



Distr.: GENERAL  
4 de febrero de 2000

ESPAÑOL  
Original: INGLÉS

---

**Comisión de las Naciones Unidas para el  
Derecho Mercantil Internacional**  
32° período de sesiones

**Acta resumida de la 656ª sesión**

Celebrada en el Centro Internacional de Viena, Viena, el viernes 21 de mayo de 1999, a las 14.00 horas

*Presidente:* Sr. Renger ..... (Alemania)

**Sumario**

Proyectos de infraestructura con financiación privada (*continuación*)

---

La presente acta está sujeta a correcciones. Las correcciones deberán redactarse en uno de los idiomas de trabajo. Dichas correcciones deberán presentarse en forma de memorando y, además, incorporarse en un ejemplar del acta. Las correcciones deberán enviarse, *dentro del plazo de una semana a contar desde la fecha de distribución del presente documento*, al Jefe del Servicio de Traducción y Edición, despacho D0710, Centro Internacional de Viena. Las correcciones que se hagan a las actas del presente período de sesiones se integrarán en un solo documento de corrección.

*Se declara abierta la sesión a las 14.05 horas*

**Proyectos de infraestructura con financiación privada**  
(continuación) (A/CN.9/458 y Add. 1 a 9)

*Capítulo V. Desarrollo y explotación de infraestructura*  
(continuación) (A/CN.9/458/Add.6)

1. **El Presidente** sugiere que, para que haya un debate estructurado, las recomendaciones correspondientes al epígrafe “Explotación de infraestructuras” y las notas que las acompañan en los párrafos 18 a 46 se subdividan como sigue: recomendación legislativa 3, con las correspondientes notas de los párrafos 18 a 30; recomendación 4, con las correspondientes notas de los párrafos 31 a 39; recomendación 5, con las correspondientes notas de los párrafos 40 a 43; y recomendación 6, con las correspondientes notas de los párrafos 44 a 46.

*Recomendación legislativa 3 y párrs. 18 a 30*

2. **El Sr. Wallace** (Estados Unidos de América) dice, a título de observación general, que gran parte del contenido de las notas correspondientes a la recomendación 3 trata de cuestiones reglamentarias que por lo general no se incluirán en el acuerdo de proyecto.

3. Sugiere que el principio de la tercera frase del párrafo 18 se redacte de nuevo para que haga referencia no solamente a los países que poseen disposiciones legislativas generales sobre concesiones, sino también a los que proyectan legislar sobre el particular. La última frase del párrafo 22 debe volver a redactarse para implicar que no sería sólo aconsejable sino esencial exigir que el acuerdo determine las circunstancias en que se podrá exigir al concesionario que realice ampliaciones de sus instalaciones de servicio y los métodos apropiados para financiar el costo de cualquiera de esas ampliaciones. Está de acuerdo con el asesoramiento que se da en el párrafo 24 de que se aclare en el proyecto de acuerdo cuáles son las circunstancias extraordinarias que justificarían la suspensión o que liberarían al concesionario de sus obligaciones en virtud del acuerdo de proyecto, pero le gustaría saber si ese asesoramiento se puede aceptar en todos los ordenamientos jurídicos.

4. **El Sr. Wiwen-Nilsson** (Observador de Suecia) dice que en el último renglón del párrafo 22 no se trata de

“financiar” el costo en cuestión sino de cubrir dicho gasto o de hacerse cargo de él. Hay que modificar la redacción.

5. La penúltima frase del párrafo 24, que dice que la rescisión requiere normalmente el consentimiento de la autoridad contratante o una decisión judicial, puede interpretarse equivocadamente en el sentido de que expresa asesoramiento, y por lo tanto habría que suprimirla o redactarla de nuevo.

6. **El Sr. Lalliot** (Francia) dice que la recomendación 3 es particularmente importante. Está inherentemente vinculada al carácter esencialmente de servicio público de esos proyectos, que involucran conceptos básicos como la continuidad del servicio y la igualdad de acceso.

7. La última frase del párrafo 19 plantea un problema de conflicto entre disposiciones legales y disposiciones contractuales. En virtud de la legislación francesa, una disposición contractual no puede en modo alguno derogar una disposición reglamentaria o legislativa, que es de una categoría intrínseca superior, a no ser que la disposición legislativa estipule específicamente otra cosa.

