



Asamblea General

Distr. GENERAL
A/CN.9/458/Add.6
4 de marzo de 1999

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
32º período de sesiones
Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999

PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA

Proyectos de capítulos de una guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada

Informe del Secretario General

Adición

V. DESARROLLO Y EXPLOTACIÓN DE INFRAESTRUCTURA

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
RECOMENDACIONES SOBRE LA LEGISLACIÓN	1-11	3
NOTAS A LAS RECOMENDACIONES SOBRE LA LEGISLACIÓN	1-91	6
A. Observaciones generales	1	6
B. Subcontratación	2-4	6
C. Proyectos de construcción	5-7	7
1. Examen y aprobación de los planes de construcción	8-9	7
2. Modificación de las condiciones del proyecto	10-13	8
3. Facultades de vigilancia de la autoridad contratante	14-17	9

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
D. Explotación de infraestructuras	18-46	10
1. Obligaciones generales de los proveedores de servicios públicos	10-30	10
2. Control de precios	31-39	13
3. Requisitos de difusión	40-41	15
4. Normas de rendimiento	42-43	15
5. Facultades de ejecución del concesionario	44-46	16
E. Fianzas de cumplimiento y seguros	47-58	16
1. Tipos, funciones y naturaleza de las fianzas de cumplimiento	48-49	17
2. Ventajas y desventajas de los diversos tipos de fianzas de cumplimiento	50-56	17
3. Planes de seguros	57-58	19
F. Cambio de las condiciones	59-68	20
1. Cambios legislativos y reglamentarios	60-63	20
2. Cambios de las condiciones económicas	64-68	21
G. Disposiciones de exención	69-79	22
1. Definición de los acontecimientos exonerantes	70-73	22
2. Consecuencias para las partes	74-79	23
H. Incumplimiento y acciones	80-91	24
1. Consideraciones generales sobre incumplimientos y acciones	81-82	25
2. Derecho de intervención de la autoridad contratante	83-86	25
3. Derecho de intervención de los prestamistas y traspaso obligatorio de la concesión	87-91	26

RECOMENDACIONES SOBRE LA LEGISLACIÓN

1. Subcontratación (véanse los párrs. 2 a 4)

1. Tal vez desee el país anfitrión disponer:

a) Que el concesionario tendrá derecho a concertar contratos, cuando sea preciso, para realizar las obras públicas y explotar y mantener las instalaciones de infraestructura. Se deberá comunicar a la autoridad contratante los nombres y calificaciones de los subcontratistas del concesionario;

b) Que, no obstante lo dispuesto *supra*, la autoridad contratante podrá reservarse el derecho a examinar y aprobar los contratos concertados por el concesionario con sus propios accionistas o personas asociadas. La autoridad contratante no denegará normalmente su aprobación, salvo cuando los contratos contengan disposiciones manifiestamente contrarias al interés público o a normas obligatorias de derecho público.

2. Proyectos de construcción (véanse los párrs. 5 a 17)

2. Tal vez desee el país anfitrión disponer:

a) Que, cuando proceda, el acuerdo de proyecto establecerá los procedimientos para que la autoridad contratante examine y apruebe los planes y especificaciones de la construcción;

b) Que el acuerdo de proyecto especificará las circunstancias en que la autoridad contratante podrá ordenar que se modifiquen las condiciones de la construcción; la indemnización a que podrá tener derecho el concesionario, cuando proceda, para cubrir los costos adicionales que supongan las modificaciones; los procedimientos para determinar y liquidar esos costos; y las circunstancias y cuantías que harán que el concesionario deje de estar obligado a realizar las modificaciones.

c) Que la autoridad contratante, cuando proceda, podrá reservarse el derecho a inspeccionar la construcción de las instalaciones de infraestructura, o sus mejoras, para cerciorarse de que se ajustan a las normas técnicas que estime aceptables. Cualquier suspensión del proyecto ordenada por la autoridad contratante no excederá del período necesario, habida cuenta de las circunstancias que dieron lugar a la decisión de suspender el proyecto;

d) Que los acuerdos de proyecto establecerán los procedimientos para el ensayo e inspección final de las instalaciones, su equipo y sus accesorios. Cuando la legislación exija que las instalaciones sean aceptadas por la autoridad contratante, la aceptación no deberá denegarse a menos que se determine que la construcción está incompleta o es defectuosa;

