NACIONES UNIDAS **A**

Asamblea General

Distr. GENERAL
A/CN.9/444/Add.5
2 de marzo de 1998

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
31º período de sesiones
Nueva York, 1º a 12 de junio de 1998

PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA

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

Informe del Secretario General

Adición

Capítulo IV. CONCLUSIÓN Y CONDICIONES GENERALES DEL ACUERDO DEL PROYECTO

ÍNDICE

	Párrafos	*Página*
Recomendaciones legislativas	-	2
Notas sobre las recomendaciones legislativas	1-48	4
Sección		
A. Consideraciones de carácter general	1-6	4
1. Planteamientos legislativos	2-4	4
2. Conclusión del acuerdo del proyecto	5-6	4
B. Condiciones generales del acuerdo del proyecto	7-47	5
1. Emplazamiento del proyecto	8-12	5
2. Servidumbres	13-16	6
3. Exclusividad	17-21	7
4. Condición jurídica del concesionario	22-34	7
5. Cesión de la concesión	35-38	10
6. Garantías reales	39-45	11
7. Duración	46-47	12
C. Condiciones concretas	48	13

V.98-51381

RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

Planteamiento legislativo del acuerdo del proyecto

1) Es aconsejable limitar las disposiciones legislativas sobre los respectivos derechos y obligaciones del Estado y de la compañía del proyecto a lo estrictamente necesario, tal como disposiciones sobre cuestiones para las que pueda necesitarse autorización legislativa previa, o que puedan afectar a intereses de terceros o se refieran a aspectos fundamentales de la política del sector (véanse párrs. 2 a 4).

Conclusión del acuerdo del proyecto

2) Es aconsejable simplificar los procedimientos para la conclusión del acuerdo del proyecto y determinar previamente la autoridad o autoridades competentes para aprobar y firmar el acuerdo del proyecto en nombre del Estado (véanse los párrs. 5 y 6).

Emplazamiento del proyecto

3) Para todo supuesto en que el Estado tenga que adquirir, mediante expropiación, el terreno para el emplazamiento del proyecto, tal vez convenga que la ley disponga que cualquier expropiación que se requiera para proyectos de infraestructura con financiación privada se llevará a cabo por el procedimiento más rápido estatuido en el derecho interno del país anfitrión (véanse párrs. 8 a 12).

4) Toda servidumbre que sea necesaria para la obra de infraestructura de la compañía del proyecto podrá ser constituida con arreglo a lo previsto en alguna norma destinada al sector de que se trate (véanse párrs. 13 a 16).

Exclusividad

5) Es aconsejable que la legislación deje que el Estado y la compañía del proyecto determinen de común acuerdo si el Estado debe comprometerse a no facilitar ni apoyar la ejecución de proyecto paralelo alguno que pueda suscitar competidores a la compañía del proyecto (véanse párrs. 17 a 21).

Condición jurídica del concesionario

6) Tal vez el Estado quiera exigir que los consorcios del proyecto establezcan una entidad jurídica independiente con sede en el país. Cabe facultar por ley a las entidades públicas para adjudicar proyectos a compañías extranjeras, siempre que se considere de interés público (véanse párrs. 26 y 27).

7) Tal vez no sea aconsejable que la propia ley exija el desembolso de un capital mínimo (véanse párrs. 29 y 30).

8) Cabe exigir por ley que la compañía del proyecto se limite en sus operaciones a la realización y gestión del proyecto o los proyectos que le hayan sido adjudicados. Cabe, asimismo exigir que, no se introduzca cambio fundamental alguno en los estatutos y reglamentos de la compañía del proyecto, ni se traspase el control efectivo de la compañía del proyecto, sin la aprobación explícita de las autoridades del país anfitrión (véanse párrs. 31 a 34).

Cesión de la concesión

9) La compañía del proyecto no podrá ceder la concesión sin el consentimiento del Estado. Entre las condiciones para autorizar esa cesión antes de que se venza el plazo de la concesión cabe citar:

a) que el nuevo concesionario acepte todas las obligaciones que le incumben a tenor del acuerdo del proyecto;

b) que el nuevo concesionario pueda probar que posee la capacidad técnica y financiera necesaria para prestar el servicio (véanse párrs. 35 y 36).

10) Cabe facultar al concesionario para adjudicar subconcesiones, a reserva de que las apruebe la autoridad competente (véanse párrs. 37 y 38).

Garantías reales

11) Cuando la compañía del proyecto no sea propietaria de los bienes materiales que formen parte de la infraestructura, es conveniente que se estatuya claramente en la legislación si la compañía del proyecto podrá constituir garantías reales sobre dichos bienes y en qué medida podrá hacerlo (véanse párrs. 40 a 42).

12) Conviene facultar por ley a la compañía del proyecto para construir garantías sobre los derechos que dimanen del acuerdo del proyecto, siempre que la ejecución eventual de dichas garantías no sea óbice para el cumplimiento por la compañía del proyecto de las obligaciones contraídas en el acuerdo (véanse párrs. 43 y 44).

13) Conviene, asimismo, que la normativa aplicable autorice a constituir garantías reales sobre las acciones de la compañía del proyecto, a reserva de su aprobación por las autoridades del país anfitrión (véase párr. 45 *infra*).

