



Asamblea General

Distr. GENERAL

A/CN.9/424
19 de abril de 1996

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
29º período de sesiones
Nueva York, 28 de mayo a 14 de junio de 1996

POSIBLE LABOR FUTURA

Proyectos de construcción, explotación y traspaso

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	1-3	3
I. EL CONCEPTO DE CONSTRUCCIÓN, EXPLOTACIÓN Y TRASPASO .	4-10	3
II. LA LABOR DE OTRAS ORGANIZACIONES EN LA ESFERA DE LOS PROYECTOS CET	11-21	5
A. Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial	11-16	5
B. Comisión Económica para Europa	17-18	6
C. El Banco Mundial	19	7
D. Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento	20	7
E. Federación Internacional de Ingenieros Consultores	21	7
III. LA FUNCIÓN DE UN MARCO JURÍDICO ADECUADO	22-29	7
A. Fomento de la confianza de los inversionistas extranjeros	22-23	7
B. Campos del derecho de particular relevancia para los proyectos CET	24-26	8
C. Enfoques legislativos actuales en lo relativo a los proyectos CET	27-29	8

Índice (continuación)

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
IV. ESBOZO DE LOS ASUNTOS TRATADOS POR LA LEGISLACIÓN NACIONAL ...	30-84	9
A. Disposiciones generales	31-37	9
1. Esferas susceptibles de concesión	31	9
2. Declaraciones normativas	32	9
3. Órgano competente del Estado	33-34	10
4. Planificación y coordinación	35-36	10
5. Publicidad y confidencialidad	37	10
B. Otorgamiento de la concesión	38-52	11
1. Requisitos previos y condiciones	38-39	11
2. Preferencias a entidades nacionales	40-41	11
3. Selección del concesionario	42-47	11
4. Selección de subcontratistas	48-49	12
5. El acuerdo de proyecto	50-52	13
C. Derechos y obligaciones del concesionario	53-59	13
1. Naturaleza de la concesión	53	13
2. Obligaciones	54	13
3. Fuentes auxiliares de ingresos	55-56	14
4. Cesión, subconcesión, gravámenes	57-59	14
D. Obligaciones y compromisos del Estado	60-63	14
1. Incentivos financieros y garantías	60-61	14
2. Seguros	62	15
3. Fiscalidad	63	15
E. Explotación de la concesión	64-68	15
1. Fijación y aumento de precios	64-66	15
2. Vigilancia de la ejecución del proyecto	67-68	16
F. Relaciones con los clientes	69	17
G. Relaciones con los competidores	70	17
H. Desempeño del concesionario	71-75	17
1. Incumplimiento del acuerdo	71-74	17
2. Impedimento	75	17
I. Terminación de la concesión	76-81	18
1. Causas comunes de terminación	76-77	18
2. Prórroga	78	18
3. Traspaso de las instalaciones al Estado	79-81	18
J. Disposiciones varias	82-84	19
1. Ley aplicable	82-83	19
2. Solución de controversias	84	19
V. CONCLUSIÓN	85-92	19

INTRODUCCIÓN

1. En su 27º período de sesiones, celebrado en 1994, la Comisión, tras haber considerado una nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/399), insistió en la importancia de los proyectos de construcción, explotación y traspaso (CET) y pidió a la Secretaría que preparara una nota acerca de la posible labor futura sobre proyectos CET. La Comisión examinó la nota que había solicitado (A/CN.9/414) en 1995, en su 28º período de sesiones¹.
2. En la Comisión hubo apoyo general por que se empezara a trabajar en la esfera de los proyectos CET. Se observó que el dispositivo financiero de los proyectos CET había despertado considerable interés en muchos Estados y que la labor de la Comisión en esa esfera ayudaría a esos Estados a resolver ciertos problemas con los que habían tropezado. Se observó, no obstante, que, dado que la labor que había de emprender la Comisión se vería en parte determinada por el contenido definitivo de las Directrices que había de preparar la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI), y habida cuenta de que iba evolucionando la práctica en materia de proyectos CET, convendría que la Secretaría tuviera la oportunidad de examinar más en detalle las cuestiones sugeridas como eventual objeto de la futura labor. Se observó además que la labor de la Comisión no duplicaría la labor de la ONUDI en materia de proyectos CET. La Comisión pidió a la Secretaría que preparara un informe sobre las cuestiones consideradas como posible objeto de la futura labor con miras a facilitar las deliberaciones al respecto durante el 29º período de sesiones de la Comisión, en 1996.
3. Se ha elaborado el presente informe como respuesta a la mencionada solicitud.

I. EL CONCEPTO DE CONSTRUCCIÓN, EXPLOTACIÓN Y TRASPASO

4. Esencialmente, CET es una forma de financiación de proyectos por la que un Estado otorga a un grupo de inversionistas (denominado en adelante "consorcio del proyecto") una concesión para el desarrollo, la puesta en marcha, la gestión y la explotación comercial de un determinado proyecto. El consorcio del proyecto, o la empresa creada por ese consorcio (denominada en adelante "concesionario"), se compromete, por su parte, a desarrollar el proyecto y a explotar la concesión de conformidad con el acuerdo concertado entre el Estado y el concesionario (denominado en adelante "acuerdo del proyecto"). Si bien la denominación general empleada para este tipo de proyectos es la de "construcción, explotación y traspaso" se emplean también otras denominaciones para designar este método de financiación de proyectos como las de "construcción, posesión, explotación" (CPE); "construcción, posesión, explotación, traspaso" (CPET); "construcción, posesión, arriendo, traspaso" (CPAT); y "construcción, arriendo, traspaso" (CAT). La diversidad de denominaciones no debe ocultar que se trata en todo caso de dispositivos para la financiación de proyectos por los que la autoridad pública otorga una concesión a una entidad privada para que ésta se haga cargo de financiar, llevar a cabo y administrar un determinado proyecto. En ocasiones, se conciertan arreglos contractuales similares entre un licenciante y una empresa contratista de proyectos.
5. A diferencia de la estructura tradicional de financiación de un proyecto por la que el propietario (el propio Estado) se encarga de obtener recursos financieros y de garantizar su reembolso, en el CET es el consorcio del proyecto el que se hará cargo de todo ello. Los préstamos se negocian contra el rendimiento financiero previsto del proyecto, lo que es sumamente ventajoso para las autoridades. Al no tener que presupuestar fondos públicos para el proyecto, éste no tendrá ninguna repercusión directa sobre la deuda pública. La financiación privada suele permitir además el traspaso al sector privado de los riesgos financieros, industriales y de otra índole. Además, dado que el proyecto es construido y explotado, durante el período de la concesión, por el consorcio del proyecto, las autoridades del Estado se benefician de la experiencia del sector privado en la explotación y gestión de este tipo de proyectos.

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17), párrs. 394 a 400.*

6. Los contratos de obras de infraestructura de otra índole acostumbran a estipular que el propietario se hará cargo de las instalaciones una vez completada la obra de conformidad con el contrato. El propietario se encarga de organizar el financiamiento y de pagar a los contratistas ya sea con dinero prestado o con recursos propios. En esos contratos, el cometido básico del contratista no es sino el de construir y equipar la instalación encargada, mientras que es el propietario el que se encargará de determinar la viabilidad económica y la rentabilidad del proyecto. En cambio, en un proyecto CET, el consorcio del proyecto se compromete a completar las obras y explotar la instalación construida durante un cierto período con miras a amortizar sus gastos y conseguir algún beneficio. El consorcio del proyecto estará, por ello, interesado en el diseño y la viabilidad del proyecto, y estará igualmente interesado en cerciorarse de que se dan las condiciones jurídicas y comerciales requeridas para las obras y para la explotación rentable del proyecto, así como de que esas condiciones se mantendrán inalteradas durante todo el período de la concesión.

7. El principal factor de interés de los proyectos CET es su capacidad para movilizar recursos privados para el desarrollo de infraestructuras sin necesidad de recurrir a la deuda pública. Este factor contribuye a que el concepto CET resulte particularmente atractivo en tiempos en los que se intensifica la privatización de servicios y de infraestructuras anteriormente reservados al sector público, y en que disminuye la disponibilidad de fondos públicos para obras de infraestructura. Cabe citar además entre las ventajas la obtención de una mayor participación del sector privado en el desarrollo de infraestructuras públicas, la facilitación de la inversión extranjera directa, y el mayor acceso a tecnologías y técnicas especializadas no disponibles en el país. Las instalaciones de infraestructura CET pueden servir además de parámetro para medir el rendimiento de otros proyectos similares a cargo del sector público.

