



# Asamblea General

Distr. general  
17 de febrero 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 capítulo de una guía legislativa sobre proyectos de  
infraestructura con financiación privada**

### **Informe del Secretario General**

#### **Adición**

#### **Capítulo IV. EL ACUERDO DE PROYECTO**

|   | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|---|-----------------|---------------|
| <b>Recomendaciones legislativas</b> .....                             | -               | 2             |
| <b>Notas sobre recomendaciones legislativas</b> .....                 | 1-67            | 5             |
| A. Consideraciones generales .....                                    | 1-8             | 5             |
| 1. Criterios legislativos .....                                       | 2-4             | 5             |
| 2. Celebración del acuerdo del proyecto .....                         | 5-8             | 6             |
| B. Estipulaciones clave del acuerdo de proyecto .....                 | 9-67            | 7             |
| 1. Mecanismos financieros .....                                       | 10-21           | 7             |
| 2. Emplazamiento del proyecto .....                                   | 22-27           | 11            |
| 3. Servidumbres .....   | 28-31           | 13            |
| 4. Garantías reales .....   | 32-40           | 14            |
| 5. Organización del concesionario .....                               | 41-51           | 17            |
| 6. Cesión de la concesión .....                                       | 52-55           | 20            |
| 7. Transmisibilidad de las acciones de la compañía del proyecto ..... | 56-63           | 21            |
| 8. Duración del acuerdo del proyecto .....                            | 64-67           | 23            |

## **RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS**

### **Celebración del acuerdo del proyecto (véanse los párrs. 5 a 8)**

1) El país anfitrión tal vez desee aprobar disposiciones que simplifiquen los trámites para la elaboración del acuerdo de proyecto y señalar por adelantado las oficinas o los organismos competentes para aprobar y firmar el acuerdo de proyecto.

### **Disposiciones financieras (véanse los párrs. 10 a 21)**

- 2) El país huésped quizá desee disponer que:
- a) Toda financiación de la infraestructura pueda ser de las sumas conforme a las condiciones y cláusulas que determine el concesionario y que, con ese fin, éste pueda en particular emitir títulos de deuda, acciones y otros títulos u obligaciones, y obtener recursos financieros con garantías reales sobre alguno de sus bienes;
  - b) El acuerdo de proyecto prevea las tarifas y tasas que pueda percibir el concesionario por la utilización de las instalaciones o los servicios que preste, y exprese el método y las fórmulas para el ajuste de esas tarifas o tasas de usuarios;
  - c) El acuerdo de proyecto prevea tarifas y tasas de usuarios que permitan la recuperación del capital invertido y los costos de explotación y mantenimiento, con un tipo de rendimiento razonable.
- 3) El país anfitrión puede además querer disponer que:
- a) La autoridad contratante esté autorizada, cuando corresponda, a acordar pagos directos al concesionario en sustitución de los cobros por los servicios prestados a los usuarios o además de ellos;
  - b) La autoridad contratante esté facultada, cuando corresponda, a adquirir compromisos para la compra de cantidades predeterminadas de bienes o servicios.

### **El emplazamiento del proyecto (véanse los párrs. 22 a 27)**

- 4) El país anfitrión tal vez desee disponer que:
- a) El acuerdo de proyecto especifique, según convenga, qué activos permanecerán como propiedad de la autoridad competente u otros organismos públicos y qué categorías de bienes seguirán siendo de propiedad privada del concesionario;
  - b) La expropiación de los terrenos necesarios para la infraestructura con financiación privada deba efectuarse conforme a los procedimientos más eficientes aplicables según las leyes del país anfitrión.

### **Servidumbres (véanse los párrs. 28 a 31)**

5) El país huésped quizá desee adoptar disposiciones legislativas que precisen las servidumbres que el concesionario pueda necesitar.

**Garantías reales (véanse los párrs. 32 a 40)**

- 6) El país anfitrión tal vez quiera disponer que:
  - a) El concesionario pueda crear una garantía sobre cualquiera de sus derechos reales a la infraestructura;
  - b) El concesionario pueda obtener cualquier financiación pignorando el producto y los créditos derivados de la concesión.

**Organización del concesionario (véanse los párrs. 41 a 51)**

- 7) El país anfitrión posiblemente desee disponer que los ofertantes seleccionados creen una entidad jurídica independiente con sede en el país, excepto en los casos en que la autoridad contratante haya renunciado a ese requisito.
- 8) Si se requiere de los ofertantes seleccionados que establezcan una entidad jurídica independiente, puede que el país anfitrión desee disponer que el acuerdo del proyecto especifique:
  - a) La forma de la entidad jurídica y su capital mínimo;
  - b) Los procedimientos para obtener la aprobación por la autoridad contratante y las modificaciones fundamentales de los estatutos y reglamentos de la empresa concesionaria, aprobación que no debe ser irracionalmente denegada.

**Cesión de la concesión (véanse los párrs. 52 a 55)**

- 9) El país anfitrión quizá desee exigir que el acuerdo de proyecto exprese las condiciones con arreglo a las cuales la autoridad contratante pueda dar su consentimiento a la cesión de una concesión, incluidas:
  - a) La aceptación por el nuevo concesionario de todas las obligaciones contenidas en el acuerdo del proyecto;
  - b) Pruebas de que el nuevo concesionario tiene la capacidad técnica y financiera necesaria para prestar el servicio.

**Transmisibilidad de las acciones de la compañía del proyecto (véanse los párrs. 56 a 63)**

- 10) El país anfitrión tal vez desee disponer que la transmisión de la participación en el capital de una empresa concesionaria requiera el consentimiento de la autoridad contratante cuando:
  - a) El concesionario se halle en posesión de activos públicos o de activos que el concesionario debe traspasar a la autoridad contratante al final del período de la concesión; o
  - b) El concesionario haya recibido préstamos, subvenciones, capital u otras formas de respaldo financiero directo del Gobierno o se haya beneficiado de ellos.

**Duración del acuerdo de proyecto (véanse los párrs. 64 a 67)**

11) Puede que el país anfitrión quiera estipular que todas las concesiones tengan una duración limitada, que deba hacerse constar en el acuerdo de proyecto, teniendo en cuenta la naturaleza y la cuantía de las inversiones que deba efectuar el concesionario.

## NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

### A. Consideraciones generales

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

#### 1. Criterios legislativos

2. El acuerdo de proyecto es el instrumento mediante el cual el Gobierno ejerce su facultad de confiar a un concesionario la responsabilidad de llevar a cabo un proyecto de infraestructura (véase el capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, \_\_). Existe, en consecuencia, una vinculación intrínseca entre el acuerdo del proyecto y las leyes del país anfitrión que rigen la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada o, más generalmente, la prestación de servicios públicos. La legislación nacional contiene a menudo disposiciones que se refieren al contenido del acuerdo de proyecto. A este respecto, pueden utilizarse tres criterios principales. Mientras que las leyes de algunos países se limitan a mencionar la necesidad de un acuerdo entre el concesionario y la autoridad contratante, las leyes de otros comprenden extensas disposiciones imperativas referentes al contenido de las cláusulas que se han de incluir en el acuerdo. Adoptan un enfoque intermedio las leyes que enumeran una serie de cuestiones que deben abordarse en el acuerdo de proyecto sin regular en detalle el contenido de sus cláusulas.

3. Las disposiciones legislativas sobre ciertos elementos esenciales del acuerdo de proyecto pueden atender al propósito de establecer un marco general para la asignación de derechos y obligaciones entre las partes. Pueden obedecer a la intención de lograr la coherencia en la manera de tratar ciertas cuestiones contractuales y dar orientación a las autoridades públicas que participan en la negociación de acuerdo de proyecto en los diferentes planos de la administración (nacional, provincial o local). Esa orientación puede resultar particularmente útil para las autoridades contratantes que carecen de experiencia en la negociación de ese tipo de acuerdos. Algunos países pueden además considerar que las disposiciones legislativas sobre ciertos elementos del acuerdo de proyecto pueden reforzar la posición negociadora de la autoridad contratante frente al concesionario. Finalmente, algunas veces quizá se necesiten leyes para dotar a la autoridad contratante de dar su conformidad a ciertos tipos de disposición.