3. Explotación de la infraestructura (véanse los párrs. 18 a 46)

3. Tal vez desee el país anfitrión disponer que el acuerdo de proyecto, cuando proceda, determinará las obligaciones del concesionario, a fin de garantizar:

a) La ampliación del servicio para satisfacer la demanda de la comunidad o territorio a que se destine;

b) La continuidad del servicio, salvo cuando resulte imposible prestarlo por algún impedimento exonerante previsto en el acuerdo de proyecto;

c) La disponibilidad del servicio en condiciones esencialmente iguales para todos los usuarios, sin perjuicio de una diferenciación razonable entre las distintas categorías de usuarios, basada en criterios objetivos previstos en el acuerdo de proyecto;

d) El acceso sin discriminación, cuando proceda, de otros proveedores de servicios a cualquier red de infraestructura pública explotada por el concesionario, en las condiciones establecidas en el acuerdo de proyecto.

4. Cuando los precios percibidos por el concesionario estén sometidos a control externo por un órgano regulador, tal vez desee el país anfitrión disponer que el acuerdo de proyecto establecerá los mecanismos para la revisión periódica o extraordinaria de las fórmulas de reajuste de precios.

5. Tal vez desee el país anfitrión disponer que el acuerdo de proyecto establecerá:

a) La obligación del concesionario de facilitar a la autoridad contratante o a un órgano regulador, según proceda, informes y otros datos sobre la explotación;

b) Los procedimientos para vigilar el cumplimiento por parte del concesionario y adoptar las medidas razonables que la autoridad contratante considere apropiadas, para garantizar que las instalaciones de infraestructura sean debidamente mantenidas y que se presten los servicios de conformidad con los requisitos jurídicos y contractuales aplicables.

6. Tal vez desee el país anfitrión disponer que, con sujeción a la aprobación de la autoridad contratante, el concesionario podrá dictar y aplicar normas que regulen la utilización de las instalaciones.

4. Fianzas de cumplimiento y seguros (véanse los párrs. 47 a 58)

7. Tal vez desee el país anfitrión disponer que el acuerdo de proyecto determinará:

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

b) La forma y cuantía de las pólizas de seguro que podrá exigirse que contrate el concesionario para garantizar la cobertura de los accidentes de trabajo, los daños ambientales, la responsabilidad civil hacia el público y los empleados, los daños a la propiedad y otros seguros que sean necesarios para la explotación continuada de las instalaciones.

5. Cambio de las condiciones (véanse los párrs. 59 a 68)

8. Tal vez desee el país anfitrión disponer que el acuerdo de proyecto establecerá los mecanismos para revisar las condiciones del acuerdo de proyecto cuando se produzcan modificaciones legislativas que afecten específicamente al proyecto de que se trate, o a una clase de proyectos similares, o a los proyectos de infraestructura con financiación privada en general, u otros cambios de las condiciones económicas o financieras que, sin impedir el cumplimiento de las obligaciones aceptadas por el concesionario, hagan ese cumplimiento sustancialmente más gravoso de lo previsto.

6. Disposiciones sobre exoneración (véanse los párrs. 69 a 79)

9. Tal vez desee el país anfitrión disponer que el acuerdo de proyecto determinará las circunstancias 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, en la medida en que ese incumplimiento o demora hayan sido causados por un acontecimiento no sometido a un control razonable que haga que cualquiera de las partes no pueda cumplir sus obligaciones, y que esa parte no haya podido evitarlo mediante la diligencia debida.

7. Incumplimientos y acciones (véanse los párrs. 80 a 91)

10. Tal vez desee el país anfitrión prever que el acuerdo de proyecto determinará las acciones de que dispondrán la autoridad contratante y el concesionario en caso de incumplimiento de la otra parte.

11. En particular, tal vez desee el país anfitrión disponer:

a) Que, en caso de incumplimiento grave por el concesionario de sus obligaciones en virtud del acuerdo de proyecto, la autoridad contratante podrá hacerse cargo temporalmente de la explotación de las instalaciones, a fin de garantizar la prestación eficaz e ininterrumpida del servicio;

b) Que la autoridad contratante podrá concertar acuerdos con los prestamistas que permitan a éstos nombrar a un nuevo concesionario que cumpla el acuerdo de proyecto existente si el concesionario deja de prestar gravemente el servicio exigido en virtud del acuerdo de proyecto, o si se producen acontecimientos especificados que justifiquen la rescisión del acuerdo de proyecto.

