en la ejecución del proyecto y comprometer su viabilidad financiera. Por consiguiente, aunque las partes pueden concertar acuerdos contractuales para contrarrestar los efectos perjudiciales de las modificaciones reguladoras ulteriores (véanse los párrs. 122 a 125), los organismos reguladores harán bien en evitar una reglamentación excesiva, o modificaciones frecuentes y poco razonables de las normas existentes.

1. Normas de ejecución

82. Quienes prestan servicios públicos tienen que cumplir en general un conjunto de normas técnicas y de servicio. Esas normas son en la mayoría de los casos demasiado detalladas para figurar en la legislación, y pueden ser incluidas en decretos, reglamentos u otros instrumentos de aplicación. A veces se incluyen en el acuerdo de proyecto normas de servicio muy detalladas. Esas normas comprenden normas de calidad, como requisitos con respecto a la pureza y presión del agua; plazos máximos para realizar reparaciones; límites para los defectos o reclamaciones; puntualidad de los servicios de transporte; continuidad del suministro; y normas de salud, seguridad y ecológicas. Sin embargo, la legislación puede imponer los principios básicos que orientarán la redacción de normas detalladas o exigir el cumplimiento de normas internacionales.

83. Normalmente, la autoridad contratante conserva la facultad de vigilar el cumplimiento por la empresa del proyecto de las normas de ejecución reguladoras. El concesionario estará interesado en evitar en lo posible cualquier interrupción de la explotación de las instalaciones y en protegerse de las consecuencias de esa interrupción. Buscará garantías de que el ejercicio por la autoridad contratante de sus facultades de vigilancia o normativas no cause perturbaciones o interrupciones indebidas en la explotación de las instalaciones, ni se traduzca en costos adicionales indebidos para el concesionario.

2. Ampliación de los servicios

84. En algunos ordenamientos jurídicos, la entidad que explote en virtud de una concesión pública la prestación de determinados servicios esenciales (por ejemplo, electricidad o agua potable) a una comunidad o territorio y sus habitantes asume la obligación de prestar un sistema de servicios que sea razonablemente adecuado para satisfacer la demanda de la comunidad o del territorio. Esa obligación se refiere no sólo a la demanda en el momento en que se otorgó la concesión, sino que implica

la obligación de adaptarse al ritmo de crecimiento de la comunidad o territorio atendidos y de ampliar gradualmente el sistema en la medida en que lo requiera la demanda razonable de la comunidad o el territorio. En algunos ordenamientos jurídicos, esa obligación tiene el carácter de una obligación pública que puede aducir cualquier residente de la comunidad o el territorio de que se trate. En otros ordenamientos se trata de una obligación legal o contractual por cuyo cumplimiento puede velar la autoridad contratante o un organismo regulador, según los casos.

85. En algunos ordenamientos jurídicos, esa obligación no es absoluta ni sin reservas. De hecho, la obligación del concesionario de ampliar sus instalaciones de servicio puede depender de diversos factores, como la necesidad y el costo de la ampliación y los consiguientes ingresos que cabe esperar; la situación financiera del concesionario; el interés público de realizar la ampliación; y el alcance de las obligaciones asumidas por el concesionario al respecto en virtud del acuerdo de proyecto. En algunos ordenamientos jurídicos, el concesionario puede estar obligado a ampliar las instalaciones de servicio aunque esa ampliación concreta no sea inmediatamente rentable o aunque, como consecuencia de las ampliaciones, el territorio del concesionario pueda llegar a incluir zonas no rentables. No obstante, la obligación está sometida a ciertos límites, ya que no se exige al concesionario que realice ampliaciones que supongan una carga no razonable para el concesionario o sus clientes. En función de las circunstancias concretas, el costo de realizar ampliaciones de las instalaciones de servicio puede ser absorbido por el concesionario, trasladado a los clientes o usuarios finales mediante aumentos de tarifas o recargos extraordinarios, o ser absorbido total o parcialmente por la autoridad contratante o por otra autoridad pública por medio de subvenciones o donaciones. Dada la diversidad de los factores que puede ser preciso tener en cuenta a fin de evaluar la razonabilidad de cualquier ampliación concreta, conviene que el acuerdo de proyecto determine las circunstancias en que se podrá exigir al concesionario que realice

ampliaciones de sus instalaciones de servicio y los métodos apropiados para financiar el costo de cualquiera de esas ampliaciones.

3. Continuidad de servicio

86. Otra obligación de quienes prestan servicios públicos es garantizar la prestación continua del servicio en la mayoría de las circunstancias, salvo si se trata de acontecimientos exonerantes concretamente definidos (véanse también los párrs. 132 a 134). En algunos ordenamientos jurídicos, esta obligación tiene el carácter de una obligación legal exigible aunque no figure expresamente en el acuerdo de proyecto. El corolario de esa norma, en los ordenamientos jurídicos en que existe, es que diversas circunstancias que, de conformidad con los principios generales del derecho contractual, podrían autorizar a una de las partes contratantes a suspender o interrumpir el cumplimiento de sus obligaciones (por ejemplo, dificultades económicas o incumplimiento por la otra parte) no podrán ser invocadas por el concesionario como motivo para la suspensión o interrupción, total o parcial, de la prestación de un servicio público. En algunos ordenamientos jurídicos, la autoridad contratante puede tener incluso facultades especiales de ejecución para obligar al concesionario a reanudar la prestación de servicio en caso de una interrupción ilícita.

87. También esta obligación está sometida a una norma general de razonabilidad. Diversos ordenamientos jurídicos reconocen el derecho del concesionario a una indemnización justa por haber tenido que prestar el servicio en condiciones de penuria económica (véanse los párrs. 126 a 130). Además, en algunos ordenamientos jurídicos, se prevé que quien presta servicios públicos no podrá ser obligado a hacerlo cuando su explotación general se traduzca en una pérdida. Cuando un servicio público en su conjunto, y no sólo una o más de sus ramas o territorios, deja de ser rentable, el concesionario puede tener derecho a una indemnización directa a cargo de la autoridad contratante o bien a

rescindir el acuerdo de proyecto. Sin embargo, esa rescisión requiere normalmente el consentimiento de la autoridad contratante o una decisión judicial. En los ordenamientos jurídicos que admiten esta solución, es aconsejable aclarar en el acuerdo de proyecto cuáles son las circunstancias extraordinarias que justificarían la suspensión del servicio o incluso que el concesionario quedase liberado de sus obligaciones en virtud del acuerdo de proyecto (véase también el capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, ____).

4. Igualdad de trato de los clientes o usuarios

88. En algunas jurisdicciones, las entidades que prestan determinados servicios al público en general tienen obligación específica de garantizar la disponibilidad del servicio en condiciones esencialmente iguales para todos los usuarios y clientes que entran en la misma categoría. Sin embargo, toda diferenciación basada en una clasificación razonable y objetiva de los clientes y usuarios se acepta en esos ordenamientos, siempre que se preste al mismo tiempo un servicio semejante a los consumidores y usuarios dedicados a operaciones semejantes en circunstancias también semejantes. En consecuencia, puede no ser incompatible con el principio de igualdad de trato cobrar precios diferentes u ofrecer diferentes condiciones de acceso a categorías diferentes de usuarios (por ejemplo, consumidores familiares, por una parte, y consumidores mercantiles o industriales, por otra), siempre que la diferenciación se base en criterios objetivos y corresponda a diferencias reales en la situación de los consumidores o las condiciones en que se les preste el servicio. No obstante, cuando la diferencia del precio u otras condiciones del servicio se base en diferencias reales de éste (por ejemplo, precios más altos por servicios prestados en horas de consumo máximo) deberá ser proporcional a esa diferencia.

89. Además de la diferenciación establecida por el propio concesionario, el trato diferente de determinados usuarios o clientes

puede ser consecuencia de medidas legislativas. En muchos países, la legislación exige que determinados servicios se presten en condiciones especialmente favorables a determinadas categorías de usuarios y clientes (por ejemplo, transporte con descuento para niños en edad escolar o ancianos, o tarifas reducidas de agua o electricidad para usuarios rurales o de bajos ingresos). Quienes presten servicios públicos pueden resarcirse de esas cargas o costos de servicio de diversas formas, concretamente por medio de subvenciones públicas, fondos u otros mecanismos oficiales creados para distribuir la carga financiera de esas obligaciones entre todos los que presten servicios públicos, o mediante subvenciones internas de servicios más rentables (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 42 a 44).