4. La posible desventaja de unas disposiciones legislativas que se ocupen en detalle de los derechos y las obligaciones de las partes radica en que pueden privar a la autoridad contratante y al concesionario de la necesaria flexibilidad para negociar un acuerdo que tenga en cuenta las necesidades y particularidades de un proyecto concreto. Por consiguiente, es aconsejable limitar a lo estrictamente necesario el alcance de las disposiciones legislativas referentes al acuerdo de proyecto, como, por ejemplo, disposiciones sobre asuntos para los que cabe que se necesite previa autorización legislativa o los que pueden afectar a los intereses de terceros

o disposiciones relativas a asuntos sustanciales de política con respecto a los cuales no se admite variación por vía de acuerdo.

## **2. Celebración del acuerdo de proyecto**

5. En relación con proyectos tan complejos como los de infraestructura, no es infrecuente que transcurran varios meses de negociaciones antes de que las partes estén listas para firmar el acuerdo de proyecto. Se ha mencionado cierto número de factores que causan retrasos en las negociaciones, como la inexperiencia de las partes, una escasa coordinación entre diferentes organismos de la administración, la incertidumbre sobre las dimensiones del respaldo financiero oficial o dificultades en la configuración de mecanismos de garantía aceptables para los prestamistas<sup>1</sup>. A fin de evitar retrasos innecesarios en la celebración del acuerdo de proyecto, es aconsejable partir de unas normas que identifiquen claramente a las personas u oficinas facultadas para asumir compromisos en nombre de la autoridad contratante (y, según corresponda, de otros organismos estatales) en diferentes etapas de la negociación y para firmar el acuerdo de proyecto. En cuanto a los proyectos en que participan cargos u organismos en diferentes niveles de la administración (p.ej., nacional, provincial o local), en los que puede no ser posible precisar por adelantado todos los cargos y organismos interesados, posiblemente se necesiten otras medidas para garantizar una coordinación apropiada entre ellos (véase el capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, \_\_\_).

6. Además, el Gobierno puede hacer una contribución apreciable dando la orientación adecuada a los negociadores que actúen en nombre de la autoridad contratante. Cuanto más claramente comprendan las partes qué asuntos deben preverse en el acuerdo del proyecto, tanto mayores serán las probabilidades de que la negociación del acuerdo de proyecto se desarrolle con buen éxito. Inversamente, cuando quedan abiertas importantes cuestiones después del proceso de selección y se ofrece poca orientación a los negociadores sobre el fondo del acuerdo de proyecto, puede correrse un riesgo considerable de negociaciones costosas y prolongadas así como de quejas justificadas de que el proceso de selección no fue suficientemente transparente y competitivo (véase además el capítulo III, “Selección del concesionario”, —).

7. Además de disposiciones prácticas para facilitar la negociación de acuerdo del proyecto, es importante estudiar medidas para agilizar su celebración. El derecho interno de algunos países prescribe ciertas formalidades para la celebración y la entrada en vigor de acuerdos de proyecto. En algunos países las condiciones del acuerdo negociado entre la autoridad contratante y los ofertantes seleccionados pueden estar sujetas a la aprobación de una autoridad superior. La entrada en vigor del acuerdo de proyecto o de ciertas categorías de acuerdos de proyectos está sujeta en algunos países a la aprobación parlamentaria o incluso a la promulgación de legislación especial.

8. Para acelerar el procedimiento y evitar las consecuencias adversas de toda demora en el calendario del proyecto, en algunos países la normativa aplicable delega en ciertos cargos públicos la facultad de obligar a la autoridad contratante o al Gobierno, según corresponda, de forma que la entrada en vigor del acuerdo de proyecto se produce al firmarse éste o al terminarse determinadas formalidades, como la publicación en el boletín oficial. En los países en que ese procedimiento no sea factible, o en los que se requiera además la aprobación

---

<sup>1</sup> Para un examen de las cuestiones que repercuten en el cierre de acuerdo de financiación, véase International Finance Corporation, *Financing Private Infrastructure*, Washington, D.C., 1996, pág. 37.

definitiva de otro organismo, sería conveniente estudiar fórmulas para evitar demoras innecesarias. Conviene recordar que el riesgo de que el proyecto fracase por no contar con la aprobación necesaria una vez finalizadas las negociaciones no es de los que el concesionario está dispuesto a. Si se estima que los trámites de aprobación son arbitrarios o engorrosos, cabría pedir al Gobierno que dé al concesionario y a los prestamistas garantías suficientes para cubrir dicho riesgo (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo del Gobierno”, —). En algunos países en los que existen esos trámites, el Gobierno se ha comprometido a veces en el acuerdo del proyecto a indemnizar al concesionario por todos los gastos en que incurra, en caso de que no se conceda la aprobación definitiva a un proyecto por razones no imputables al concesionario.

## **B. Estipulaciones clave del acuerdo de proyecto**

9. Los acuerdos de proyecto son generalmente documentos largos que tratan con amplitud gran diversidad de cuestiones generales y específicas del proyecto. En la presente sección se examinan las eventuales consecuencias legislativas de lo que en el derecho interno se acostumbra a considerar como estipulaciones clave de los acuerdos de proyectos, es decir las que definen las obligaciones financieras esenciales de las partes, la naturaleza de los derechos otorgados al concesionario, el emplazamiento del proyecto y el régimen de la propiedad respecto de los activos del proyecto, la organización del concesionario y la duración del proyecto.

### **1. Mecanismos financieros**

10. Los mecanismos financieros se cuentan entre las condiciones esenciales del acuerdo de proyecto. Suelen abarcar disposiciones relativas a las obligaciones del concesionario de conseguir financiación para el proyecto, esbozan los mecanismos para el desembolso y la contabilización de los recursos, exponen métodos para calcular y ajustar los precios percibidos por el concesionario y se ocupan de los tipos de garantía real que pueden crearse a favor de los acreedores del concesionario. Al redactar estas disposiciones hay que tener cuidado en cerciorarse de su coherencia con los acuerdos de préstamo y otros compromisos financieros asumidos por el concesionario. Es además importante verificar que las leyes del país anfitrión son conducentes o no ponen obstáculos a la gestión financiera del proyecto.

#### **a) Obligaciones financieras del concesionario**

11. En los proyectos de infraestructura con financiación privada, el concesionario es normalmente responsable de conseguir una financiación suficiente para el proyecto. En la mayoría de los casos, la autoridad contratante u otros organismos públicos estarían interesados en limitar las obligaciones financieras a las expresamente expuestas en el acuerdo de proyecto o las formas de respaldo directo que el gobierno haya convenido en conceder al proyecto (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo del Gobierno”, \_\_\_).

12. La cantidad de capital privado aportado directamente por los accionistas de la compañía del proyecto suele representar sólo una parte de la inversión total propuesta. Una parte mucho mayor procede de préstamos otorgados al concesionario por bancos comerciales y del producto de la colocación de obligaciones y otros instrumentos negociables en el mercado de capitales (véase “Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, \_\_\_). En consecuencia, puede ser útil que la ley reconozca al concesionario la facultad de acordar los mecanismos financieros que estime oportunos con el fin de financiar la infraestructura. Es también importante velar por que las leyes del país

anfitrión no restrinjan irracionalmente la capacidad del concesionario de acordar mecanismos de financiación necesarios, limitando, por ejemplo, la capacidad del concesionario de ofrecer a sus prestamistas garantías suficientes (véanse los párrs. 32 a 40).