NOTAS A LAS RECOMENDACIONES SOBRE LA LEGISLACIÓN

A. Observaciones generales

1. Las condiciones de desarrollo y explotación de la infraestructura pueden variar considerablemente según los proyectos y, en consecuencia, no es aconsejable por lo común tratar de regular mediante disposiciones legislativas generales aspectos concretos de los derechos y obligaciones mutuas del concesionario y de la autoridad contratante. Sin embargo, en la mayoría de los proyectos de infraestructura se plantearán cuestiones que podría ser necesario que el poder legislativo considerase. Por ejemplo, podría ser necesario dar a la autoridad contratante facultades específicas para concertar los acuerdos contractuales necesarios a fin de tratar algunas cuestiones de forma adecuada. Además, la administración pública puede tener interés en garantizar la previsibilidad y coherencia en el trato de algunas cuestiones que se plantean habitualmente en relación con la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada.

B. Subcontratación

2. 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. Además, 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 la facultad del concesionario de 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.

3. 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 promulgaron 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 puede no haber ya una razón imperiosa de interés público para prescribir al concesionario el procedimiento que deberá seguir en la adjudicación de sus contratos. Al contrario, 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.

4. 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 contratan 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, 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.

C. Proyectos de construcción

5. Las leyes y reglamentos nacionales sobre contratos de obras públicas tradicionales contienen a menudo disposiciones detalladas sobre la ejecución de las obras y los procedimientos para garantizar que los contratistas se ajusten al diseño y demás especificaciones del proyecto. 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.

6. En cambio, en muchos proyectos de infraestructura con financiación privada, la autoridad contratante puede prever una distribución diferente de responsabilidades entre el sector público y el privado. En lugar de asumir la responsabilidad directa de la gestión detallada del proyecto, las autoridades contratantes de esos países pueden preferir traspasar esa responsabilidad al concesionario, exigiéndole que asuma la plena responsabilidad de la terminación de la construcción dentro del plazo. 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 de empleador en virtud de los contratos de construcción.

7. De lo expuesto se deduce que las leyes y los reglamentos por que se rigen los contratos tradicionales de obras públicas pueden no ser totalmente apropiados para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Por ello, 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, las disposiciones más detalladas se dejan al acuerdo de proyecto.

1. Examen y aprobación de los planes de construcción

8. 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 ambientales o incumplimiento de las especificaciones).

9. Hay que señalar que, en algunos sistemas jurídicos, la parte que controle en definitiva el diseño o las especificaciones de un proyecto de construcción puede tener cierta responsabilidad por los defectos debidos a la falta de idoneidad del diseño o las especificaciones aprobados. En consecuencia, puede ser aconsejable que el acuerdo de proyecto aclare que la autoridad contratante no será responsable al respecto, salvo cuando el diseño y las especificaciones hubieran sido facilitados originalmente por ella (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, —).

2. *Modificación de las condiciones del proyecto*

10. 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 ámbito 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 y precios por razón de variaciones de los costos o de fluctuaciones monetarias (véanse los párrs. 32 a 37). 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. 59 a 68).

11. 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 realizados por la autoridad contratante y de las especificaciones dadas durante el proceso de selección (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, ___) desempeña una función importante para evitar modificaciones ulteriores del proyecto.

12. El concesionario querrá tener garantías de que no habrá de realizar costos adicionales ni asumir responsabilidades por demora como consecuencia de las modificaciones solicitadas por la autoridad contratante. Por ello, es aconsejable exigir que el acuerdo de proyecto especifique las circunstancias en que la autoridad contratante podrá ordenar modificaciones con respecto a las condiciones de la construcción, y la indemnización que podrá percibir el concesionario, cuando proceda, para sufragar los costos adicionales 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 a ellas, y en caso afirmativo, por qué motivos. Además, siguiendo una práctica contractual corriente en algunos ordenamientos jurídicos, puede ser aconsejable prever en el acuerdo de proyecto que el concesionario quedará liberado de sus obligaciones cuando la cuantía de los costos adicionales que suponga la modificación exceda de un límite establecido.