8. El párrafo 22 debe comenzar con la frase “En algunos ordenamientos jurídicos”, ya que el contenido del párrafo no es de aplicación general.

9. En cuanto al párrafo 24, con arreglo al sistema francés y a otros ordenamientos jurídicos las obligaciones del concesionario de velar por la continuidad del servicio público se derivan de principios generales de la ley o de disposiciones reglamentarias que no pueden quedar derogadas por disposiciones contractuales. El derecho unilateral de la autoridad pública contratante a terminar o suspender un contrato es un caso oportuno; dicho derecho se ejerce bajo la supervisión de un juez sobre la base de una indemnización apropiada por cualquier perjuicio sufrido por el concesionario. No es posible prever en el acuerdo de proyecto las circunstancias extraordinarias que justificarían la suspensión del servicio o que liberarían de sus obligaciones al concesionario. Solamente un juez puede liberar de dichas obligaciones a un concesionario.

10. **El Sr. Mazini** (Observador de Marruecos) se inquieta de que las notas no reflejen adecuadamente el principio de la universalidad del servicio, que es un principio más amplio que la igualdad de servicio porque significa que un explotador de servicios públicos, por

ejemplo, puede tener que desempeñar su cometido en regiones desfavorecidas del país en las que dicho cometido quizá no sea provechoso.

11. Por lo que se refiere a la interconexión y acceso a las redes de infraestructura, cuestiones de las que se trata en los párrafos 27 y 28, dice que las condiciones en que los explotadores de redes tienen que facilitar el acceso no deben ser solamente justas y no discriminatorias, como se indica en el párrafo 28, sino también objetivas, como se dispone, por ejemplo, en las directrices pertinentes de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

12. El **Sr. Lalliot** (Francia) dice, con referencia a las inquietudes expresadas por el observador de Marruecos, que el principio de la universalidad se trata en algunos sistemas legales en el marco de los principios generales de igualdad de acceso y de no discriminación; el principio de igualdad obliga al concesionario, sobre la base de una remuneración equitativa, a proporcionar acceso universal en cualquier parte del territorio de la que se ocupe. En años recientes, la jurisprudencia europea ha reconocido asimismo la validez de los principios de igualdad, continuidad, no discriminación y universalidad. En la legislación francesa esos principios añaden el de la adaptabilidad, que obliga al operador a incorporar modificaciones tecnológicas durante la explotación de la concesión.

13. El **Sr. Estrella Faria** (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional) conviene en que es necesario tener en cuenta los diferentes ordenamientos jurídicos y las tradiciones administrativas. Las diferencias de terminología quizá no se reflejen siempre en la guía legislativa. Cuando la guía habla de igualdad de trato a los clientes y consumidores, en realidad eso se refiere al principio de la universalidad de los servicios públicos, reconocido en algunos sistemas.

14. En respuesta a la observación acerca del párrafo 24 hecha por el representante de Francia, de que en algunos ordenamientos jurídicos no es posible estipular en el contrato condiciones en las que el servicio se puede suspender, dice que se puede atender esa preocupación añadiendo una disposición como “en los ordenamientos jurídicos en que sea posible” al texto de la última frase de dicho párrafo.

15. El **Sr. Mazini** (Observador de Marruecos) dice que el principio de la universalidad es un principio general que prevalece sobre el principio de igualdad.

16. El **Sr. Wallace** (Estados Unidos de América) conviene en que universalidad de servicio no es lo mismo que igualdad de servicios. La tercera frase del párrafo 22 refleja el significado del principio de universalidad cuando estipula que en algunos ordenamientos jurídicos el concesionario puede quedar obligado a ampliar sus instalaciones de servicio aunque dicha ampliación no resulte inmediatamente provechosa o aunque el territorio del concesionario pueda incluir zonas que no reportan beneficios.

17. El **Sr. Choukri Sbaï** (Observador de Marruecos) dice, con referencia al párrafo 24, que una explotación puede dejar de ser lucrativa por razones que sólo se pueden atribuir a la escasa calidad del servicio o a errores cometidos por el concesionario, y que por lo tanto la compensación en casos de pérdida debe depender de una decisión judicial.