8. Se daban no obstante dificultades en orden a la conclusión de proyectos CET que cabía atribuir a ciertos rasgos de los mismos. En un proyecto CET suelen haber una multiplicidad de partes entrelazadas contractualmente. Además de la autoridad que otorga la concesión y del consorcio del proyecto suelen intervenir prestamistas, empresas constructoras, proveedores de equipo, inversionistas independientes y compradores o usuarios del producto final del proyecto. El propio consorcio del proyecto puede estar formado por empresas constructoras, proveedores de equipo técnico y otros inversionistas privados, además de la propia empresa explotadora del proyecto. Entre los inversionistas puede haber inversionistas institucionales y organismos multilaterales de desarrollo. La complejidad de la estructura financiera era no sólo atribuible al gran número de partes que intervienen en estos proyectos sino también a que, al no haber ninguna garantía pública, el consorcio del proyecto y los prestamistas habrán de buscar la manera de cubrir los riesgos mediante seguros o mediante garantías de diversa índole. Todo ello explica que la complejidad de la estructura contractual y de distribución del riesgo en un proyecto CET pueda alargar notablemente las negociaciones.

9. El apoyo del Gobierno anfitrión es considerado como un factor importante para el éxito de todo proyecto CET. La autoridad competente habrá de autorizar el proyecto y pasará a ser eventualmente la propietaria de las instalaciones. Las autoridades deberán supervisar la aplicación del acuerdo de concesión y compartir, en ocasiones, parte de la deuda o participar en las inversiones. Para obtener una participación a largo plazo del sector privado, el clima jurídico deberá ser propicio para una inversión privada a largo plazo. Ello supone el establecimiento de un marco jurídico adecuado para la inversión privada y de una maquinaria administrativa que despache oportuna, equitativa y objetivamente las aprobaciones o licencias requeridas.

10. A medida que se vayan conociendo las posibilidades de la fórmula CET, es probable que aumente el recurso a esta forma de financiación de proyectos, no sólo para grandes proyectos de infraestructura, como pudieran ser la generación de energía y el transporte (autopistas de peaje, puentes y ferrocarriles), sino también para pequeños y medianos proyectos, como pudieran ser ciertas plantas para el tratamiento de aguas, hoteles o instalaciones médicas.

II. LA LABOR DE OTRAS ORGANIZACIONES EN LA ESFERA DE LOS PROYECTOS CET

A. Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial

11. La ONUDI ha preparado recientemente un documento titulado "Directrices sobre la formulación, negociación y contratación de proyectos de construcción-explotación-traspaso" (denominada en adelante "Directrices de la ONUDI"). El texto definitivo en inglés estaba en la imprenta al prepararse esta Nota. Las versiones en español y en francés serán publicadas algo después.

12. En los tres capítulos iniciales de las Directrices de la ONUDI se hace una presentación general de los proyectos CET. El capítulo 1 (sobre el concepto CET) describe la estructura y las características de un proyecto CET y las partes que en él intervienen, así como las técnicas financieras y los mecanismos jurídicos utilizados; contiene asimismo un resumen de las posibles ventajas que el recurso a la fórmula CET puede reportar a un país en orden al desarrollo de su infraestructura. El capítulo 2 (sobre las fases de un proyecto CET) describe brevemente las fases de este tipo de proyecto desde la identificación y definición inicial del proyecto a la preparación por las autoridades del pliego de condiciones para la licitación, la presentación por cada concursante de una oferta, la selección de la mejor oferta, la formulación del proyecto, la fase de construcción, la explotación del proyecto hasta su traspaso a las autoridades del país. En el capítulo 3 (sobre el marco económico CET) se exponen las consideraciones económicas básicas que han dado lugar a este tipo de proyectos. Entre esas consideraciones cabe citar la función que compete a la infraestructura en la promoción del desarrollo económico de un país, las ventajas de involucrar al sector privado en los proyectos de infraestructura y las ventajas de un proyecto CET expresadas en términos de beneficios y costos.

13. Los tres siguientes capítulos se ocupan de la función que le compete a las autoridades en orden al éxito de un proyecto CET. El capítulo 4 (sobre la labor del gobierno en orden al éxito de un proyecto CET) se ocupa, entre otras cosas, de asuntos como la importancia de un marco legislativo, reglamentario y administrativo funcional que agilice la aplicación de proyectos CET. La función que incumbe a diversos tipos de incentivos estatales y la necesidad de un procedimiento de contratación pública ordenado y transparente para los proyectos CET. Tras haber descrito el cometido general que compete a las autoridades, las Directrices de la ONUDI pasan a examinar, en el capítulo 5 (sobre transferencia de tecnología y ampliación de la capacidad local mediante proyectos CET), la manera por la que las autoridades del país deberán esforzarse por sacar ventaja de los proyectos CET con miras a obtener una transferencia neta de tecnología del consorcio del proyecto a la economía local. Se dan también ejemplos de cláusulas contractuales para favorecer el empleo de bienes y servicios locales y salvaguardar las mejoras e innovaciones introducidas durante la fase de la concesión. El capítulo 6 (sobre cuestiones de contratación y selección de empresas patrocinadoras) se ocupa más en detalle de los objetivos de la contratación pública en orden a la selección de las empresas encargadas de un proyecto CET y hace una breve descripción del marco legal y reglamentario de esa contratación. Describe asimismo los rasgos distintivos de un proceso de licitación, y ofrece un breve diagrama ilustrativo de ese tipo de proceso.

14. Se dedican tres capítulos a los aspectos financieros y económicos de los proyectos CET. En el capítulo 7 (sobre evaluación financiera y económica de un proyecto CET) se analizan los métodos utilizados para la evaluación de la viabilidad financiera y económica de un proyecto CET. Ello va seguido, en el capítulo 8 (sobre identificación y gestión de los riesgos), por una discusión de los principales riesgos a los que están expuestos los proyectos CET. Se hace una distinción entre los riesgos generales relativos al entorno político y jurídico del país destinatario del proyecto y los riesgos específicos o dimanantes de la propia índole del proyecto. Por último, el capítulo 9 (sobre estructura financiera de un proyecto CET), explica la forma de movilizar fondos para un proyecto CET, describe los tipos de capital disponible y sus fuentes en términos de los riesgos que conlleva cada tipo de capital, y describe además diversas técnicas de estructuración financiera.

15. En los cuatro capítulos siguientes se discuten más en detalle los aspectos contractuales de la operación. El capítulo 10 (sobre la estructura contractual) describe brevemente los principales tipos de contrato que se aplican en un proyecto CET, y en particular los acuerdos con los consultores, el acuerdo preliminar para la formación de un consorcio, el acuerdo constitutivo del consorcio, el acuerdo del proyecto o de concesión oficial, el acuerdo de compra por entidades públicas al proyecto de sus productos (es decir, acuerdo de colocación garantizada del producto, denominado "*off-take agreement*"), contrato de obras, contratos de suministro de equipo, contrato de explotación y mantenimiento, contratos de seguros, contratos de financiación. De este entramado contractual, se examinan por

separado, en sucesivos capítulos, el acuerdo del proyecto o de concesión oficial, el contrato de obras y el contrato de explotación y mantenimiento. El capítulo 11 (sobre el acuerdo del proyecto) identifica los principales elementos que habrán de ser regulados en todo acuerdo del proyecto, que no es sino un acuerdo entre el consorcio del proyecto y las autoridades competentes para el desarrollo y funcionamiento del proyecto. El capítulo 12 (sobre el contrato de obras) examina cómo el contrato de obras suele adoptar la forma, en los proyectos CET, de un contrato de entrega llave en mano y se examinan brevemente los tres principales métodos para la fijación del precio que ha de pagarse al contratista: precio fijo o global, precio de costos reembolsables más honorarios, precio unitario o por unidad de obra. El capítulo examina además brevemente algunos puntos contractuales de particular importancia, como el respeto del calendario previsto, la garantía de la calidad y del funcionamiento adecuado de las instalaciones CET, la fijación del precio y el modo de pago, la subcontratación, la disponibilidad de piezas de repuesto, la reclamación por el contratista de pagos adicionales y el aseguramiento o garantía de las obligaciones de pago. El capítulo 13 (sobre el contrato de explotación y mantenimiento) enuncia y describe brevemente las principales cuestiones que tal vez convenga resolver en un contrato entre el consorcio del proyecto y la empresa directamente encargada de la explotación y mantenimiento de las instalaciones CET.