13. 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 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

¹Véase 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, N° de venta S.87.V.10), capítulo XXIII, “Cláusulas de modificaciones en la construcción”.

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

14. En algunos sistemas jurídicos, los organismos públicos que adquieren proyectos de construcción se reservan normalmente la facultad de ordenar la suspensión o interrupción de los proyectos 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 sólo a circunstancias extraordinarias 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 la indemnización al concesionario por cualquier suspensión que exceda del plazo máximo convenido. 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” ___).

15. Las disposiciones relativas a la inspección y aprobación finales de las obras de construcción por la autoridad contratante pueden ser de importancia especial en relación con los reglamentos de salud, seguridad, construcción o trabajo. También pueden ser de importancia con respecto a instalaciones que estén sometidas a un control regulador (por razones de seguridad o similares) o en que corresponda a la administración pública una responsabilidad directa o residual por daños y perjuicios al público atribuibles a defectos de la construcción de las instalaciones.

16. El acuerdo de proyecto deberá determinar detalladamente la naturaleza de los ensayos de terminación o la inspección de las instalaciones terminadas; el calendario de los ensayos (por ejemplo, puede ser conveniente realizar ensayos parciales al cabo de cierto tiempo, en lugar de un solo ensayo final); las consecuencias de no superar un ensayo; y a quién corresponde organizar los medios para el ensayo y sufragar los costos correspondientes. La aprobación final de las obras por la autoridad contratante es normalmente condición necesaria para autorizar la explotación de las instalaciones. En algunos países se ha estimado útil autorizar la explotación de las instalaciones con carácter provisional, en espera de la aceptación final de la autoridad contratante, y dar oportunidad al concesionario de rectificar los defectos que puedan encontrarse entonces. Cuando las cuestiones reguladoras o de responsabilidad no preocupen de forma inmediata a la autoridad contratante, ésta podrá limitarse a pedir al concesionario que realice los ensayos y dé garantías apropiadas de que las instalaciones pueden ser puestas en funcionamiento.

17. En los proyectos que requieren que las instalaciones y bienes conexos se entreguen a la autoridad contratante al terminar el plazo de la concesión (véase el capítulo VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, ___), como en los proyectos de “construcción-explotación-traspaso” (CET) y similares, en donde la explotación se transfiere inmediatamente a la autoridad contratante al terminar la construcción, es importante establecer en el acuerdo de proyecto los requisitos para garantizar la durabilidad a largo plazo de las estaciones construidas, después del período de la concesión. Además, la autoridad contratante deberá recibir seguridades de que obtendrá todo lo necesario para la explotación a largo plazo de las instalaciones, como planos, registros de mantenimiento correspondientes a su explotación por el concesionario y cualesquiera manuales que se hayan preparado para la explotación y mantenimiento. Es también importante prever la capacitación adecuada de personal de la autoridad contratante antes de entregar a ésta definitivamente las instalaciones.

D. Explotación de infraestructuras

18. Durante la etapa de explotación el concesionario se compromete a explotar y mantener las instalaciones de infraestructura y cobrar el precio a los usuarios. 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. En los países que tienen disposiciones legislativas generales sobre concesiones, la ley puede

limitarse por ejemplo a describir en general las obligaciones principales de quienes presten servicios públicos y remitirse al acuerdo de proyecto. Cuando se requieren disposiciones legislativas concretas para que la autoridad contratante pueda realizar determinados tipos de proyectos, la disposición legal pertinente establece con frecuencia las condiciones de explotación y mantenimiento de las instalaciones de infraestructura de que se trate, complementadas por disposiciones más detalladas de las reglamentaciones por que se rija el sector de infraestructura de que se trate y por el acuerdo de proyecto, método que es común a varios ordenamientos jurídicos. Además, especialmente en la esfera de la electricidad, el agua y el saneamiento, y el transporte público, la autoridad contratante o un órgano 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.