5. Interconexión y acceso a redes de infraestructuras

90. Las empresas que explotan redes de infraestructura en sectores como el transporte ferroviario, las telecomunicaciones o el suministro de energía o gas tienen que permitir a veces a otras empresas el acceso a la red. Este requisito puede establecerse en el acuerdo de proyecto o recogerse en las leyes o reglamentaciones específicas del sector. En algunos sectores de infraestructura se han introducido requisitos de interconexión y acceso como complemento de las reformas de a estructura de un determinado sector; en otros se han adoptado para fomentar la competitividad en sectores que siguen estando total o parcialmente integrados (véase *supra* un breve examen de problemas de estructura del mercado, en “Introducción e información de antecedentes”, párrs. 21 a 46).

91. A menudo, los explotadores de redes tienen que facilitar el acceso en condiciones que sean justas y no discriminatorias tanto desde el punto de vista financiero como desde el punto de vista técnico. La no discriminación supone que el nuevo participante o proveedor de servicios podrá utilizar la infraestructura del explotador de la red en condiciones

que no sean menos favorables que las que ese explotador aplique a sus propios servicios o a los de los proveedores competidores. Sin embargo, hay que señalar, por ejemplo, que muchos regímenes de acceso a oleoductos no requieren que las condiciones sean totalmente iguales para el transportista y sus competidores. La obligación de acceso puede ser matizada de algún modo. Así, por ejemplo, puede limitarse sólo a la capacidad sobrante o estar sujeta a condiciones no ya iguales sino razonables.

92. Aunque la fijación de precios de acceso se basa normalmente en el costo, los organismos reguladores se reservan a veces el derecho a vigilar las tarifas de acceso a fin de garantizar que sean suficientemente altos para ofrecer incentivos adecuados para la inversión en la infraestructura necesaria y suficientemente bajos para que nuevos participantes puedan competir en condiciones justas. Cuando el explotador de la red presta servicios compitiendo con otros proveedores, puede exigirse que sus actividades se disocien de las otras desde el punto de vista contable, a fin de determinar el costo real de la utilización por terceros de la red o de alguna de sus partes.

93. Las condiciones de acceso técnico pueden ser igualmente importantes, y se puede exigir a los explotadores de la red que la adapten para que satisfaga las necesidades de acceso de los nuevos participantes. El acceso puede ser a la red en su conjunto o a partes o sectores monopolísticos de ella (a veces se denominan también instalaciones críticas o esenciales). Muchas administraciones públicas permiten a quienes presten servicios construir su propia infraestructura o utilizar otra eventual infraestructura. En estos casos, el proveedor de servicios puede necesitar tener acceso sólo a una pequeña parte de la red y, según muchas reglamentaciones, no se le puede obligar a pagar más que el costo correspondiente a la utilización de las instalaciones concretas que necesite, como el circuito de telecomunicaciones local, la capacidad de

transmisión para el suministro de electricidad o el empleo de un tramo de vía ferroviaria.

6. Requisitos de información

94. Muchas legislaciones nacionales imponen a los proveedores de servicios públicos la obligación de facilitar al organismo regulador información exacta y oportuna sobre su explotación, y conceden a los organismos reguladores derechos de ejecución específicos. Esos derechos pueden abarcar investigaciones y comprobaciones de cuentas, inclusive comprobaciones detalladas de resultados y cumplimiento, la imposición de sanciones a las empresas que no cooperen e interdictos o procedimientos de sanción para obligar a facilitar la información.

95. Normalmente se exige a los proveedores de servicios públicos que lleven y comuniquen al organismo regulador su contabilidad y estados financieros, y también una contabilidad de costos detallada que permita a dicho organismo examinar por separado los diversos aspectos de las actividades de la empresa. Las transacciones financieras entre la empresa concesionaria y sus empresas afiliadas pueden requerir igualmente escrutinio, ya que las empresas concesionarias pueden tratar de transferir beneficios a empresas no sometidas a regulación o empresas afiliadas extranjeras. También puede someterse a requisitos de información técnica y de resultados detallada a los explotadores de infraestructuras. Sin embargo, por regla general, es importante definir límites razonables para el volumen y el tipo de información que se exigirá que presenten los explotadores. Además, deben adoptarse medidas apropiadas para proteger la confidencialidad de toda información de dominio privado que puedan facilitar al organismo regulador el concesionario y sus empresas afiliadas.

7. Facultades de ejecución del concesionario

96. En países en que tradicionalmente se adjudican concesiones para la prestación de servicios públicos, el concesionario puede estar facultado para dictar normas encaminadas a facilitar la prestación del servicio (por ejemplo, instrucciones para los usuarios o normas de seguridad), adoptar medidas razonables para asegurar el cumplimiento de esas normas y suspender el servicio por motivos de emergencia o seguridad. Para ello la mayoría de los ordenamientos jurídicos pueden requerir una autorización legislativa de carácter general o incluso una autorización parlamentaria específica. Pero en el proyecto de acuerdo se define normalmente la amplitud de las facultades delegadas en el concesionario y puede no ser necesario regularlas detalladamente en la legislación. Puede ser aconsejable prever que las normas dictadas por el concesionario entrarán en vigor al ser aprobadas por el organismo regulador o la autoridad contratante, según proceda. Sin embargo, el derecho a aprobar las normas de explotación propuestas por el concesionario no debe ser arbitrario y se debe dar a éste el derecho a recurrir contra cualquier denegación de la aprobación de las normas propuestas (véase también el capítulo I, “Marco legislativo e institucional”, párrs. 49 y 50).

97. De especial importancia para el concesionario es la cuestión de si la prestación del servicio podrá interrumpirse por incumplimientos o infracciones de los usuarios. A pesar de la obligación general del concesionario de garantizar la prestación continua del servicio (véanse los párrs. 86 y 87), muchos ordenamientos jurídicos reconocen que las entidades que prestan servicios públicos podrán dictar y aplicar normas que prevean la clausura del servicio si el consumidor o usuario ha dejado de abonarlo o ha infringido gravemente las condiciones de su utilización. La facultad de hacerlo se considera con frecuencia esencial para impedir los abusos y garantizar la viabilidad económica del servicio. Sin embargo, dada la naturaleza esencial de algunos servicios públicos, esa facultad puede requerir en algunos ordenamientos jurídicos respaldo legislativo. Además, puede haber algunas limitaciones o condiciones expresas o implícitas para el ejercicio de esa facultad, como requisitos de

notificación especial y acciones específicas del consumidor. Otras limitaciones y condiciones pueden derivarse de la aplicación de las normas generales de protección del consumidor (véase el capítulo VII, “Otros ámbitos jurídicos pertinentes”, ___).

J. Arreglos contractuales generales

98. En esta sección se analizan determinados arreglos contractuales que suelen figurar en acuerdos de proyectos en diversos sectores y que a menudo se reflejan en cláusulas contractuales modelo que utilizan las autoridades contratantes nacionales. Si bien los arreglos examinados en esta sección son esencialmente de carácter contractual, pueden tener importantes repercusiones en la legislación del país anfitrión, según el ordenamiento jurídico que tenga.

1. Subcontratación

99. Dada la complejidad de los proyectos de infraestructura, el concesionario utiliza normalmente los servicios de uno o más contratistas de obras para realizar una parte mayor o menor de la construcción con arreglo al acuerdo de proyecto. El concesionario puede desear también contratar los servicios de contratistas con experiencia en la explotación y mantenimiento de infraestructuras, en la etapa de explotación del proyecto. Las legislaciones de algunos países reconocen en general el derecho del concesionario a concertar los contratos necesarios para realizar la construcción. Una disposición legislativa que reconozca la facultad del concesionario de subcontratar puede ser especialmente útil en los países en que existen limitaciones para que quienes contratan con la administración pública puedan subcontratar.

a) Elección de subcontratistas

100. La libertad del concesionario para contratar subcontratistas está restringida en algunos países por normas que prescriben el uso de la licitación o de procedimientos similares para que los proveedores de servicios públicos puedan adjudicar subcontratos. Con frecuencia esas disposiciones legislativas se promulgaban cuando la administración pública explotaba principal o exclusivamente las instalaciones de infraestructura, y la inversión del sector privado era escasa o sólo marginal. La finalidad de esas disposiciones legales era garantizar la economía, eficiencia, integridad y transparencia de la utilización de los fondos públicos. Sin embargo, en el caso de proyectos de infraestructura con financiación privada, esas disposiciones pueden desalentar la participación de posibles inversionistas, ya que los patrocinadores de proyectos incluyen normalmente empresas de ingeniería y construcción que participan en el proyecto esperando que se les adjudiquen los contratos principales para realizar la construcción y otras obras.