13. Los recursos obtenidos con la colocación de obligaciones y otros instrumentos negociables pueden representar una fuente sustancial de financiación para los proyectos de infraestructura. Estos instrumentos pueden ser emitidos por el concesionario mismo, en cuyo caso los inversionistas que adquieran el título se convertirán en sus acreedores, o pueden ser emitidos por un tercero al que se hayan cedido los créditos del proyecto (véase el párr. 39) mediante un mecanismo conocido como “bursatilización”. La bursatilización entraña la creación de títulos financieros respaldados por la corriente de ingresos del proyecto, que queda obligada para el pago del principal e intereses de ese título. Las operaciones de bursatilización suelen comprender la creación de una entidad jurídica distinta del concesionario y especialmente dedicada al negocio de bursatilizar activos o créditos. A menudo se llama a esta entidad jurídica un “vehículo para usos especiales”. El concesionario cede los créditos del proyecto al vehículo para usos especiales, el cual, a su vez, emite a los inversionistas instrumentos con interés respaldados por los créditos del proyecto. Los obligacionistas bursatilizados adquieren con ello el derecho al producto de las operaciones del concesionario con sus clientes. El concesionario recauda de sus clientes las tasas fijadas y transfiere los fondos resultantes al vehículo para fines especiales, el cual lo transfiere luego a los obligacionistas bursatilizados. En algunos países, una legislación reciente ha reconocido expresamente la facultad del concesionario de ceder créditos del proyecto a un vehículo para usos especiales, que conserve y gestione los créditos en régimen fiduciario en beneficio de los acreedores del proyecto. Con miras a proteger a los obligacionistas del riesgo de insolvencia del concesionario, puede ser aconsejable adoptar las medidas legislativas necesarias que permitan la separación jurídica entre el concesionario y el vehículo para fines especiales.

#### **b) Facultad del concesionario de cobrar precios por servicios públicos**

14. En cierto número de países puede precisarse previa autorización legislativa para que un concesionario cobre un precio por la prestación de servicios públicos o por la utilización de infraestructuras públicas. Es, por lo tanto, deseable que la ley contenga disposiciones generales que faculten a la autoridad contratante y al concesionario para acordar la forma de pago adecuada para el concesionario, incluido el derecho a cobrar un precio por la utilización de la infraestructura o por los servicios o bienes que proporcione. La falta de una disposición general semejante en la legislación ha dado lugar en algunos países a controversias judiciales en las que se impugna la facultad del concesionario de cobrar un precio por el servicio.

15. Además de un reconocimiento general de la facultad del concesionario de cobrar un precio por la prestación de servicios públicos o por la utilización de infraestructuras públicas, es importante examinar el nivel de las tarifas y los precios que el concesionario puede percibir. Las tarifas y los precios percibidos por el concesionario pueden ser la fuente de recursos principal (a veces incluso la única) para pagar la inversión efectuada en el proyecto, a falta de subvenciones o de pagos de la autoridad contratante (véanse los párrs. 17 a 21) o el Gobierno (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo del Gobierno”, \_\_\_\_). El concesionario procurará, pues, estar en condiciones de fijar y mantener las tarifas y los precios a un nivel que le garantice una liquidez suficiente para el proyecto. No obstante, en algunos ordenamientos puede haber límites a la libertad del concesionario de fijar tarifas y precios. El costo al que se prestan los servicios públicos es normalmente un elemento de la política del Gobierno en materia de infraestructura y causa de preocupación inmediata para amplios sectores del público. Así pues, el marco regulatorio comprende en muchos países normas especiales para

controlar tarifas y precios por la prestación de servicios públicos (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, \_\_\_\_). Además, en algunos ordenamientos jurídicos, disposiciones legales u otras normas generales de derecho establecen parámetros para fijar precios de bienes o servicios requiriendo, por ejemplo, que los precios satisfagan ciertos niveles de “razonabilidad”, “justicia” o “equidad”.

16. Cuando se estimen necesarias disposiciones sobre el nivel de las tarifas y los precios que el concesionario puede cobrar, deben tender a conseguir un equilibrio entre los intereses de los inversionistas y los de los usuarios actuales y futuros. Es aconsejable que los criterios legales para determinar los precios tomen en cuenta, además de los factores sociales que el Gobierno considera pertinentes, el interés del concesionario en lograr un nivel de liquidez que garantice la viabilidad económica y la rentabilidad comercial del proyecto. Puede, pues, ser útil que la ley reconozca que la recuperación del capital y el costo de explotación y mantenimiento, con una tasa de rendimiento razonable, es uno de los elementos esenciales de un sistema de tarifas justo. Además, conviene dotar a las partes de las facultades necesarias para negociar arreglos apropiados, incluidas disposiciones sobre indemnización, a fin de atender a situaciones en que la aplicación de normas sobre precios relacionadas directa o indirectamente con la prestación de servicios públicos pueda resultar en que se fijen precios por debajo del nivel requerido para la explotación rentable del proyecto (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, \_\_\_\_)

**c) Obligaciones financieras de la autoridad contratante**

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

**i) Pagos directos**

18. En algunos países, la autoridad contratante ha utilizado los pagos directos como sustituto o complemento de los pagos de los usuarios finales, en particular en proyectos de autopistas de peaje, mediante un mecanismo conocido como “peaje encubierto”. Los peajes encubiertos son sistemas mediante los cuales el concesionario asume la obligación de desarrollar, construir, financiar y explotar una carretera u otra instalación de transporte durante un número determinado de años a cambio de pagos periódicos, en lugar o además de los peajes reales o explícitos pagados por los usuarios. Los planes de peajes encubiertos pueden utilizarse para atender a riesgos peculiares de los proyectos de transporte, en particular el de que sólo se alcancen unos niveles de tráfico inferiores a los esperados (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo del Gobierno”, \_\_\_\_). Además, los planes de peajes encubiertos pueden ser políticamente más aceptables que los peajes directos, por ejemplo cuando se teme que la introducción del pago de peajes en carreteras públicas puede dar lugar a protestas de los usuarios.

19. Los peajes encubiertos pueden representar un gasto sustancial de la autoridad contratante y precisar de una estrecha y minuciosa vigilancia por parte de ésta. En los países que han utilizado peajes encubiertos para el desarrollo de nuevos proyectos viarios, los pagos de la autoridad contratante al concesionario se basan principalmente en niveles reales de tránsito,

medidos en vehículos-kilómetros. Se considera conveniente disponer que los pagos no se efectúen hasta que empiece a circular el tránsito, con lo que el concesionario tiene un incentivo para abrir la ruta lo más rápidamente posible. Al mismo tiempo, se ha hallado que es conveniente calcular los pagos sobre la base del tránsito real mientras dure la concesión, de modo que el concesionario tenga también una razón para velar por que la carretera necesite durante ese tiempo de un mínimo de reparaciones perturbadoras. Otra posibilidad es que el acuerdo de proyecto contenga una pena o una cláusula de daños y perjuicios pactados por la falta de disponibilidad de carriles debido a los trabajos de reparación previstos. Los sistemas de pago utilizados en algunos países se refinan aún más dividiendo el tránsito en cierto número “bandas”, con diferentes niveles de volúmenes de tránsito anual y pagos por vehículo, con lo que niveles inferiores de tránsito entrañan pagos más elevados por vehículo, mientras que unos niveles superiores dan lugar a pagos inferiores. Las bandas mismas pueden aumentarse con el tiempo para adecuarlas al crecimiento previsto del tránsito. Pueden establecer distintas bandas según la longitud de los vehículos. Se suele requerir del concesionario que efectúe permanentemente recuentos del tránsito para calcular los vehículos-kilómetros anuales, que la autoridad contratante verifica periódicamente. Un sistema algo modificado puede combinar los peajes encubiertos y los peajes directos pagados por los usuarios. En ese sistema la autoridad contratante sólo paga peajes encubiertos en caso de que el nivel de tránsito durante un cierto período descienda por debajo del nivel mínimo acordado necesario para que el concesionario pueda explotar rentablemente la carretera.