19. Las disposiciones reguladoras sobre la explotación de infraestructuras y los requisitos jurídicos para la prestación de los servicios públicos tienen por objeto alcanzar 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. 60 a 63), los órganos reguladores harán bien en evitar una reglamentación excesiva, o variaciones frecuentes y poco razonables de las normas existentes.

1. Obligaciones generales de los proveedores de servicios públicos

20. En los diversos ordenamientos jurídicos, las entidades que prestan servicios públicos tienen algunas obligaciones especiales hacia sus usuarios o clientes o hacia otros proveedores de servicios públicos. A continuación se examinan las obligaciones más corrientes.

a) Ampliación de los servicios

21. En algunos ordenamientos jurídicos, la entidad que explote en virtud de una concesión pública la prestación de determinados servicios esenciales (p. ej., electricidad o agua potable) a una comunidad o territorio y sus habitantes asume la obligación de prestar un sistema de servicios que sea razonablemente suficiente 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 mantenerse al ritmo de crecimiento de la comunidad o territorio servidos y de ampliar gradualmente el sistema en la medida 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 cuyo cumplimiento puede exigir la autoridad contratante o un órgano regulador, según los casos.

22. Esa obligación, cuando existe, no es absoluta ni sin reservas. La obligación del concesionario de ampliar sus instalaciones de servicio depende, en algunos ordenamientos jurídicos, de diversos factores, como la necesidad y el costo de la ampliación y los ingresos que cabe esperar como consecuencia de ella; 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 precios o cargos extraordinarios, o ser absorbido total o parcialmente por la autoridad contratante o por otro organismo público 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, es aconsejable exigir 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.

b) *Continuidad de servicio*

23. 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. 70 a 73). En algunos ordenamientos jurídicos, esta obligación tiene el carácter de una obligación legal exigible aunque no se incluya 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.

24. También esta obligación está sometida a una norma general de razonabilidad. Diversos ordenamientos jurídicos reconocen el derecho del concesionario o una indemnización justa por haber tenido que prestar el servicio en condiciones de penuria económica (véanse los párrs. 74 a 79). 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, alternativamente, a rescindir el acuerdo de proyecto. Sin embargo, esa rescisión requiere normalmente el consentimiento de la autoridad contratante o una decisión judicial. Por consiguiente, 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 VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, ___).

c) *Igualdad de trato de los clientes o usuarios*

25. En algunas jurisdicciones, las entidades que prestan determinados servicios al público en general tienen obligación de garantizar la disponibilidad del servicio en condiciones esencialmente iguales para todos los usuarios y clientes comprendidos 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 otras), 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 normalmente proporcionada a la diferencia.

26. 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, entre ellas subvenciones públicas, fondos u otros mecanismos oficiales creados para distribuir la carga financiera de esas obligaciones entre todos los que presten servicios públicos, o subvenciones internas de otros servicios rentables (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, ___).

d) *Interconexión y acceso a las redes de infraestructura*

27. 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 medidas de desagregación vertical, en otros se han adoptado para fomentar la competitividad en sectores que siguen estando total o parcialmente integrados (véase *supra* un breve examen de las cuestiones de la estructura del mercado, en “Introducción e información de antecedentes”, ___).

28. 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 someterse a condiciones razonables, más que iguales.

29. Aunque la fijación de precios de acceso se basa normalmente en el costo, los órganos reguladores pueden desear reservarse el derecho a vigilar los precios 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 separen 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.

30. 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 segmentos monopolísticos de ella (a veces se habla también de instalaciones críticas o esenciales). Muchas administraciones públicas permiten a quienes presten servicios construir su propia infraestructura o utilizar una infraestructura alternativa cuando ésta existe. En estos casos, el proveedor de servicio 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 en el suministro de electricidad o el empleo de un tramo de vía ferroviaria.

2. Control de precios

31. Salvo cuando el concesionario puede determinar libremente sus tarifas y su política comercial, la legislación interna somete a menudo los precios del concesionario a algún mecanismo de control. Muchos países han preferido establecer sólo los principios generales de la fijación de precios en su legislación y dejar su aplicación real al órgano

regulador que se ocupe de las condiciones de las licencias o concesiones. Cuando se aplican medidas de control de precios, 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 precios consisten normalmente en fórmulas para reajustar los precios y en disposiciones sobre vigilancia para garantizar el cumplimiento de los parámetros de ese reajuste.

a) *Métodos de control de precios*

32. Los métodos de control de precios más comunes utilizados en las legislaciones nacionales son el de la rentabilidad y el del precio tope. Hay también sistemas híbridos con elementos de ambos. A continuación se examinan brevemente esos métodos.

i) *Método de la rentabilidad*

33. Con arreglo al método de la rentabilidad, el mecanismo de reajuste de precios tiene por objeto permitir al concesionario obtener una rentabilidad determinada, normalmente expresada en un porcentaje y que representa una media ponderada del costo de la deuda y del capital social. 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 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.