101. Sin embargo, la libertad del concesionario para seleccionar sus subcontratistas no es ilimitada. En algunos países, el concesionario tiene que indicar en su propuesta los contratistas que utilizará y facilitar información sobre su capacidad técnica y solvencia financiera. Otros países requieren que esa información se facilite en el momento de concertar el acuerdo de proyecto o someten los contratos a examen y aprobación previos por la autoridad contratante. La finalidad de esas disposiciones es evitar posibles conflictos de intereses entre la empresa del proyecto y sus accionistas, ya que la cuestión interesará también normalmente a los prestamistas, que quizá deseen asegurarse de que los que contraten con la empresa del proyecto no sean remunerados en exceso. En cualquier caso, si se considera necesario que la autoridad contratante tenga derecho a examinar y aprobar los subcontratos de la empresa del proyecto, en el acuerdo de proyecto deberán definirse claramente la finalidad de esos procedimientos de examen y aprobación y las circunstancias en que la autoridad contratante podrá denegar la aprobación. Por regla general, la aprobación no deberá denegarse a menos

que se estime que los subcontratos contienen disposiciones manifiestamente contrarias al interés público (por ejemplo, disposiciones sobre pagos excesivos a los subcontratistas o limitaciones no razonables de su responsabilidad) o contrarias a normas obligatorias de derecho público que se apliquen a la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada en el país anfitrión.

b) Derecho aplicable

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

103. Las legislaciones nacionales rara vez contienen disposiciones acerca de la ley aplicable a los contratos celebrados por el concesionario relativas a los proyectos de infraestructura con financiación privada. De hecho la mayoría de los países no han hallado razones de peso para adoptar disposiciones relativas a la ley aplicable a los contratos entre el concesionario y sus contratistas y han preferido dejar la cuestión librada a una cláusula sobre la elección de ley en sus contratos o a las normas aplicables de derecho internacional privado. Sin embargo, cabe señalar que en algunos ordenamientos jurídicos la libertad para elegir el derecho aplicable a los contratos y a otras relaciones jurídicas está sujeta a condiciones y restricciones en virtud de las reglas de derecho internacional privado o de ciertas reglas de derecho público del país

anfitrión. Por ejemplo, los Estados Partes en algunos acuerdos de integración económica regional están obligados a promulgar disposiciones armonizadas de derecho internacional privado aplicables a los contratos entre proveedores de servicios públicos y sus contratistas. Si bien las reglas de derecho internacional privado dan un margen considerable para elegir el derecho aplicable a los contratos comerciales, en algunos países esa libertad está restringida para los contratos y las relaciones jurídicas no considerados comerciales, como por ejemplo ciertos contratos concertados por las autoridades públicas del país anfitrión (como las garantías y seguridades dadas por el gobierno y los compromisos de una autoridad pública de adquirir energía o de suministrar combustible) o contratos con consumidores.

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

2. Responsabilidad frente a usuarios y terceros

105. A consecuencia de una construcción o explotación deficiente de las instalaciones de infraestructura pueden fallecer o sufrir lesiones los empleados del concesionario, los usuarios de las instalaciones o terceros y también pueden producirse desperfectos. La cuestión de la indemnización de los terceros en tales casos es compleja y puede regirse no por las reglas de derecho aplicables al acuerdo de proyecto en materia de responsabilidad contractual sino por las reglas jurídicas aplicables en

materia de responsabilidad extracontractual. Estas últimas reglas son a menudo vinculantes. Además, en algunos ordenamientos jurídicos existen reglas especiales de carácter imperativo que rigen la responsabilidad extracontractual de las autoridades públicas de las que puede depender la autoridad contratante. Además, el acuerdo de proyecto no puede limitar la responsabilidad del concesionario o de la autoridad contratante para compensar a terceros que no sean partes en el acuerdo de proyecto. Por consiguiente, es aconsejable que la autoridad contratante y el concesionario prevean la repartición interna de riesgos entre ellos en lo que respecta a los daños y perjuicios pagaderos a las partes a causa de fallecimiento, lesiones o desperfectos, siempre que esta repartición no esté regida por reglas vinculantes. También es aconsejable que las partes se aseguren contra dichos riesgos (véanse los párrs. 119 y 120).

106. Si un tercero sufre daños personales o desperfectos en sus bienes a consecuencia de la construcción o explotación de las instalaciones y presenta una demanda contra la autoridad contratante, la ley puede disponer que el concesionario será el único responsable a este respecto y que la autoridad contratante no tendrá responsabilidad en las reclamaciones de terceros, salvo cuando los daños hayan sido causados por graves deficiencias o por temeridad de la autoridad contratante. En particular, puede ser útil prever que la mera aprobación del diseño o especificación de las instalaciones por la autoridad contratante o su aceptación de las obras de construcción o su autorización final de la explotación de las instalaciones y su utilización por el público no entrañan la responsabilidad de la autoridad contratante por eventuales daños sufridos por los usuarios de las instalaciones u otros terceros a consecuencia de la construcción o explotación de las instalaciones o de la insuficiencia del diseño o de las especificaciones aprobadas. Además, dado que la repartición de responsabilidades no puede hacerse valer contra terceros en virtud del derecho aplicable, puede ser aconsejable que el acuerdo de proyecto prevea la protección e indemnización de la autoridad contratante frente a las demandas de compensación presentadas

por terceros que hayan sufrido lesiones personales o desperfectos en sus bienes a consecuencia de la construcción o explotación de las instalaciones de infraestructura.

107. El acuerdo de proyecto debe prever asimismo que las partes se informarán mutuamente de las eventuales demandas o juicios o de las demandas o juicios que prevean que puedan entablarse contra ellas y respecto de las cuales la autoridad contratante tenga derecho a indemnización y deben prestarse mutuamente asistencia en la defensa de estas demandas o de estos procesos en la medida en que lo permita la ley del país en que se entablen los procesos.

3. Fianzas de cumplimiento y seguros

108. Las obligaciones del concesionario se complementan normalmente con la previsión de alguna forma de fianza de cumplimiento para el caso de incumplimiento y de una cobertura de seguro contra ciertos riesgos. La legislación de algunos países requiere en general que el concesionario preste garantías de cumplimiento suficientes y delega en el acuerdo de proyecto otros detalles. En otros países, la legislación contiene disposiciones más detalladas, por ejemplo exigiendo que se preste cierto tipo de fianza hasta un porcentaje determinado de la inversión básica.

a) Tipos, funciones y naturaleza de las fianzas de cumplimiento

109. Las fianzas de cumplimiento son en general de dos tipos. En uno de ellos, la fianza monetaria de cumplimiento, el fiador se compromete sólo a pagar a la autoridad contratante una suma, hasta un límite determinado, a fin de cubrir la responsabilidad del concesionario en el caso de que éste incumpla el acuerdo. Las fianzas monetarias de cumplimiento pueden adoptar la forma de una fianza de contratista, una carta de crédito contingente o una garantía a la vista. Con arreglo al otro

tipo de garantía, la fianza de cumplimiento, el fiador elige entre dos opciones: a) corregir la construcción defectuosa o terminar la incompleta; o b) buscar otro contratista que corrija la construcción defectuosa o termine la incompleta, e indemnizar a la autoridad contratante por las pérdidas debidas al incumplimiento. La cuantía de ese compromiso se limita a una suma establecida o a un porcentaje determinado del valor del contrato. En virtud de la garantía de cumplimiento, el fiador se reserva también con frecuencia la posibilidad de cumplir sus obligaciones únicamente mediante el pago de dinero a la autoridad contratante. Instituciones de garantía especializadas, como las empresas de garantía y seguro, prestan por lo general fianzas de cumplimiento. Un tipo especial de fianza de cumplimiento es la de mantenimiento, que protege a la autoridad contratante contra futuros incumplimientos que pudieran producirse durante el período de iniciación o mantenimiento y garantiza que el concesionario realizará debidamente toda reparación o trabajo de mantenimiento necesario durante el período de garantía posterior a la terminación.