Duración

14) De juzgarse conveniente limitar por ley la duración de las concesiones a cierto número de años, es aconsejable fijar un período lo bastante largo para que la compañía del proyecto pueda saldar sus deudas y obtener niveles de beneficios, de producción o de explotación que sean razonables (véanse párrs. 46 y 47).

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

A. Consideraciones de carácter general

1. El "acuerdo del proyecto" entre el Estado y la compañía del proyecto es el documento central de un proyecto de infraestructura. El acuerdo del proyecto define el ámbito y la finalidad del proyecto, los derechos y obligaciones de las partes; aporta detalles sobre las obras que va a realizar la compañía del proyecto y determina las condiciones para la gestión de la obra de infraestructura o la prestación de los servicios correspondientes.

1. Planteamientos legislativos

2. El derecho interno ha adoptado tres enfoques principales frente al contenido del acuerdo del proyecto. El derecho interno de algunos países apenas se refiere a este tipo de acuerdo, mientras que en otros regula extensamente, y con carácter imperativo, el contenido de ciertas cláusulas que se habrán de incluir en el acuerdo. En otros países, la ley sigue una vía intermedia y enumera una serie de cuestiones que se habrán de tratar en el acuerdo del proyecto, pero sin entrar a detallar el contenido de las cláusulas contractuales.

3. Una normativa legal sobre ciertos elementos esenciales del acuerdo del proyecto puede ofrecer a las partes, al inicio de la negociación, un marco general para la determinación de sus respectivos derechos y obligaciones. Esa normativa puede servir para orientar a las autoridades públicas que participen en la preparación de acuerdos de proyecto a diferentes niveles de la administración pública (nacional, provincial o local). Esa orientación legal puede ser de especial utilidad para aquellas autoridades públicas que carezcan de experiencia en la negociación de acuerdos de proyecto. Además, algunos países tal vez estimen que el disponer de un marco legal sobre ciertos elementos del acuerdo del proyecto mejora la posición negociadora del Estado frente a la compañía del proyecto. Finalmente, ese marco legal puede ser a veces necesario para conferir al Estado la autoridad necesaria para poder dar su consentimiento a ciertos tipos de disposiciones.

4. La posible desventaja de un marco legal general que regule detalladamente los derechos y obligaciones de las partes es que puede privar al Estado y a la compañía del proyecto de la flexibilidad requerida para negociar un acuerdo que tenga en cuenta las necesidades y particularidades de un proyecto determinado. Por tanto, es aconsejable limitar el alcance de las disposiciones legislativas relativas al acuerdo del proyecto a lo estrictamente necesario como, por ejemplo, lo relativo a cuestiones para las que pueda necesitarse autorización legal previa o que puedan afectar a los intereses de terceros, o lo relativo a cuestiones fundamentales de política que no puedan modificarse por acuerdo.

2. Conclusión del acuerdo del proyecto

5. Los proyectos de infraestructura con financiación privada se llevan a cabo, generalmente, conforme a lo establecido en acuerdos escritos entre el Estado y la compañía del proyecto. La ley exige a menudo de forma expresa la negociación y firma de un acuerdo escrito. El derecho interno de algunos países prescribe ciertas formalidades para la conclusión y entrada en vigor del acuerdo del proyecto. En algunos países las condiciones del acuerdo que se negocie entre la autoridad adjudicadora y el consorcio del proyecto seleccionado pueden estar sujetas a la aprobación de una autoridad superior. A veces la entrada en vigor del acuerdo del proyecto está sujeta a aprobación parlamentaria o incluso a la promulgación de legislación especial.

6. Para acelerar el procedimiento y evitar las consecuencias adversas de toda demora en el calendario del proyecto, en algunos países la normativa aplicable delega la facultad para obligarse del Estado en ciertos órganos o cargos públicos, de forma que la entrada en vigor del acuerdo del proyecto se produce al ser firmado o al completarse determinadas formalidades, como la publicación en el boletín oficial. En los países en que dicho procedimiento no sea factible, o en los que se requiera además la aprobación definitiva de otro organismo, sería conveniente estudiar fórmulas para evitar demoras innecesarias. Conviene recordar que el riesgo de que el proyecto fracase por no contar con la aprobación necesaria una vez finalizadas las negociaciones no es un riesgo que la compañía del proyecto

asumirá fácilmente. Si se estima que los trámites de aprobación son arbitrarios o engorrosos, cabría pedir al Estado anfitrión que dé a la compañía del proyecto y a los prestamistas garantías suficientes para cubrir dicho riesgo. En algunos países en los que esos trámites son así de difíciles, el Estado se ha comprometido a veces en el acuerdo del proyecto a indemnizar a la compañía del proyecto por todos los gastos en que incurra, caso de que no se conceda la aprobación definitiva a un proyecto por razones que no sean imputables a la compañía del proyecto.

B. Condiciones generales del acuerdo del proyecto

7. Los acuerdos del proyecto son generalmente documentos largos que tratan ampliamente gran diversidad de cuestiones generales y específicas del proyecto. En la presente sección se examina la problemática legislativa eventual de lo que en el derecho interno se acostumbra a considerar como estipulaciones clave del acuerdo.

