



Asamblea General

Distr. GENERAL

A/CN.9/458/Add.7
19 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 capítulo de una guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada

Informe del Secretario General

Adición

VI. CUMPLIMIENTO DEL PLAZO DEL PROYECTO, PRÓRROGA Y RESCISIÓN

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
RECOMENDACIONES DE CARÁCTER LEGISLATIVO	1-9	3
NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS	1-58	6
A. Observaciones generales	1	6
B. Prórroga del acuerdo de proyecto	2-4	6
C. Rescisión	5-31	7
1. Rescisión por la autoridad contratante	10-23	8
2. Rescisión por el concesionario	24-29	12
3. Rescisión por alguna de las partes	30-31	13

ÍNDICE (*continuación*)

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
D. Consecuencias de la expiración o de la rescisión del acuerdo de proyecto . . .	32-58	13
1. Traspaso de bienes vinculados al proyecto	33-38	13
2. Disposiciones financieras para el momento de la rescisión	39-45	16
3. Traspaso de la instalación y medidas de transición	46-58	19

RECOMENDACIONES DE CARÁCTER LEGISLATIVO

1. Prórroga del acuerdo de proyecto (véanse párrs. 2 a 4)

1. El país anfitrión tal vez desee disponer que el acuerdo de proyecto podrá ser prorrogado en circunstancias excepcionales, como las siguientes:

a) Para compensar toda suspensión del proyecto o pérdida de beneficios imputable a impedimentos no previstos;

b) Para compensar por la suspensión del proyecto imputable a actos de la autoridad contratante o de algún otro organismo público;

c) Para permitir que el concesionario amortice el gasto ocasionado por alguna obra extraordinaria que haya requerido la instalación y que el concesionario no conseguiría amortizar dentro del plazo normal estipulado en el acuerdo de proyecto sin una elevación de la tarifa que no se juzgue razonable.

2. Rescisión del acuerdo por la autoridad contratante (véanse párrs. 10 a 23)

2. El país anfitrión tal vez desee disponer que la autoridad contratante podrá rescindir el acuerdo de proyecto en los siguientes supuestos:

a) De incurrir el concesionario en algún incumplimiento grave si se dan ciertas circunstancias previstas en el acuerdo de proyecto, particularmente si no cabe prever que el concesionario podrá o estará dispuesto a cumplir con sus obligaciones;

b) De ser declarado el concesionario insolvente o en quiebra;

c) De tener la autoridad contratante algún interés en hacerlo, a reserva de que indemnice debidamente al concesionario.

3. El país anfitrión tal vez desee podrá disponer que antes de rescindir el acuerdo de proyecto la autoridad contratante deberá, según proceda:

a) Conceder al concesionario un plazo adicional para cumplir con su obligación o remediar las consecuencias de su incumplimiento;

b) Dar aviso a los prestamistas y garantes del concesionario, según proceda, para que, en un plazo razonable, traten de remediar el incumplimiento del concesionario o de designar un sustituto del concesionario conforme a los términos de sus respectivos acuerdos con la autoridad contratante.

3. Rescisión del acuerdo por el concesionario (véanse párrs. 24 a 29)

4. El país anfitrión tal vez desee disponer que el concesionario podrá rescindir el acuerdo de proyecto en los supuestos siguientes:

a) Todo incumplimiento grave por parte de la autoridad contratante o de algún otro organismo público del país anfitrión de las obligaciones contraídas en el acuerdo de proyecto;

b) Toda agravación importante de la carga impuesta por el acuerdo al concesionario que sea imputable a las modificaciones ordenadas por la autoridad contratante o a algún cambio imprevisto de las circunstancias, sin que las partes hayan podido llegar a un acuerdo sobre una adaptación adecuada del acuerdo de proyecto.

4. Rescisión del acuerdo por cualquiera de las partes (véanse párrs. 30 y 31)

5. El país anfitrión tal vez desee disponer que el acuerdo de proyecto también podrá rescindirse en los siguientes supuestos:

- a) Si el cumplimiento de ambas partes se ve imposibilitado por algún impedimento exonerante;
- b) Si las partes así lo deciden de común acuerdo.

5. Traspaso de bienes a la autoridad contratante (véanse párrs. 34 y 35)

6. El país anfitrión tal vez desee disponer que el acuerdo de proyecto deberá definir:

a) Las categorías de bienes que el concesionario deberá traspasar a la autoridad contratante al expirar el acuerdo de proyecto o a su rescisión, así como los criterios para determinar, cuando así proceda, la indemnización que deberá abonarse al concesionario por concepto de ese traspaso;

b) Las categorías de bienes que la autoridad contratante podrá, si así lo desea, comprar al concesionario por su justo precio de mercado;

c) Las categorías de bienes que el concesionario podrá libremente llevarse o enajenar una vez expirado o rescindido el acuerdo de proyecto.

6. Traspaso de bienes al nuevo concesionario (véase párr. 36)

7. El país anfitrión tal vez desee disponer que el concesionario estará obligado a traspasar los bienes descritos en los incisos a) y b) del párrafo 6 al nuevo concesionario contra la remuneración que le sea debida por aquellos bienes que no hayan sido plenamente amortizados durante el período de explotación del proyecto.

7. Arreglos financieros para el supuesto de una eventual rescisión del acuerdo (véanse párrs. 39 a 45)

8. El país anfitrión tal vez desee disponer que el acuerdo de proyecto deberá prever cómo se ha de calcular la indemnización que será debida al concesionario, en caso de rescindirse el acuerdo de proyecto, y en particular lo siguiente:

a) Indemnización, por su valor justo, de las obras efectuadas en el marco del acuerdo de proyecto, caso de rescindirse el acuerdo de proyecto por algún motivo imputable al concesionario;

b) Indemnización, por su valor justo, de las obras efectuadas y de la pérdida ocasionada al concesionario, incluido su lucro cesante, si se rescinde el acuerdo de proyecto por algún motivo imputable a la autoridad contratante;

c) Indemnización, por su valor justo, de las obras efectuadas por el concesionario y toda otra indemnización que sea del caso, si se rescinde el acuerdo de proyecto por haber sobrevenido un impedimento exonerante o por razón de conveniencia de la autoridad contratante.

8. Traspaso de la instalación y medidas de transición (véanse párrs. 46 a 58)

9. El país huésped tal vez desee disponer que el acuerdo deberá definir los derechos y obligaciones de las partes respecto de:

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

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

A. Observaciones generales

1. La mayoría de los proyectos de infraestructura con financiación privada se conciertan por un cierto plazo al final del cual el concesionario traspasa a la autoridad contratante la función que le incumbía en orden al buen funcionamiento de la instalación de infraestructura. Los elementos que habrán de tenerse en cuenta al fijar el plazo de la concesión son examinados en otra parte de la *Guía* (véase capítulo IV, “El acuerdo de proyecto, ____”). El presente capítulo se ocupa de las cuestiones suscitadas por la expiración o rescisión del proyecto de acuerdo, que en muchos países suelen estar reguladas en una norma de rango legal. La sección B se ocupa de las circunstancias que pueden dar lugar a una prórroga del acuerdo de proyecto (véanse párrs. 2 a 4). La sección C examina las circunstancias que pueden dar lugar a la rescisión del acuerdo de proyecto con anterioridad a la expiración de su plazo (véanse párrs. 5 a 31). Por último, la sección D se ocupa de las consecuencias de la expiración o rescisión del acuerdo de proyecto, así como del traspaso de los bienes del proyecto y de la indemnización a la que pudiera tener derecho alguna de las partes al producirse la rescisión y de las disposiciones relativas a la disolución del proyecto (véanse párrs. 32 a 58).