110. Por lo que se refiere a su naturaleza, las fianzas de cumplimiento pueden dividirse en general en fianzas independientes y fianzas accesorias. Se dice que una fianza es “independiente” cuando la obligación del fiador es independiente de las obligaciones del concesionario en virtud del acuerdo de proyecto. Con arreglo a una fianza independiente (a menudo denominada “fianza a la primera solicitud”) o una carta de crédito contingente, el fiador o expedidor se obliga a pagar si lo solicita el beneficiario, y éste tiene derecho a resarcirse en virtud de ese instrumento si presenta el documento o los documentos previstos en las condiciones de la garantía o de la carta de crédito contingente. Esa documentación puede ser simplemente una declaración del beneficiario de que el contratista ha incumplido el acuerdo. El fiador o expedidor no puede rehusar el pago basándose en que no ha habido de hecho incumplimiento del contrato principal. Sin embargo, de conformidad con la legislación aplicable al instrumento, en circunstancias muy

excepcionales y estrictamente definidas, el pago puede denegarse o limitarse (por ejemplo, cuando la reclamación del beneficiario es manifiestamente fraudulenta). En cambio, una fianza es accesoria cuando la obligación del fiador supone sólo el mero examen de una solicitud documental de pago en la que el fiador puede tener que evaluar la prueba de la responsabilidad del contratista por incumplimiento en virtud del contrato de obra. La naturaleza del vínculo puede variar según las distintas fianzas, e incluir la necesidad de demostrar la responsabilidad del contratista en los procedimientos arbitrales. Por su naturaleza, las fianzas de cumplimiento tiene carácter accesorio con respecto al contrato a que se refieren.

b) Ventajas y desventajas de los diversos tipos de fianzas de cumplimiento

111. Desde la perspectiva de la autoridad contratante, las fianzas monetarias de cumplimiento pueden ser especialmente útiles para cubrir los gastos adicionales que quizá haya tenido que realizar la autoridad contratante como consecuencia de la demora o el incumplimiento del concesionario. Las fianzas monetarias pueden servir también de instrumento para ejercer presión sobre el concesionario a fin de que termine la construcción a tiempo y cumpla sus restantes obligaciones de conformidad con los requisitos del acuerdo de proyecto. Sin embargo, la cuantía de esas fianzas es normalmente sólo una fracción del valor económico de la obligación garantizada y normalmente no basta para cubrir el costo de contratar a un tercero que realice la obra en lugar del concesionario o de sus contratistas.

112. Desde la perspectiva de la autoridad contratante, una fianza a la primera solicitud tiene la ventaja de garantizar la pronta recuperación de la suma garantizada, sin necesidad de probar el incumplimiento del contratista o la cuantía de la pérdida del beneficiario. Además, los fiadores que prestan fianzas monetarias de cumplimiento, especialmente

los bancos, prefieren las fianzas a la primera solicitud, ya que las condiciones son claras en lo que se refiere a cuándo surge la obligación de pagar, y los fiadores no se verán mezclados en controversias entre la autoridad contratante y el concesionario sobre si se ha producido o no incumplimiento de conformidad con el acuerdo de proyecto. Otra ventaja para un banco de dar una fianza a la primera solicitud es la posibilidad de recuperar rápida y eficientemente las sumas pagadas en virtud de esa fianza mediante el acceso directo a los bienes del concesionario.

113. Una desventaja para la autoridad contratante de una fianza a la primera solicitud o de una carta de crédito contingente es que esos instrumentos pueden aumentar los costos generales del proyecto, ya que el concesionario estará obligado normalmente a obtener y reservar importantes contrafianzas a favor de las instituciones que den la fianza a la primera solicitud o la carta de crédito contingente. Además, el concesionario que preste esa fianza quizá desee tomar un seguro contra el riesgo de que la autoridad contratante se resarza en virtud de la fianza o de la carta de crédito contingente cuando, de hecho, el concesionario no haya incumplido el acuerdo, y el costo de ese seguro se incluirá en el costo del proyecto. El concesionario puede incluir también el costo del proyecto, los costos potenciales de toda medida que quizá necesitará adoptar contra la autoridad contratante para obtener el reembolso de la suma indebidamente reclamada.

114. Una desventaja para el concesionario de una fianza a la primera solicitud o de una carta de crédito contingente es que, si la autoridad contratante se resarce cuando el concesionario no ha incumplido el acuerdo, éste puede experimentar una pérdida inmediata si el fiador o el expedidor de la carta de crédito se resarce a su vez con bienes del concesionario, después de pagar a la autoridad contratante. El concesionario puede encontrar también dificultades y demoras para recuperar de la autoridad contratante la suma indebidamente reclamada.

115. Las condiciones de una fianza accesoria exigen normalmente que el beneficiario demuestre el incumplimiento del contratista y la cuantía de la pérdida sufrida. Además, el fiador dispone asimismo de las excepciones de que pueda valerse el deudor si se le demanda por incumplimiento del acuerdo. En consecuencia, existe el riesgo de que la autoridad contratante se enfrente con una controversia prolongada al hacer una reclamación en virtud de la fianza. En la práctica, el riesgo puede reducirse, por ejemplo si la presentación de la demanda conforme a la caución está sujeta a un procedimiento como el previsto en el artículo 7 j) i) de las Reglas Uniformes para los documentos de caución de un contrato (RUCB) elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional². El artículo 7 j) i) de las RUCB prevé que a pesar de que haya una disputa o diferencia entre el solicitante y el beneficiario en relación con el cumplimiento del contrato o de cualquier obligación contractual, se considerará que hay incumplimiento en lo referente al pago en la caución de un contrato cuando un tercero emita un certificado de incumplimiento (tercero que puede ser sin limitaciones un arquitecto o ingeniero independiente o un árbitro), si la caución lo prevé así, y cuando se presente al garante ese certificado o una copia certificada del mismo. Cuando se adopte tal procedimiento, la autoridad contratante podrá obtener el pago en virtud de la caución del contrato aun cuando el concesionario impugne su derecho a percibir tal pago.

116. Como reflejo del menor riesgo que corre el fiador, el límite monetario de responsabilidad del fiador puede ser considerablemente superior al de una fianza a la primera solicitud, cubriendo de esa forma un porcentaje mayor de la obra realizada en virtud del acuerdo de proyecto. Una fianza de cumplimiento puede ser también ventajosa si la autoridad contratante no puede disponer convenientemente la corrección de los defectos o la terminación de la construcción, y requiere la asistencia de un tercero para realizar esa corrección o terminación. Cuando, sin embargo, la construcción suponga la utilización de una tecnología conocida sólo por el concesionario, la corrección o

terminación por un tercero puede no ser viable, y una fianza de cumplimiento puede no tener la ventaja últimamente mencionada sobre una fianza monetaria de cumplimiento. Para el concesionario, las fianzas accesorias tienen la ventaja de mantener su capacidad de endeudamiento, ya que esas fianzas, a diferencia de las fianzas a la primera solicitud y de las cartas de crédito contingente no afectan a la línea de crédito del concesionario con los prestamistas.

117. De las consideraciones expuestas se deduce que diferentes tipos de garantías pueden ser útiles en relación con las diversas obligaciones asumidas por el concesionario. Aunque resulta útil exigir al concesionario que preste fianzas de cumplimiento adecuadas, es aconsejable dejar que las partes determinen la medida en que se necesitan fianzas y el tipo de las que deban prestarse con respecto a las diversas obligaciones asumidas por el concesionario, en lugar de exigir en la legislación una forma de garantía con exclusión de las otras. Debe señalarse que la propia empresa del proyecto exigirá una serie de fianzas de cumplimiento a sus contratistas (véase el párrafo 6) y que las fianzas adicionales que benefician a la autoridad contratante aumentan normalmente el costo general y la complejidad de un proyecto. En algunos países, la orientación práctica dada a las autoridades contratantes nacionales les aconseja que examinen detenidamente cuándo y en qué circunstancias se necesitarán esas fianzas, qué riesgos o pérdidas específicos deberán cubrir y qué tipo de fianza resulta más adecuado en cada caso. La capacidad de la empresa del proyecto para obtener financiación para éste puede peligrar si las necesidades de fianza se fijan a un nivel excesivo.