## ii) Compromisos de compra

20. En el caso de instalaciones con financiación privada que producen bienes o servicios susceptible de ser entregados o prestados durante largo tiempo a un comprador determinado, la exposición del concesionario a los riesgos de la demanda y los precios del mercado puede atenuarse mediante arreglos contractuales que garanticen la compra de todo el producto de la infraestructura o de una parte mínima convenida del mismo. Cuando la autoridad contratante u otra entidad pública es el único cliente de los servicios o bienes suministrados por el concesionario, la ley dispone a veces que esas entidades tengan la obligación de comprar los bienes y servicios a medida que el concesionario los ofrezca según una tarifa convenida. Los contratos de este tipo se suelen calificar de “acuerdos de absorción” y (*off-take agreements*) se utilizan frecuentemente, pero no de manera exclusiva, para apoyar el desarrollo de plantas de energía eléctrica por productores independientes. Los acuerdos de absorción abarcan a menudo dos tipos de pago: los pagos por la disponibilidad de la capacidad de producción y los pagos por unidades de consumo real. En un proyecto de producción de energía eléctrica, por ejemplo, el acuerdo de compra de la energía puede prever los siguientes devengos:

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

b) *Devengos por consumo*. Estos devengos no pretenden cubrir todos los costos fijos del concesionario, sino pagar los costos variables o marginales que el concesionario ha de soportar para producir y entregar una unidad determinada del servicio o bien pertinente (p.ej. un kilovatio-hora de electricidad). Los devengos por consumo se calculan comúnmente para que sufragan los costos variables de explotación del concesionario, como el combustible

consumido mientras funciona la instalación, gastos de tratamiento del agua y costos de productos consumibles. Los pagos variables se vinculan a menudo a los propios costos variables de explotación del concesionario o a un índice que refleje razonablemente los cambios de los costos de explotación.

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

## **2. Emplazamiento del proyecto**

22. Cuando vaya a construirse una nueva infraestructura en un terreno que sea propiedad de la autoridad contratante, o se vaya a modernizar o rehabilitar una instalación ya existente (como en el caso de los proyectos de “modernización-explotación-traspaso” o de “rehabilitación-explotación-traspaso”), en general la autoridad contratante deberá, como propietaria de dicho terreno o instalación, ponerlo a disposición del concesionario. La autoridad contratante podrá o bien transmitir al concesionario la propiedad del terreno de las instalaciones, o bien reservarse la propiedad, otorgando al concesionario el derecho a utilizar el terreno o las instalaciones y a construir en él. Además de la facultad legislativa general que pueda necesitarse para que la autoridad contratante transfiera a propiedad pública al concesionario u otorgue a éste el derecho a utilizar esos bienes públicos (véase el capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, \_\_\_\_), es importante examinar el régimen de la propiedad de las diversas categorías de activo requeridas para el desarrollo y la explotación de infraestructuras, y los procedimientos para adquirir los bienes, cuando éstos no están ya en manos de la autoridad contratante.

### **a) Propiedad de los activos del proyecto**

23. En algunos países la ley prevé que la infraestructura física necesaria para la prestación de servicios públicos siga siendo de propiedad de la autoridad contratante. Sin embargo, durante la vida del proyecto, el concesionario puede hacer grandes mejoras o adiciones a la infraestructura originalmente recibida de la autoridad contratante o construida por el mismo concesionario. El concesionario puede también adquirir diversos bienes que, sin ser indispensables o estrictamente necesarios para la prestación del servicio, tal vez aumenten la conveniencia o la eficiencia de explotar la instalación o la calidad del servicio. En uno y otro caso cabe abrigar dudas sobre la titularidad de estos bienes. Se necesita claridad a este respecto para determinar el tipo y la importancia de las garantías reales que el concesionario puede establecer sobre los activos del proyecto con el fin de conseguir financiación para éste (véanse los párrs. 34 a 36). Se necesitará claridad además con miras a asegurar un traspaso ordenado de los activos a la autoridad contratante u otro concesionario al finalizar el plazo del

proyecto, en el caso de proyectos de “construcción-explotación-traspaso” y otros análogos (véase el capítulo VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión” \_\_\_\_). Aunque la ley puede disponer una definición general de categorías de activo que de ordinario deban seguir siendo de propiedad de la autoridad contratante o de otro organismo gubernamental o que deban imperativamente traspasarse a la autoridad contratante, quizá no haya ninguna necesidad urgente de disposiciones legislativas detalladas sobre este asunto. En realidad, en diversos países se consideró suficiente requerir en la ley que el acuerdo de proyecto especifique, según corresponda, qué activos seguirán siendo de propiedad de la autoridad contratante u otro organismo gubernamental y qué categorías de activos permanecerán con propiedad privada del concesionario.

**c) Adquisición de los terrenos necesarios para ejecutar el proyecto**

24. Tanto en los casos en que la infraestructura será transferida de nuevo a la autoridad contratante como en aquellos en que permanecerá en manos del concesionario, es aconsejable que las partes determinen el estado en que se encuentren terrenos y las instalaciones en el momento en que se transfieren al concesionario. Esa determinación puede disminuir los desacuerdos cuando la infraestructura se devuelve a la autoridad contratante. En consecuencia, el acuerdo de proyecto debería prever la inspección, la mensura y el amojonamiento de ese terreno y de la instalación ya existente antes de que se transfieran al concesionario o se pongan a su disposición. Otros asuntos que suelen resolverse en el acuerdo de proyecto son los procedimientos para traspasar el terreno o las instalaciones y la presentación de la documentación necesaria.

25. La situación puede hacerse más compleja cuando el terreno no es aún propiedad de la autoridad contratante y debe ser comprado a sus dueños. En la mayoría de los casos, el concesionario no estará en las mejores condiciones para asumir la responsabilidad de comprar el terreno necesario para el proyecto. El concesionario puede temer la demora y los gastos que posiblemente entrañarán las negociaciones con un número tal vez grande de propietarios y, como es necesario en algunas partes del mundo, practicar complicadas búsquedas de títulos de propiedad y examinar cadenas de anteriores transmisiones de la titularidad para poder comprobar la regularidad del título de cada dueño. Por consiguiente, lo normal es que la autoridad contratante asuma la responsabilidad de proporcionar los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto, a efectos de evitar demoras innecesarias o un aumento del costo del proyecto de resultados de su adquisición. La autoridad contratante puede comprar los terrenos necesarios a sus propietarios o, si es necesario, adquirirlos por vía forzosa. El procedimiento para la adquisición forzosa de bienes privados contra el pago de una indemnización adecuada a sus dueños, de conformidad con las normas en vigor en el país anfitrión y las normas pertinentes del derecho internacional, se denomina en las legislaciones nacionales con varias expresiones técnicas. En la *Guía* se denomina “expropiación”.

26. De haberse de recurrir a la expropiación, tal vez sea necesario adoptar algunas medidas previas para evitar demoras en las obras de construcción. En los países cuyo derecho interno prevea más de un tipo de procedimiento de expropiación, tal vez convenga disponer que toda expropiación requerida para proyectos de infraestructura con financiación privada se tramitará por el más eficiente de dichos procedimientos, que en algunos países es el procedimiento especial que se siguen supuestos de necesidad pública imperiosa (véase el capítulo VII, “Ley aplicable”, \_\_\_\_).

27. El derecho a expropiar bienes de propiedad privada responde generalmente al Gobierno, pero la legislación de algunos países autoriza también a los empresarios de infraestructura o

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

### 3. Servidumbres

28. Además de adquirir el terreno para la construcción de la instalación, puede ser necesario asegurar el acceso del concesionario a dicho terreno en los casos en que la situación del emplazamiento del proyecto sea tal que el acceso requiera pasar por terrenos de propiedad de terceros. Además, la naturaleza del proyecto puede ser tal que exija que el concesionario entre en propiedades de terceros (por ejemplo, para colocar señales de tráfico en terrenos adyacentes; para instalar postes o líneas de transmisión eléctrica que atraviesen la propiedad de terceros; para la instalación y el mantenimiento de equipo de transformación y conexión; para talar árboles que obstaculicen líneas telefónicas situadas en terrenos colindantes). En la *Guía* se emplea el término “servidumbre” para referirse en general al derecho a utilizar la propiedad ajena para un fin determinado o para realizar ciertos trabajos en ella.