B. Prórroga del acuerdo de proyecto

2. En la práctica contractual de algunos países, la autoridad contratante y el concesionario podrán convenir una o más prórrogas del plazo de la concesión. Lo más frecuente suele ser, no obstante, que el derecho interno sólo autorice la prórroga del acuerdo de proyecto en circunstancias excepcionales. De ser este el caso, al caducar el acuerdo del proyecto la autoridad contratante estará normalmente obligada a iniciar un nuevo proceso de selección para seleccionar al nuevo concesionario, para lo que aplicará normalmente los mismos procedimientos que utilizó para seleccionar al concesionario cuya concesión ha caducado (véase cap. III, “Selección del concesionario”, ____).

3. Cierta número de países han juzgado conveniente disponer que toda concesión otorgada en exclusiva habrá de ser periódicamente readjudicada mediante concurso, y no meramente prorrogada. Esta renovación periódica mediante concurso puede ser un fuerte incentivo para que el concesionario se esmere en el cumplimiento de la función asumida. La duración del plazo entre la adjudicación inicial y su primera (y toda subsiguiente) renovación deberá fijarse en función de la magnitud de la inversión y otros riesgos a los que haya de hacer frente el concesionario. Por ejemplo, para una concesión de recolección de basuras sólidas que no requiera una fuerte inversión en capital fijo, esos plazos pueden ser relativamente breves (p.ej.: de tres a cinco años), mientras que se necesitarán plazos más largos para las concesiones de distribución de energía eléctrica o de agua, por dar un ejemplo. En la mayoría de los países, la renegociación coincide con el final del plazo del proyecto, pero en otros se asigna la concesión por un prolongado período (p.ej.: de 99 años), combinado con un concurso periódico de renegociación (p.ej.: cada 10 ó 15 años). Conforme al segundo esquema, adoptado por algunos países, la primera reapertura de concurso tendrá lugar antes de que el concesionario inicial haya podido recuperar plenamente su inversión. A título de incentivo para la empresa concesionaria en funciones, algunas leyes dan cierta preferencia al concesionario sobre los demás concursantes en la adjudicación de nuevas concesiones para una misma actividad. Ahora bien, el concesionario gozará tal vez de derechos de propiedad que deberán ser indemnizados si no consigue renovar su concesión, en cuyo caso la totalidad o una parte de los beneficios del concurso pueden acabar en manos del concesionario en funciones. De requerirse que el ganador del concurso indemnice al concesionario en funciones por el valor de sus derechos de propiedad y de la inversión no amortizada se reducirá el riesgo a largo plazo de los inversionistas y prestamistas y se les ofrecerá una vía de salida atractiva.

4. Pese a lo dicho, es aconsejable no excluir por completo la opción de negociar una prórroga del plazo de la concesión, en circunstancias excepcionales. La duración de un proyecto de infraestructura es uno de los principales factores que han de tenerse en cuenta al negociar las condiciones financieras, ya que tiene una repercusión directa sobre el precio de los servicios prestados por el concesionario. Las partes pueden descubrir que la prórroga del

acuerdo de proyecto (como medida sustitutiva o complementaria de otros mecanismos compensatorios) puede ser una buena solución para hacer frente a ciertas circunstancias extraordinarias o imprevistas que pudieran surgir durante la vida del proyecto. Cabe citar los siguientes supuestos: prórroga compensatoria de la suspensión del proyecto o de las pérdidas imputables a algún impedimento (véase cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, —); prórroga compensatoria de una suspensión del proyecto imputable a medidas de la autoridad contratante o de algún otro organismo o entidad pública (véase cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, —); prórroga que permita al concesionario amortizar el costo de toda obra extraordinaria en la instalación que no sea posible amortizar durante el plazo estipulado en el acuerdo de proyecto sin una elevación no deseable de la tarifa (véase cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, —). En aras de una mayor transparencia o de una rendición más pormenorizada de las cuentas, en algunos países la prórroga del plazo de la concesión estará sujeta a un límite global acumulativo o deberá ser aprobada por algún organismo público expresamente designado al efecto.

C. Rescisión

5. Los eventuales motivos de rescisión de un acuerdo de proyecto antes de su expiración y las consecuencias de esa rescisión adelantada suelen ser objeto de alguna norma de derecho interno. Por lo general, la ley autoriza a las partes a rescindir el acuerdo de ocurrir algún hecho de determinada índole. El interés principal de todas las partes que intervienen en un proyecto de infraestructura con financiación privada está en asegurar la terminación satisfactoria de las obras de infraestructura, así como la prestación ordenada y continua del servicio público objeto de la concesión. Habida cuenta de las graves consecuencias de la rescisión del acuerdo, que pudiera interrumpir o incluso suprimir el servicio prestado, la rescisión deberá ser contemplada en la mayoría de los casos como una medida de última instancia. Deberán ponderarse cuidadosamente los requisitos para el ejercicio por una u otra parte de este derecho. Aun cuando no sea preciso que haya identidad al respecto, suele ser conveniente que haya un cierto equilibrio entre los derechos de cada una de las partes para rescindir el acuerdo y entre los requisitos impuestos a cada una de ellas para el ejercicio de esos derechos.

6. Además de definir las circunstancias o los hechos que pueden dar lugar a un derecho de rescisión, es aconsejable que las partes prevean un procedimiento adecuado para determinar si existe o no un motivo válido para rescindir el acuerdo de proyecto. De particular importancia es saber si el acuerdo de proyecto podrá rescindirse unilateralmente o si la rescisión habrá de hacerse por decisión judicial o de algún otro órgano designado para resolver las controversias (véase cap. VIII, “Solución de controversias”, —).

7. El concesionario no suele tener derecho a rescindir el acuerdo de proyecto unilateralmente, pero en la práctica contractual de algunos países las entidades públicas suelen gozar de ese derecho a reserva de su obligación de indemnizar al concesionario. En algunos países se ha previsto, no obstante, una excepción a esta práctica respecto de aquellas concesiones de servicios públicos cuya índole contractual sea tenida por incompatible con la existencia de un derecho de rescisión unilateral. También existen ordenamientos jurídicos que no reconocen a las entidades públicas el derecho de rescisión unilateral de este tipo de acuerdos. La autoridad contratante tal vez descubra que un derecho de rescisión unilateral puede ser una herramienta valiosa para estimular al concesionario a cumplir el compromiso contraído. Puede que también descubra que el derecho de rescisión ahorra tiempo a la hora de tener que adoptar las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio en un supuesto de incumplimiento irremediable del concesionario. Ahora bien, los patrocinadores y prestamistas del proyecto tal vez se sientan inquietos ante el riesgo de una rescisión prematura e injustificada por la autoridad contratante, aun cuando quepa recurrir contra esa decisión por la vía prevista para la solución de controversias. Cabe también observar que aun cuando disponga de un derecho unilateral de rescisión del acuerdo de proyecto, la autoridad contratante no debe prescindir de un buen mecanismo contractual de supervisión del cumplimiento o de las debidas garantías de cumplimiento (véase cap. V “Desarrollo y explotación de infraestructura”, —).