34. La aplicación del método de la rentabilidad requiere un volumen considerable de información, así como negociaciones extensas (por ejemplo, sobre los gastos y la asignación de costos que pueden tenerse en cuenta). 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 los precios 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. El resultado es 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 tienen 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.

ii) *Método del precio tope*

35. En virtud de este método, se establece una fórmula de precios 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 los precios 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.

36. 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 se enfrenta con el riesgo de pérdidas cuando los costos resultan superiores a los previstos, ya que no puede aumentar los precios, hasta el siguiente reajuste. Ese riesgo mayor aumenta los costos de capital. Si no se permite que la rentabilidad de la empresa del proyecto aumente, podría haber dificultades para atraer nuevas inversiones. Además, la empresa puede sentirse tentada a disminuir la calidad del servicio para reducir los costos.

iii) Métodos híbridos

37. 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 métodos posibles incluyen 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 precios que puede utilizarse para fijarlos o, en general, para vigilar los niveles de precios, es la fijación de precios de referencia o criterios. 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.

b) Consideraciones de políticas

38. Cada uno de los métodos principales de reajuste tarifario anteriormente examinados tiene sus ventajas y desventajas, que el poder legislativo habrá de tener en cuenta al considerar la idoneidad de los métodos de control de precios, 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 fijo o de rentabilidad al seleccionar los concesionarios, según el alcance y la naturaleza de las inversiones y los servicios. Cualquiera que sea el mecanismo que se elija, es importante examinar detenidamente la capacidad de la autoridad contratante para vigilar debidamente la actuación del concesionario y aplicar el método de reajuste de una forma satisfactoria (véase también el capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, ___).

39. Es importante tener presente que las fórmulas de reajuste de precios 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 esos períodos. 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 precios. Por ello, normalmente requieren que la fórmula de reajuste de precios se incorpore al acuerdo de proyecto.

3. Requisitos de información

40. Muchas legislaciones nacionales imponen a quienes prestan servicios públicos la obligación de facilitar al órgano regulador información exacta y oportuna sobre su explotación, y conceden a los órganos reguladores derechos de ejecución específicos. Esos derechos pueden abarcar investigaciones y comprobaciones de cuentas, incluidas

comprobaciones detalladas de resultados y cumplimiento, sanciones a las empresas que no cooperen e interdictos o procedimientos sancionadores para obligar a facilitar la información.

41. Normalmente se exige a quienes prestan servicios públicos que lleven y comuniquen al órgano regulador su contabilidad y estados financieros, y también una contabilidad de costos detallada que permita a dicho órgano 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 órgano regulador el concesionario y sus empresas afiliadas.

4. Normas de rendimiento

42. 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 ambientales. Sin embargo, la legislación puede imponer los principios básicos que orientarán la redacción de normas detalladas o exigir el cumplimiento de normas internacionales.

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

5. Facultades de ejecución del concesionario

44. Normalmente se dan a los organismos públicos facultades para facilitar la prestación del servicio y garantizar que los usuarios cumplan con las reglamentaciones y normas pertinentes. Esas facultades pueden incluir, por ejemplo, el derecho a dar normas de seguridad o controlar su cumplimiento y el derecho a suspender la prestación del servicio por razones de emergencia o seguridad. Esas facultades se derivan normalmente de la autoridad general de la administración pública y, en algunos ordenamientos jurídicos, son intrínsecamente públicas.