1. Emplazamiento del proyecto

8. Cuando vaya a construirse una nueva infraestructura en un terreno que sea propiedad del Estado, o se vaya a modernizar o rehabilitar una instalación ya existente (como en el caso de los proyectos de "modernización-explotación- traspaso" o de "rehabilitación-explotación-traspaso"), en general el Estado deberá, como propietario de dicho terreno o instalación, ponerlo a disposición de la compañía del proyecto. El Estado podrá o bien transmitir a la compañía del proyecto la propiedad del terreno o de las instalaciones, o bien reservarse la propiedad, concediendo a la compañía del proyecto el derecho a utilizar el terreno o las instalaciones y a construir en él.

9. Tanto en los supuestos en los que la infraestructura vaya a ser devuelta al Estado, como en los que siga siendo propiedad de la compañía del proyecto, es aconsejable que las partes definan la condición jurídica de dichos terrenos e instalaciones en el momento de su entrega a la compañía del proyecto. Con ello se reducirá el riesgo de desavenencias cuando la infraestructura sea devuelta al Estado. Por ello, el acuerdo del proyecto deberá prever la inspección, medición y demarcación de dichos terrenos e instalaciones con anterioridad a su transmisión o puesta a disposición de la compañía del proyecto. Otras cuestiones que suelen ser resueltas en el acuerdo del proyecto son el procedimiento de entrega de los terrenos e instalaciones y la presentación de la documentación necesaria.

10. La situación puede complicarse cuando el terreno no sea propiedad del Estado y haya que comprarlo a sus propietarios. En el caso de proyectos nacidos de una propuesta no solicitada del sector privado (véase capítulo III, "Selección del concesionario", párrs. 87 a 93), o de instalaciones de infraestructura con un potencial comercial relativamente elevado que no se consideran una prioridad nacional, puede que el Estado considere que no hay una razón imperiosa para comprometerse a adquirir el terreno y ponerlo a disposición de la compañía del proyecto. Ahora bien, en la mayoría de los casos la compañía del proyecto no estará en condiciones óptimas para asumir la responsabilidad de comprar los terrenos necesarios para el proyecto. Tal vez la compañía del proyecto tema las posibles demoras y los gastos de tener que negociar con una cifra probablemente grande de propietarios individuales y, como sucede en algunos países, de tener que emprender una complicada búsqueda de escrituras y el estudio de las sucesivas transmisiones de la propiedad para determinar la legitimidad de los propietarios actuales. Por ello, el Estado suele hacerse cargo de la responsabilidad de proporcionar el terreno necesario para la ejecución del proyecto a fin de evitar demoras o aumentos innecesarios del costo del proyecto como resultado de la adquisición del terreno. El Estado comprará el terreno necesario a sus propietarios o, en su caso, lo adquirirá mediante expropiación.

11. De haberse de recurrir a la expropiación, tal vez sea necesario adoptar algunas medidas previas para evitar demoras en las obras de construcción. En los países cuyo derecho interno prevea más de un tipo de procedimiento de expropiación, tal vez convenga disponer que toda expropiación requerida para proyectos de infraestructura con financiación privada se tramitará por el más rápido de dichos procedimientos, que en algunos países es el procedimiento especial que se sigue en supuestos de necesidad pública imperiosa (véase capítulo I, "Consideraciones legislativas de carácter general", párrs. 36 y 37).

12. El derecho a expropiar bienes de propiedad privada corresponde generalmente al Estado, pero la legislación de algunos países autoriza también a los servicios públicos o a las empresas gestoras de servicios públicos (p. ej. compañías de ferrocarriles, de electricidad o telefónicas) a entablar ciertas actuaciones para la expropiación de bienes privados que sean necesarios para prestar sus servicios al público o para ampliarlos. En aquellos países en los que se determina judicialmente la indemnización pagadera a los propietarios de bienes expropiados, se ha visto la conveniencia de delegar en el concesionario la autoridad para llevar a cabo determinadas medidas relativas a la expropiación, si bien sigue incumbiendo al Estado el adoptar toda medida que, conforme a la normativa aplicable, constituya un requisito previo al inicio del procedimiento de expropiación. Al llevarse a cabo la expropiación, la propiedad del terreno pasa generalmente al Estado, aunque en algunos casos la legislación puede autorizar al Estado para convenir con la compañía del proyecto alguna otra solución, a la luz de su contribución respectiva al pago del costo de la expropiación.

2. Servidumbres

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

14. Las servidumbres exigen generalmente el consentimiento del propietario del bien al que pertenecen, a menos que se trate de derechos que establece la ley. Excepto en los casos en que las servidumbres necesarias afecten únicamente a un pequeño número de propiedades adyacentes, no suele ser una solución expeditiva ni rentable dejar que la compañía del proyecto negocie directamente las servidumbres con los propietarios de los bienes en cuestión. En lugar de ello, es más frecuente que esas servidumbres las obtenga el Estado, por vía de expropiación al tiempo que se procede a la expropiación del emplazamiento del proyecto.