8. El régimen de la rescisión deberá por ello ser coordinado con los remedios contractuales del incumplimiento previstos en el acuerdo de proyecto. En particular, sería conveniente distinguir las condiciones de rescisión de las

que se establezcan para una intervención eventual de la autoridad contratante (véase cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ____). Es igualmente importante que los derechos de rescisión de la autoridad contratante sean perfilados sin perder de vista los acuerdos de financiación negociados por el concesionario con sus prestamistas. En la mayoría de los casos, los hechos que den lugar a una rescisión del acuerdo de proyecto constituirán asimismo supuestos de incumplimiento de los acuerdos de préstamo, dando tal vez lugar a un vencimiento inmediato de la totalidad de la deuda pendiente del concesionario. Sería por ello aconsejable tratar de evitar el riesgo de una rescisión recurriendo en primer lugar a un acuerdo directo que diera margen a los prestamistas del proyecto para encontrar un sustituto eventual del concesionario para el supuesto de que se materialice el riesgo de una rescisión del acuerdo de proyecto con el concesionario inicial (véase cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ____).

9. A la luz de lo anteriormente dicho, es en general aconsejable que, en la mayoría de los supuestos, la ley disponga que sólo podrá procederse a la rescisión del acuerdo de proyecto tras el fallo definitivo del órgano designado en el acuerdo para la solución de controversias. Ese requisito reduciría la inquietud de una eventual rescisión prematura o injustificada. Al mismo tiempo, no impediría adoptar medidas adecuadas para garantizar la continuidad del servicio, en espera de que el órgano encargado de la solución de la controversia llegara a una decisión definitiva, con tal de que el acuerdo de proyecto haya previsto ciertos remedios contractuales para el supuesto de incumplimiento, como pudiera ser algún derecho de intervención de la autoridad contratante o de los prestamistas.

1. Rescisión por la autoridad contratante

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

a) Incumplimiento grave del concesionario

11. Algunos ordenamientos reconocen a la autoridad contratante el derecho de rescindir el acuerdo de proyecto en el supuesto de incumplimiento del concesionario. Dado el efecto perturbador de la rescisión y el interés de mantener la continuidad del servicio, no es aconsejable considerar la rescisión como una sanción aplicable a todo tipo de incumplimiento insatisfactorio por parte del concesionario. Por el contrario, suele ser aconsejable no recurrir al remedio extremo de la rescisión sino en supuestos de incumplimiento “particularmente graves” o “reiterados”, especialmente si se considera llegada la situación en la que ya no cabe esperar razonablemente que el concesionario esté en condiciones de cumplir el acuerdo de proyecto o de que esté dispuesto a hacerlo. En muchos ordenamientos ciertos tecnicismos para referirse a las situaciones en las que el grado de incumplimiento de una de las partes contratantes sea tal que la otra parte pueda rescindir su relación contractual antes de agotarse el plazo de su validez (p. ej., “incumplimiento fundamental”, “incumplimiento especial” o expresiones similares). Esas situaciones son designadas en la *Guía* por el término de “incumplimiento grave”.

12. El restringir la posibilidad de rescisión a los supuestos de incumplimiento grave puede servir de garantía a los prestamistas y patrocinadores del proyecto de que estarán protegidos contra toda decisión prematura o poco razonable de la autoridad contratante. La ley puede reconocer en términos generales el derecho de la autoridad contratante a rescindir el acuerdo de proyecto en supuestos de incumplimiento grave del concesionario y dejar que sea el acuerdo de proyecto el que defina con más detalle la noción de incumplimiento grave y ofrezca, cuando sea procedente, ejemplos ilustrativos de ese incumplimiento. Desde una perspectiva práctica, no es aconsejable tratar de dar, ya sea legalmente o ya sea en el acuerdo del proyecto, una lista exhaustiva, legal o contractual, de los supuestos de rescisión.

13. Por regla general, es aconsejable otorgar al concesionario un plazo adicional para dar cumplimiento a sus obligaciones y mitigar las consecuencias de ese incumplimiento antes de que la autoridad contratante recurra a los

remedios de que disponga. Por ejemplo, se debe dar aviso al concesionario de toda circunstancia que por su gravedad pueda dar lugar a rescisión si no se rectifica en el plazo que le sea ofrecido. Esa posibilidad debe ser ofrecida también a los prestamistas y garantes, según sea el caso, para que, de poderlo hacer, pongan remedio al incumplimiento del concesionario conforme a lo estipulado en el acuerdo directo entre los prestamistas y la autoridad contratante o en las cauciones de cumplimiento que hayan dado a la autoridad contratante (véase capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ____). El proyecto de acuerdo puede también disponer que, si no se rectifican las circunstancias especificadas antes del término del plazo otorgado, la autoridad contratante podrá dar por rescindido el acuerdo de proyecto, tras notificar previamente a los prestamistas y darles la oportunidad de ejercer su derecho de buscar un sustituto del concesionario en el plazo y de conformidad con el procedimiento convenidos en el acuerdo directo. Ahora bien, deberán establecerse plazos límites razonables, ya que no cabe esperar que la autoridad contratante haya de soportar indefinidamente el costo continuo de una situación de incumplimiento potencial del acuerdo por el concesionario. Además, la puesta en marcha de esos procedimientos no debe ser obstáculo para que la autoridad contratante ejerza su derecho de intervenir para evitar el riesgo de interrupción del servicio por el concesionario (véase cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructuras”, ____).

i) Grave incumplimiento previo al inicio de la construcción

14. El concesionario deberá normalmente llevar a cabo una serie de medidas previas a las obras de construcción de la instalación. Esas medidas son a menudo definidas como requisitos para la entrada en vigor de acuerdo del proyecto. Cabe citar como supuestos que darían lugar a la retirada de la concesión en una etapa inicial del proyecto los siguientes:

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

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

c) El no haber emprendido la construcción de la instalación, o las obras del proyecto, o el no haber presentado los planos y diseños requeridos, en un plazo contado a partir de la adjudicación de la concesión.

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

ii) Incumplimiento grave durante la fase de construcción

16. Cabe citar como ejemplos de supuestos que podrían dar lugar a la rescisión del acuerdo de proyecto durante la fase de construcción los siguientes:

a) La no observancia de los reglamentos, especificaciones y normas mínimas de diseño o rendimiento de las obras y el incumplimiento de la obligación de terminar las obras conforme al calendario convenido sin que medie una excusa razonable;

b) El no haberse aportado o renovado las garantías requeridas en las condiciones acordadas;

c) La violación de alguna obligación legal o contractual esencial a tenor de los términos del acuerdo de proyecto.