16. En el capítulo 14 (sobre la transferencia de la propiedad) se examina la meta final de todo proyecto CET, a saber, el traspaso de las instalaciones del proyecto a la autoridad que otorgó la concesión y el término del plazo de la concesión. El capítulo 14 examina, en particular, asuntos como el de una posible prórroga del período de la concesión, las condiciones del traspaso, el costo del traspaso, y las garantías del traspaso. El texto de las Directrices de la ONUDI se concluye por una exposición resumida, en el capítulo 15 (sobre algunos criterios para aplicar con éxito el concepto CET), de los factores básicos que determinan el éxito de los proyectos CET en los países en desarrollo.

B. Comisión Económica para Europa

17. Bajo el patrocinio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas y de su Grupo de Expertos sobre prácticas contractuales internacionales en la industria del Comité de Desarrollo del Comercio ("el Grupo de Expertos"), se celebró en Ginebra el 13 de noviembre de 1995 un foro para la atracción de inversiones privadas hacia grandes proyectos de infraestructura en Europa central y Europa oriental y en la CEI. En el orden del día del Foro figuraban, entre otras, las cuestiones jurídicas y financieras relativas a la participación del sector privado en la financiación de proyectos de infraestructura del sector público, de las que citaremos la normativa legal requerida para la celebración de contratos fiables para el financiamiento de proyectos y la necesidad de una norma especial para los proyectos CET (en el boletín de información TRADE/WP.5/53 de 21 de julio de 1995 figura el orden del día completo de este Foro). Los participantes en ese Foro aprobaron una resolución por la que se recomendaba, entre otras cosas, que:

"12. se establezca un grupo de expertos, formado por representantes de los sectores privado y público, con el encargo de formular unas directrices sobre nuevas técnicas de financiación de proyectos y presupuestación de obras, así como sobre proyectos CET, para países de Europa central y oriental y de la CEI, bajo el patrocinio del [Grupo de Expertos] (WP.5);

13. se difunda el conocimiento de estas directrices a través de seminarios y mediante su publicación por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, una vez presentadas a un comité de juristas de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, constituido por el [Grupo de Expertos] y una vez ratificadas por ese comité (WP.5)" (TRADE/R.633, anexo)*.

* Nota del traductor: texto traducido oficiosamente para la presente nota.

18. El Grupo de Expertos aceptó la recomendación del Foro para el establecimiento de un comité de juristas y decidió que este grupo trabajara en estrecha colaboración con el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento, que había participado activamente en el Foro y que había apoyado esta iniciativa (véase TRADE/R.633, párr. 10).

C. El Banco Mundial

19. El Banco Mundial ha apoyado el desarrollo de algunos proyectos CET en cierto número de países. Si bien el Banco Mundial tal vez presta asistencia a los miembros del Banco que desean establecer un marco legal o reglamentario para el fomento de inversiones extranjeras en proyectos CET, el Banco Mundial no ha emprendido ninguna iniciativa global para formular textos legales modelo o directrices para una reglamentación jurídica del CET.

D. Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento

20. El Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF) está prestando apoyo financiero a los proyectos CET en cierto número de sectores (por ejemplo, telecomunicaciones, generación de energía, construcción de oleoductos, carreteras, aeropuertos dotados de sistemas de navegación aérea, puertos y terminales industriales, instalaciones de alcantarillado y tratamiento de aguas, gestión de desechos). El BERF desempeña también una función consultiva en esos proyectos, que se extiende a algunos aspectos legislativos.

E. Federación Internacional de Ingenieros Consultores

21. El 30 de agosto de 1995, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), entidad no gubernamental con sede en Lausanne (Suiza), celebró un curso práctico sobre "Privatización: nuevas oportunidades para ingenieros consultores". A los efectos del curso práctico, se amplió la definición de "privatización" para hacerla aplicable a los nuevos métodos de ejecución de proyectos, y en particular a los proyectos CET. A raíz de las deliberaciones, los participantes en ese curso práctico convinieron en que la FIDIC definiera las condiciones contractuales aplicables a los nuevos métodos de financiación de proyectos.

III. LA FUNCIÓN DE UN MARCO JURÍDICO ADECUADO

A. Fomento de la confianza de los inversionistas extranjeros

22. Hasta la fecha, se ha utilizado principalmente el concepto CET para la realización de grandes proyectos de infraestructura, que requieren cuantiosas sumas de inversionistas privados. La mayoría de los fondos utilizados para la puesta en práctica de esos proyectos suelen obtenerse a título de préstamo de bancos comerciales y otras instituciones financieras. Sin embargo, el reembolso de los fondos prestados y el pago de los intereses suele efectuarse durante un largo período. Los prestamistas y los inversionistas esperarán a que las autoridades del país manifiesten claramente su intención de fomentar la inversión privada a largo plazo y de amparar esas inversiones contra toda expropiación o nacionalización no debidamente indemnizada.

23. Las autoridades de un país pueden dar a conocer su intención ofreciendo un marco jurídico sólido que favorezca la inversión privada y proteja la recuperación del capital invertido y los beneficios. Ese marco consistirá en normas reguladoras de la inversión y otros asuntos comerciales de índole general que no tienen por qué referirse únicamente a los proyectos CET. Esa normativa facilitará la negociación de cada proyecto en particular, ya que, de no haberse estructurado ese marco legislativo, sería preciso pormenorizar en la documentación contractual las diversas cuestiones y garantías que la ley normalmente resuelve, lo que complicaría aún más las negociaciones.

B. Campos del derecho de particular relevancia para los proyectos CET

24. Existen dos categorías de normas que, en mayor o menor medida, son aplicables a los proyectos CET. La primera sería la de las normas primordialmente orientadas a fomentar la inversión privada extranjera. Los aspectos de mayor interés para los patrocinadores de proyectos CET y para sus prestamistas son los relativos a la propiedad privada de terrenos y otros activos, la repatriación de beneficios, la convertibilidad de la moneda y la contratación pública. En la segunda categoría está el derecho mercantil general del país del proyecto, concretamente, el derecho de sociedades mercantiles, el régimen bursátil y de cesión de efectos a cobrar comerciales y el régimen de la contratación pública, así como la normativa aplicable a los contratos mercantiles y a la solución de controversias.

25. En algunas de las esferas del derecho recién mencionadas, existen regímenes de derecho uniforme, algunos de ellos elaborados por la CNUDMI, cuya adopción sería tal vez aconsejable. Cabe citar al respecto la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la Ley Modelo sobre transferencias internacionales de crédito, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente y la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

26. Junto a la necesidad de esa normativa de índole general, se hace sentir en ocasiones la ausencia de cierto tipo de normas de índole más específica, pero de interés para determinados aspectos de los proyectos CET. Este tipo de norma además de proporcionar a los inversionistas un indicio claro del interés de las autoridades públicas en los proyectos CET, facilitan de hecho la participación del sector privado en proyectos del sector público. Por ejemplo, en la mayoría de los Estados la infraestructura pública suele ser financiada y, en buena parte administrada, en régimen de monopolio por instituciones del sector público. En la mayoría de esos países pudiera ser necesario crear un marco jurídico que posibilite la participación del sector privado y concretamente el cobro por entidades privadas de ciertas tarifas al público por la utilización de la infraestructura que se vaya a construir o por el producto o servicio ofrecido. En los párrafos 31 a 84 se examinan algunos de los aspectos adicionales que podrían ser abordados en normas relativas a los proyectos CET.