18. El **Sr. Lalliot** (Francia) dice que las preocupaciones expresadas por el observador de Marruecos acerca del principio de la universalidad se pueden atender añadiendo las palabras “, de conformidad con el principio de la universalidad de los servicios públicos” a la segunda frase del párrafo 22.

19. El **Sr. Zanker** (Australia) dice que el problema, que hay que reconocer, es que una compañía que no puede sacar beneficios no podrá prestar servicios, sean cuales fueren los arreglos que se convengan.

20. El **Sr. Mazini** (Observador de Marruecos) dice que la sugerencia del representante de Francia sería útil, pero que, mientras la tercera frase del párrafo 22 habla de la obligación de ampliar instalaciones de servicio aunque la ampliación no sea inmediatamente rentable, la cuarta frase resta fuerza a dicha declaración. Sería mejor decir sencillamente que, si la ampliación entraña gastos no razonables, las autoridades podrán buscar la forma de subsanar la pérdida recurriendo, por ejemplo, a subsidios arancelarios.

21. El **Sr. Estrella Faria** (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional) indica que el párrafo 37 del proyecto de capítulo II, titulado “Riesgos del proyecto y

respaldo público” (A/CN.9/458/Add.3), se ocupa de esa situación. En el párrafo 22 del capítulo V se podría incluir una declaración similar a la que figura en el párrafo 37, o bien el párrafo podría contener una referencia cruzada al capítulo II.

22. **El Presidente** dice que, en aras de la brevedad, sería preferible una referencia cruzada.

*Recomendación legislativa 4 y párrs. 31 a 39*

23. **El Sr. Wallace** (Estados Unidos de América) dice que la primera frase del párrafo 31 es una frase en espiral y convendría redactarla de nuevo. En el párrafo 33 hay que detallar más la referencia a los exámenes periódicos de las tarifas. El párrafo 34 también requiere aclaración: el método de la rentabilidad dará seguramente buen resultado con los proyectos sobre centrales generadoras, pero quizá no lo dé en el caso de las carreteras, por ejemplo.

24. Por lo que se refiere a la primera frase del párrafo 38, no se indica claramente que el legislador tendría que prever las reacciones de los inversionistas respecto del uso de uno u otro de los diversos métodos de ajuste de tarifas.

25. **El Sr. Wiwen-Nilsson** (Observador de Suecia) dice que no le parece clara la recomendación 4. Si los precios dependen de un control exterior, lógicamente no sería el acuerdo de proyecto el que estableciera los mecanismos para los ajustes de precios.

26. **El Sr. Zanker** (Australia) coincide con los comentarios del observador de Suecia y del representante de los Estados Unidos de América, y dice que el debate sobre las notas correspondientes a la recomendación 4 es bastante abstracto. Hay que estipular que, al seleccionar el método que va a seguirse, la autoridad contratante o reguladora debe tener en cuenta la naturaleza de la infraestructura de que se trate. Otra cuestión de la que no parece haberse tratado es el componente que debe tenerse en cuenta respecto del mantenimiento y las nuevas inversiones a fin de conseguir que la instalación siga estando en condiciones de prestar los servicios de que se trate, así como el margen de beneficio.

27. **El Sr. Estrella Faria** (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional) dice que las cuestiones de reglamentación son complejas y que los países anfitriones tienen muchas opciones normativas. La ejecución de la

recomendación 4, cuya redacción quizá sea deficiente, dependerá del tipo de estructura reglamentaria que exista en el país de que se trate. Algunos países poseen mecanismos legales de control de la rentabilidad, y la revisión sólo se puede controlar mediante un procedimiento legal o de visión análogo; en otros la legislación dispone sencillamente que algún órgano ministerial examine si la rentabilidad es razonable, y el ajuste de la rentabilidad se regula en el acuerdo de proyecto.

28. Conviene con el representante de los Estados Unidos en que convendría añadir un texto adecuado al párrafo 33 en aras de la claridad. Las explicaciones de las notas están realmente bastante resumidas.

29. **El Sr. Zanker** (Australia) estima que el texto se puede preparar a la luz de las observaciones formuladas.

30. **El Sr. Wiwen-Nilsson** (Observador de Suecia) dice que es evidente que en diferentes países habrá situaciones distintas, pero es preciso modificar el texto de la recomendación 4 para que no sea contradictorio.

31. **El Presidente** dice que la Secretaría efectuará los cambios de redacción que sean necesarios.