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

iii) Incumplimiento grave durante la etapa de explotación

18. Cabe citar cómo supuestos particulares de incumplimiento que pueden dar lugar a que la concesión sea rescindida durante la fase de explotación los siguientes:

a) Todo incumplimiento grave relativo a la prestación de servicios de conformidad con las normas de calidad legales y contractuales que sean aplicables;

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

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

d) Toda inobservancia de las medidas de control de precios, de haberse establecido alguna, o toda otra violación grave de alguna regla, reglamentación o estipulación contractual aplicable a la prestación del servicio;

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

19. En aras de la transparencia y de la integridad de los negocios públicos, las leyes de algunos países disponen también que el acuerdo de proyecto será rescindido si el concesionario es declarado culpable de fraude fiscal o de otros actos fraudulentos, o si sus agentes o empleados están implicados en el soborno de titulares de cargos públicos o en otras prácticas corruptas (véase también cap. VII, “Ley aplicable”, ____). En tales casos sería aconsejable examinar hasta qué punto el concesionario ha iniciado a esos actos corruptos para influir sobre las decisiones de los cargos públicos competentes o hasta qué punto se sintió obligado a hacerlo a resultas de presiones o amenazas de los titulares de esos cargos en el país anfitrión (actos a veces tipificados como delito de “extorsión”).

b) Insolvencia del concesionario

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

21. En los ordenamientos que permiten constituir gravámenes reales sobre la propia concesión (véase cap. IV, “El acuerdo de proyecto”, ____), la ley suele disponer que la autoridad contratante podrá, previa consulta con los acreedores titulares de los créditos garantizados, designar a un administrador provisional que garantice la continuidad del servicio objeto de la concesión, hasta que los acreedores titulares de los créditos garantizados admitidos al procedimiento de insolvencia decidan, a recomendación del administrador de la insolvencia, si debe proseguirse la actividad o si debe subastarse de nuevo el derecho a explotar la concesión.

c) Rescisión por conveniencia

22. En la práctica contractual de algunos países, los organismos públicos que vayan adjudicar obras de construcción, acostumbran a reservarse el derecho de rescindir el contrato de obras por razones de conveniencia (es decir, sin tener que dar otra justificación que el interés público). En algunos países del *common law* ese derecho de rescisión sólo podrá ejercerse si está expresamente previsto en una ley o en el contrato que rija la concesión. Varios ordenamientos de tradición romanista reconocen a las entidades públicas un derecho similar a rescindir un contrato por razones de “interés público” o de “interés general”. En algunos países, ese derecho pudiera estar implícitamente reconocido como parte de las facultades contractuales de la administración pública, incluso en ausencia de toda mención legal o contractual al efecto. En la medida en que la administración pública sea la que defina lo que es o no es de interés público, un derecho no cualificado de rescisión por razones de interés público equivale a una rescisión del acuerdo por razón de conveniencia de la autoridad contratante. El derecho de la autoridad pública de declarar rescindido el acuerdo por conveniencia o razones de interés público, es tenido, en aquellos ordenamientos que lo reconocen, como un factor esencial para preservar el libre ejercicio por la autoridad pública de su función al servicio del bien común.

23. Ahora bien convendría sopesar las condiciones para el ejercicio de este derecho y sus consecuencias. Un derecho general y no condicionado de rescisión por razón de conveniencia de la autoridad contratante puede constituir un riesgo imponderable que ni el concesionario ni los prestamistas estarían dispuestos a aceptar sin garantía suficiente de que recibirán una indemnización pronta y equitativa de toda pérdida que les sea ocasionada. La posibilidad de una rescisión por conveniencia, dondequiera que exista, debe ser dada a conocer a los inversionistas eventuales desde el primer momento y deberá ser expresamente mencionada en el borrador de acuerdo de proyecto que se distribuya con la solicitud de propuestas contractuales (véase el cap. III, “Selección del concesionario”, ____). La indemnización debida en el supuesto de rescisión por conveniencia deberá abarcar, en la práctica, todos aquellos elementos que se contabilizan para calcular la indemnización debida en un supuesto de rescisión por incumplimiento grave de la autoridad contratante (véase párr. 42). Suele ser además aconsejable limitar el ejercicio del derecho de rescisión por razón de conveniencia a supuestos excepcionales en los que un interés público reclame la rescisión del acuerdo de proyecto (por ejemplo, cuando una modificación ulterior de la política o de los planes del sector público reclame la integración del proyecto en una red más amplia o cuando la subsiguiente renovación de los planes de la autoridad contratante conlleve una revisión básica del proyecto que modifique esencialmente el diseño original del proyecto o su viabilidad financiera en términos de su explotación comercial privada). Cabe decir que no es en modo alguno aconsejable considerar el derecho de rescisión por conveniencia como un sustituto adecuado de otros remedios contractuales frente a una actuación poco satisfactoria del concesionario (véase cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructura” ____).

2. Rescisión por el concesionario

24. Mientras que la autoridad contratante puede reservarse algunos ordenamientos un derecho incondicional de rescisión del acuerdo de proyecto, los motivos de rescisión alegables por el concesionario suelen estar limitados al supuesto de un incumplimiento grave de la autoridad contratante o alguna otra situación excepcional que no suponga un derecho general de rescisión total del acuerdo de proyecto al arbitrio del interesado.

a) Incumplimiento grave por parte de la autoridad contratante

25. De conformidad con una regla general del derecho existente en muchos ordenamientos jurídicos, toda parte en un contrato podrá interrumpir el cumplimiento de sus prestaciones en el supuesto de incumplimiento de la otra parte. En algunos ordenamientos esa regla no es, sin embargo, aplicable a los contratos públicos, al disponer la ley expresamente que los contratistas de contratas públicas no podrán excusarse de su obligación contractual únicamente en razón de un incumplimiento de la autoridad contratante salvo que el contrato sea rescindido por una resolución judicial o arbitral. La razón de ser de esta regla está en la necesidad de asegurar la continuidad de los servicios públicos (véase cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ____).

26. Debe observarse, no obstante, que si bien la autoridad contratante puede mitigar las consecuencias de un incumplimiento del concesionario haciendo valer su derecho de intervención, el concesionario no suele disponer de un remedio comparable. En el supuesto de un incumplimiento grave de la autoridad contratante, el concesionario podría tener que soportar daños considerables o incluso irreparables, si le lleva demasiado tiempo obtener una resolución definitiva que lo libere de sus obligaciones dimanantes del acuerdo de proyecto. Esta consideración realza la importancia de las garantías públicas del cumplimiento de las prestaciones asumidas por una autoridad contratante (véase cap. II, “Respaldo público”, ____) y la necesidad de que las partes dispongan de un mecanismo rápido y eficaz de solución de sus controversias (véase cap. VIII, “Solución de controversias”, ____).

27. En aquellos ordenamientos en los que la autoridad contratante esté facultada para requerir modificaciones en el proyecto, algunas leyes reconocen al concesionario el derecho a rescindir el acuerdo de proyecto si la autoridad contratante altera o modifica el proyecto original en términos que supongan un aumento notable de la cuantía de la inversión requerida y las partes no consiguen llegar a un acuerdo sobre la cuantía de la indemnización debida (véase cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ____).