C. Enfoques legislativos actuales en lo relativo a los proyectos CET

27. Los enfoques legislativos varían entre los Estados que han promulgado normas especiales para los proyectos CET. Algunos Estados han adoptado normas con las que se trata de regular en general los proyectos CET. En algunos casos, se fijan sólo los parámetros generales con arreglo a los cuales las entidades públicas podrán negociar contratos CET. Este enfoque da una cierta flexibilidad a la negociación de los contratos que permite adaptarlos a las circunstancias de cada proyecto. Se acostumbra, por ejemplo, en estas normas a autorizar el otorgamiento de ciertas concesiones públicas al sector privado para llevar a cabo proyectos CET, o se indican aquellos sectores en los que podrán efectuarse proyectos CET, y se define el marco general para la obtención de recursos financieros y la concesión de incentivos a las entidades que se comprometan a llevar a cabo proyectos CET (en particular, diversas desgravaciones fiscales). Esas normas contienen en ocasiones disposiciones relativas a la contratación pública, y en particular sobre determinados aspectos de la licitación y de la evaluación de las ofertas o propuestas.

28. En algunos Estados se promulgan normas por las que se reglamenta la realización de proyectos CET en determinados sectores (por ejemplo, la generación de energía, el tratamiento de aguas, las carreteras de peaje, los medios de transporte público). Ese tipo de normas suelen indicar el tipo de instalaciones de un sector reglamentado que podrán ser contratadas por vía de CET, el grado de intervención pública (así como el tipo de instalaciones o de locales que las autoridades podrán conceder al consorcio del proyecto), la emisión de autorizaciones para la obtención de beneficios (pormenorizándose tal vez la tarifa que podrá cobrarse por el producto del proyecto). Esas normas contienen también en ocasiones disposiciones sobre cómo ha de efectuarse la contratación relativa a estos proyectos.

29. Otro enfoque seguido en los proyectos CET es el de reglamentar en una norma particular la realización de determinado proyecto CET, dejando únicamente autonomía a las partes para negociar los pormenores de la ejecución.

Ese tipo de normas suelen definir el contenido básico de las obligaciones contractuales para la realización del proyecto, así como la duración máxima de la concesión otorgada, el alcance del apoyo público otorgado al proyecto, las reglas por las que se regirá la contratación pública, el reembolso de la deuda y la repatriación de los beneficios, y las condiciones de explotación y para el traspaso final del proyecto.

IV. ESBOZO DE LOS ASUNTOS TRATADOS POR LA LEGISLACIÓN NACIONAL

30. Con miras a facilitar el examen del posible alcance de un texto que la Comisión pudiera querer elaborar en esta esfera, en los siguientes párrafos 31 a 84 se presenta un esbozo de las cuestiones y las soluciones legislativas que encuentran en las leyes nacionales. Al preparar el presente informe, la Secretaría examinó textos legales y reglamentarios, así como proyectos de legislación relativos a proyectos de CET, de unos 24 países. Cabe observar que, como muchos países no tienen legislación específicamente referente a esos proyectos, la examinada por la Secretaría abarca también otras leyes y reglamentos nacionales que pueden ser pertinentes para la ejecución de proyectos de infraestructura en el marco de un acuerdo de tipo CET, como las leyes y reglamentos sobre contratación pública y concesión de servicios públicos.

A. Disposiciones generales

1. Esferas susceptibles de concesión

31. Muchas legislaciones nacionales enumeran las esferas en las que puede otorgarse una concesión, como la producción y la distribución de energía eléctrica, los sistemas de tratamiento de aguas, los servicios de transporte, las telecomunicaciones y la explotación de minerales. En algunos se establece que se puede otorgar concesiones en los casos en que el Estado goce de un monopolio legal. Existen también disposiciones que limitan las concesiones por razones de seguridad nacional.

2. Declaraciones normativas

32. Algunos ordenamientos contienen disposiciones exhortatorias en las que se expresan principios que han de tenerse presentes cuando los organismos del gobierno planifican y celebran acuerdos de CET. Esas disposiciones pueden reducirse a declaraciones normativas generales (por ejemplo, en el sentido de que se alienta a los órganos del Estado a abrir los mercados y las industrias a las inversiones privadas y extranjeras) o pueden estar complementadas por los factores que hay que tener en cuenta al adoptar una decisión sobre si se otorga o no una concesión (por ejemplo, que indiquen que se conseguirá un ahorro otorgando una concesión a una entidad privada o cuál será la repercusión que un proyecto de CET tendrá sobre la transferencia de tecnología o la calidad de los servicios).

3. Órgano competente del Estado

33. En varios derechos se establece un nuevo órgano del Estado con poderes para celebrar acuerdos sobre proyectos, mientras que en otros se delega esa facultad en los órganos ya existentes. Según algunas legislaciones, una concesión requiere el consentimiento de un órgano de rango superior como el parlamento, el consejo de ministros o una autoridad tutelar.

34. Además de exigir autorización para otorgar una concesión, las leyes nacionales requieren a menudo licencias para desarrollar las actividades que se llevan a cabo en el contexto de un acuerdo de CET, como la utilización de tierras públicas para fines específicos o la instalación de determinado equipo. La facultad de expedir esas licencias puede corresponder a diferentes órganos en distintos niveles del gobierno. A continuación se dan algunos ejemplos de disposiciones promulgadas con el fin de facilitar y agilizar la obtención de esas licencias: disposiciones que requieren la enumeración de todas las licencias necesarias en el instrumento de concesión; las que encargan a un

órgano concreto vigilar la expedición de aprobaciones y ayudar al concesionario en sus gestiones ante los órganos competentes para conceder las licencias; las que encauzan, a los efectos de las concesiones, en un solo órgano la expedición de licencias; y las que establecen plazos perentorios para actuar ante la presentación de una solicitud de licencia.

4. Planificación y coordinación

35. Vista la función que las operaciones de CET pueden desempeñar en la economía nacional o regional, las leyes disponen diversos medios para planificar y coordinar esas operaciones, como la creación de un plan maestro de proyectos que pueden ser objeto de concesión; la habilitación de un órgano para autorizar los acuerdos de CET; la obligación de que ese órgano consulte con determinados otros órganos antes de dar la autorización; la dependencia de una concesión del consentimiento de un gobierno local, si aquélla se refiere a una actividad desarrollada por un órgano de ese gobierno; la imposición de un deber de notificar a determinados órganos públicos las propuestas de proyecto de CET y de publicar los detalles de los proyectos propuestos de interés para el público y posibles inversionistas; la obligación de los órganos públicos a coordinar las medidas que adopten en caso de cambios imprevistos en un proyecto de CET.

36. Además, en los casos de varios acuerdos de CET independientes pero técnicamente conexos (por ejemplo, en la esfera de los servicios de telecomunicaciones), puede ser necesario coordinar a los concesionarios o posibles concesionarios con miras a cerciorarse de la compatibilidad de las soluciones técnicas utilizadas. A veces se fomenta esa coordinación exigiendo que los acuerdos sobre proyectos contengan disposiciones adecuadas sobre coordinación o disponiendo que se formulen propuestas a los concesionarios.

5. Publicidad y confidencialidad

37. Las legislaciones tratan de equilibrar el interés del gobierno o del público en tener acceso a cierta información relativa a proyectos de CET frente al del concesionario en mantener la información bajo reserva. En algunas se dispone que el hecho de que la concesión haya sido otorgada y determinadas cláusulas del acuerdo de proyecto han de darse a conocer en una publicación o deben estar a disposición del público. A veces se definen de manera más restrictiva las personas que tienen acceso a los documentos, por ejemplo, haciendo referencia al tipo de interés que tienen en el proyecto. En algunos países, se llevan registros especiales de concesiones y se hace depender la validez del contrato de su inscripción en ellos. Por el contrario, algunos derechos garantizan la confidencialidad de la información que el concesionario no está obligado a publicar, disponiendo, por ejemplo, que los funcionarios del Estado que tengan acceso a la información relativa a la concesión están obligados a mantener el carácter confidencial de esa información.

B. Otorgamiento de la concesión

1. Requisitos previos y condiciones

38. Dado lo elevado de los costos de la inversión y la necesidad de garantizar la solvencia financiera del concesionario, las leyes de algunos países requieren que el capital de la empresa que explote la concesión (capital accionario) no sea menor que cierto porcentaje de la inversión total. Algunos ordenamientos prevén que el consorcio del proyecto se responsabilice íntegramente de obtener los medios financieros requeridos, o limitan las inversiones públicas a cierto porcentaje de la inversión total.