118. Un problema especial de los proyectos de infraestructura con financiación privada es el de la duración de las fianzas. La autoridad contratante puede tener interés en obtener fianzas de cumplimiento que sean válidas durante toda la vida del proyecto y cubran tanto la construcción como la etapa de explotación. Sin embargo, dada la larga duración de los proyectos de infraestructura y la dificultad de evaluar los

diversos riesgos que pueden surgir, puede resultar problemático para el fiador dar una fianza de cumplimiento para toda la duración del proyecto o bien u obtener un reaseguro para sus obligaciones en virtud de la fianza de cumplimiento. En la práctica, el problema se complica por las cláusulas que establecen que la falta de renovación de una fianza de cumplimiento constituye una razón para recurrir a ella, de forma que permitir simplemente que la empresa del proyecto preste fianzas por períodos más breves puede no ser una solución satisfactoria. Una posible solución, utilizada en algunos países, es exigir fianzas separadas para la etapa de construcción y de explotación, lo que permite evaluar mejor los riesgos y las perspectivas de reaseguro. El sistema puede mejorarse definiendo exactamente el riesgo que se cubrirá durante el período de explotación, lo que permite evaluar mejor los riesgos y disminuir la cuantía total de la fianza. Otra posibilidad que puede considerar la autoridad contratante es exigir la prestación de fianzas de cumplimiento durante períodos decisivos específicos y no durante toda la duración del proyecto. Por ejemplo, podría exigirse una fianza durante la etapa de construcción, que se mantuviera durante un período apropiado después de la terminación, a fin de cubrir posibles vicios ocultos. Esa fianza podría sustituirse entonces por una fianza de cumplimiento para cierto número de años de explotación, según resultara apropiado para que la empresa del proyecto demostrase su capacidad para explotar las instalaciones de conformidad con las normas exigidas. Si los resultados de la empresa del proyecto son satisfactorios, se puede renunciar al requisito de la fianza durante el resto de la etapa de explotación, hasta un período determinado anterior al cumplimiento del plazo de la concesión, en que se podría exigir a la empresa del proyecto que prestara otra fianza para garantizar sus obligaciones en relación con la entrega de bienes y otras medidas para la debida liquidación del proyecto, según procediera (véase el capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, ___).

c) *Planes de seguros*

119. Los planes de seguros en relación con proyectos de infraestructura con financiación privada varían normalmente según la etapa a la que se apliquen, y determinados tipos de seguros sólo se tomarán durante una etapa determinada del proyecto. El concesionario puede tomar en su propio interés algunas formas de seguro, como el seguro contra la cesación de negocios, mientras que otras formas pueden ser exigidas por legislación del país anfitrión. Entre las formas de seguro exigidas con frecuencia por la legislación se encuentran el seguro de daños a las instalaciones, el seguro de responsabilidad frente a terceros, el seguro de indemnizaciones por accidentes de trabajo y el seguro de contaminación y daños ecológicos.

120. Las pólizas de seguro obligatorias de conformidad con las leyes del país anfitrión tienen que contratarse a menudo con una empresa de seguros local u otra institución autorizada a actuar en el país, lo que en algunos casos plantea ciertas dificultades prácticas. En algunos países, el tipo de cobertura normalmente ofrecido puede ser más reducido que la cobertura habitualmente disponible en el mercado internacional, en cuyo caso el concesionario puede quedar expuesto a cierto número de riesgos que excedan de su capacidad de autoaseguro. Ese riesgo es especialmente grave en relación con el seguro contra daños ecológicos. Otras dificultades pueden plantearse en algunos países como consecuencia de limitaciones de la capacidad de los aseguradores nacionales para reasegurar los riesgos en los mercados internacionales y de seguro y reaseguro. Como consecuencia, la empresa del proyecto tendrá que obtener un seguro adicional fuera del país, lo que aumentará los costos generales de financiación del proyecto.

4. Cambio de las condiciones

121. Los proyectos de infraestructura con financiación privada son normalmente de larga duración, y muchas circunstancias que influyen en el proyecto pueden variar. Las repercusiones de muchos cambios pueden

quedar cubiertas automáticamente por el acuerdo de proyecto, ya sea mediante acuerdos financieros como una estructura tarifaria que incluya una cláusula de indexación (véanse los párrs. 39 a 46) o por la aceptación por cualquiera de las partes, expresamente o por exclusión, de algunos riesgos (por ejemplo, si el precio del suministro de combustible o de la electricidad no se tienen en cuenta en los mecanismos de indexación, el riesgo de precios superiores a los previstos será absorbido por el concesionario). Sin embargo, hay cambios que podrían no prestarse fácilmente a ser incluidos en un mecanismo de ajuste automático o que las partes pueden preferir excluir de ese mecanismo. Desde el punto de vista legislativo, hay dos categorías que merecen atención especial: los cambios legislativos o reglamentarios y los cambios inesperados en las condiciones económicas.

a) Cambios legislativos y reglamentarios

122. Dada la larga duración de los proyectos de infraestructura con financiación privada, el concesionario puede encontrarse con costos adicionales al cumplir sus obligaciones en virtud del acuerdo de proyecto, debido a que se han producido cambios futuros e imprevistos en la legislación aplicable a sus actividades. En los casos extremos, la legislación podría hacer incluso financiera o físicamente imposible que el concesionario realizara el proyecto. A efectos de examinar la solución apropiada para abordar esos cambios legislativos, puede ser útil distinguir entre cambios legislativos que tengan un efecto particular en los proyectos de infraestructura con financiación privada o en un proyecto concreto, por una parte, y los cambios legislativos generales que afecten también a otras actividades económicas y no sólo a la explotación de la infraestructura, por otro lado.

123. Todas las organizaciones comerciales, tanto del sector privado como del sector público, están sujetas a los cambios de la legislación y, en general, tienen que enfrentarse con las consecuencias que esos cambios

pueden tener para las actividades comerciales, incluida su repercusión en los precios o en la demanda de sus productos. Entre los posibles ejemplos podrían citarse: los cambios de la estructura de desgravación de bienes de capital que se apliquen a categorías enteras de bienes, tanto de propiedad pública como privada, relacionados o no con los proyectos de infraestructura; las reglamentaciones que afecten a la salud y la seguridad de los trabajadores de la construcción en todos los proyectos de esta índole y no sólo en los de infraestructura; y los cambios de las reglamentaciones sobre la eliminación de sustancias peligrosas. Los cambios generales de la legislación pueden considerarse como un riesgo comercial ordinario y no como un riesgo específico de las actividades del concesionario, y podría ser difícil para la administración pública comprometerse a proteger a los explotadores de infraestructuras de las consecuencias económicas y financieras de los cambios de la legislación que afectaran por igual a otras organizaciones comerciales. Por consiguiente, puede no haber una razón aparente por la que el concesionario no deba soportar las consecuencias de los riesgos legislativos generales, incluido el de que los costos aumenten a consecuencia de cambios de la legislación aplicable a todo el sector financiero.

124. No obstante, es importante tener en cuenta las posibles limitaciones de la capacidad del concesionario para responder a los aumentos de costos resultantes de cambios legislativos generales o poder absorberlos. Los explotadores de infraestructuras están sometidos con frecuencia a normas de servicio y mecanismos de control de tarifas que hacen difícil que puedan responder a los cambios de la legislación de la misma forma que otras empresas privadas (por ejemplo, aumentando las tarifas o reduciendo los servicios). Cuando el acuerdo de proyecto prevé mecanismos de control, el concesionario tratará de conseguir garantías de la autoridad contratante y del organismo regulador, según proceda, que le permitan resarcirse de los costos adicionales de los cambios de la legislación por medio de aumentos de tarifas. Cuando no pueda darse esa

garantía, es aconsejable facultar a la autoridad contratante para que negocie con el concesionario la indemnización a que éste podrá tener derecho en el caso de que las medidas de control de tarifas no le permitan resarcirse plenamente de los costos adicionales debidos a cambios legislativos generales.