28. Además del supuesto de incumplimiento grave de la autoridad contratante, por razones de equidad tal vez debe facultarse al concesionario para rescindir el acuerdo de proyecto en el supuesto de que el concesionario se vea en la imposibilidad de prestar el servicio a resultas de actos de otras entidades públicas que no sean la autoridad contratante, como sería la denegación de un cierto respaldo público que sea requerido para la ejecución del acuerdo de proyecto (véase cap. II, “Respaldo público”, ____).

b) Modificación de las condiciones

29. Algunos ordenamientos permiten que el concesionario rescinda el acuerdo de proyecto si las prestaciones del concesionario se han vuelto considerablemente más onerosas a resultas de un cambio imprevisto en las condiciones y las partes no han conseguido llegar a un acuerdo sobre una revisión adecuada del acuerdo de proyecto para adaptarlo a las nuevas condiciones (véase cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ____).

3. Rescisión por alguna de las partes

a) Impedimento del cumplimiento

30. Algunas leyes permiten que las partes rescindan el acuerdo de proyecto si el cumplimiento de alguna de sus prestaciones se ve impedido permanentemente a resultas de una circunstancia definida en el acuerdo de proyecto como impedimento exonerante (véase cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ____). A este respecto, es aconsejable prever en el acuerdo de proyecto que si el impedimento exonerante persiste más allá de cierto plazo o si la duración acumulativa de dos o más impedimentos exonerantes sobrepasa dicho plazo, el contrato podrá ser rescindido por una u otra parte. Si la ejecución del proyecto se ve imposibilitada legalmente, por ejemplo, por cambios legislativos o a resultas de una decisión judicial que afecte a la validez del acuerdo de proyecto ese derecho de rescisión no requerirá de plazo alguno para poderse ejercer tan pronto como surta efecto el cambio legislativo o el fallo judicial de que se trate.

b) De común acuerdo

31. Por último, algunos ordenamientos facultan a las partes para rescindir de consuno el acuerdo de proyecto, a reserva habitualmente de que esa rescisión sea aprobada por la autoridad pública designada al efecto.

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

32. El derecho del concesionario para explotar la instalación y prestar el servicio especificado suele expirar al término del plazo del proyecto o al rescindirse el acuerdo de proyecto. Esta expiración conlleva a menudo la obligación de traspasar los bienes a la autoridad contratante o a algún otro concesionario que se haga cargo del funcionamiento de la instalación (véanse párrs. 33 a 38). Este traspaso puede tener importantes consecuencias financieras que deberán ser reguladas en detalle en el acuerdo de proyecto, particularmente respecto del supuesto de rescisión por alguna de las partes (véanse párrs. 39 a 45). Las partes deberán definir asimismo diversas otras medidas que faciliten el traspaso ordenado de la responsabilidad por el funcionamiento de la instalación y la prestación del servicio (véanse párrs. 46 a 58).

1. Traspaso de bienes vinculados al proyecto

33. Algunas leyes disponen que al rescindirse la concesión, las instalaciones y terrenos facilitados inicialmente al concesionario, así como los demás bienes vinculados al proyecto deberán pasar a manos de la autoridad contratante. Ahora bien, puede haber proyectos en los que no se le exija al concesionario que entregue los bienes a la autoridad contratante, por ejemplo, cuando sus bienes le pertenezcan o cuando esos bienes vayan a ser traspasados directamente a otro concesionario que vaya a sucederle en la prestación del servicio.

a) Traspaso de bienes a la autoridad contratante

34. Las leyes de algunos países insisten particularmente en el interés que puede tener la autoridad contratante en los bienes vinculados al proyecto y suelen exigir su entrega a la autoridad contratante, mientras que en otros países los proyectos de infraestructura con financiación privada son primordialmente considerados como un procedimiento para obtener la prestación de un servicio durante un plazo especificado, y no como un mecanismo para la construcción de instalaciones. Por ello, las leyes de estos países suelen limitar las obligaciones de traspaso del concesionario a determinadas categorías de bienes que se consideran indispensables para la prestación del servicio. Esta diversidad de enfoques legislativos suele reflejar la diversidad de funciones de los sectores privado y público según cual sea el ordenamiento jurídico o el sistema económico imperante en cada país, aún cuando puede ser también el resultado de consideraciones prácticas por parte de la autoridad contratante.

35. Una buena razón por la que la autoridad contratante puede autorizar al concesionario a retener algunos bienes al final del período del proyecto puede ser el deseo de reducir el costo al que se prestará el servicio. Si es probable que los bienes del proyecto posean un valor residual para el concesionario y que ese valor será contabilizado durante el proceso de selección, la autoridad contratante puede lógicamente esperar que el precio cobrado por el servicio será inferior. Ciertamente, si el concesionario no se siente obligado a amortizar la totalidad del costo de esos bienes durante la vida del proyecto, sino que puede confiar en venderlos al expirar el acuerdo de proyecto o en destinarlos para otros fines, es probable que pueda ofrecer el servicio a un costo inferior que si se sintiera obligado a amortizar la totalidad de su costo durante la vida del proyecto. Además, algunos bienes tal vez hayan de ser reequipados o actualizados técnicamente al final de la vida del proyecto hasta tal punto que pudiera no ser rentable reclamarlos. En ese momento puede además haber responsabilidades residuales o gastos consecuenciales, tal vez por concepto de daños ocasionados al medio ambiente o de gastos de demolición. Por ello, las leyes de algunos países no prevén un traspaso incondicional de todos los bienes a la autoridad contratante, sino que distinguen entre tres categorías de bienes:

a) *Bienes que deben traspasarse a la autoridad contratante.* En esta categoría figuran normalmente todos aquellos bienes que sean propiedad de la autoridad contratante o de alguna otra autoridad pública del país anfitrión, pero que el concesionario haya utilizado para prestar el servicio que tenía encomendado. En esta categoría figurará toda instalación que haya sido facilitada al concesionario por la autoridad contratante y toda nueva instalación que el concesionario haya edificado a raíz del acuerdo de proyecto. Algunos ordenamientos exigen también el traspaso de otras instalaciones, terrenos y bienes que el concesionario haya adquirido subsiguientemente para el buen funcionamiento de la infraestructura, particularmente cuando pasen a formar parte de la infraestructura que haya de entregarse a la autoridad contratante o hayan sido adheridos permanentemente a ella. En algunos países se le exige normalmente al concesionario, al final del período del proyecto, que traspase esos bienes sin ninguna servidumbre o gravamen real y sin gasto alguno para la autoridad contratante, salvo la suma de toda indemnización debida al concesionario por concepto de las mejoras o modernizaciones efectuadas con miras a asegurar la continuidad del servicio y cuyo costo no haya sido todavía amortizado. En la práctica, esa regla presupone la negociación de un plazo de la concesión lo bastante largo y un nivel de ingresos lo bastante elevado para que el concesionario pueda amortizar plenamente su inversión y reembolsar su deuda. En otros ordenamientos se le da un margen más flexible a la autoridad contratante para indemnizar al concesionario conforme estime oportuno del valor residual que puedan tener las instalaciones construidas por el concesionario;