39. Muchas legislaciones contienen criterios de elegibilidad y otros requisitos en relación con los accionistas de la empresa concesionaria. Esas disposiciones permiten, por ejemplo, expresamente a los extranjeros poseer acciones de la empresa; limitan la propiedad extranjera a cierto porcentaje y reservan el resto para los inversionistas locales; prohíben la participación de personas emparentadas con las autoridades (por ejemplo, expertos contratados por el gobierno, funcionarios, representantes elegidos y sus parientes); obligan a los accionistas a revelar sus afiliaciones

con empresas que lleven a cabo la misma actividad que la concesionaria; conceden preferencias especiales a accionistas como los municipios del país huésped respecto, por ejemplo, de los derechos de voto o de las opciones a nuevas emisiones de acciones; o determinan la responsabilidad de los accionistas en la preparación del finiquito del proyecto, el cual se ha de presentar al gobierno una vez expirado el plazo de la concesión o cuando ésta ha sido cancelada.

2. Preferencias a entidades nacionales

40. Se pudieron individualizar varias disposiciones que dan la preferencia a entidades nacionales en el otorgamiento de concesiones. Esto se materializa dentro del proceso de selección del concesionario u obligando al concesionario ya elegido a ofrecer preferencias a terceros nacionales. Algunos derechos establecen la obligación especial del órgano contratante de informar a todas las entidades nacionales posiblemente interesadas sobre un proyecto concreto y sobre la invitación a presentar ofertas. Además, cuando se presentan varias ofertas igualmente ventajosas, puede prevalecer la presentada por la entidad nacional. Asimismo, las leyes contienen a veces disposiciones que conceden márgenes de preferencia a las ofertas en que figura el compromiso de emplear mano de obra, contratistas o productos nacionales.

41. Otra manera de garantizar la preferencia a favor de las entidades nacionales es obligar al concesionario a hacer uso de productos nacionales. El mismo método se utiliza por lo que se refiere al empleo de mano de obra nacional: en algunos ordenamientos se declara que el concesionario debe emplear a personal nacional en determinadas fases del proyecto. En cuanto a qué se considera como entidad nacional, las legislaciones difieren: algunas se refieren a la titularidad, otras a la condición jurídica.

3. Selección del concesionario

42. Son característica común de los derechos analizados las disposiciones sobre la selección del concesionario. Varias legislaciones dan al gobierno considerable libertad para elegir el método de selección, inclusive las negociaciones directas con uno o varios posibles concesionarios. Otros métodos considerados son análogos a los descritos en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, como licitación, licitación restringida, licitación en dos etapas o solicitud de propuestas.

43. En ciertos ordenamientos nacionales, es obligatorio en principio recurrir a la licitación pública. Excepcionalmente, se autoriza en su lugar el uso de negociaciones directas, por ejemplo, cuando fracasó una anterior licitación, cuando el proyecto se ha de financiar completamente de fuentes privadas o en caso de propuestas no solicitadas de acuerdos de CET.

44. Los ordenamientos suelen contener una lista de puntos que se han de mencionar en la invitación a presentar ofertas y que hay que tener en cuenta al evaluarlas. Son, por ejemplo, la estructura del precio que ha de cobrar el concesionario, la posibilidad de aumentarlo, las subvenciones públicas que se concederán o que se espera otorgar al concesionario, el grado de exclusividad de que éste gozará en la explotación del proyecto, la duración de la concesión, la cancelación de ésta y la transferencia del proyecto por el concesionario al gobierno al finalizar el período de concesión.

45. En caso de propuestas no solicitadas, algunas legislaciones permiten las negociaciones directas con el posible concesionario, mientras que otras exigen que, cuando el gobierno esté dispuesto a otorgar una concesión del tipo propuesto, se realice una licitación pública sobre la base de las soluciones técnicas de la propuesta no solicitada. En esa licitación pública, algunas leyes permiten un margen de preferencia (por ejemplo, el 10%) para el licitante que haya presentado la propuesta no solicitada. La finalidad del margen de preferencia es resarcir al solicitante los gastos de preparación de la propuesta y ofrecer un incentivo a la presentación de nuevas propuestas.

46. En muchos casos, en el momento de la selección del consorcio que ha de financiar el proyecto, no se ha creado aún la empresa que explotará la concesión. En consecuencia, algunos derechos se ocupan de la obligación del consorcio de fundar esa empresa (concesionaria) dentro de un plazo determinado tras la selección del consorcio. La falta de creación de la empresa dentro del plazo deja normalmente en libertad al gobierno para otorgar la concesión a otra entidad.

47. Al parecer, excepto como se precisa más adelante, las políticas que subyacen a las disposiciones de las leyes nacionales sobre la selección del concesionario son, en términos generales, las mismas en que se basa la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios. Una consideración concreta que caracteriza el proceso de selección del concesionario es el costo particularmente elevado de preparar los elementos técnicos, comerciales y financieros de un proyecto de CET, razón por la cual se da un margen de preferencia al posible concesionario que haya presentado una propuesta no solicitada. Cabe aplicar otra consideración concreta cuando se han de ejecutar varios proyectos de CET en un sector industrial en que la competencia es limitada (por ejemplo, telecomunicaciones o abastecimiento de agua, gas o electricidad). En esos casos, cuando el gobierno tiene interés en fomentar la competencia en esas esferas, puede desear otorgar las concesiones a más de un consorcio de proyecto, incluso cuando la evaluación de otros elementos de sus propuestas inclinaría a otorgar la concesión a un solo consorcio.

4. Selección de subcontratistas

48. En las diversas las legislaciones pueden encontrarse los siguientes tipos de disposición sobre selección de los subcontratistas del concesionario: la obligación de especificar en la oferta el porcentaje del valor total de la obra que se subcontratará; la de identificar a los subcontratistas antes de que se otorgue la concesión; un porcentaje mínimo del valor del proyecto que deba subcontratarse con empresas no afiliadas al consorcio adjudicatario; la obligación de utilizar métodos competitivos, inclusive el procedimiento de licitación, para escoger a los subcontratistas. Algunos derechos contienen disposiciones que favorecen la subcontratación con empresas del país en que se ha de ejecutar el proyecto (por ejemplo, medidas particulares para que se notifique a posibles subcontratistas nacionales o la participación de éstos como criterios de evaluación para elegir el concesionario).

49. Un organismo financiero internacional prevé en su directrices sobre contratación relacionada con los proyectos de CET que, cuando el concesionario ha sido escogido con un método competitivo adecuado, tiene libertad para seleccionar subcontratistas; en caso contrario deben utilizarse métodos de ese tipo para la selección de los subcontratistas.

5. El acuerdo de proyecto

50. Puede que la ley prevea la gama de cuestiones que se han de considerar en el acuerdo de proyecto entre el gobierno y el concesionario. Así, algunos ordenamientos nacionales exigen que el acuerdo de proyecto defina las actividades que son objeto de concesión. Algunas legislaciones exigen que el acuerdo contenga disposiciones sobre asuntos financieros, como el tipo y cuantía de las garantías financieras dadas al gobierno para el cumplimiento del acuerdo de proyecto, el derecho del concesionario a los beneficios obtenidos de la actividad objeto de concesión, la obligación del concesionario de pagar al gobierno un canon por la concesión o los criterios o métodos para determinar y ajustar el precio que el concesionario ha de cobrar. Los ordenamientos nacionales pueden también prescribir que el acuerdo de proyecto prevea determinado grado de vigilancia por parte del Estado.

51. Algunas legislaciones pueden definir más los derechos y obligaciones de las partes exigiendo que el acuerdo de proyecto prevea asuntos como normas de calidad y control del funcionamiento, resarcimiento al concesionario de las adiciones y mejoras a las instalaciones, la responsabilidad del concesionario por no cumplir sus obligaciones conforme al acuerdo de proyecto, inclusive penas o indemnización pactada en caso de violación del contrato, las consecuencias de una demora en terminar el proyecto, la revisión y enmienda del acuerdo de proyecto, la terminación anticipada de la concesión y la solución de controversias.

52. Las disposiciones nacionales establecen también que en el acuerdo de proyecto se ha de estipular la eventual preferencia dada por el concesionario al empleo de mano de obra y proveedores nacionales, la capacitación de empleados o cualquier requisito relacionado con la protección del medio ambiente, zonas protegidas por la ley, seguridad nacional y orden público.