*Recomendación legislativa 5 y párrs. 40 a 43*

32. **El Sr. Wallace** (Estados Unidos de América) dice, con referencia al apartado b) de la recomendación 5, que la vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario la puede llevar a cabo el órgano regulador en vez de la autoridad contratante, según el ordenamiento jurídico del país de que se trate.

33. **El Sr. Lalliot** (Francia) propone un cambio lingüístico en la versión francesa.

*Recomendación legislativa 6 y párrafos 44 a 46*

34. **El Sr. Lee Yong-shik** (Observador de la República de Corea) dice que el significado de la recomendación quedará más claro si la frase “con sujeción a la aprobación de la autoridad contratante” se traslada al final del texto.

35. **El Sr. Zanker** (Australia) dice que una cuestión que vale la pena mencionar es que las normas que rigen la utilización de la instalación quizá necesiten inspección para

cerciorarse de que se ajustan a la política del Gobierno. En el caso de una instalación ferroviaria, por ejemplo, puede que haya normas contrarias a una política de acceso cuando la explotación de la instalación corre por cuenta de varios explotadores.

36. El **Sr. Phua Wee Chuan** (Singapur) dice que, según el sistema que prevalece en Singapur, la facultad de promulgar normas incumbe a la legislatura. La tercera frase del párrafo 45, que dice que el concesionario puede quedar autorizado a dar normas que rijan la utilización de las instalaciones por el público, debe redactarse de nuevo para dejar bien sentado que esas normas no tendrán carácter legal.

37. El **Sr. Wallace** (Estados Unidos de América) conviene en que hay que conseguir un delicado equilibrio entre la autoridad constitucional o legislativa y la autoridad delegada, pero la noción de lo que es “intrínsecamente públicas”, en la última frase del párrafo 44, es una noción que cambia constantemente. En la última frase del párrafo 45 la palabra “discrecional” le parece poco satisfactoria; probablemente lo que se quería decir es que se trata de un derecho que no debe ejercerse arbitrariamente. En la penúltima frase del párrafo 46 no se ve con claridad si lo que se quería decir es que en cada caso habrá que decidir si se requiere una autorización legislativa, o si hará falta una ley general para conseguir esa autorización.

38. El **Sr. Mazini** (Observador de Marruecos) dice, con referencia al párrafo 45, que en cuestión de facultades reguladoras debe establecerse una distinción entre la facultad de promulgar normas generales que rijan la explotación, que es de la incumbencia del Estado o de una autoridad reguladora administrativa designada por el legislador, y las condiciones o normas técnicas especiales que rijan la utilización de la instalación por el público, que el explotador puede promulgar libremente a no ser que la ley estipule lo contrario. La tercera frase del párrafo 45 debe revisarse para dejar bien sentado que el concesionario no puede desviarse de las normas generales que rigen un servicio público. Coincide en que la palabra “discrecional” en la última frase es inapropiada. El requisito previo debe ser que las condiciones sean justas, no discriminatorias y objetivas.

39. El **Sr. Lalliot** (Francia) hace suyas las observaciones formuladas por el observador de Marruecos. Hay una diferencia entre las cuestiones técnicas relativas a

la explotación, que están abarcadas en las especificaciones del contrato, y las facultades de reglamentación derivadas de fuentes legislativas o supralegislativas, respecto de las cuales no cabe derogación alguna. Debe redactarse de nuevo el párrafo 45 teniendo lo antedicho en cuenta.

40. En cuanto a la cuarta frase del párrafo 46, la referencia al “respaldo legislativo” no está redactada de forma satisfactoria, al menos en la versión francesa.

41. El **Sr. Zanker** (Australia) dice que del debate se desprende que la compleja y delicada cuestión de a quién incumbe la autoridad para promulgar normas o reglamentos debe abordarse con precaución. Una posible solución consiste en dar ejemplos prácticos. Citando el ejemplo de una explotación ferroviaria, dice que, si se trata de una instalación cuyo desarrollo y propiedad corresponden enteramente al sector privado, el propietario o explotador debe estar facultado para determinar las condiciones de utilización por los demás, y lo más apropiado es que lo haga por contrato. Está de acuerdo en que las instalaciones que son “intrínsecamente públicas” pueden dejar de serlo con el tiempo.