45. En los países con una larga tradición de otorgar concesiones para la prestación de servicios públicos se puede dar al concesionario las facultades necesarias mediante una delegación de autoridad de la administración pública. 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. Sin embargo, puede ser útil que la ley prevea que se podrá autorizar al concesionario a dar normas que rijan la utilización de las instalaciones por el público y adoptar medidas razonables que garanticen el cumplimiento por el público de esas normas. Puede ser aconsejable prever que las normas 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 discrecional y se debe dar a éste el derecho a recurrir contra cualquier denegación de la aprobación de las normas propuestas (véase el capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, ___).

46. 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. 23 y 24), 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 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, “Ley aplicable”, ___).

E. Fianzas de cumplimiento y seguros

47. 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.

1. Tipos, funciones y naturaleza de las fianzas de cumplimiento

48. 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.

49. 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.

2. Ventajas y desventajas de los diversos tipos de fianzas de cumplimiento

50. 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.

51. 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.

52. 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. Además, dado que la autoridad contratante puede obtener la suma pagadera en virtud de la fianza o de la carta de crédito contingente simplemente declarando que el concesionario ha incumplido el acuerdo, quizá desee éste fijar la suma pagadera en un pequeño porcentaje del costo del proyecto, limitando así la pérdida que pueda sufrir como consecuencia de tener que reembolsar al fiador en el caso de una reclamación de la autoridad contratante cuando no haya habido incumplimiento del acuerdo.

53. 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.

54. 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, es posible que la autoridad contratante se enfrente con una controversia prolongada al hacer una reclamación en virtud de la fianza. Sin embargo, como reflejo del menor riesgo que corre el fiador, que se traduce también en el menor costo de una fianza accesoria, 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.

55. 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 párr. 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.

56. 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 VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, ___).

3. Planes de seguros

57. 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 hacia terceros, el seguro de indemnizaciones por accidentes de trabajo y el seguro de contaminación y daños ambientales.

58. 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 ambientales. 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.

F. Cambio de las condiciones

59. 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 párr. 33 a 37) 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.

1. Cambios legislativos y reglamentarios

60. 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.

61. 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 afectarían 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.

62. 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 precios (véanse los párrs. 31 a 39) 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 órgano regulador, según proceda, que le permitan resarcirse de los costos adicionales de los cambios de la legislación por medio de aumentos de precios. 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 precios no le permitan resarcirse plenamente de los costos adicionales debidos a cambios legislativos generales.

63. 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 precios con arreglo a las disposiciones pertinentes del acuerdo de proyecto.

2. Cambios de las condiciones económicas

64. 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.

65. 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. Dada la larga duración de los proyectos de infraestructura, el concesionario tratará de negociar mecanismos que ofrezcan cierta protección contra las repercusiones financieras y económicas perjudiciales de acontecimientos extraordinarios e imprevistos que no hubieran podido tenerse en cuenta cuando se negoció el acuerdo de proyecto o mecanismo y que, de haberse tenido en cuenta, se hubieran traducido en una distribución de riesgos o un tratamiento de la inversión del concesionario diferentes. Como consecuencia, 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.

66. 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 traducirse en la reversión al sector público de 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 otorgado 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.

67. 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 (véase el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, __) 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.

68. 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, se debe examinar detenidamente la conveniencia de introducir ese límite, y la suma apropiada.

G. Disposiciones de exoneración

69. 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 se encuentran normalmente fuera del control de cada una de las partes y pueden ser de naturaleza física, como un desastre natural, o consecuencia de actos humanos, como la guerra, los disturbios o los 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.

1. Definición de los acontecimientos exonerantes

70. Las circunstancias 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 condiciones geológicas que no puedan preverse ni resistirse; y las huelgas de personal de importancia excepcional.

71. Algunas disposiciones legales se refieren sólo en general a las circunstancias exonerantes, mientras que otras contienen listas detalladas de circunstancias que excusan 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.

72. Otro aspecto que puede ser necesario examinar detenidamente es si determinados actos de organismos públicos distintos 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 se retiran luego, porque el concesionario no cumple los criterios pertinentes para obtenerlas, 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 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 el organismo público 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 del otro organismo público.

73. Teniendo en cuenta lo expuesto, es aconsejable que en el acuerdo de proyecto se señalen las circunstancias que exonerarán a cualquiera de las partes del cumplimiento del proyecto, a fin de darles la libertad necesaria para encontrar arreglos apropiados. A fin de evitar las controversias en la práctica, el acuerdo de proyecto debería aclarar también si las circunstancias exonerantes producirán efectos automáticos o si su existencia deberá demostrarse por las partes mediante algún procedimiento especial.