29. Las servidumbres exigen generalmente el consentimiento del propietario del bien al que pertenecen, a menos de que se trate de derechos que establece la ley. Excepto en los casos en que las servidumbres necesarias afecten únicamente a un pequeño número de propiedades adyacentes, no suele ser una solución expeditiva ni rentable dejar que el concesionario negocie directamente las servidumbres con los propietarios. En lugar de ello, es más frecuente que esas servidumbres las obtenga el Gobierno, al tiempo que se procede a la expropiación del emplazamiento del proyecto. La adquisición forzosa de servidumbres está generalmente sometida a las mismas condiciones aplicables a la adquisición forzosa de terrenos, a saber, la existencia de motivos o razones de interés público y el pago de una indemnización adecuada de conformidad con las normas en vigor en el país anfitrión y las normas pertinentes del derecho internacional.

30. Otras vía distinta sería que la propia ley determinase los tipos de servidumbres que se otorgarían al concesionario, sin que ello requiera necesariamente la expropiación de los bienes sobre los que recaen dichas servidumbres. Este sistema puede ser utilizado con una normativa de tipo sectorial, cuando el Gobierno considere posible determinar de antemano ciertas servidumbres mínimas que el concesionario puede necesitar. Por ejemplo, en una norma especial promulgada para el sector de la energía eléctrica cabe mencionar las condiciones en que el concesionario obtendrá el derecho a tender cables con el fin de instalar y explotar redes básicas y de distribución sobre propiedades ajenas. Este derecho puede ser necesario para efectuar ciertas tareas, como la instalación o el tendido de cables subterráneos y aéreos, así como estructuras de apoyo y equipo de transformación y conexión; para mantener, reparar y desmontar cualquiera de dichas instalaciones; para establecer una zona de seguridad a lo largo de todo el tendido subterráneo o aéreo; para eliminar obstáculos al tendido de los cables o que invadan la zona de seguridad.

31. Conforme a algunos ordenamientos, el concesionario puede estar obligado a pagar una indemnización al propietario, al igual que en el supuesto de expropiación, cuando se trate de una servidumbre que cause notable transtorno al propietario en el disfrute de su propiedad.

#### **4. Garantías reales**

32. En general, las garantías reales sobre bienes muebles otorgan al acreedor garantizado, en principio, dos tipos de derecho: un derecho real a hacerse cargo de la propiedad o hacer que un tercer lo haga y la venta, y un derecho prioritario a recibir el pago con el producto de la venta de los bienes en caso de insolvencia del deudor. En la práctica financiera general, los prestamistas negocian garantías reales que les permiten al vencimiento del crédito y hacer suyo un proyecto del que puedan hacerse cargo y explotarlo para restablecer su viabilidad económica con miras a volverlo a vender en su momento o retener el proyecto por tiempo indefinido y percibir unos ingresos permanentes. Además, la garantía puede desempeñar una función defensiva o preventiva al dar la seguridad de que, en el caso de que un tercero adquiera el negocio del deudor (por ejemplo mediante ejecución de una garantía real, adjudicación en caso de quiebra o directamente del deudor) todo el producto resultante de la venta de sus activos servirá en primer lugar para amortizar los préstamos pendientes.

33. Los mecanismos de garantía desempeñan una función central en la financiación de los proyectos infraestructura, en particular cuando la financiación está estructurada conforme a la modalidad de “financiación con respaldo del propio proyecto”. Entre los documentos financieros para proyectos de infraestructura con financiación privada suelen figurar detallados mecanismos a este respecto que, en la mayoría de los casos, abarcan garantías sobre los activos físicos relacionados con el proyecto y garantías sobre los activos incorporables del concesionario. A continuación se examinan algunos de los principales requisitos para concertar con buen éxito mecanismos de garantía.

**a) Garantías sobre bienes físicos**

34. La negociación de los mecanismos de garantía necesarios para que la compañía del proyecto obtenga la financiación necesaria puede verse en general facilitada si las leyes del país anfitrión autorizan expresamente la creación de garantías reales sobre los bienes físicos comprendidos en la infraestructura. No obstante, puede haber obstáculos jurídicos a la creación de esas garantías reales, en particular cuando los activos siguen siendo de propiedad de la autoridad contratante o de otro organismo público durante toda la duración del proyecto. Si el concesionario carece del derecho de propiedad, no estará en muchos ordenamientos jurídicos habilitados (o lo estará sólo de manera limitada) para gravar esos bienes.

35. Cuando existan limitaciones de este tipo, la ley puede, de todos modos, facilitar la negociación de mecanismos de garantía indicando, por ejemplo, los tipos de bienes sobre los cuales pueden crearse esas garantías reales o el tipo de garantías reales permisible. En algunos ordenamientos, un concesionario al que se otorga el arrendamiento de ciertos bienes o el derecho a utilizarlos puede crear una garantía real sobre el arriendo o el derecho de uso. Además, también cabe crear garantías reales cuando la concesión abarca diferentes tipos de bienes públicos, como cuando se concede a una compañía de ferrocarril la propiedad de los terrenos adyacentes (y no sólo el derecho a usarlos) además del derecho a utilizar la infraestructura pública.

36. Cuando sea posible crear alguna forma de garantía real respecto de los bienes de la autoridad contratante o que ésta deba traspasar, o activos respecto de los cuales la autoridad contratante tiene una opción contractual de compra (véase el capítulo VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, \_\_\_), la ley tal vez exija la aprobación de la autoridad contratante para que el concesionario pueda crear esas garantías reales. Con objeto de facilitar la creación de la garantía puede ser útil, en esa situación, facultar a la autoridad contratante para que manifieste esa aprobación mediante una disposición general en el acuerdo del proyecto, en vez de requerir actos especiales de aprobación para cada objeto respecto del cual se cree la garantía.

**b) Garantías sobre bienes incorporeales**

37. El principal bien incorporal en un proyecto de infraestructura es la concesión misma, es decir, el derecho del concesionario a explotar la infraestructura o prestar el servicio pertinente. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la concesión proporciona a su titular la facultad de controlar todo el proyecto y habilita al concesionario para percibir los ingresos generados por el proyecto. De este modo, el valor de la concesión excede con mucho del valor combinado de todos los bienes físicos integrados en un proyecto. Dado que el titular de la concesión tendrá normalmente derecho a poseer todos los activos del proyecto y disponer de ellos (con la posible excepción de los que pertenecen a otras partes, como los bienes de propiedad de la autoridad contratante u otro organismo público), la concesión abarcará normalmente los activos presentes y futuros de carácter tangible o intangible. En consecuencia, los prestamistas pueden considerar la concesión como un componente esencial de los mecanismos de garantía negociados con el concesionario. Una prenda de la concesión misma puede entrañar diversas ventajas prácticas para el concesionario y los prestamistas, en particular, en ordenamientos que de otro modo no permitirían crear garantías reales sobre todos los activos de la compañía, o que no reconocen en general garantías reales sobre bienes que no estén en posesión del acreedor (véase el capítulo VII, “Ley aplicable”, \_\_\_). Estas ventajas pueden consistir en: evitar la necesidad de crear garantías reales por separado para cada bien del proyecto, permitir al concesionario que continúe utilizando esos activos en el curso ordinario de sus negocios,

hacer posible pignorar ciertos bienes sin transmitir a los acreedores su posesión efectiva. Además, una prenda de la concesión puede habilitar a los prestamistas, en caso de incumplimiento del concesionario, a impedir que se rescinda el proyecto haciéndose cargo de la concesión y celebrar acuerdos para que el proyecto continúe con otro concesionario. La prenda de la concesión puede, por tanto, representar un complemento útil o, en ciertas circunstancias, un sustituto de un acuerdo directo entre prestamistas y autoridad contratante acerca de los derechos de subrogación de los primeros (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, \_\_\_\_).