42. El **Sr. Choukri Sbaï** (Observador de Marruecos) sugiere que en la tercera frase del párrafo 45 las palabras “se podrá autorizar al concesionario a dar normas que rijan la utilización de las instalaciones de las” queden reemplazadas por las palabras “se podrá autorizar al concesionario a regular la utilización de la instalación”.

43. El **Sr. Estrella Faria** (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional), reconociendo que la Secretaría no ha previsto todas las implicaciones teóricas y delicadas de la recomendación, dice que lo que se quería redactar era normas técnicas sencillas que rigieran la utilización de la instalación por el público en general. Con la referencia a la facultad del concesionario para promulgar normas no se quería implicar una transferencia de facultades legales o intrínsecamente gubernamentales al concesionario. Otro aspecto de la cuestión es el de la responsabilidad del encargado del servicio respecto de sus clientes y el grado en que dicha responsabilidad puede quedar limitada por normas unilaterales promulgadas por el encargado del servicio público, que incide directamente en la delicadísima cuestión de la protección de los consumidores, cuestión en la que la Secretaría ha estimado prudente no explayarse, pero reconoce que toda la sección

necesita una revisión cuidadosa que tenga en cuenta las preocupaciones expresadas.

44. El **Sr. Mazini** (Observador de Marruecos) dice que se debe especificar que el concesionario no puede promulgar normas técnicas que sean contrarias a las normas legislativas o a los principios que rigen la explotación. La experiencia de Marruecos en la esfera de las telecomunicaciones indica que puede incluso haber normas técnicas que sean perjudiciales para la continuidad, la igualdad, la accesibilidad y la universalidad de los servicios públicos.

*Fianzas de cumplimiento y seguros (recomendación legislativa 7 y párrs. 47 a 58)*

45. El **Sr. Wallace** (Estados Unidos de América) dice que debe quedar bien claro en las notas que las garantías de cumplimiento y otros tipos de fianzas de cumplimiento deben indicarse en la solicitud de propuestas. Quisiera saber si se van a recabar garantías de cumplimiento durante todo el período del contrato si la concesión es a perpetuidad. Se hace cargo de que ese tipo de concesiones es raro pero le parece que van a ser más comunes en el futuro. La diferencia entre una fianza de contratista y una fianza de cumplimiento, que se mencionan en el párrafo 48, no le parece clara en el contexto actual.

46. Estima que, si se permite que el concesionario fije la suma pagadera en virtud de la garantía o de la carta de crédito contingente en un pequeño porcentaje del costo del proyecto, como se sugiere al final del párrafo 52, en la solicitud de propuesta debe incluirse una declaración en dicho sentido. Le parece que en la octava frase del párrafo 56 se quería decir “latent defects” y no “late defects”. En la última frase de ese párrafo se podría decir “dispensar el” en vez de “renunciar al”.

47. El **Sr. Lalliot** (Francia) dice que todavía no hay disposiciones legislativas sobre fianzas de cumplimiento en Francia, pero que la cuestión está en el programa de los próximos debates sobre la reforma del código de contratación pública. En cuanto a la penúltima frase del párrafo 49, pregunta si los procedimientos arbitrales son el único contexto en que hay que demostrar la responsabilidad del contratista.

48. El **Sr. Zanker** (Australia) coincide en que en el párrafo 56 debe decirse “latent” en vez de “late” en el texto inglés.

49. El **Sr. Estrella Faria** (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional) confirma que la palabra correcta es “latent”.

50. La penúltima frase del párrafo 49 se revisará para hablar de procedimientos de solución de controversias en vez de referirse concretamente a procedimientos arbitrales.

51. En respuesta a las preguntas que ha hecho el representante de los Estados Unidos, dice que una fianza de cumplimiento es una forma de garantía por la que el garante se compromete a acabar las obras si el contratista original no lo hace, en vez de pagar sencillamente una suma de dinero como sucedería con otros tipos de garantía. En cuanto a las garantías a perpetuidad, tiene entendido que la industria de seguros tiene ya dificultades para contratar fianzas de cumplimiento para el extenso período de tiempo típico de ese tipo de proyectos y que, por lo tanto, será aún más difícil proporcionar fianzas a perpetuidad.