15. Otra vía distinta sería que la propia ley determine los tipos de servidumbres que se concederán a la compañía del proyecto, sin que ello requiera necesariamente la expropiación de los bienes sobre los que recaen dichas servidumbres. Este sistema puede dar resultado con una normativa de tipo sectorial, cuando el Estado considere posible determinar de antemano ciertas servidumbres mínimas que pueda necesitar la compañía del proyecto. Por ejemplo, en una norma especial promulgada para el sector de la energía eléctrica cabe mencionar las condiciones en las que el concesionario tendrá derecho a instalar el cableado que necesite para el tendido y la explotación de una red básica y de distribución a través de propiedades ajenas. Este derecho puede ser necesario para efectuar ciertas tareas, como la instalación o el tendido de cables subterráneos y aéreos, así como para instalar estructuras de apoyo y equipo de transformación y conexión; para mantener, reparar y desmontar cualquiera de dichas instalaciones; para establecer una zona de seguridad a lo largo de todo el tendido subterráneo o aéreo; para eliminar obstáculos al tendido de los cables o que invadan la zona de seguridad.

16. Conforme a algunos ordenamientos, la compañía del proyecto puede estar obligada a pagar una indemnización al propietario, al igual que en el supuesto de expropiación, cuando se trate de una servidumbre que cause notable trastorno al propietario en el disfrute de su propiedad.

3. Exclusividad

17. Una de las cuestiones principales que se tratan en el acuerdo del proyecto es la de si el derecho a explotar la infraestructura o a prestar el servicio es exclusivo o si se permitirá el funcionamiento de infraestructuras competidoras. La exclusividad puede referirse al derecho a prestar un servicio en una región geográfica concreta (por

ejemplo, una empresa de distribución de agua local) o en todo el territorio nacional (por ejemplo, una empresa nacional de ferrocarriles); puede referirse al suministro de un tipo concreto de bienes o servicios a determinado cliente(por ejemplo, una empresa generadora de energía que tenga la exclusividad del suministro regional a una red de transmisión y distribución de energía), o a un grupo limitado de usuarios (por ejemplo, una compañía telefónica nacional para llamadas de larga distancia que suministre conexiones a compañías telefónicas locales).

18. En aquellos países que deseen promulgar una legislación general habilitadora para proyectos de infraestructura con financiación privada, una solución flexible a la cuestión de la exclusividad sería la de facultar por ley a las entidades competentes, de la administración pública para adjudicar concesiones exclusivas siempre que existan razones de interés público que lo justifiquen, como en los casos en los que se otorgue la exclusividad por razones de viabilidad técnica o económica. Puede exigirse que la autoridad adjudicadora exponga en cada caso los motivos que la llevan a adjudicar una concesión exclusiva. Esta legislación general puede complementarse con normas sectoriales que regulen la cuestión de la exclusividad de manera adecuada para cada sector determinado (véase el capítulo II, "Estructura y reglamentación del sector", ___).

19. Otra cuestión que puede plantearse en algunos proyectos es la de si puede darse a la compañía del proyecto la seguridad de que no se permitirá la instalación de ninguna empresa de infraestructura competidora. En algunos ordenamientos existen disposiciones por las que los poderes públicos se comprometen a no facilitar ni apoyar la ejecución de proyectos paralelos que puedan crear competidores a la compañía concesionaria de un proyecto. En algunos casos, el Estado se compromete por ley a no modificar las condiciones de dicha exclusividad en detrimento de la compañía del proyecto sin su consentimiento. En otros países, dicho compromiso está implícito en la normativa general aplicable a las concesiones o en los principios generales del derecho administrativo, en particular cuando la actividad en cuestión sea, o haya sido, un monopolio estatal.

20. La finalidad de este tipo de disposiciones puede ser reforzar la confianza de los accionistas y prestamistas de la compañía del proyecto en que no se llevará a cabo ningún proyecto competidor paralelo, o que se respetarán los supuestos básicos conforme a los que se adjudicó el proyecto. No obstante, estas disposiciones pueden limitar la capacidad del Estado para responder, según requiera el interés público, a todo cambio eventual de las circunstancias. Puede suceder que, el nivel de tarifas, necesario para que la explotación de una autopista de peaje sea rentable, exceda de la capacidad de pago de los grupos de población de rentas bajas. En ese supuesto le interesará al Estado mantener abierta al público una carretera que no sea de peaje como vía alternativa a una nueva autopista de peaje. Este tipo de acuerdos son habituales en los proyectos de transporte por carretera.

21. Por tanto, puede ser preferible que la legislación autorice al Estado y a la compañía del proyecto a negociar una solución adecuada en el acuerdo del proyecto, en lugar de reglamentar la cuestión de igual modo para todos los proyectos. La eventualidad de cambios ulteriores en la política del Estado para ese sector, incluida la decisión de abrir el sector a la competencia o de construir infraestructuras paralelas, podrá ser tratada por las partes en las disposiciones relativas a cambios en las circunstancias (véase capítulo VIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", ___).