b) *Bienes que la autoridad contratante podrá comprar, si así lo desea.* En esta categoría suelen figurar bienes que eran inicialmente propiedad del concesionario o que el concesionario adquirió ulteriormente, y que, sin ser indispensables o estrictamente necesarios para la prestación del servicio, pueden facilitar o mejorar la eficiencia y la calidad del servicio prestado. Si la autoridad contratante decide hacer valer su opción de compra sobre esos bienes, el concesionario deberá ser normalmente indemnizado por un importe equivalente a su valor justo de mercado en ese momento. Ahora bien, si se había previsto que esos bienes estuvieran plenamente amortizados (es decir, si las provisiones financieras del concesionario no han asignado un valor residual a esos bienes), entonces el precio abonado por su traspaso podrá ser meramente nominal. En la práctica contractual de algunos países, la autoridad contratante suele imponer algún gravamen real sobre dichos bienes (tal como un derecho de retención) que le sirva de garantía de su traspaso efectivo;

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

b) Traspaso de bienes a un nuevo concesionario

36. Como se indicó anteriormente, la autoridad contratante tal vez desee adjudicar de nuevo la concesión al final del acuerdo de proyecto, en vez de explotarla directamente por sí misma (véase párr. 3). Para ese fin, puede que sea conveniente exigir legalmente que el concesionario ponga los bienes a disposición del nuevo concesionario. A fin de asegurar una transición ordenada y la continuidad del servicio, el concesionario deberá estar obligado a cooperar con el nuevo concesionario en la operación de traspaso. El traspaso de los bienes a un nuevo concesionario tal vez requiera el pago de una cierta indemnización al concesionario en funciones, según que se haya o no amortizado el valor de los bienes durante la vida del proyecto:

a) *Indemnización por el valor comercial justo de los bienes.* El concesionario tal vez tenga derecho a ser indemnizado por los bienes que traspase a la entidad que le suceda a título de concesionario, especialmente si en su propuesta inicial se previó cierto valor residual de los bienes al final del período del proyecto, o si la propuesta financiera da por supuesto un ingreso importante procedente de terceros.

b) *Indemnización nominal.* Si el plan financiero del concesionario no había previsto un valor residual de los bienes o ingresos procedentes de terceros, tal vez no exista a simple vista un motivo para exigir al sucesor a título

del concesionario el pago de algo más que una retribución nominal al concesionario inicial. Ciertamente, si el concesionario ha obtenido sus ganancias previstas, todo pago de traspaso supondría un costo adicional para el sucesor que se habría de amortizar mediante una elevación del precio cobrado por el servicio.

c) Estado de los bienes en el momento del traspaso

37. Al traspasar los bienes a la autoridad contratante o al transferirlos directamente al nuevo concesionario, el concesionario suele estar obligado a entregarlos en perfecto estado de funcionamiento, y libres de toda servidumbre o gravamen real. El derecho de la autoridad contratante a recibir esos bienes en buen estado de funcionamiento suele estar consagrado en algunos países por la obligación legal impuesta al concesionario de mantener y traspasar el proyecto en el debido estado de funcionamiento de conformidad con las prácticas de buena administración comercial y le obliga a aportar alguna forma de garantía a ese respecto (véase cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ____). Cuando la autoridad contratante requiera que los bienes sean devueltos en el estado prescrito, las condiciones impuestas al respecto al primer concesionario deben ser razonables. Si bien sería razonable que la autoridad contratante requieran que los bienes gocen de un cierto plazo de vida residual, no sería razonable exigir que se entreguen en unas condiciones equivalentes a las que cabría esperar si fueran nuevos.

38. Es aconsejable idear algún procedimiento para determinar el estado de los bienes en el momento de su traspaso a la autoridad contratante. Tal vez convenga, por ejemplo, establecer un comité integrado por representantes tanto de la autoridad contratante como del concesionario para determinar si las instalaciones están en el estado prescrito y cumplen con los requisitos enunciados en el acuerdo de proyecto. El acuerdo de proyecto puede haber determinado asimismo el procedimiento de designación y el mandato de ese comité, que pudiera estar facultado para exigir del concesionario ciertas medidas de reparación razonables y la eliminación de todo defecto o deficiencia que se detecte en las instalaciones. Tal vez sea aconsejable estipular que se ha de llevar a cabo una inspección especial un año antes del final de la concesión, a raíz de la cual la autoridad contratante podría exigir ciertas medidas adicionales de mantenimiento por parte del concesionario a fin de que la instalación se traspase en el estado prescrito. La autoridad contratante tal vez desee exigir que el concesionario proporcione garantías especiales del traspaso satisfactorio de las instalaciones (véase cap. V “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ____). La autoridad contratante tal vez se vea en la necesidad de reclamar el pago de esas garantías para sufragar la reparación de ciertos bienes o instalaciones que se entreguen en mal estado.

2. Disposiciones financieras para el momento de la rescisión

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

a) *La deuda pendiente, la inversión en el capital social y las ganancias previstas.* La rescisión del proyecto suele figurar como supuesto de incumplimiento en los acuerdos de préstamo del concesionario. Dado que los acuerdos de préstamo suelen incluir una denominada “cláusula de aceleración” por la que la deuda vence en su totalidad en el supuesto de incumplimiento, la totalidad de la deuda pendiente al rescindirse el acuerdo del proyecto sería exigible y contabilizable como pérdida inmediata del concesionario. La posibilidad de que la autoridad contratante indemnice o no, y en qué medida, al concesionario dependerá del motivo por el que se rescinda el acuerdo de proyecto. Cabe prever una indemnización parcial limitada a una suma proporcional al valor de las obras satisfactoriamente efectuadas por el concesionario, o una indemnización completa por el importe total de la deuda

pendiente. Otra categoría de pérdidas que en ocasiones se tienen en cuenta en las cláusulas contractuales de indemnización son las pérdidas de los patrocinadores del proyecto por concepto de sus inversiones en el capital social de la sociedad del proyecto en la medida en que no se haya recuperado el capital invertido al rescindirse el acuerdo. Por último, la rescisión privará también al concesionario de las ganancias que cabía esperar que la instalación reportara en el futuro. Si bien el lucro cesante no suele ser considerado como daño efectivo, en supuestos excepcionales, como sería el de una rescisión indebida por parte de la autoridad contratante, el valor actualizado de las ganancias futuras podría ser contabilizado a efectos de la indemnización abonable al concesionario;