C. Derechos y obligaciones del concesionario

1. Naturaleza de la concesión

53. Varios ordenamientos contienen disposiciones que definen el régimen jurídico de la concesión y la naturaleza de los derechos del concesionario. Por ejemplo, en algunos se dispone que la concesión se refiere a un servicio público, que se ejercita en nombre del Estado, o que el derecho otorgado se ha de ejercitar de conformidad con el interés público. Además, las leyes nacionales establecen en general que el Estado conserva la propiedad de todos los activos públicos comprendidos en la concesión, mientras que se otorga al concesionario únicamente el derecho de utilizarlos y poseerlos.

2. Obligaciones

54. En muchos ordenamientos figuran disposiciones que definen las obligaciones de concesionario derivadas del acuerdo de proyecto. Se refieren fundamentalmente al deber de ejecutar el proyecto y prestar el servicio pertinente de manera adecuada y diligente conforme a lo dispuesto en el acuerdo celebrado. Las legislaciones nacionales pueden también imponer obligaciones más concretas al concesionario, como la de contratar cierto tipo de seguro, ofrecer garantías de la terminación de diferentes fases del proyecto (por ejemplo, mediante una caución de cumplimiento), utilizar y transferir nueva tecnología en la ejecución del proyecto, velar cuidadosamente por algún bien de propiedad pública.

3. Fuentes auxiliares de ingresos

55. El concesionario, además de dedicarse a lo que constituye el núcleo central de la concesión, puede estar en condiciones de desarrollar otras actividades generadoras de otros ingresos y estar dispuesto a hacerlo. Por ejemplo, en relación con una concesión de construir y explotar una carretera de peaje, puede que se dé al concesionario permiso para aprovechar los terrenos a los lados de la carretera para proporcionar combustible, ofrecer servicios para los automóviles, vender espacio publicitario o explotar moteles, restaurantes o tiendas. Esas actividades auxiliares pueden incrementar y diversificar las fuentes de ingresos de la empresa concesionaria y compensar de este modo el riesgo que corre de que los derivados de la actividad fundamental de la concesión no sean suficientes para rendir una tasa razonable de beneficios. Las actividades auxiliares rentables pueden servir como reemplazo de las garantías del Estado.

56. En algunas legislaciones se dispone expresamente que el concesionario está autorizado a desarrollar sólo las actividades de la concesión y las funcionalmente vinculadas con la actividad central. En otras, se menciona la posibilidad de autorizar al concesionario a prestar servicios auxiliares. A ese respecto, se estipula que el Estado, al evaluar las ofertas de posibles consorcios de proyecto, tomará también en cuenta el número y la magnitud de los servicios auxiliares que los solicitantes esperan que se les permita prestar. Algunos ordenamientos mencionan que se puede o no dar al concesionario cierto grado de exclusividad con respecto a la prestación de servicios auxiliares. Para los casos en que el concesionario se dedique a actividades auxiliares, existen también disposiciones en el sentido de que no debe, directa ni indirectamente, mediante contrato o con el empleo de especificaciones técnicas, obligar a los adquirente de sus bienes o servicios básicos a adquirir además del concesionario equipo auxiliar o servicios de mantenimiento.

4. Cesión, subconcesión, gravámenes

57. Las legislaciones nacionales prevén respuestas divergentes ante la posibilidad de cesión, parcial o total, de los derechos del concesionario. Mientras que algunas autorizan esa cesión, sujeta normalmente a la previa aprobación de la autoridad, otras prohíben cualquier forma de cesión. También se pueden hallar soluciones diferentes en las leyes que permiten la cesión. Algunos derechos sólo admiten la cesión completa de la concesión, inclusive todos los derechos anexos, mientras que los de otros Estados autorizan la cesión parcial de algunos derechos.

58. Análogamente, los ordenamientos no son unánimes en cuanto a si el concesionario puede otorgar subconcesiones. Algunos exigen previa aprobación de la autoridad para cualquier subconcesión, mientras que otras rechazan expresamente esa posibilidad.

59. Algunas legislaciones autorizan al concesionario a ofrecer los activos y locales que son objeto de la concesión como garantía de las obligaciones del concesionario. En esos casos, algunas requieren, no obstante, que esos activos y locales continúen utilizándose para los fines de la concesión.

D. Obligaciones y compromisos del Estado

1. Incentivos financieros y garantías

60. A pesar de que uno de los principales objetivos de los proyectos de CET es permitir a los gobiernos que eviten tener que movilizar fondos públicos para el proyecto, hay muchos de estos proyectos en que el Estado aporta algún tipo de apoyo financiero. Entre los incentivos ofrecidos por el gobierno figuran subvenciones, préstamos sin interés, exención del derecho de sello y otras tasas, exención o tipos preferenciales de derechos de importación sobre el equipo utilizado en el proyecto o incluso algún tipo de seguro por parte del Estado. En ciertos casos, el gobierno otorga, en grado limitado, garantías. El Estado puede garantizar, por ejemplo, el derecho del consorcio del proyecto a convertir las ganancias obtenidas con el proyecto de CET a otra moneda (por lo común, libremente convertible) o la disponibilidad de divisas extranjeras suficientes para esa conversión. Puede también que garantice el derecho a transferir el producto del proyecto a un país extranjero, el de vender cierta cantidad de bienes o servicios derivados del proyecto de CET a un organismo del Estado (a fin de asegurar al concesionario una corriente de ingresos mínima) o la disponibilidad de préstamos financieros a corto plazo o de garantías para esos préstamos en caso de dificultades de liquidez derivadas de circunstancias extraordinarias e imprevistas. En otros casos el gobierno garantiza además el reembolso de parte de los préstamos otorgados al consorcio del proyecto o que el precio de los bienes y servicios proporcionados al Estado por el concesionario (o el precio cobrado a los clientes sujeto a control del gobierno) será suficiente para cubrir los costos y permitir una rentabilidad razonable.

61. En algunos otros derechos no se especifica el tipo de garantía que el gobierno está facultado para otorgar. Los derechos de este grupo se limitan a veces a mencionar que se pueden conceder garantías del Estado, o que las garantías, si se conceden, deben hacerse constar en el acuerdo de proyecto, o bien que, al evaluar las ofertas de posibles concesionarios, la autoridad tomará en cuenta las garantías públicas que se piden. Finalmente, algunos ordenamientos, motivados aparentemente por la consideración de que los proyectos de CET no deben comprometer fondos públicos, excluyen totalmente esos incentivos o los limitan a determinado porcentaje de la inversión total o del capital de la empresa que explota la concesión.

2. Seguros

62. Además de posibles garantías financieras, la leyes contienen a menudo disposiciones sobre otros tipos de seguros ofrecidos por el gobierno. Prevén por ejemplo, que el Estado dará trato preferente al concesionario respecto de los derechos de utilización de tierras, carreteras e instalaciones públicas de apoyo; que el Estado hará esfuerzos razonables por construir la infraestructura necesaria para un funcionamiento satisfactorio de las instalaciones del proyecto de CET (por ejemplo, conexiones viales, terminales); o que el acuerdo de proyecto puede estipular que se mantendrán ciertas condiciones y que, en caso de que éstas se alteren, el concesionario tiene derecho a una indemnización, un reajuste de su remuneración o incluso a la rescisión del acuerdo de proyecto. Existen además

disposiciones de tipo análogas a las que suele hallarse en los tratados de protección de inversiones, inclusive garantías de respetar la propiedad privada y de que el rescate de concesión se hará eventualmente por decisión de un órgano determinado del gobierno y mediante indemnización equitativa.

3. Fiscalidad

63. En algunas legislaciones se prevé un trato fiscal preferente para los proyectos de CET, mediante una disposición expresa, o estipulando que, a condición de que lo apruebe determinado órgano, se gozará de ese trato. Los tipos de beneficios varían según los países y pueden ser cualquiera de los siguientes: un impuesto preferencial a los ingresos -posiblemente escalonado según las diferentes etapas del proyecto (por ejemplo, la preferencia, más elevada durante un período tras el primer año que se hagan beneficios, puede disminuir con los años), un tipo impositivo preferencial para las utilidades expatriadas, cuando exista tal impuesto especial, un impuesto preferencial sobre el giro con respecto a los bienes y los servicios producidos por las instalaciones del proyecto de CET y la exención de reglamentaciones aduaneras.