4. Condición jurídica del concesionario

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

23. En la práctica comercial, un consorcio es un acuerdo contractual por el que un grupo de empresas se compromete a colaborar en la realización de un proyecto sin constituirse en entidad jurídica independiente. Los consorcios se han utilizado con frecuencia en la industria de la construcción para el desarrollo de proyectos de gran envergadura que requieren grandes sumas de capital y pericia técnica en diversos ámbitos. En general, los consorcios

se consideran como estructuras sociales meramente contractuales, sin personalidad jurídica propia. No obstante, no existe un régimen jurídico uniforme aplicable a los consorcios, sino que pueden corresponder a categorías contractuales diversas en cada ordenamiento nacional, y su condición jurídica, así como los derechos y obligaciones de sus miembros varían de un ordenamiento a otro.

24. El formar un consorcio del proyecto ofrece ciertas ventajas, como una mayor flexibilidad en los tratos entre los miembros del consorcio y con sus socios empresariales que si se tratase de una compañía del proyecto independiente. Otra razón para optar por no establecer una entidad jurídica independiente en el país anfitrión puede ser también la de evitar la doble imposición, en caso de no existir un acuerdo bilateral de doble imposición entre el país anfitrión y el país o los países en los que los inversionistas extranjeros tengan su residencia a efectos fiscales. También puede haber casos en los que el Estado desee reservarse la posibilidad de contratar a consorcios para proyectos de infraestructura, dependiendo de la dimensión y la naturaleza del proyecto, o con miras a que todos los miembros del consorcio tengan la responsabilidad conjunta de todo el proyecto.

25. Para los países que deseen reservarse dicha posibilidad, la legislación puede ofrecer a la autoridad adjudicadora la posibilidad de optar entre adjudicar el proyecto a un consorcio o exigir que el consorcio del proyecto seleccionado cree una entidad jurídica independiente, dependiendo de las necesidades del proyecto. No obstante, será necesario resolver una serie de cuestiones en el acuerdo del proyecto, y puede que sea necesario negociar con todo detalle la coordinación entre los miembros del consorcio y el establecimiento de enlaces adecuados con el Estado, así como definir el alcance de las responsabilidades y obligaciones de cada uno de los miembros del consorcio en la ejecución del proyecto[1].

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

27. Además puede que el Estado quiera exigir que la compañía del proyecto se constituya con arreglo al derecho interno del país. El Estado puede entender que el ejercicio de sus funciones regulatorias y supervisoras con respecto a los servicios prestados por la compañía del proyecto puede verse obstaculizado si la compañía del proyecto está regida por la legislación de una jurisdicción extranjera. Además, dado el interés público en las actividades de la compañía del proyecto, tal vez el Estado desee que la compañía del proyecto cumpla la normativa nacional en materia de contabilidad y publicidad (por ejemplo, publicación de estados financieros; requisitos de publicidad relativos a determinados actos de la sociedad). No obstante, una exigencia de este tipo subraya la necesidad de que

---

[1] En la *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación", párrs. 9 a 16), se estudian brevemente cuestiones relativas a la contratación de obras de construcción con un grupo sin integrar de empresas. Algunas de las cuestiones que se mencionan en ese capítulo pueden también aplicarse, por analogía, a las negociaciones sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, incluidas: cómo puede superarse la dificultad de interponer una acción contra empresas de diferentes países en caso de que surja una controversia; cómo se puede formular una cláusula de solución de controversias de modo que toda controversia que se plantee entre la autoridad pública y algunos o todos los miembros del consorcio se resuelva en el mismo procedimiento arbitral o judicial; en qué forma han de estructurarse los avales dados por terceros en garantía de buena ejecución y las garantías de buena calidad que proporcionen los miembros del consorcio; qué acuerdos accesorios habrá tal vez de celebrar la administración; cuáles son las normas imperativas de la ley aplicable a un acuerdo con un grupo de contratistas.

el Estado cuente con una legislación adecuada en materia de sociedades (véase capítulo I, “Consideraciones legislativas de carácter general”, párrs. 46 a 49). La facilidad de la constitución de la compañía del proyecto, con el respeto debido de todo requisito razonable que se juzgue de interés público, puede ayudar a evitar demoras innecesarias en la ejecución del proyecto.

28. El momento adecuado para la constitución de la compañía del proyecto es una cuestión que debe estudiarse a la luz de los diferentes intereses que existen en un proyecto típico. Llevados por el interés de iniciar la fase de ejecución lo antes posible, algunos Estados pueden ser partidarios de exigir que la compañía del proyecto se constituya en la etapa más temprana posible. No obstante, debe tenerse en cuenta que normalmente no se cuenta con compromisos definitivos y firmes por parte de los prestamistas y de otros financiadores antes de la adjudicación final de la concesión, en particular cuando se prevé que sea una entidad jurídica independiente el medio para obtener financiación para el proyecto, como en una operación “de financiación con respaldo del propio proyecto” (véase “Introducción y antecedentes informativos sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 68 a 71). Por tanto, en general es aconsejable exigir que la compañía del proyecto se constituya en un período de tiempo razonablemente corto tras la adjudicación del proyecto, pero no con anterioridad a ésta.