52. El **Sr. Kaerle** (Observador de la Pan American Surety Association) confirma las explicaciones que ha dado el representante de la Secretaría. La industria de seguros, y en particular la de reaseguros, tienen grandes dificultades para aceptar condiciones que aseguren a un concesionario o a un consorcio durante un período de veinte o treinta años. En el párrafo 59 se sugieren algunas soluciones, pero el problema no se ha resuelto todavía.

53. El **Sr. Wallace** (Estados Unidos de América) dice que su pregunta se refería a las fianzas de contratista, que es algo distinto de las fianzas de cumplimiento.

54. El **Sr. Estrella Faria** (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional) dice que las fianzas de cumplimiento corresponden a la categoría de garantías no monetarias de cumplimiento. Estima que una fianza de contratista es una forma de garantía accesorio; las garantías accesorias difieren de las garantías recabadas, incluidas las cartas de crédito contingente, en que estas últimas se abonan sobre la base de la declaración del titular de que ha habido incumplimiento de contrato, cosa que normalmente hay que demostrar cuando se trata de garantías accesorias.

55. El Sr. **Kaerle** (Pan-American Surety Association) indica que, según la primera frase del párrafo 54, las condiciones de una fianza accesoria exigen normalmente que el beneficiario demuestre el incumplimiento del contratista y la cuantía de la pérdida sufrida por el beneficiario. Sugeriría que se hiciera referencia a las normas de la Cámara de Comercio Internacional que permiten que el beneficiario reclame una garantía accesoria una vez que una tercera parte independiente, que ha de ser designada por todas las partes involucradas, haya expedido un certificado de incumplimiento o fallo del concesionario y haya determinado la cuantía de la pérdida sufrida por el beneficiario.

56. El **Presidente** dice que esas observaciones se tendrán en cuenta, aunque esas cuestiones se volverán a examinar en una fase ulterior.

*Cambio de las condiciones (recomendación legislativa 8 y párrs. 59 a 68)*

57. El Sr. **Wallace** (Estados Unidos de América) dice que, a pesar de la referencia cruzada a los párrafos 33 a 37 tras la mención de una cláusula de indexación en el párrafo 59, la palabra “index” sólo aparece una vez en la versión inglesa de esos párrafos. Tampoco ha podido encontrar una referencia anterior a los acuerdos de suministro de combustible.

58. Por lo que se refiere a la segunda frase del párrafo 65, no corresponde al concesionario la negociación de mecanismos que ofrezcan cierta protección contra las repercusiones perjudiciales de acontecimientos extraordinarios y previstos; esos mecanismos deben figurar en la solicitud de propuestas. En la misma frase las palabras “de haberse tenido en cuenta” deben sustituirse por “de haberse tenido en cuenta dichos acontecimientos”. Le parece que esos mecanismos serían en muchos casos una disposición de ajuste de tarifa como ya se ha examinado.

59. La última frase del párrafo 68 debe redactarse de nuevo para establecer una diferencia más clara entre dos cosas diferentes: en primer lugar, la conveniencia de que haya un límite para la cantidad acumulada de revisiones periódicas del acuerdo de proyecto, y, en segundo lugar, la suma apropiada.

*Disposiciones sobre exoneración (recomendación legislativa 9 y párrs. 69 a 79)*

60. El Sr. **Wallace** (Estados Unidos de América) dice que la redacción del párrafo 71 es confusa pues la penúltima frase apunta a una cuestión diferente que no tiene nada que ver con la dificultad de enumerar todos los posibles casos de *force majeure*. En la versión inglesa deben insertarse las palabras “the concessionaire” antes de la palabra “cannot” en la cláusula final del párrafo 72. Quisiera saber lo que significa el “procedimiento especial” que se menciona en la última frase del párrafo 73.

61. El Sr. **Estrella Faria** (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional) dice que la redacción de la parte final del párrafo 73 se puede aclarar. La idea era que, o se podía estipular que las circunstancias exonerantes producirían efectos legales automáticos, o se podía remitir la cuestión a un órgano de solución de controversias, por ejemplo, que antes que nada tendría que determinar si la circunstancia debía ser considerada realmente como circunstancia exonerante.

62. El Sr. **Lalliot** (Francia) dice que también le ha sorprendido la utilización de la expresión “procedimiento especial” en la frase mencionada. En vista de la importancia de la cuestión, considera que hay que aclarar más el párrafo. La idea era probablemente permitir que las partes definieran lo que entendían por “circunstancias exonerantes”. No se ve con claridad lo que significa la referencia que se hace en la primera frase a “la libertad necesaria para encontrar arreglos apropiados”.