2. Consecuencias para las partes

74. En algunos ordenamientos jurídicos, la existencia de circunstancias exonerantes suspende la ejecución del proyecto o la explotación de la concesión mientras dure el impedimento. En otros, el acuerdo de proyecto no se suspende estrictamente hablando pero, si las circunstancias hacen que el concesionario no pueda cumplir sus obligaciones en virtud de él, esa incapacidad no se considera un incumplimiento. Las cuestiones principales que deben examinarse en relación con la aparición de cualquier acontecimiento exonerante son si se concederá más tiempo para cumplir la obligación y cuál de las partes soportará el costo que suponga la demora, o la reparación de los bienes dañados.

75. Durante la etapa de construcción, el que ocurran circunstancias 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 VI “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, __).

76. 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 circunstancias exonerantes. La respuesta a esa pregunta se da mediante la distribución de riesgos prevista en el acuerdo de proyecto. Salvo los casos en que la administración pública preste alguna forma de apoyo directo (véase el capítulo II, “Riesgo del proyecto y respaldo público”, __), 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 otras circunstancias exonerantes, contra las cuales el concesionario debe obtener normalmente una cobertura de seguro adecuada (véanse los párrs. 57 y 58). Por ello, algunas legislaciones excluyen expresamente toda forma de indemnización al concesionario en el caso de pérdidas o daños resultantes de la aparición de circunstancias exonerantes. Sin embargo, de ello no se sigue necesariamente que un acontecimiento calificado de circunstancia exonerantes 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. 59 a 68).

77. 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 reparare 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.

78. 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 VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, __).

79. También tienen que considerarse las disposiciones legales y contractuales sobre las circunstancias 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. 23 y 24). 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.

H. Incumplimiento y acciones

80. 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 la presente sección se incluyen en general los incumplimientos y acciones de ambas partes (véanse los párrs. 81 y 82). Se examinan las consecuencias legislativas de determinados tipos de acciones destinado a rectificar las causas de incumplimiento y mantener la continuidad del proyecto, en particular la intervención de la autoridad pública (véanse los párrs. 83 a 86) o la sustitución del concesionario (véanse los párrs. 87 a 91). 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 VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, ___).

1. Consideraciones generales sobre incumplimiento y acciones

81. 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 pactadas². 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 funcionarios de categoría superior de la autoridad contratante, antes de imponer sanciones más graves. Esos procedimientos pueden complementarse por 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.

82. Aunque la autoridad contratante puede protegerse contra 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 los organismos públicos contra el procesamiento judicial y las medidas de ejecución. Según la naturaleza jurídica de la autoridad contratante o de otros organismos públicos 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 VII, “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”, ___).

2. Derecho de intervención de la autoridad contratante

83. 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.

84. 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

²Véase 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”.

para imponer sus propias conveniencias sobre la forma en que se preste el servicio, o incluso para lograr el control de los bienes de éste. Por consiguiente, es aconsejable definir tan pronto como se pueda las circunstancias en que se podrán ejercitar esos derechos de intervención. 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. Es importante reservar a la autoridad contratante el derecho a intervenir en casos de graves deficiencias del servicio y no simplemente en caso de insatisfacción con la actuación del concesionario.

85. 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 que interviene 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.

86. 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 culpa 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. 69 a 79), las partes podrían convenir una solución diferente, en función de cómo se hubiera asignado ese riesgo determinado en el acuerdo de proyecto.

3. Derecho de intervención de los prestamistas y traspaso obligatorio de la concesión

87. 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 VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, ___), 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.

88. En cierto número de acuerdos recientes de grandes proyectos de infraestructura se han incluido cláusulas que permiten a los prestamistas, con 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 aparentemente irremediable.

89. 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. En los países en que los prestamistas pueden obtener una garantía real sobre la totalidad de los derechos e intereses del concesionario en virtud del acuerdo de proyecto (véase el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, __), puede haber un derecho de intervención implícito siempre que una situación determinada constituya un incumplimiento en virtud de los acuerdos de préstamo.

90. 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 VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, __). 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.

91. 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 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.