29. Otra cuestión importante relacionada con la constitución de la compañía del proyecto se refiere a la inversión de capital social necesaria para constituir la compañía del proyecto. El Estado tiene un interés legítimo al buscar un nivel de capital social que asegure una base financiera sólida para la compañía del proyecto y garantice su capacidad de hacer frente a sus obligaciones. Dicho interés puede satisfacerse exigiendo que la compañía del proyecto se constituya con cierta cantidad de capital mínimo. En algunos países, esta cuestión se dilucida en la propia legislación, que prescribe una cantidad determinada o establece un porcentaje del costo total del proyecto como capital mínimo de la compañía del proyecto. En otros países, estas cuestiones no se consideran en la legislación y se dejan a la decisión de la entidad pública contratante, a veces tras negociar con el consorcio del proyecto seleccionado.

30. La inversión total necesaria así como la proporción ideal de deudas y capital social varían de un proyecto a otro, por lo que en general sería difícil determinar una cantidad o porcentaje fijos adecuado para todos los casos. Por tanto, tal vez no sea conveniente prescribir como requisito legal una cantidad fija de capital mínimo para todas las compañías que realicen proyectos de infraestructura en el país. Una solución más flexible podría ser la de determinar ese capital mínimo para cada proyecto teniendo en cuenta las circunstancias específicas del mismo o el tipo de infraestructura. Cuando la autoridad adjudicadora no pueda calcular de antemano el costo total previsto del proyecto, el capital mínimo exigido para la constitución de la compañía del proyecto podría indicarse en la convocatoria a licitación o en la solicitud de propuestas. Cuando no sea posible calcular por adelantado el costo del proyecto, o en caso de que el Estado prefiera negociar la cantidad total o relativa de inversión en capital social que deberá aportar el consorcio del proyecto seleccionado, tal vez la autoridad adjudicadora prefiera tener flexibilidad para determinar el capital mínimo adecuado en el curso del proceso de selección. En aquellos países en que se adjudica el proyecto mediante un acto oficial del Estado, como un decreto o anuncio de adjudicación, el capital mínimo que se exige a la compañía del proyecto podría ser indicado en dicho acto.

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

32. Algunas legislaciones contienen disposiciones relativas al ámbito de las actividades de la compañía del proyecto, exigiendo, por ejemplo, que se limiten al desarrollo y gestión de un proyecto concreto. Dichas restricciones

pueden tener como objetivo asegurar la transparencia de la contabilidad del proyecto y proteger la integridad de sus bienes, separando los bienes, beneficios y deudas de este proyecto de los de otros proyectos y otras actividades que no guarden relación, alguna con el mismo. Además, un requisito de este tipo puede facilitar la evaluación de la ejecución de cada proyecto, ya que los déficit o los superávit no pueden cubrirse, ni compensarse, con las deudas ni con los beneficios de otros proyectos o actividades. No obstante, al mismo tiempo tal vez interese al Estado reservarse la posibilidad de integrar otros proyectos bajo una gestión común, en el supuesto de que se adjudique a la misma compañía del proyecto un proyecto complementario en un proceso de selección independiente.

33. También puede interesar al Estado asegurarse de que los estatutos y reglamentos de la compañía del proyecto reflejen debidamente las obligaciones que asume la compañía en el acuerdo del proyecto, y de que no se adopte ninguna decisión que pueda obstaculizar la ejecución del proyecto. Por tanto, en la legislación puede establecerse la necesidad de la autorización previa del Estado para realizar modificaciones en los estatutos y reglamentos de la compañía del proyecto. En otros países dicho grado de control se obtiene exigiendo la participación del Estado, como accionista privilegiado, en la compañía del proyecto, disponiendo que determinadas decisiones necesitan el voto favorable del Estado en las juntas de accionistas o del Consejo. Al exigir la aprobación estatal para modificar los estatutos y reglamentos de la compañía del proyecto o para adoptar otras decisiones con respecto a la sociedad, es deseable sopesar los intereses públicos que representa el Estado y la necesidad de permitir que la compañía del proyecto goce de la flexibilidad necesaria para cumplir con su cometido. La gestión diaria del proyecto podría obstaculizarse si hasta las cuestiones de menor importancia relativas a los asuntos internos de la compañía requiriesen sistemáticamente la autorización estatal previa. Una posible solución podría ser limitar el derecho del Estado a oponerse a una enmienda propuesta a aquellos casos en que se considere que las disposiciones en cuestión son de crucial importancia (por ejemplo, cuantía del capital, clases de acciones y privilegios de éstas, procedimientos de liquidación) y podrían determinarse en el acuerdo del proyecto.

34. El Estado puede tener un interés legítimo en velar por que los miembros originales del consorcio del proyecto mantengan su compromiso con el proyecto a lo largo de la duración de éste y que no sean sustituidos por entidades desconocidas para el Estado. Por tanto, la legislación puede establecer, además de las cuestiones ya mencionadas, que el traspaso del control efectivo de la compañía del proyecto exige la autorización previa del Estado.

5. Cesión de la concesión

35. Las concesiones se adjudican a la vista de las especiales calificaciones y la fiabilidad del concesionario y en la mayoría de los ordenamientos no pueden traspasarse libremente. Por ello, con frecuencia se prohíbe en el derecho interno la cesión de la concesión sin el consentimiento del Estado, que también puede exigirse para traspasar todo derecho de control sobre la compañía del proyecto. Disposiciones legislativas generales de este tipo sirven para reforzar la confianza de la opinión pública en el control ejercido por las autoridades públicas sobre las calificaciones técnicas de las empresas gestoras de la infraestructura o de los servicios públicos.