63. El Sr. **Estrella Faria** (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional) dice que la formulación se hizo deliberadamente en términos vagos para tener en cuenta el hecho de que en algunos ordenamientos jurídicos quizá haya límites para la facultad de las partes de prever circunstancias exonerantes o sus consecuencias, mientras que en otros las partes pueden tener más libertad a ese respecto. A fin de atender las preocupaciones del representante de Francia se puede añadir una referencia a posibles límites de las facultades de las partes en virtud de la legislación aplicable en el país. En cuanto a la segunda frase, en algunos ordenamientos jurídicos una circunstancia exonerante produce efectos jurídicos inmediatos, mientras que en otros, si las partes optan por un procedimiento especial, se puede considerar que los efectos se han producido en la fecha en que se adopte la decisión con

arreglo a dicho procedimiento. Conviene en que debe aclararse la frase.

64. El **Sr. Lalliot** (Francia) dice que debe establecerse una clara distinción entre la exoneración de responsabilidad y la exoneración de la obligación de cumplir. En la legislación francesa el contratista puede quedar exonerado de responsabilidad pero puede quedar obligado a seguir ejecutando el proyecto, si eso es materialmente posible, aunque ya no sea lucrativo, a reserva del derecho de recibir subsiguientemente indemnización.

*Consideraciones generales sobre incumplimiento y acciones (recomendaciones legislativas 10 y 11 y párrs. 80 a 91)*

65. El **Sr. Wallace** (Estados Unidos de América) dice, con referencia a la recomendación 11, que la expresión “incumplimiento grave” quizá sea poco clara para los lectores que no pertenecen al contexto de la CNUDMI.

66. En la cuarta frase del párrafo 81 de las notas, las palabras quizá convenga sustituir las palabras “el examen por funcionarios de categoría superior de la autoridad contratante” por las palabras “el examen por la autoridad contratante y por funcionarios de categoría superior”. En la última frase del párrafo 84 el texto debe indicar que es importante “limitar” en vez de “reservar” el derecho de la autoridad contratante a intervenir en determinados casos. La frase anterior interrumpe la ilación del párrafo y debe trasladarse a otro lugar.

67. En la segunda frase del párrafo 86 quizá convenga reemplazar la palabra “provocada” por “causada” o “requerida”. En la primera frase del párrafo 87 quizá convenga insertar las palabras “no obstante” después de las palabras “puede interesar”. En cuanto a la primera frase del párrafo 91 quizá convenga añadir a la frase un texto que tenga en cuenta la posible necesidad de prever ajustes correspondientes respecto de las obligaciones del acuerdo de proyecto.

68. El **Sr. Mazini** (Observador de Marruecos), recordando sus reservas acerca de la adjudicación de concesiones, hace observar que los párrafos 87 a 90 parecen indicar que los prestamistas tienen un derecho de preferencia. Tiene dudas acerca de la referencia que se hace en el párrafo 90 a la necesidad de que la autoridad

contratante siga los mismos procedimientos que se siguieron en la selección del concesionario original al seleccionar a un nuevo concesionario, cuando resulte preciso.

69. El **Sr. Lalliot** (Francia) dice que la segunda frase del párrafo 81 debe aclararse más ya que en algunos ordenamientos jurídicos el derecho de revisión, por ejemplo, es prerrogativa legislativa. La distinción establecida entre obligaciones esenciales y obligaciones secundarias o accesorias en la penúltima frase del párrafo 81 resulta bastante sorprendente en el contexto de las sanciones, y requiere más explicación.

70. No ve muy bien lo que quieren decir las palabras “aparentemente irremediable” en la última frase del párrafo 88 ni la expresión “derecho de intervención implícito” en la última frase del párrafo 89.

71. Como el representante de Marruecos, tiene reservas acerca de la adjudicación de concesiones. El párrafo 90 no pone debidamente de relieve las diferencias entre los diversos ordenamientos jurídicos, en algunos de los cuales se puede necesitar una autorización legislativa para una cuestión tan fundamental.