38. Puede haber, sin embargo, en algunos ordenamientos jurídicos obstáculos a una prenda de la concesión a falta de autorización legislativa expresa. Conforme a diversos ordenamientos, sólo pueden crearse garantías reales respecto de activos que el otorgante de la garantía pueda libremente transmitir. Dado que el derecho a explotar la infraestructura no es en la mayoría de los casos transmisible sin el consentimiento de la autoridad contratante (véanse los párrs. 52 a 55), en algunos de ellos puede no ser posible que el concesionario cree garantías reales sobre la concesión misma. La legislación reciente en algunos países de tradición romanística ha eliminado ese obstáculo creando una categoría especial de garantía real, mencionado a veces con expresiones como “hipoteca de concesión de obra pública” o “prenda de concesión de obra pública”, que generalmente dota a los prestamistas de una garantía real ejecutable que abarca todos los derechos otorgados al concesionario conforme al acuerdo del proyecto. No obstante, a fin de proteger el interés público, la ley requiere el consentimiento de la autoridad contratante para toda medida de los prestamistas tendiente a hacer valer ese derecho, en las condiciones que prevea un acuerdo entre la autoridad contratante y los prestamistas. En algunos ordenamientos de derecho anglosajón se ha logrado una solución algo más limitada al hacer una distinción entre el derecho no transmisible de llevar a cabo cierta actividad bajo licencia oficial (p. ej., los “derechos públicos” nacidos de la licencia) y el derecho a reclamar el producto percibido por el licenciataria (p. ej., los “derechos privados” de este último conforme a la licencia).

39. Para los países en que no sea jurídicamente posible permitir la creación de una garantía real sobre la concesión misma, puede ser útil que la ley faculte expresamente al concesionario a crear garantías reales sobre los derechos económicos derivados de la concesión o su producto. Ese producto suele comprender las tarifas cobradas al público por la utilización de la infraestructura (p. ej. viajes en una autopista) o el precio pagado por los clientes por los bienes o servicios suministrados por el concesionario (p. ej. tasas de electricidad). Pueden abarcar también los ingresos procedentes de concesiones auxiliares. La garantía este tipo es un elemento típico de los mecanismos de financiación negociados con los prestamistas. Puede además desempeñar una función imprescindible para la emisión por el concesionario de obligaciones y otros títulos negociables. En diversos ordenamientos jurídicos se han incluido en la legislación nacional disposiciones legales que reconocen la facultad del concesionario de pignorar el producto de los proyectos de infraestructura.

#### **c) Garantías constituidas sobre las acciones del concesionario**

40. La constitución de garantías reales sobre las acciones del concesionario plantea, en principio, problemas semejantes a los planteados por la cesión de una concesión (véanse los párrs. 52 a 55). Cuando no pueda llevarse a cabo la cesión ni la transmisión de la concesión sin el consentimiento de la autoridad contratante, la legislación prohíbe a veces la constitución de garantías reales sobre las acciones del concesionario. No obstante, cabe señalar que la garantía sobre las acciones del concesionario es normalmente exigida por los prestamistas en las operaciones de financiación del proyecto y que las prohibiciones generales de la

constitución de dicha garantía pueden limitar de manera innecesaria la capacidad del concesionario de obtener financiación para el proyecto. Al igual que ocurre con otras formas de garantía, puede ser útil que la legislación autorice a los accionistas del concesionario a crear esa garantía, a condición de que la autoridad contratante dé previamente su aprobación en los casos en que se necesitaría para la transmisión de la participación social en la compañía del proyecto (párr. 62).

## 5. Organización del concesionario

41. En el acuerdo del proyecto se recogen generalmente disposiciones relativas a la condición jurídica del concesionario, que regulan la cuestión de si éste tiene que constituirse como entidad jurídica independiente o si el proyecto puede adjudicarse a título colectivo al consorcio del proyecto. Disposiciones sobre estas cuestiones figuran también generalmente en la legislación nacional sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.

42. En la práctica comercial, un consorcio es un acuerdo contractual por lo que un grupo de empresas se compromete a colaborar en la realización de un proyecto sin constituirse en entidad jurídica independiente. Los consorcios se han organizado con frecuencia en la industria de la construcción para el desarrollo de proyectos de gran envergadura que requieren grandes sumas de capital y pericia técnica en diversos ámbitos. En general, los consorcios se consideran como estructuras sociales meramente contractuales, sin personalidad jurídica propia. No obstante, no existe un régimen jurídico uniforme aplicable a los consorcios, sino que pueden corresponder a categorías contractuales diversas en cada ordenamiento nacional, y su condición jurídica, así como los derechos y obligaciones de sus miembros varían de un ordenamiento a otro.

43. El formar un consorcio del proyecto ofrece ciertas ventajas, como una mayor flexibilidad en los tratos entre los miembros del consorcio. Otra razón para optar por no establecer una entidad jurídica independiente en el país anfitrión puede ser también la de evitar la doble imposición, en caso de no existir un acuerdo bilateral de doble imposición entre el país anfitrión y el o los países en los que los inversionistas extranjeros tengan su residencia a efectos fiscales. También puede haber casos en los que la autoridad contratante desee reservarse la posibilidad de contratar a consorcios para proyectos de infraestructura, según sean la dimensión y la naturaleza del proyecto, o con miras a que todos los miembros del consorcio sean conjuntamente responsables de todo el proyecto.

44. Para los países que deseen reservarse dicha posibilidad, la legislación puede ofrecer a la autoridad adjudicadora la posibilidad de optar entre adjudicar el proyecto a un consorcio o exigir que el consorcio del proyecto seleccionado cree una entidad jurídica independiente, dependiendo de las necesidades del proyecto. Pero será necesario resolver una serie de cuestiones en el acuerdo de proyecto, y puede que sea necesario negociar con todo detalle la coordinación entre los miembros del consorcio y el establecimiento de enlaces adecuados con la autoridad contratante, así como definir el alcance de las responsabilidades y obligaciones de cada uno de los miembros del consorcio en la ejecución del proyecto<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> En la *Guía Jurídica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales* (capítulo II, "Selección de los estimas de contratación", párrs. 9 a 16), se estudian brevemente las cuestiones relativas a la contratación de obras de construcción con un grupo sin integrar de empresas. Algunas de las cuestiones que se mencionan en ese capítulo pueden también aplicarse, por analogía a las negociaciones sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, incluidas: cómo pueden superarse la dificultad de interponer una acción contra empresas de diferentes países en caso de que

45. No obstante, es más frecuente que el concesionario se constituya como entidad jurídica independiente. Desde la perspectiva de la autoridad contratante, una entidad independiente facilita la coordinación en la ejecución del proyecto y puede proporcionar un mecanismo para proteger los intereses del proyecto, que quizá no siempre coincidirán con los intereses particulares de cada uno de los miembros del consorcio. Este aspecto puede revestir especial importancia cuando uno o más miembros del consorcio vayan a proporcionar alguna parte o segmento importante de los servicios o suministros necesarios para el proyecto. Puesto que gran parte de las responsabilidades y obligaciones del concesionario, incluidas las que sean a largo lazo (acuerdo de proyecto, acuerdos de préstamo y garantía, contratos de construcción), se determinan generalmente en una etapa temprana, tal vez convenga que el proyecto esté representado a título de entidad independiente en el momento de negociarse dichos instrumentos.

46. Con frecuencia se exige que las entidades que reciban concesiones para la prestación de servicios públicos se constituyan con arreglo al derecho interno del país anfitrión. Dado el interés público en las actividades del concesionario, la autoridad contratante tal vez desee que éste cumpla las disposiciones nacionales sobre contabilidad y publicidad (por ejemplo, publicación de estados financieros; requisitos de publicidad para ciertos actos sociales). No obstante, ese requisito subraya la necesidad de que estén en vigor en el país anfitrión leyes de sociedades adecuadas (véase el capítulo VIII, “Ley aplicable”, \_\_\_\_). La facilidad con que pueda constituirse el concesionario, respetando debidamente todo requisito razonable que se juzgue de interés público, puede ayudar a evitar demoras innecesarias en la ejecución del proyecto.