125. Una situación diferente se produce cuando el concesionario se encuentra con aumentos de costos a consecuencia de cambios legislativos específicos que se refieran al proyecto de que se trate, a una clase de proyectos similares o a los proyectos de infraestructura con financiación privada en general. Esos cambios no pueden considerarse como riesgos comerciales ordinarios y pueden alterar de forma significativa las hipótesis económicas y financieras en que se basó la negociación del acuerdo de proyecto. Por ello, la autoridad contratante acepta a menudo asumir el costo adicional resultante de legislación específica relativa a un proyecto determinado, a una clase de proyectos similares o a los proyectos de infraestructura con financiación privada en general. Por ejemplo, en los proyectos de carreteras, la legislación orientada a un proyecto de carretera determinado o a una empresa que explota una carretera, o a esa clase de proyectos de carreteras de explotación privada se podría traducir en un reajuste de tarifas con arreglo a las disposiciones pertinentes del acuerdo de proyecto.

b) Cambios de las condiciones económicas

126. Algunos ordenamientos jurídicos tienen normas que permiten revisar las condiciones del acuerdo de proyecto en función de los cambios de las condiciones económicas o financieras que, sin que impidan el cumplimiento de las obligaciones contractuales de una parte, lo hacen sustancialmente más gravoso de lo previsto inicialmente en el momento en que se convinieron. En algunos ordenamientos jurídicos, la posibilidad de revisar las condiciones del acuerdo está implícita en general en todos

los contratos públicos, o se prevé expresamente en la legislación pertinente.

127. El tratamiento financiero y económico de la inversión del concesionario se negocia a la luz de hipótesis basadas en las circunstancias existentes en el momento de las negociaciones y de expectativas razonables de las partes sobre la forma en que esas circunstancias evolucionarán durante la vida del proyecto. En cierta medida, al formularse las propuestas financieras de los ofertantes se tendrán en cuenta, las previsiones de parámetros económicos y financieros, a veces con cierto margen de riesgo (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", párr. 68). No obstante, pueden producirse acontecimientos que las partes no podían haber previsto cuando se negoció el acuerdo de proyecto y que, de haberse tenido en cuenta, se hubieran traducido en una distribución de riesgos o un tratamiento de la inversión del concesionario diferentes. Dada la larga duración de los proyectos de infraestructura, es importante prever mecanismos para hacer frente a las consecuencias financieras y económicas de esos acontecimientos. En cierto número de países se han aplicado normas de revisión y se ha considerado útil ayudar a las partes a encontrar soluciones equitativas a fin de garantizar la continuación de la viabilidad económica y financiera de los proyectos de infraestructura, evitando así una interrupción perturbadora de las actividades del concesionario. Sin embargo, las normas de revisión pueden tener también algunas desventajas, especialmente desde el punto de vista de la administración pública.

128. Como ocurre con los cambios legislativos generales, los cambios de las condiciones económicas son riesgos a que están expuestas la mayoría de las organizaciones comerciales si no pueden recurrir a una garantía general de la administración pública que las proteja de los efectos económicos y financieros de esos cambios. La obligación sin reservas de la autoridad contratante de indemnizar al concesionario por

los cambios de las condiciones económicas puede imponer al sector público una parte sustancial de los riesgos comerciales inicialmente asignados al concesionario y constituir una obligación financiera indefinida. Además, hay que señalar que el nivel tarifario propuesto y los elementos esenciales de la distribución de riesgos son factores importantes e incluso decisivos en la selección del concesionario. El recurso excesivamente generoso a la renegociación del proyecto puede conducir a que se presenten propuestas a la baja poco realistas durante el procedimiento de selección, confiando en aumentos tarifarios una vez adjudicado el proyecto. Por ello, la autoridad contratante puede tener interés en establecer límites razonables para las disposiciones legales o contractuales que autoricen revisiones del acuerdo de proyecto como consecuencia de cambios de las condiciones económicas.

129. Puede ser aconsejable prever en el acuerdo de proyecto que un cambio de las circunstancias que justifique su revisión deberá estar fuera del control del concesionario y ser de tal naturaleza que no quepa esperarse razonablemente que éste lo hubiera podido tener en cuenta en el momento de negociar el acuerdo o que hubiera podido evitar o superar sus consecuencias. Por ejemplo, no cabe esperar que un explotador de una carretera de peaje que tenga una concesión exclusiva tuviera en cuenta y asumiera el riesgo de reducciones del tráfico debidas a la apertura ulterior de una carretera alternativa de uso gratuito por una entidad distinta de la autoridad contratante. Sin embargo, cabría esperar normalmente que el concesionario tuviera en cuenta la posibilidad de aumentos razonables de los costos de mano de obra durante la vida del proyecto. Así, en circunstancias normales, el hecho de que los salarios resultaran superiores a lo previsto no sería razón suficiente para revisar el acuerdo de proyecto.

130. Puede ser conveniente también prever en el acuerdo de proyecto que la solicitud de la revisión de éste exigirá que los cambios aducidos de las condiciones económicas y financieras representen cierto valor mínimo en proporción al costo total del proyecto o a los ingresos del

concesionario. Esta norma podría ser útil para evitar engorrosas negociaciones de reajuste en el caso de pequeños cambios, hasta que éstos se acumularan para representar una cifra significativa. En algunos países hay normas que fijan un límite para el número total de revisiones periódicas del acuerdo de proyecto. La finalidad de esas normas es evitar que se abuse del mecanismo de cambio para lograr un equilibrio financiero general que no guarde relación con el previsto en el acuerdo de proyecto original. Sin embargo, desde la perspectiva del concesionario y de los prestamistas, esas limitaciones pueden suponer la exposición a un riesgo considerable en el caso de que, por ejemplo, los costos aumenten espectacularmente como consecuencia de un cambio sumamente grave de las circunstancias. Por ello, es preciso examinar detenidamente la conveniencia de introducir ese límite, y la suma apropiada.

5. Disposiciones de exoneración

131. Durante la vida del proyecto de infraestructura pueden ocurrir acontecimientos que impidan que una de las partes cumpla sus obligaciones contractuales. Los acontecimientos que constituyen ese impedimento son normalmente ajenos al control de cada una de las partes y pueden ser de naturaleza física, como un desastre natural, o consecuencia de actos humanos, como guerras, disturbios o ataques terroristas. Muchos ordenamientos jurídicos reconocen en general que una parte que incumple una obligación contractual como consecuencia de ocurrir determinados tipos de acontecimientos puede quedar exonerada de las consecuencias de ese incumplimiento.

a) Definición de los impedimentos exonerantes

132. Los impedimentos exonerantes comprenden normalmente acontecimientos que escapan al control de la parte que no puede cumplir su obligación y que ha sido incapaz de superar mediante la diligencia debida. Entre los ejemplos corrientes se encuentran los siguientes: los

desastres naturales (por ejemplo, ciclones, inundaciones, sequías, terremotos, tormentas, incendios o rayos); la guerra (declarada o no) u otras actividades militares, incluidos los tumultos y disturbios civiles; el fallo o sabotaje de las instalaciones, actos de terrorismo, los daños intencionados o la amenaza de tales daños; la contaminación radiactiva o química o la radiación ionizante; los efectos de elementos naturales, incluidas las condiciones geológicas que no puedan preverse ni resistirse; y las huelgas de personal de importancia excepcional.

133. Algunas disposiciones legales se refieren sólo en general a las circunstancias exonerantes, mientras que otras contienen listas detalladas de impedimentos que exigen a las partes del cumplimiento del acuerdo de proyecto. Este último método puede servir para garantizar un trato coherente de todos los proyectos elaborados con arreglo a la legislación vigente, evitando así los casos en que un concesionario obtenga un asignación de riesgos más favorable que la prevista en otros acuerdos de proyecto. Sin embargo, es importante considerar las posibles desventajas de establecer en disposiciones legislativas o reguladoras una lista de acontecimientos que se consideren impedimentos exonerantes en todos los casos. Existe el riesgo de que la lista sea incompleta o no comprenda impedimentos importantes. Además, algunos desastres naturales, como las tormentas, los ciclones y las inundaciones, pueden ser condiciones normales en una época determinada del año en el emplazamiento del proyecto. Como tales, esos desastres naturales pueden suponer riesgos que cabe esperar que asuma cualquier persona que preste servicios públicos en la región.