72. El **Sr. Zanker** (Australia) dice que se ha planteado una cuestión acerca de la referencia a “incumplimiento grave” en la recomendación 11. La última frase del párrafo 88, que se refiere al derecho de la autoridad contratante a intervenir en casos de deficiencia concreta, temporal y urgente del servicio, quizá aclare lo que se entiende por “incumplimiento grave”. Para ilustrar lo que sin duda alguna significa, cita el ejemplo reciente de una interrupción total del abastecimiento de gas en una zona de su país. Es necesario que la terminología utilizada sea coherente.

73. El **Sr. Estrella Faria** (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional) dice que la cuestión de los derechos de intervención, en el cual un concesionario sustituye a otro por acuerdo conjunto entre la autoridad contratante y el prestamista, refleja una práctica cada vez más común en los principales proyectos de infraestructura internacionales, aunque admite que puede ser difícil armonizar esa práctica con principios como la intransferibilidad de una concesión o la naturaleza personal de una delegación de un servicio público. Por consiguiente, la guía legislativa describe la práctica pero pone de relieve

posibles dificultades, especialmente en países cuyos sistemas se basan en el derecho romano. La primera frase del párrafo 90 menciona la cuestión, quizá en forma resumida. En algunos países de América Latina se han introducido cláusulas en la legislación reciente que autorizan explícitamente la transferencia de una concesión en el marco de esas circunstancias. La última frase del párrafo 89 menciona la posibilidad que existe en algunos países de obtener una garantía real sobre la totalidad de los derechos e intereses del concesionario. Ese sistema se describe detalladamente en el capítulo IV de la guía. En cuanto al fallo “aparentemente irremediable”, lo que significa la última frase del párrafo 88 es que la posibilidad de que el prestamista intervenga representa un caso extremo que sólo se aplicaría cuando fuera inevitable. La frase del párrafo 81 que se refiere a las obligaciones secundarias o accesorias aporta en realidad muy poco al párrafo y se puede suprimir.

74. La expresión “incumplimiento grave” se utiliza para abarcar diversos términos utilizados en las legislaciones nacionales y se ha utilizado en otros textos producidos por la Comisión. Se refiere a una situación que equivale a una interrupción aparentemente irremediable del servicio y no entraña una ruptura de contrato.

75. El Sr. **Choukri Sbaï** (Observador de Marruecos) expresa sus reservas acerca de la práctica mencionada en el párrafo 91. Debe establecerse una distinción entre el acuerdo original concertado entre la autoridad contratante y el concesionario, que está sujeto a determinar reglas como la transparencia, la objetividad y la competitividad, y el acuerdo concertado entre el prestamista y el concesionario, que también está sujeto a determinados criterios y se basa en garantías que hay que dar a los prestamistas. La designación de un nuevo concesionario por el prestamista puede ser causa de decisiones arbitrarias. La redacción del párrafo debe dejar bien sentado que la autoridad contratante puede objetar respecto de la designación de un nuevo concesionario.

76. El Sr. **Estrella Faria** (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional) indica que el párrafo 91 brinda la posibilidad de denegación por la autoridad contratante. La versión árabe no parece muy clara y convendría revisarla.

77. El Sr. **Choukri Sbaï** (Observador de Marruecos) dice que la autoridad contratante debería proponer el nuevo concesionario al prestamista, y no al revés.

78. El **Presidente** dice que redundante en interés del prestamista y de la autoridad contratante que haya continuidad en el proyecto, y que deben tenerse en cuenta los intereses de las dos partes.

79. El Sr. **Kashiwagi** (Japón) es partidario de conservar el párrafo 92 tal como está redactado, ya que refleja una práctica reciente.

80. El Sr. **Wallace** (Estados Unidos de América) sugiere que las preocupaciones del observador de Marruecos se podrían atender añadiendo un texto que dijera poco más o menos “por acuerdo mutuo” donde el párrafo habla de recurrir a un nuevo concesionario.

*Capítulo VI. Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión (A/CN.9/458/Add.7)*

81. El Sr. **Estrella Faria** (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional) presenta el capítulo y dice que es un capítulo totalmente nuevo, que no trata de la duración del acuerdo de proyecto sino de lo que sucede después de que el acuerdo llegue al final de su duración, y que abarca la prórroga del acuerdo, su rescisión y las consecuencias de la rescisión.

*Se levanta la sesión a las 16.55 horas.*