47. El momento adecuado para la constitución del concesionario es una cuestión que debe estudiarse a la luz de los diferentes intereses que existen en un proyecto típico. Llevados por el interés de iniciar cuanto antes la fase de ejecución, algunas autoridades contratantes pueden ser partidarias de exigir que se constituya en la etapa más temprana posible. No obstante, debe tenerse en cuenta que normalmente no se dispone de compromisos definitivos y firmes por parte de los prestamistas y de otros financiadores antes de la adjudicación final de la concesión, en particular cuando se prevé que sea una entidad jurídica independiente el medio para obtener la financiación del proyecto, como en una operación de “Financiación con respaldo del propio proyecto” (véase “Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. \_\_\_\_). En consecuencia, cuando la autoridad contratante exija que los miembros del consorcio ofertante constituyan una entidad jurídica independiente para llevar a cabo el proyecto, es generalmente aconsejable requerir que el concesionario se constituya en un plazo razonablemente breve después, pero no antes, de la adjudicación del proyecto.

48. Otra cuestión importante relacionada con la organización del concesionario se refiere a la inversión de capital social necesaria para constituirlo. La autoridad contratante tiene interés legítimo en buscar un nivel de capital social que asegure una base financiera sólida para el concesionario y garantice su capacidad de hacer frente a sus obligaciones. La inversión total necesaria así como la proporción ideal de deudas y capital social varían de un proyecto a otro,

---

surja una controversia; cómo se puede formular una cláusula de solución de controversias de modo que toda controversia que se plantee entre la autoridad contratante y algunos o todos los miembros del consorcio se resuelvan en el mismo procedimiento arbitral o judicial; en qué forma han de estructurarse los avales dados por terceros en garantía de buena ejecución y las garantías de buena calidad que proporcionen los miembros del consorcio; qué acuerdos accesorios habrá tal vez de celebrar la autoridad contratante; cuáles son las normas imperativas de la ley aplicable a un acuerdo con un grupo de contratistas.

por lo que en general sería difícil determinar una cantidad o un porcentaje fijos adecuado para todos los casos. Por tanto, tal vez no sea conveniente prescribir como requisito legal una cantidad fija de capital mínimo para todas las compañías que realicen proyectos de infraestructura en el país. Una solución más flexible podría ser la de indicar en el pliego de condiciones el capital mínimo requerido para la constitución del concesionario como un porcentaje ideal del costo total del proyecto. Si la autoridad contratante prefiere negociar la cantidad o la proporción de inversiones en capital social ofrecidas por el consorcio ofertante seleccionado, quizá prefiera ser lo suficientemente flexible para llegar a un capital mínimo adecuado en el curso del proceso de selección.

49. Junto a la cuestión del capital mínimo, la legislación nacional puede contener disposiciones relativas a la forma que debe adoptar el concesionario. Algunas legislaciones exigen expresamente que el concesionario se constituya en cierto tipo de sociedad, mientras que otras no disponen nada al respecto. En los casos en que se considere importante especificar la forma en la que deberá constituirse el concesionario, es conveniente tener en cuenta el interés que tendrán los miembros del consorcio en asegurar que su responsabilidad quede limitada al volumen de su inversión. Para evitar toda responsabilidad subsidiaria por el pago de las deudas del concesionario, sus accionistas preferirán normalmente la forma de sociedad en la que su responsabilidad quede limitada al valor de su participación en el capital social, como una sociedad anónima. Los accionistas no estarían dispuestos a realizar un proyecto que les exigiera una responsabilidad ilimitada por las deudas del concesionario.

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

51. También puede interesar a la autoridad contratante asegurarse de que los estatutos y reglamentos del concesionario reflejen debidamente las obligaciones que asume la compañía en el acuerdo de proyecto. Por tanto, los acuerdos de proyecto prevén a veces que la entrada en vigor de cambios en los estatutos y reglamentos del concesionario se produzca tras la aprobación de la autoridad contratante. Si la autoridad contratante u otro organismo público participa en el concesionario, se dispone a veces que determinadas decisiones necesiten el voto favorable de la autoridad contratante en las juntas de accionistas o en el consejo de administración. En cualquier caso, es importante sopesar los intereses públicos que representa el Gobierno y la necesidad de permitir que la compañía del proyecto goce de la flexibilidad necesaria para cumplir con su cometido. La gestión diaria del proyecto podría obstaculizarse si hasta las cuestiones de menor importancia relativas a los asuntos internos de la compañía requiriesen sistemáticamente la autorización estatal previa. Además, los requisitos de ese tipo pueden aumentar el riesgo de que se ejerza una presión indebida sobre el concesionario. Cuando se estime necesario pedir la aprobación de la autoridad contratante a las modificaciones propuestas de los estatutos y reglamentos del concesionario, será aconsejable limitar ese requisito a los casos relativos a disposiciones que se consideren de importancia decisiva (por ejemplo, cuantía del capital, clases de acciones y privilegios de éstas, procedimientos de liquidación) y que podrían determinarse en el acuerdo de proyecto.

## **6. Cesión de la concesión**

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

53. Algunos países han considerado conveniente mencionar en la legislación las condiciones en las que puede darse la aprobación para el traspaso de una concesión antes de que haya expirado su plazo, como, por ejemplo, que el nuevo concesionario acepte todas las obligaciones que le sean impuestas en el acuerdo del proyecto y demuestre poseer la capacidad técnica y financiera necesaria para prestar el servicio. Las disposiciones legislativas de carácter general de este tipo pueden complementarse con disposiciones específicas estipuladas en el acuerdo de proyecto que definan el ámbito de dichas restricciones, así como las condiciones en las que la autoridad contratante puede dar su consentimiento. Sin embargo, es de observar que estas restricciones se aplican normalmente a la transferencia voluntaria de sus derechos por el concesionario; no excluyen la transferencia forzosa de la concesión a una entidad designada por los prestamistas, de conformidad con un acuerdo directo entre ellos y autoridad contratante, a los efectos de evitar la liquidación consiguiente a un grave incumplimiento del concesionario (véase además el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, \_\_\_\_).

54. Otra situación que puede precisar de consideración legislativa se refiere a la transferencia a otra entidad de la obligación de llevar a cabo una actividad del proyecto en particular, y no la cesión total de la concesión. En los casos en que se da al concesionario el derecho de prestar servicios accesorios, o cuando la concesión comprende varias actividades susceptibles de ser llevadas a cabo por separado, tal vez el concesionario desee contratar a otra entidad para llevar a cabo algunas de estas actividades mediante la cesión parcial de sus derechos conforme al acuerdo de proyecto. Esa cesión parcial se denomina en algunos ordenamientos jurídicos “subconcesión”. Si la concesión misma no es cedible, puede haber obstáculos a una cesión parcial sin autorización legislativa. En circunstancias normales, sin embargo, la autoridad contratante no tendría razones de peso para excluir totalmente la posibilidad de subconcesiones, siempre que pueda cerciorarse de la viabilidad y las calificaciones técnicas del subconcesionario.

55. Otra cuestión conexas se refiere al método para la selección del subconcesionario. Algunos países cuentan con normas específicas que regulan la adjudicación de contratos para la prestación de servicios públicos, y en otros la legislación exige, de manera expresa, que se utilicen procedimientos de selección competitiva para la adjudicación de subconcesiones. Reglas de este tipo se adoptaban en los tiempos en que casi todas las infraestructuras eran propiedad del Gobierno y estaban gestionadas por éste, con escasa o insignificante inversión del sector privado. Su finalidad era asegurar la economía, eficacia, integridad y transparencia de la utilización de los fondos públicos. No obstante, en el caso de proyectos de infraestructura ejecutados pro entidades privadas tal vez ya no exista una razón imperiosa de interés público para determinar el procedimiento que debe seguir el concesionario para la adjudicación de subconcesiones.

## **7. Transmisibilidad de las acciones de la compañía del proyecto**

56. Puede preocupar a la autoridad contratante que los miembros originales del consorcio ofertante mantengan su compromiso con el proyecto a lo largo de toda su duración y que el

control efectivo sobre el concesionario no se transfiera a entidades desconocidas por la autoridad contratante. Los concesionarios se escogen para llevar a cabo proyectos de infraestructura por lo menos en parte sobre la base de su experiencia y sus capacidades para ese tipo de proyecto (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, \_\_\_). Preocupa, pues, a las autoridades contratantes que, si los accionistas del concesionario son del todo libres para transmitir sus inversiones en un proyecto determinado, no habrá seguridad acerca de quién prestará realmente los servicios pertinentes.