36. Algunos países han considerado también conveniente mencionar en la legislación las condiciones en las que puede darse la aprobación para el traspaso de una concesión antes de que haya expirado su plazo, como, por ejemplo, que el nuevo concesionario acepte todas las obligaciones que le sean impuestas en el acuerdo del proyecto y demuestre poseer la capacidad técnica y financiera necesaria para prestar el servicio. Las disposiciones legislativas de carácter general de este tipo pueden complementarse con disposiciones específicas estipuladas en el propio acuerdo del proyecto que definan el ámbito de dichas restricciones, así como las condiciones en las que el Estado puede dar su consentimiento.

37. A diferencia de una cesión total, una subconcesión conlleva el traspaso, a otra entidad, de la responsabilidad de llevar a cabo una actividad concreta que corresponde a la concesión. En los casos en lo que se da a la compañía del proyecto derecho a prestar servicios accesorios, o en los que la concesión conlleva actividades múltiples que pueden desempeñarse de forma independiente, tal vez la compañía del proyecto desee contratar a otra entidad para que lleve a cabo dichas actividades mediante una subconcesión. Cuando la concesión misma no sea transferible, puede haber obstáculos para realizar una subconcesión no autorizada en la ley. No obstante, en circunstancias

normales, el Estado no tendrá razones imperiosas para excluir absolutamente la posibilidad de las subconcesiones, siempre que quede satisfecho de la fiabilidad y las calificaciones del subconcesionario. Por ello, tal vez sea conveniente que se aclare en la legislación que el concesionario está autorizado a adjudicar subconcesiones, con autorización previa del Estado.

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

6. Garantías reales

39. Entre los documentos de financiación de los proyectos de infraestructura con financiación privada figuran, generalmente, muchos títulos de garantía. Incluso los supuestos en que el posible valor de mercado de la infraestructura pudiera ser inferior al costo de la inversión, las garantías reales pueden cubrir al menos parte de las cantidades que la compañía del proyecto haya tomado en préstamo. Las garantías sobre títulos negociables, créditos y derechos intangibles pueden ser también factores importantes para reducir la exposición de los prestamistas a los riesgos del proyecto, mejorando así las condiciones de los préstamos. Por ello, interesará generalmente a la compañía del proyecto poder dar en garantía a los prestamistas todo o parte de los activos, bienes y derechos resultantes de la concesión.

a) Garantías sobre bienes físicos

40. Cabe prever obstáculos legales para constituir garantías reales sobre los bienes físicos que forman parte de la infraestructura cuando dichos bienes sigan siendo propiedad del Estado durante toda la vida del proyecto. Si la compañía del proyecto carece de la titularidad sobre dichos bienes, en muchos ordenamientos, no estará facultada (o lo estará limitadamente) para constituir gravámenes sobre ellos.

41. No obstante, en algunos países es posible constituir alguna forma de garantía, en particular en los casos en que se concede a la compañía del proyecto una enfiteusis (*leasehold interest*) o algún derecho de uso sobre los bienes en cuestión. Dicha garantía no se constituye sobre los bienes en sí, sino sobre los derechos e intereses concedidos al respecto a la compañía del proyecto conforme al acuerdo del proyecto. Además, también pueden constituirse garantías reales cuando la concesión incluye diferentes tipos de bienes estatales, como sucedería si se concede la propiedad de terrenos adyacentes (y no únicamente el derecho a utilizarlos) a una compañía de ferrocarriles además del derecho a utilizar la infraestructura pública.

42. Es aconsejable que la ley aclare de manera explícita la medida en la que la compañía del proyecto podrá constituir garantías reales sobre los bienes físicos que formen parte de la infraestructura, por ejemplo señalando los tipos de bienes que pueden ser objeto de garantías reales o el tipo de garantías que se permite. No obstante interesará al Estado que las garantías reales que constituya la compañía del proyecto no perjudiquen al proyecto. Por ello, la ley podrá exigir autorización estatal, que deberá normalmente constar en el acuerdo del proyecto, para que la compañía del proyecto constituya dichas garantías reales.

b) Garantías sobre bienes inmateriales

43. En la mayoría de los casos el derecho a explotar la infraestructura no puede transmitirse sin el consentimiento del Estado, circunstancia que generalmente impide la constitución de garantías reales sobre la concesión o licencia.

No obstante, incluso si la concesión misma no puede darse en garantía, la legislación de algunos países autoriza a la compañía del proyecto a que constituya garantías reales sobre los derechos dimanantes de la concesión o licencia o sobre los beneficios resultantes. Entre esos beneficios se encuentran, generalmente, los aranceles o tarifa oficial que cabe cobrar al público por la utilización de la infraestructura o el precio que habrán de pagar los clientes por los bienes o servicios prestados por el concesionario. También pueden incluir las ventas reportadas por concesiones accesorias. Las garantías de este tipo son elementos característicos de los acuerdos de financiación negociados con los prestamistas.