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

a) Rescisión por incumplimiento del concesionario

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

41. La rescisión por incumplimiento, aun cuando sea vista como una sanción por graves incumplimientos, no debe dar lugar a un enriquecimiento injusto de una u otra parte. Por ello, la rescisión del acuerdo no conlleva necesariamente un derecho de la autoridad contratante a hacerse cargo de la instalación sin pago alguno al concesionario. Para resolver este asunto con equidad convendría distinguir entre los diversos tipos de bienes, según cuál sea el destino que se les haya asignado en el acuerdo de proyecto (véase párr. 35):

a) *Bienes que han de traspasarse a la autoridad contratante.* Cuando el acuerdo de proyecto requiera el traspaso automático de las instalaciones del proyecto a la autoridad contratante al finalizar el acuerdo de proyecto, la rescisión por incumplimiento no suele dar lugar al pago de una indemnización al concesionario por esas instalaciones, salvo lo que corresponda al valor residual de las obras que hayan sido completadas satisfactoriamente, en la medida en que no hayan sido ya amortizadas por el concesionario;

b) *Bienes que podrán ser comprados por la autoridad contratante, si así lo desea.* Cierta remuneración financiera será precisa en aquellos casos en los que la autoridad contratante goce de una opción para comprar ciertos

bienes a su valor de mercado o por una suma nominal al expirar el acuerdo de proyecto o cuando pueda exigir que esos bienes sean ofrecidos al ganador de un nuevo concurso relativo al proyecto. Ahora bien, tal vez sea legítimo que la indemnización financiera prevista sea inferior al valor total de esos bienes a fin de que esa pérdida eventual sirva para estimular al concesionario. Por ello mismo, no es preciso que esa indemnización cubra el costo total de reembolsar la deuda pendiente del concesionario. Convendría pormenorizar las fórmulas de indemnización financiera en el acuerdo de proyecto (p. ej., determinar si se abonará el valor monetario neto de la instalación o únicamente el importe de la deuda pendiente o del valor de empleo alternativo de la instalación, de ser éste menor);

c) *Bienes que seguirán siendo propiedad privada del concesionario.* En supuestos en los que el acuerdo de proyecto no haya previsto el traspaso de los bienes al finalizar el plazo de la concesión y en los que sea fácil encontrar un nuevo proveedor del servicio, la autoridad contratante tal vez no tenga interés en que le sean entregados los bienes del concesionario. Ahora bien, cuando la autoridad contratante juzgue necesario hacerse con esos bienes, aun cuando no se haya previsto su entrega en el acuerdo de proyecto, sería justo indemnizar al concesionario por el valor justo de mercado de dichos bienes. El acuerdo de proyecto tal vez disponga, sin embargo, que será deducible de esa indemnización la suma gastada por la autoridad contratante en la contratación de un nuevo concesionario.

b) Rescisión por falta de la autoridad contratante

42. El concesionario suele tener derecho a ser plenamente indemnizado de la pérdida en que incurra al rescindirse el acuerdo por un motivo imputable a la autoridad contratante. La indemnización debida al concesionario suele incluir el valor de las obras e instalaciones, en la medida en que ese valor no haya sido amortizado, así como los daños ocasionados por la rescisión al concesionario, incluido el lucro cesante, que suele calcularse en función de las ganancias obtenidas por el concesionario en los ejercicios financieros anteriores. El concesionario puede tener derecho en este supuesto a reclamar la indemnización total de su inversión en el capital social y de su deuda, así como del servicio de la deuda y del lucro cesante.

c) Rescisión por otros motivos

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

i) Rescisión por impedimentos exonerantes

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

ii) Rescisión por razón de conveniencia

45. Cuando el acuerdo de proyecto reconozca a la autoridad contratante un derecho de rescisión por razón de conveniencia, la indemnización abonable al concesionario suele abarcar todos los factores indemnizables en el supuesto de rescisión por incumplimiento de la autoridad contratante (véase párr. 42), aun cuando no necesariamente en la misma medida. A fin de calcular la cuantía justa de la indemnización debida al concesionario, conviene distinguir entre la rescisión por razón de conveniencia durante la fase de construcción y la rescisión por razón de

conveniencia mediante la fase de explotación:

a) *Rescisión por conveniencia durante la fase de construcción.* Si se rescinde el acuerdo de proyecto durante la fase de construcción, las medidas de indemnización podrán ser similares a las que se suelen estipular para los grandes contratos de obras que prevén el supuesto de su rescisión por conveniencia. En algunos casos, el contratista suele tener derecho a la parte del precio que corresponda a las obras ya efectuadas satisfactoriamente, así como a los gastos y pérdidas en que haya incurrido a resultas de la rescisión. Ahora bien, dado que la autoridad contratante no acostumbra a pagar un precio por las obras efectuadas por el concesionario, el principal criterio para calcular la indemnización será normalmente la suma total efectivamente invertida por el concesionario hasta la fecha de la rescisión, incluida toda suma efectivamente desembolsada de la suma prestada por los prestamistas al concesionario para la realización de las obras con arreglo al acuerdo de proyecto, y los gastos relacionados con la cancelación de los acuerdos de préstamo. Una cuestión adicional sería la de hasta qué punto el concesionario podrá reclamar el lucro cesante por la porción de las obras que haya completado a tenor de un contrato rescindido por razón de conveniencia. Por una parte, es posible que el concesionario haya dejado pasar alguna oportunidad comercial en previsión de poder completar el proyecto y explotar la instalación durante el plazo previsto de la concesión. Por otra parte, si al concesionario se le reconoce el derecho a ser compensado por su lucro cesante, la autoridad contratante podrá verse privada por razones financieras del ejercicio de su derecho de rescisión por conveniencia. Una posible solución sería la de que el acuerdo de proyecto establezca una escala de indemnización abonable en función del grado de finalización de las obras al rescindirse por conveniencia el acuerdo de proyecto. Cabe observar, no obstante, que en la práctica contractual de algunos países las entidades públicas no están obligadas a indemnizar por el lucro cesante al rescindir por conveniencia un importante contrato de obras;

b) *Rescisión por conveniencia durante la fase de explotación.* En lo que respecta a las obras satisfactoriamente terminadas por el concesionario, cabe aplicar las mismas reglas de indemnización que las aplicables durante la fase de construcción en un supuesto de rescisión por conveniencia. Ahora bien, una indemnización equitativa en un supuesto de rescisión por conveniencia durante la fase de explotación puede que deba prever una indemnización por el lucro cesante, que suele calcularse en función de la ganancia del concesionario durante cierto número de ejercicios financieros previos. La norma de indemnización más severa que se aplica en este supuesto estaría justificada por la circunstancia de que a diferencia de la rescisión durante la fase de construcción, en el que la autoridad contratante tendría que completar las obras a su propio costo, en el supuesto de rescisión durante la fase de explotación es posible que la autoridad contratante reciba una instalación acabada y en condiciones de ser explotada rentablemente.