134. Otro aspecto que puede ser necesario examinar detenidamente es si determinados actos de autoridades públicas distintas de la autoridad contratante pueden constituir impedimentos exonerantes y en qué medida. Es posible que se exija al concesionario que obtenga una licencia u otra aprobación oficial para cumplir algunas de sus obligaciones. Por ello, el acuerdo de proyecto podría prever que si la licencia o la aprobación se

deniegan, o si se conceden pero posteriormente se retiran, porque el concesionario no cumple los criterios pertinentes para obtenerlas, el concesionario no podrá aducir esa denegación como impedimento exonerante. Sin embargo, si la licencia o aprobación se deniegan o retiran por motivos improcedentes o indebidos, sería equitativo prever que el concesionario pueda aducir la denegación como impedimento exonerante. Otra posibilidad de impedimento podría ser una interrupción del proyecto causada por una autoridad o un órgano público distinto de la autoridad contratante, por ejemplo, como consecuencia de cambios de planes y políticas públicos que requieran la interrupción o importantes revisiones del proyecto que afecten sustancialmente al proyecto original. En esas situaciones, puede ser importante considerar la relación institucional entre la autoridad contratante y la autoridad pública que cause el impedimento, así como su grado de independencia mutua. Un acontecimiento clasificado como impedimento exonerante puede equivaler en algunos casos a un claro incumplimiento del acuerdo de proyecto por la autoridad contratante si ésta puede controlar o influir razonablemente en los actos de la otra autoridad pública.

b) Consecuencias para las partes

135. Durante la etapa de construcción, el hecho de que se produzcan impedimentos exonerantes justifica normalmente la prórroga del plazo concedido para terminar las instalaciones. A este respecto, es importante examinar las consecuencias de cualquier prórroga sobre la duración general del proyecto, especialmente, cuando se tiene en cuenta la etapa de construcción para calcular el período total de la concesión. Las demoras en la terminación de las instalaciones reducen el período de explotación y pueden perjudicar a las estimaciones globales de ingresos del concesionario y de los prestamistas. Por ello, puede ser aconsejable examinar en qué circunstancias se justificará prorrogar el período de la concesión a fin de tener en cuenta posibles prórrogas concedidas durante la etapa de construcción. Por último, es aconsejable prever que, si el

acontecimiento de que se trate es de carácter permanente, las partes tendrán opción a rescindir el acuerdo de proyecto (véase también el capítulo V “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, —).

136. Otra cuestión importante es saber si el concesionario tendrá derecho a indemnización por las pérdidas de ingresos o los daños en los bienes debidos a la existencia de impedimentos exonerantes. La clave de esa cuestión radica en la distribución de riesgos prevista en el acuerdo de proyecto. Salvo los casos en que la administración pública preste alguna forma de apoyo directo, los proyectos de infraestructura con financiación privada se realizan normalmente por cuenta y riesgo del concesionario, lo que incluye el riesgo de las pérdidas que puedan deberse a desastres naturales y otros impedimentos exonerantes, contra las cuales el concesionario debe obtener normalmente una cobertura de seguro adecuada. Por ello, algunas legislaciones excluyen expresamente toda forma de indemnización al concesionario en el caso de pérdidas o daños resultantes de la aparición de impedimentos exonerantes. Sin embargo, ello no significa necesariamente que un acontecimiento calificado de impedimento exonerante no pueda justificar, al mismo tiempo, la revisión de las condiciones del acuerdo de proyecto a fin de restablecer el equilibrio económico y financiero (véanse también los párrs. 126 a 130).

137. A veces, no obstante, se prevé una distribución de riesgos diferente en los proyectos que implican la construcción de instalaciones de propiedad permanente de la autoridad contratante o que se le traspasarán al terminar el período del proyecto. En algunos países, la autoridad contratante está facultada para adoptar medidas de asistencia al concesionario para que repare o reconstruya instalaciones de infraestructura dañadas por desastres naturales o por acontecimientos similares definidos en el acuerdo de proyecto, siempre que la posibilidad de esa ayuda se previera en la solicitud de propuestas. En ocasiones, la autoridad contratante está facultada para acceder a pagar una

indemnización al concesionario en el caso de que los trabajos se interrumpan por más de cierto número de días, hasta un período máximo, si la interrupción se debe a un acontecimiento del que el concesionario no es responsable.

138. Si el concesionario no puede cumplir a causa de alguno de esos impedimentos y las partes no logran una revisión aceptable del contrato, algunas legislaciones nacionales autorizan al concesionario a rescindir el acuerdo de proyecto, sin perjuicio de la indemnización que pueda proceder según las circunstancias (véase el capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, ____).

139. También tienen que considerarse las disposiciones legales y contractuales sobre los impedimentos exonerantes a la luz de otras normas que rigen la prestación del servicio de que se trate. Las leyes requieren en algunos ordenamientos jurídicos que quienes prestan servicios públicos se esfuercen por seguir prestándolos a pesar de la aparición de circunstancias definidas como impedimentos contractuales (véanse los párrs. 86 y 87). En esos casos, es aconsejable examinar en qué medida puede imponerse razonablemente esa obligación al concesionario y la indemnización que puede resultar procedente por los costos adicionales y dificultades económicas con que se enfrenta.

6. Incumplimiento y acciones

140. En general, hay una amplia variedad de acciones que pueden convenir las partes para hacer frente a las consecuencias del incumplimiento, que culminan en la rescisión. En los siguientes párrafos se examinan en general los incumplimientos y acciones de ambas partes (véanse los párrs. 141 y 142). Se estudia las consecuencias legislativas de determinados tipos de acciones destinadas a rectificar las causas de incumplimiento y mantener la continuidad del proyecto, en particular la intervención de la autoridad pública (véanse los párrs. 143 a 146) o la

sustitución del concesionario (véanse los párrs. 147 a 150). El recurso último a la rescisión del acuerdo de proyecto y las consecuencias de esa rescisión se examinan en otra parte de la *Guía* (véase el capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, ___).

a) *Consideraciones generales sobre incumplimiento y acciones*

141. Las acciones por incumplimiento de concesionario incluyen normalmente las habituales en los contratos de construcción o de servicios a largo plazo, como la pérdida de fianzas, las sanciones contractuales y las indemnizaciones pactadas³. En la mayoría de los casos, esas acciones son típicamente de naturaleza contractual y no dan lugar a consideraciones legislativas de importancia. No obstante, es importante establecer procedimientos adecuados para comprobar los incumplimientos y dar oportunidad de rectificarlos. En algunos países, la imposición de sanciones contractuales requiere inspecciones oficiales y otras medidas de procedimiento, entre ellas el examen por los altos funcionarios de la autoridad contratante, antes de imponer sanciones más graves. Esos procedimientos pueden complementarse con disposiciones que distingan entre las deficiencias que puedan corregirse y las que no se puedan corregir, y establezcan los procedimientos y acciones pertinentes. Normalmente es aconsejable exigir que se dé aviso al concesionario para que repare el incumplimiento en un período suficiente. También puede ser aconsejable prever el pago por el concesionario de sanciones o indemnizaciones pactadas en el caso de incumplimiento de obligaciones esenciales y aclarar que no se aplicarán sanciones en caso de incumplimiento de obligaciones secundarias o auxiliares, y las demás acciones que podrán ejercerse en virtud del derecho nacional. Además, un sistema de vigilancia del cumplimiento que prevea sanciones o indemnizaciones contractuales podrá complementarse con un plan de primas pagaderas al concesionario por mejoras de las condiciones convenidas.