44. Las garantías reales en forma de cesiones o pignoraciones de los beneficios de la concesión no afectan a la propiedad estatal de los bienes físicos de la concesión y generalmente no producen las mismas inquietudes de política general o sectorial que las hipotecas u otros gravámenes similares. No obstante, puesto que la ejecución de algunas de dichas garantías puede llevar a situaciones en las que los acreedores sustituyan al concesionario en el ejercicio de ciertos derechos dimanantes del acuerdo de concesión, es evidente que dichas garantías reales pueden afectar a los intereses del Estado, del público en general o de los clientes y contratistas de la compañía del proyecto. Por ello, puede ser conveniente que la ley disponga que, a fin de financiar la construcción o explotación de la instalación, la compañía del proyecto podrá, con el consentimiento del Estado, constituir todo tipo de garantías sobre los derechos dimanantes del acuerdo del proyecto, siempre que la ejecución de dichas garantías no afecte a las obligaciones que, conforme al acuerdo del proyecto, incumben a la compañía del proyecto en relación con el proyecto o con su gestión.

c) Garantías constituidas sobre las acciones de la compañía del proyecto

45. La constitución de garantías reales sobre las acciones de la compañía del proyecto plantea, en principio, problemas semejantes a los planteados por la cesión de una concesión. Cuando no pueda llevarse a cabo la cesión ni la transmisión de la concesión sin el consentimiento del Estado, la legislación prohíbe a veces la constitución de retenciones u otra forma de garantía sobre las acciones de la compañía del proyecto. No obstante, cabe señalar que la garantía sobre las acciones de la compañía del proyecto es un tipo de garantía normalmente exigido por los prestamistas en las operaciones de financiación del proyecto y que la prohibición general de la constitución de dicha garantía puede limitar de manera innecesaria la capacidad de la compañía del proyecto de obtener financiación para el proyecto. Por ello, al igual que ocurre con otras formas de garantía, puede ser útil que la legislación autorice a la compañía del proyecto a constituir dicha garantía con la aprobación previa del Estado.

7. Duración

46. La duración aconsejable de un acuerdo del proyecto puede depender de una serie de factores, como la vida operacional de la instalación o el tiempo necesario para que la compañía del proyecto salde sus deudas y amortice la inversión inicial. Por ello, tal vez no sea viable que la ley establezca un período de duración que sea adecuado para todos los tipos de proyectos. No obstante, algunos países han considerado conveniente limitar por ley la duración de las concesiones de infraestructuras a un número máximo de años. En algunos de ellos impera un régimen mixto que requiere que el acuerdo del proyecto prevea la extinción de la concesión una vez que las deudas de la compañía del proyecto hayan sido totalmente saldadas y que se haya obtenido cierto nivel de ingresos, producción o utilización, al tiempo que se fija un límite máximo de determinado número de años. Si se juzga oportuno limitar por ley la duración de las concesiones a un número máximo de años, el límite estatuido debe dar margen para conceder un plazo suficientemente largo para que la compañía del proyecto pueda saldar totalmente sus deudas y obtener unos beneficios razonables.

47. En el derecho interno se emplean diversos métodos para calcular la duración del plazo de la concesión. En algunos países se incluye de manera expresa en ese plazo la fase de la construcción, así como las prórrogas concedidas por razones de fuerza mayor. Sin embargo, en otros países se dispone expresamente que el tiempo necesario para la ejecución del proyecto no será tenido en cuenta al calcular la duración del plazo de la concesión, mientras que otros obtienen el mismo resultado disponiendo que ese plazo empezará a contar una vez finalizada la construcción. La razón de incluir el período de la construcción en el plazo total de la concesión es incentivar a la compañía del proyecto para que termine las obras de construcción antes de lo previsto, con miras a beneficiarse de

la explotación de la instalación durante un período más largo. Este elemento incentivador no existe cuando la normativa aplicable excluye la fase de construcción del plazo total de la concesión.

C. Condiciones concretas

48. Junto a las condiciones básicas del acuerdo del proyecto que se han examinado en la sección anterior, el acuerdo del proyecto se ocupa generalmente de una amplia gama de otras cuestiones que se examinan en los capítulos siguientes de la Guía, como el grado de respaldo público al proyecto (véase capítulo V *infra* "Respaldo público"); el plazo para la realización de las obras (véase el capítulo VI, "Etapa de la construcción"); las condiciones para la explotación de la infraestructura, el nivel y la calidad de los servicios, la estructura de la tarifa de precios y las reglas de reajuste del precio (véase capítulo VII, "Fase operacional"); las disposiciones y soluciones en caso de defectos o incumplimiento del acuerdo del proyecto, las disposiciones relativas a los cambios de las circunstancias y los sucesos imprevisibles, las garantías de ejecución y la obligación de contratar un seguro de la compañía del proyecto (véase capítulo VIII "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento"); el traspaso de la infraestructura al término del plazo de la concesión, la posibilidad de prórroga y las causas de extinción anticipada del acuerdo del proyecto (véase capítulo IX, "Duración, prórroga y extinción anticipada del acuerdo del proyecto"); y las disposiciones sobre la ley aplicable y los mecanismos de solución de controversias (véase el capítulo X, "Ley aplicable" y el capítulo XI, "Solución de controversias").

* * *