3. Traspaso de la instalación y medidas de transición

46. Cuando se traspasa la instalación a la autoridad contratante al finalizar el plazo de la concesión, las partes tal vez deseen adoptar una serie de medidas para asegurarse de que la autoridad contratante estará en condiciones de explotar la instalación conforme a las normas de eficiencia y de seguridad prescritas. El acuerdo de proyecto tal vez imponga al concesionario la obligación de traspasar la tecnología o los conocimientos operativos necesarios para explotar la instalación de infraestructura (véanse párrs. 47 a 51). El acuerdo de proyecto puede también prorrogar, durante el plazo de transición, ciertas obligaciones del concesionario relativas al funcionamiento y mantenimiento de la instalación (véanse párrs. 52 a 54). Puede incluso prever una obligación, por parte del concesionario, de suministrar o facilitar el suministro de los repuestos que puedan ser requeridos por la autoridad contratante para la reparación de la instalación (véanse párrs. 55 a 58).

a) Traspaso de la tecnología

47. En algunos casos, la instalación traspasada a la autoridad contratante incorporará diversos procesos tecnológicos necesarios para la generación de ciertos bienes (p. ej., electricidad o agua potable) o la prestación de determinados servicios (p. ej. servicios telefónicos). La autoridad contratante deseará a menudo familiarizarse con

esos procesos y su aplicación. También es posible que desee adquirir la información y los conocimientos técnicos necesarios para el funcionamiento y mantenimiento de la instalación. Aun cuando la autoridad contratante disponga de los medios técnicos requeridos para encargarse de algunas operaciones de funcionamiento y mantenimiento (p. ej. en materia de construcción o de ingeniería civil) puede que necesite adiestramiento sobre ciertos procesos técnicos especiales necesarios para el buen funcionamiento de la instalación traspasada. La transmisión a la autoridad contratante de esos conocimientos, de esa información y de esa pericia operativa suele ser designada por el término “traspaso de tecnología”.

48. Cabe adoptar diversos arreglos contractuales para el traspaso de tecnología y el cumplimiento de otras prestaciones necesarias para la construcción o funcionamiento de la instalación. El traspaso de la tecnología suele efectuarse de diversos modos, por ejemplo a través de la licencia de patentes industriales, de la creación de una empresa conjunta con la sociedad proveedora o del suministro de información técnica confidencial. La presente *Guía* no trata de dar una visión completa de la negociación y redacción de cada contrato relativo a la licencia de patentes industriales o al suministro de conocimientos técnicos, ya que es un tema que ha sido abordado con cierto detalle en publicaciones de otros órganos de las Naciones Unidas¹. Los párrafos siguientes se limitan a señalar ciertas cuestiones fundamentales relativas a la transmisión de los conocimientos técnicos necesarios para el funcionamiento y mantenimiento de la instalación mediante el adiestramiento del personal de la autoridad contratante o mediante la entrega de documentación.

49. El método más importante para el traspaso a la autoridad contratante de la información y de los conocimientos técnicos requeridos para el buen funcionamiento y mantenimiento de las instalaciones es el de adiestrar al personal de la autoridad contratante. A fin de que la autoridad contratante pueda decidir sobre las necesidades de adiestramiento de su personal, convendría que la autoridad contratante solicitara en su convocatoria de propuestas o durante la negociación del contrato que el concesionario presentara a la autoridad contratante un organigrama en el que se indicaran las necesidades de personal para el funcionamiento y mantenimiento de las instalaciones y en el que se precisaran las calificaciones técnicas básicas y de otra índole de ese personal. Esa declaración debe ser lo bastante explícita para que la autoridad contratante pueda determinar el alcance del adiestramiento requerido para el personal de que disponga. El concesionario dispondrá a menudo de los medios requeridos para impartir ese adiestramiento. En algunos casos, no obstante, el adiestramiento será impartido más eficazmente por un ingeniero consultor o por medio de una institución especializada en tareas de capacitación técnica.

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

¹ La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se ha ocupado en detalle de todo lo relativo a la negociación y redacción de contratos de licencia de patentes industriales y de suministro de saber técnico aplicado en *Licensing Guide for Developing Countries* (publicación de la OMPI N° 620 (E), 1977). Las principales cuestiones que han de abordarse en la negociación y redacción de esos contratos han sido examinadas en *Pautas para la Evaluación de Acuerdos de Transferencia de Tecnología*, Serie “Desarrollo y transferencia de tecnología”, N° 12 (ID/233, 1979), y en la *Guide for Use in Drawing Up Contracts Relating to the International Transfer of Know-How in the Engineering Industry* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta E.70.II.E.15). Otra publicación de interés al respecto es el *Manual de adquisición de tecnología para los países en desarrollo* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.78.II.D.15). Respecto del examen de la transferencia de tecnología en el marco de contratos de construcción de instalaciones industriales, véase *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.87.V.10), cap. VI, “Transferencia de tecnología”.

51. Cabría especificar el calendario de entrega de la documentación. El acuerdo de proyecto tal vez disponga que toda la documentación deberá haber sido entregada para la fecha de terminación de las obras. Las partes podrán estipular asimismo que no se tendrá por completada la instalación hasta que se haya entregado toda la documentación relativa a su funcionamiento que conforme al contrato haya de ser entregada con anterioridad a su terminación. Tal vez sea aconsejable estipular que algunos documentos (p. ej., los manuales de funcionamiento) deberán ser entregados en el curso de las obras, ya que ello permitirá que los ingenieros y técnicos de la autoridad contratante se vayan familiarizando con la maquinaria y el equipo durante el proceso de su instalación.

b) Asistencia en orden al funcionamiento y mantenimiento de la instalación prestada con posterioridad a su traspaso

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

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

54. Una forma eficaz de adiestrar al personal de la autoridad contratante en el funcionamiento y mantenimiento de la instalación puede ser el de disponer en el acuerdo de proyecto que el personal de la autoridad contratante deberá ser asociado al personal del concesionario en las tareas de funcionamiento y mantenimiento durante un cierto período de tiempo previo o posterior al traspaso de la instalación. Se procederá entonces a definir los puestos que ocupará el personal empleado por el concesionario así como las calificaciones y experiencias requeridas. Deberán definirse con particular cuidado las funciones asignadas a los puestos ocupados por empleados del concesionario y a fin de evitar fricciones e ineficiencias, conviene que se describa claramente toda función de mando que haya de ejercer el personal de una de las partes sobre el personal de la otra.

c) Suministro de piezas de recambio

55. En proyectos que prevean el traspaso de la instalación a la autoridad contratante, la autoridad contratante deberá procurarse los repuestos necesarios para las piezas desgastadas o dañadas y para el funcionamiento, mantenimiento y reparación de la instalación. Esas piezas tal vez no puedan obtenerse localmente o de otra fuente, por lo que es posible que la autoridad contratante dependa del concesionario para su suministro. La planificación por las partes del suministro de repuestos y de servicios requeridos una vez traspasada la instalación se vería notablemente facilitada si las partes previeran y estipularan en el acuerdo de proyecto la satisfacción de las

necesidades de la autoridad contratante a este respecto. Ahora bien, dada la larga duración de la mayoría de los proyectos de infraestructura, tal vez sea difícil para las partes prever en el acuerdo de proyecto las necesidades de la autoridad contratante una vez traspasada la instalación.

56. Una solución posible sería que las partes concertaran un contrato separado a este respecto². Ese contrato podrá ser concertado en un momento más próximo al del traspaso de la instalación, cuando la autoridad contratante conozca ya mejor sus eventuales necesidades. Si no es el concesionario sino sus proveedores los que fabrican esos repuestos, la autoridad contratante tal vez prefiera concertar contratos con esos proveedores, aún cuando también sea posible que la autoridad contratante prefiera que el concesionario actúe como su mandatario para la compra de esos repuestos.

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

d) Reparaciones

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

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