E. Explotación de la concesión

1. Fijación y aumento de precios

64. Visto que el concesionario explota a menudo un servicio que goza de cierto grado de monopolio, muchas legislaciones se ocupan, directamente, de la cuestión de los precios que el concesionario ha de cobrar. Algunos ordenamientos no se refieren a la política de ajuste de los precios sino que dejan la cuestión librada al acuerdo de proyecto. Pero otros establecen algún sistema de control de los precios cobradas por el concesionario. Esto se hace mediante la fijación de precios por el gobierno o un órgano regulador o por el concesionario previa aprobación de la autoridad. Finalmente en leyes que se ocupan de proyectos concretos o de una ámbito estrechamente definido de concesiones, se da a veces al concesionario libertad de cobrar el tipo que considere razonable.

65. El control del Estado sobre la fijación y el aumento de los precios está sometido a diferentes normas. Algunas legislaciones se limitan a establecer únicamente que los precios deben ser justos, razonables o equitativos. Algunas estipulan otros criterios, que pueden ser, por ejemplo, que los precios no deben exceder de las cuantías necesarias para recuperar la inversión, cubrir los costos y dejar un beneficio razonable; que los precios pueden ajustarse para restablecer el equilibrio económico y financiero inicial del contrato; que los precios han de estar vinculados con un índice de precios; que se han de utilizar conjuntos de criterios de control de calidad normalizados (como los elaborados por la Organización Internacional de Normalización) para medir la calidad del desempeño del concesionario; hay también derechos que mencionan como criterio los intereses sociales. Además, algunos ordenamientos prevén la posibilidad de rebajar los precios en caso de que las utilidades del concesionario superen una tasa previamente fijada de recuperación de la inversión. Algunos derechos limitan la frecuencia de los aumentos de precios (por ejemplo, una vez al año).

66. En algunos ordenamientos se establece la obligación del concesionario de publicar los precios y sus modificaciones y la de atenerse a los precios publicados. Además, algunas legislaciones requieren un trato igual de los clientes por lo que respecta a los precios (así como con respecto a otras condiciones contractuales). En algunos casos, se permite un trato diferenciado de categorías concretas de clientes. Cuando el concesionario suministra diferentes tipos de bienes o servicios, existen también disposiciones relativas a la posibilidad de una "subvención interna" en el sentido de que se puede reducir un precio, a condición de que otro se aumente correlativamente. Un derecho prevé que si el gobierno determina que un precio está por debajo del nivel estipulado en el contrato (lo que puede ocurrir, por ejemplo, por consideraciones de orden social), el Estado pagará la diferencia. En otro país se prevé la conciliación y se especifica la composición de la junta de conciliación y los procedimientos correspondientes, a fin de facilitar el acuerdo sobre el precio entre el gobierno y el concesionario.

2. Vigilancia de la ejecución del proyecto

67. Aunque los ordenamientos nacionales dan muchas veces al gobierno cierto grado de control y vigilancia sobre la concesión, los mecanismos particulares con que se ejercen pueden diferir considerablemente según los casos. Algunas legislaciones exigen simplemente que en el acuerdo de proyecto se estipule algún tipo de control por el gobierno. Otros contienen disposiciones por las que se establece un derecho general de vigilancia del gobierno e incluso se especifican diversos derechos, como el de tener acceso a todos los documentos y registros, a entrar en la propiedad del concesionario o a obtener de éste informes periódicos. En algunos casos, se da a la autoridad el derecho, en distintas condiciones y circunstancias, de asumir temporalmente el control y la explotación del proyecto. Algunos derechos nacionales disponen además que el gobierno debe ser titular de una participación privilegiada en la empresa concesionaria que le dé el derecho de veto sobre ciertas decisiones de la empresa, como modificaciones del capital o transferencia de acciones. Además, algunos derechos disponen que se establezca un órgano aparte o la oficina de un inspector especial.

68. Algunas legislaciones conceden al gobierno la facultad de requerir cambios en el proyecto, en caso de que se estime insuficiente el plan original o cuando así lo exija el interés público. En esos casos, algunas leyes estipulan el resarcimiento de los costos adicionales del concesionario, mientras que otras remiten el asunto al acuerdo de proyecto o dan al concesionario derecho a retirarse del contrato.

F. Relaciones con los clientes

69. Cierta número de legislaciones nacionales contienen disposiciones concretas sobre cuestiones relacionadas con los clientes. A continuación se dan ejemplos de disposiciones que protegen a éstos frente al concesionario: obligación de celebrar un contrato con todas las partes interesadas, deber de no discriminar a ningún grupo de usuarios, de publicar las condiciones generales y los precios aplicados por el concesionario, de presentar las condiciones generales a un órgano competente para su aprobación, de expedir recibos si así lo pide el cliente, de mantener un procedimiento interno de examen de las quejas de los clientes, derecho de éstos de presentar quejas acerca de las actividades del concesionario a un órgano público y, como se prevé en algunos derechos, la obligación del órgano de investigar la queja y adoptar una decisión.

G. Relaciones con los competidores

70. Algunos ordenamientos disponen que, como condición para el otorgamiento de la concesión, el concesionario debe celebrar acuerdos, cuyas características se especifican en la concesión, con los competidores que suministren los mismos o análogos servicios o bienes que el concesionario. Esos acuerdos pueden referirse al uso de las mismas normas técnicas o, en la esfera de las telecomunicaciones, a la obligación de compartir la infraestructura de las comunicaciones.

H. Desempeño del concesionario

1. Incumplimiento del acuerdo

71. Algunas legislaciones se limitan a exigir que el acuerdo de proyecto contemple la posibilidad de su incumplimiento por parte del concesionario y sus consecuencias (en particular el pago de penas o indemnización pactada, la rescisión del acuerdo, el derecho a pedir el pago conforme a las garantías dadas al Estado).

72. Otros derechos, además de requerir que el acuerdo trate estos asuntos, distinguen entre un incumplimiento cometido durante el período de construcción y el que se produce durante la explotación del proyecto, dan ejemplos de ambos tipos de incumplimiento y prevén consecuencias diferentes según sea el caso.

73. Otros ordenamientos se ocupan del incumplimiento en el contexto de la rescisión del acuerdo de proyecto y dan ejemplos del tipo de incumplimiento que pueda derivar en una rescisión (por ejemplo, no llegar a acumular los recursos financieros necesarios para construir las instalaciones, no preparar la documentación técnica requerida para

comenzar los trabajos de construcción, no observar las reglamentaciones técnicas al ejecutar la construcción, no terminar a tiempo el proceso de inversión, no mantener las instalaciones de acuerdo con las normas convenidas, no proporcionar a la autoridad la información convenida, no satisfacer las normas mínimas de los servicios establecidos en el acuerdo o cobrar precios superiores a los permitidos con arreglo a este último). Algunas legislaciones disponen que el acuerdo de proyecto puede rescindirse sólo en caso de incumplimiento grave.

74. En algunos derechos se obliga al concesionario a sanear al Estado las reclamaciones dirigidas contra éste, como resultado de las actividades del primero.

2. Impedimento

75. Se observa una amplia divergencia en los ordenamientos nacionales por lo que se refiere a las circunstancias que dificultan al concesionario cumplir el acuerdo de proyecto. Algunos disponen la rescisión del acuerdo de proyecto en caso de que el concesionario sea incapaz de cumplir debido a un cambio en las circunstancias que no está en su mano prever. Otras legislaciones prevén una prórroga del período de concesión para dar al concesionario la oportunidad de ajustarse a las nuevas circunstancias. En ese caso, algunas leyes contemplan cierta forma de asistencia financiera por parte del Estado, mientras que otras excluyen toda forma de asistencia no prevista originalmente en el acuerdo de proyecto. Otro grupo de legislaciones nacionales autoriza una revisión del acuerdo de proyecto para tener presente el cambio en las circunstancias

I. Terminación de la concesión

1. Causas comunes de terminación

76. En los ordenamientos nacionales pueden hallarse diversos motivos para poner fin a la concesión. Comúnmente, los derechos nacionales prevén uno o más de los siguientes motivos: mutuo consentimiento, expiración del período de concesión, muerte, disolución o quiebra del concesionario, readquisición de la concesión por el Gobierno, expropiación u otra forma de incautación por parte de éste, modificación de los planes y prioridades del Estado, razones de interés público, defensa o seguridad nacionales, e incumplimiento grave del acuerdo por cualquiera de las partes.