142. Aunque la autoridad contratante puede protegerse de las consecuencias del incumplimiento por el concesionario mediante diversas medidas contractuales judicialmente exigibles, las acciones de que disponga el concesionario pueden estar sujetas a algunas limitaciones en virtud de la legislación aplicable. Limitaciones importantes pueden derivarse de normas jurídicas que reconozcan la inmunidad de las autoridades públicas contra el procesamiento judicial y las medidas de ejecución. Según la naturaleza jurídica de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas que asuman obligaciones frente al concesionario, éste puede verse privado de la posibilidad de utilizar medidas de ejecución para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por esas entidades públicas (véase el capítulo VI, “Solución de controversias”, ____). Esta situación hace que sea tanto más importante prever mecanismos para proteger al concesionario contra las consecuencias del incumplimiento por parte de la autoridad contratante, por ejemplo, mediante garantías públicas que cubran incumplimientos específicos o mediante fianzas prestadas por terceros, como instituciones de crédito multilaterales (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrs. 61 a 71).

b) Derecho de intervención de la autoridad contratante

143. Algunas legislaciones nacionales autorizan expresamente a la autoridad contratante a hacerse cargo temporalmente de la explotación de las instalaciones, normalmente en caso de incumplimiento por el concesionario, en particular cuando la autoridad contratante tenga la obligación legal de garantizar la prestación eficaz en todo momento del servicio de que se trate. En algunos ordenamientos jurídicos, esa prerrogativa se considera implícita en la mayoría de los contratos públicos y cabe presumir que existe aunque no se mencione expresamente en la legislación ni en el acuerdo de proyecto.

144. Hay que señalar que el derecho de la autoridad contratante a intervenir (“step-in-right”), es una medida extrema. Es posible que los inversionistas privados teman que la autoridad contratante la utilice o amenace utilizarla para imponer sus propias conveniencias sobre la forma en que se preste el servicio, o incluso para lograr el control de los bienes del proyecto. Por consiguiente, es aconsejable definir tan pronto como se pueda las circunstancias en que se podrán ejercitar esos derechos de intervención. Es importante limitar el derecho de intervención de la autoridad contratante a los casos de graves deficiencias del servicio y no simplemente en caso de insatisfacción con la actuación del concesionario. Puede ser útil aclarar en la legislación que la intervención de la autoridad contratante en el proyecto será temporal y tendrá por objeto remediar un problema específico y urgente que el concesionario no haya podido resolver. Una vez que la situación de emergencia haya sido remediada, el concesionario deberá volver a asumir la responsabilidad de la prestación del servicio.

145. La capacidad de la autoridad contratante para intervenir puede verse limitada en el sentido de que puede ser difícil encontrar y contratar inmediatamente un subcontratista que realice lo que la autoridad contratante debe realizar. Además, las intervenciones frecuentes tienen el inconveniente de hacer que recaigan sobre la autoridad contratante los riesgos que en el acuerdo de proyecto se habían traspasado al concesionario. El concesionario no debe confiar en que la autoridad contratante intervenga para hacer frente a cualquier riesgo determinado en lugar de afrontarlo él mismo como exige el acuerdo de proyecto.

146. Es aconsejable aclarar en el acuerdo de proyecto cuál de las partes soportará el costo de la intervención de la autoridad contratante. En la mayoría de los casos, el concesionario debería sufragar los gastos realizados por la autoridad contratante cuando la intervención haya sido provocada por un incumplimiento atribuible a una falta del propio concesionario. En algunos casos, para evitar controversias sobre la

responsabilidad y sobre el nivel de costos apropiado, el acuerdo puede autorizar a la autoridad contratante a adoptar medidas para remediar por sí misma el problema y cargar luego los costos reales (incluidos sus propios gastos administrativos) al concesionario. Sin embargo, cuando la intervención se produzca como consecuencia de la aparición de un impedimento exonerante (véanse los párrs. 131 a 139), las partes podrían convenir una solución diferente, en función de cómo se hubiera asignado ese riesgo determinado en el acuerdo de proyecto.

c) Derecho de intervención de los prestamistas y traspaso obligatorio de la concesión

147. Durante la vida del proyecto pueden surgir situaciones en que, por incumplimiento del concesionario o por la aparición de algún acontecimiento extraordinario que escape al control del concesionario, pueda interesar a las partes evitar la rescisión del proyecto (véase el capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, ___), permitiendo que continúe a cargo de un concesionario diferente. A los prestamistas, cuya principal garantía son los ingresos obtenidos del proyecto, les preocupa especialmente el riesgo de la interrupción o restricción del proyecto antes de que los préstamos se hayan reembolsado. En el caso de incumplimiento o de un impedimento que afecte al concesionario, estarán interesados en asegurarse de que las obras no quedarán incompletas y la concesión se explotará de forma rentable. También la autoridad contratante puede estar interesada en permitir que el proyecto sea realizado por un nuevo concesionario, como alternativa a la posibilidad de hacerse cargo ella y continuarlo por su cuenta.

148. En cierto número de acuerdos recientes de grandes proyectos de infraestructura se han incluido cláusulas que permiten a los prestamistas, con el consentimiento de la autoridad contratante, seleccionar un nuevo concesionario que actúe con arreglo al acuerdo de proyecto existente.

Esas cláusulas se complementan normalmente mediante un acuerdo directo entre la autoridad contratante y los prestamistas que proporcionan financiación al concesionario. La finalidad principal de ese acuerdo directo es permitir que los prestamistas eviten la rescisión por la autoridad contratante cuando el concesionario incumpla, sustituyéndolo por otro concesionario que siga actuando con arreglo al acuerdo de proyecto en lugar del concesionario que haya incumplido. A diferencia del derecho a intervenir de la autoridad contratante, que se refiere a una deficiencia concreta, temporal y urgente del servicio, los derechos de intervención de los prestamistas se aplican en los casos en que la falta de prestación del servicio por parte del concesionario sea habitual o haya motivos para considerarla irremediable. En la experiencia de países que han hecho uso recientemente de esos acuerdos directos se ha visto que la capacidad para impedir la rescisión y ofrecer un concesionario alternativo da a los prestamistas mayores garantías contra el incumplimiento por parte del concesionario. Al mismo tiempo, ofrece a la autoridad contratante oportunidad de evitar la interrupción que supone la rescisión del acuerdo de proyecto, manteniendo así la continuidad del servicio.

149. Sin embargo, en algunos países la aplicación de esas cláusulas puede encontrar dificultades a falta de una autorización legislativa. La incapacidad del concesionario para cumplir sus obligaciones es normalmente motivo para que la autoridad contratante se haga cargo de la explotación de las instalaciones o rescinda el acuerdo (véase el capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”, ___). A fin de elegir un nuevo concesionario que sustituya al que ha incumplido sus obligaciones, la autoridad contratante tiene que seguir a menudo los mismos procedimientos aplicables a la selección del concesionario original, y pudiera no ser posible que, en consulta con los prestamistas, contratase un nuevo concesionario no seleccionado de acuerdo con esos procedimientos. En cambio, aunque la autoridad contratante esté autorizada a negociar con un nuevo concesionario en condiciones de emergencia, podría ser necesario concertar un nuevo acuerdo de proyecto

con él y puede haber limitaciones con respecto a la capacidad de éste para asumir las obligaciones de su predecesor.

150. En consecuencia, puede ser útil reconocer en la legislación el derecho de la autoridad contratante a concertar acuerdos con los prestamistas que les permitan nombrar, con el consentimiento de la autoridad contratante, a un nuevo concesionario que ejecute el acuerdo de proyecto existente, cuando el concesionario deje de cumplir gravemente su obligación de prestar el servicio exigido en virtud del acuerdo de proyecto o al producirse otros acontecimientos especificados que podrían justificar la rescisión de acuerdo de proyecto. En el acuerdo entre la autoridad contratante y los prestamistas se debe especificar, entre otras cosas: las circunstancias en que se permitirá a los prestamistas recurrir a un nuevo concesionario; los procedimientos para la sustitución del concesionario; los motivos para que la autoridad contratante deniegue una sustitución propuesta; y las obligaciones de los prestamistas de mantener el servicio al mismo nivel y en las mismas condiciones exigidas por el acuerdo de proyecto.

* * *

Notas

¹ Véase un examen de los enfoques y las posibles soluciones utilizados en los contratos de construcción de instalaciones industriales complejas en *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.87.V.10), capítulo XXIII, “Cláusulas de modificaciones en la construcción”.

² El texto de las RUCB se reproduce en el documento A/CN.9/459/Add.1.

³ Véase un examen de las acciones utilizadas en los contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales complejas en *CNUDMI, Guía Jurídica para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales ...*, capítulo XVIII, “Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento”.