57. En algunos países se han introducido restricciones a la transmisibilidad de las acciones de compañías que prestan servicios públicos, con el fin de atender a la preocupación legítima de la autoridad contratante acerca de la capacidad de esas compañías de prestar el servicio pertinente conforme a las normas y las condiciones acordadas. No obstante, desde una perspectiva legislativa, es importante considerar las posibles desventajas de imponer limitaciones sobre la transmisibilidad de inversiones en las compañías concesionarias y la medida en que esas limitaciones garantizan la prestación de los servicios prometidos.

58. Las autoridades contratantes pueden conformarse con la experiencia que el consorcio ofertante seleccionado demostró en la fase de preselección y las garantías de cumplimiento otorgadas por las organizaciones matrices del consorcio original y sus subcontratistas. En la práctica, sin embargo, no conviene exagerar la tranquilidad que pueda resultar de la aparente pericia de los accionistas del concesionario. Cuando se crea una entidad jurídica aparte para llevar a cabo el proyecto, como ocurre con frecuencia (véanse los párrs. 41 a 51), el respaldo de los accionistas del concesionario en caso de que el proyecto tropiece con dificultades, puede verse limitado por su responsabilidad mínima. Así, las restricciones a la transmisibilidad de las inversiones tal vez no representen, en sí mismas, una protección suficiente contra el riesgo de incumplimiento del concesionario. En particular, estas restricciones no sustituyen a los remedios contractuales apropiados previstos en el acuerdo del proyecto, como la supervisión del nivel del servicio prestado (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, \_\_\_), rescisión sin plena indemnización en el caso de un cumplimiento insatisfactorio (véase el capítulo VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, \_\_\_), o la sustitución de la compañía del proyecto por otro concesionario designado por los prestamistas conforme a un acuerdo directo con la autoridad contratante (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, \_\_\_).

59. Cabe observar también que, en cierta medida, las preocupaciones acerca de la capacidad del concesionario de cumplir satisfactoriamente conforme al acuerdo de proyecto no afectan únicamente a la autoridad contratante. Los asociados del concesionario, incluidos los prestamistas, estarán tan preocupados como la autoridad contratante de asegurarse que el diseñador, el contratista de la construcción y la compañía explotadora satisfagan sus obligaciones conforme al acuerdo de proyecto. En la práctica, las garantías contractuales, las garantías de cumplimiento o las pólizas de seguros (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, \_\_\_) pueden ser más eficaces para proteger contra un futuro incumplimiento que la retención forzosa de la inversión por el socio incumplidor.

60. Las limitaciones de la transmisibilidad de acciones en empresas que prestan servicios públicos pueden presentar también algunas desventajas para la autoridad contratante. Las limitaciones a la libertad del sector privado de transferir su participación social en proyectos de infraestructura con financiación privada puede igualmente limitar la diversidad de tipos de inversión y de inversionistas, reduciendo así las posibilidades de disminuir el costo de la financiación. En una perspectiva a largo plazo, el desarrollo de un mercado para inversiones en infraestructura pública puede ser obstaculizado si los inversionistas se ven

innecesariamente limitados en la libertad de transmitir sus derechos en proyectos de infraestructura con financiación privada.

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

62. Por las mencionadas razones, puede ser aconsejable limitar las restricciones de la transmisión de acciones de compañías concesionarias a las situaciones en que tales restricciones se justifican por decisivas razones de interés público. Una de esas situaciones puede darse si la autoridad contratante u otro organismo del Gobierno ha confiado a un concesionario bienes públicos (véase párr. 23) o si el concesionario recibe préstamos, subvenciones, capital u otras formas de respaldo oficial directo. (véase el cap. II, “Riesgos del proyecto y respaldo del Gobierno”, \_\_\_). En esos casos la responsabilidad de la autoridad contratante por el uso correcto de fondos públicos impone asegurarse de que los fondos y los bienes se confían a una compañía sólida con la que los inversionistas originales permanezcan comprometidos durante un tiempo razonable. Otra situación que quizá justifique imponer limitaciones a las transferencias de acciones de empresas concesionarias puede darse cuando la autoridad contratante tiene interés en impedir que se transmitan acciones a determinados inversionistas. Por ejemplo, la autoridad contratante tal vez desee controlar la adquisición de las participaciones dominantes de proveedores de servicios públicos para evitar la formación de oligopolios o monopolios en los sectores liberalizados (véase “Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, \_\_\_). O puede pensarse que no conviene que una compañía que defraudó a una parte del Gobierno sea empleada por otra mediante una filial nuevamente adquirida.

63. En estos casos excepcionales, puede ser conveniente pedir que los inversionistas iniciales obtengan el consentimiento previo de la autoridad contratante antes de transmitir su participación social. Debe quedar claro en el acuerdo de proyecto que ese consentimiento no ha de ser negado sin razón ni retardado indebidamente. A efectos de transparencia, puede ser además aconsejable expresar en la ley los motivos por los que quepa negar la aprobación y requerir a la autoridad contratante que especifique en cada caso las razones de su negativa. Puede que haya que estudiar caso por caso la duración adecuada de esas limitaciones (por ejemplo, para una fase en particular del proyecto o para el plazo de la concesión). En algunos proyectos tal vez sea posible relajar esas restricciones una vez terminada la instalación. Es

también conveniente aclarar en el acuerdo del proyecto si estas limitaciones, de haberlas, han de aplicarse a la transferencia de alguna participación en el concesionario o si las preocupaciones de la autoridad contratante se centran en un inversionista determinado, (por ejemplo, una empresa de construcción o el diseñador de la instalación) mientras dure la fase de construcción o durante un tiempo apreciable a partir de la misma.

## **8. Duración del acuerdo del proyecto**

64. Las leyes de algunos países contienen disposiciones que limitan la duración de las concesiones de infraestructura a cierto número de años. Algunas establecen un número general para la mayoría de los proyectos de infraestructura y límites especiales para proyectos en determinados sectores de infraestructura. En algunos países existen plazos máximos de duración sólo para ciertos sectores.

65. La duración aconsejable de un acuerdo de proyecto puede depender de una serie de factores, como: la vida operacional de la instalación; el tiempo durante el cual el servicio sea probablemente necesario; la vida útil prevista de los activos vinculados con el proyecto; hasta qué punto se puede cambiar la tecnología necesaria para el proyecto; el tiempo necesario para que el concesionario salde sus deudas y amortice la inversión inicial. Dada la dificultad un único límite legal para la duración de los proyectos de infraestructura, es aconsejable examinar la posibilidad de adoptar soluciones legales que den a la autoridad contratante cierta flexibilidad, para negociar, en cada caso, un plazo adecuado al proyecto de que se trate.

66. En algunos ordenamientos jurídicos, este resultado se logra con disposiciones que exige que todas las concesiones queden sometidas a un período máximo de duración, sin especificar ningún número de años. A veces la ley indica únicamente qué elementos deben tenerse en cuenta para determinar la duración de la concesión (por ejemplo, la naturaleza y la cuantía de las inversiones necesarias que ha de efectuar el concesionario, el período normal de amortización para estructuras e instalaciones concretas). Algunas leyes especiales para un proyecto o un sector determinado prevén un sistema combinado por el que el acuerdo de proyecto debe establecer la expiración de la concesión al final de cierto período o una vez se hayan reembolsado las deudas del concesionario y se haya alcanzado cierto nivel de ingresos, producción o utilización.

67. No obstante, si se cree necesario adoptar límites legales, el período máximo debe ser suficientemente largo para que el concesionario pueda devolver todas sus deudas y obtener un beneficio razonable. Además, puede ser útil facultar a la autoridad contratante, en casos excepcionales para acordar períodos de concesión más largos, teniendo en cuenta el monto de las inversiones y el período que se necesita para recuperarlas, y con sujeción a métodos especiales de aprobación.

\* \* \*