77. Algunas legislaciones estipulan las consecuencias de la cancelación, según sea la razón por la que se llegue a ella. En el caso de la insolvencia, por ejemplo, algunas prevén la posibilidad de un derecho de intervención a favor de terceros interesados (normalmente acreedores del concesionario), que puede comprender un derecho a pedir la transferencia de la concesión.

2. Prórroga

78. La prórroga de la concesión más allá de la expiración de su plazo es una posibilidad que los derechos nacionales no aceptan en el mismo grado. Algunos autorizan una prórroga sólo cuando el acuerdo de proyecto en determinadas circunstancias así lo permite expresamente. Otros ordenamientos nacionales autorizan en general al gobierno a conceder una prórroga de la concesión, siempre que el concesionario no haya incumplido ninguna de sus obligaciones principales. Algunas legislaciones imponen un límite al período máximo de prórroga o autorizan una sola prórroga sin licitación pública. Algunos derechos nacionales dan, sin embargo, al concesionario derecho a una prórroga de la concesión en las mismas condiciones o disponen su renovación automática si ninguna de las partes notifica a la otra su terminación.

3. Traspaso de las instalaciones al Estado

79. Es rasgo común de las legislaciones examinadas prever un traspaso del proyecto completo al Estado, sin cargas ni gravámenes, al expirar el período de concesión. Además, algunas leyes nacionales disponen un traspaso

antes de la expiración de la concesión mediante readquisición por el Gobierno y pago al concesionario de una indemnización razonable.

80. No obstante, se observan soluciones diversas en cuanto al procedimiento a seguir para realizar ese traspaso. Mientras que algunos ordenamientos nacionales disponen que éste se verifique automáticamente del período de concesión, otros requieren cierta forma de acto de traspaso por parte del concesionario. Las legislaciones difieren también por lo que respecta a los activos que se han de traspasar. Algunas distinguen entre los activos originalmente vinculados a la concesión, que se han de devolver al Estado, y los adquiridos durante el período de concesión y destinados a su explotación, que el concesionario puede conservar o por los cuales puede pedir indemnización.

81. Algunos ordenamientos nacionales dan al Estado la opción de exigir, en vez del traspaso, la completa eliminación de las instalaciones del proyecto a expensas del concesionario, en caso de que el Gobierno decida, al final de la concesión, que no es de interés nacional conservarlas.

J. Disposiciones varias

1. Ley aplicable

82. Muchos de los derechos analizados contienen disposiciones sobre la ley aplicable al acuerdo de proyecto. Algunos de esos derechos especifican que la concesión es un acuerdo de derecho privado, al que se aplica el régimen de los contratos, mientras que otros establecen que una concesión es materia de derecho público sometida al régimen administrativo.

83. Otras legislaciones permiten expresamente la elección de una ley nacional distinta de la del Estado que otorga la concesión; algunas de esas legislaciones indican las cuestiones a las que se aplicará la ley del Estado otorgante, sin perjuicio de un acuerdo sobre la ley aplicable (por ejemplo, transferencia de tecnología, contabilidad, estadísticas, relaciones laborales, controles de divisas, reglamentaciones de exportación e importación, residencia de las personas y reglamentos de viaje). Hay también un ordenamiento en el que, además de utilizar una ley nacional para ciertos usos, se puede recurrir a los principios pertinentes del derecho internacional y, si así lo acuerdan las partes en la controversia, los principios de la equidad.

2. Solución de controversias

84. Algunos derechos establecen que el acuerdo de proyecto debe contener una cláusula sobre solución de controversias, sin otra especificación acerca de su contenido. Otros disponen que las controversias sean resueltas por los tribunales competentes del Estado que otorga la concesión. Otros aún admiten expresamente que se someta una controversia a arbitraje; conforme a una legislación, puede acordarse la celebración de un arbitraje mientras así se haya estipulado en la invitación a presentar ofertas; otro ordenamiento dispone que todo arbitraje se desarrollará en el Estado otorgante. Existen también regímenes en que se prevé que se intente una conciliación antes de recurrir al procedimiento para obtener una solución vinculante de la controversia.

V. CONCLUSIÓN

85. Las operaciones de CET pueden desempeñar un importante papel en la política económica de los Estados. Según la experiencia de buen número de ellos, es necesario, a fin de atraer inversionistas a proyectos de CET, aprobar leyes que reglamenten esas operaciones. En el capítulo IV *supra* figura un breve estudio de esa legislación.

86. Las soluciones contenidas en los ordenamientos nacionales presentan diferentes enfoques, así como diferentes niveles de detalle y refinamiento. Mientras que algunos Estados han promulgado legislación general sobre proyectos de CET, otros han aprobado leyes específicas sobre diversos sectores industriales, como la producción de energía

eléctrica, el desarrollo de terminales marítimas o el tratamiento de las aguas. En algunos casos, se aprobaron leyes para proyectos concretos de CET.

87. Los derechos nacionales prevén asimismo soluciones diferentes a cuestiones aparentemente análogas o idénticas, soluciones que seguramente ejercen un efecto sobre la capacidad del país de atraer inversiones extranjeras mediante proyectos de CET. Esas disparidades pueden ser el resultado de diferencias en las políticas subyacentes, tales políticas, y la manera como se expresan en forma legislativa, pueden a su vez haber sido influidas por el hecho de que la ley se aplique a las operaciones de CET en general o se limite a los proyectos de CET en un sector concreto de la actividad económica. Sin embargo, cabe, hasta cierto punto que existan soluciones nacionales diversas porque los redactores de las leyes no tuvieron acceso a la experiencia y a las soluciones de otros Estados y no disponían de soluciones modelo, en particular las internacionalmente armonizadas.

88. Como se observó en los párrafos 11 a 21 *supra*, las organizaciones que han trabajado en la esfera de las operaciones de CET trabajan ahora para dar una orientación integral a los legisladores nacionales sobre los proyectos de ese tipo.

89. La Comisión podría llegar a la conclusión de que es conveniente que los Estados dispongan de orientación para preparar o modernizar su legislación relativa a proyectos de CET y que la Comisión prepare esa orientación.

90. En cuanto a la forma de esa orientación, tal vez la Comisión estime que toda labor preparatoria debe fijarse como meta proporcionar una guía a los legisladores describiendo objetivos legislativos, examinando posibles soluciones para alcanzarlos y analizando sus ventajas e inconvenientes. A la luz de la marcha de los trabajos, la Comisión podría determinar si es factible y conveniente preparar una legislación modelo.

91. Si la Comisión decidiera emprender trabajos en la esfera de las operaciones de CET podría pedir a la Secretaría que examinase, con la asistencia de un grupo de expertos y en cooperación con otras organizaciones internacionales con conocimientos especializados en acuerdos de CET, las cuestiones sobre las que pueda resultar útil una orientación legislativa y preparase primeramente proyectos de capítulo de una guía para que la Comisión los examinase. Por lo que hace al alcance de la labor, la Comisión quizá considere que, por lo menos en un comienzo, aquella debe adaptarse a los proyectos de CET en general. Cabría luego decidir, durante los trabajos preparatorios, si convendría añadir consideraciones especiales o disposiciones modelo relativas a sectores industriales concretos.

92. Por lo que respecta a la labor sobre los aspectos contractuales de los proyectos de CET, la Comisión podría solicitar a la Secretaría que continuase vigilando los trabajos de otras organizaciones, como la Comisión Económica para Europa y la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC). A la luz de la labor de estas entidades, la Comisión podría en el momento adecuado examinar las formas de cooperación con ellas (por ejemplo, examen de su proyecto y recomendaciones al respecto de un Grupo de Trabajo con miras a que la Comisión pudiera luego hacerlo suyo). La Comisión puede también decidir preparar ella misma una guía jurídica sobre determinados tipos de cláusula contractual de los acuerdos de proyecto entre gobiernos y concesionarios que planteen particulares dificultades.

* * *