Naciones Unidas A/CN.9/533/Add.3

Asamblea General

Distr. general
30 de abril de 2003
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
36º período de sesiones
Viena, 30 de junio a 11 de julio de 2003*

Proyecto de suplemento de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada

Nota de la Secretaría

Compilación de observaciones presentadas por gobiernos y organizaciones internacionales

Índice

Página

I. Introducción . . . 2
II. Compilación de observaciones . . . 2
Organizaciones internacionales . . . 2
Unión de Abogados Europeos . . . 2

* Fechas revisadas.

V.03-83633 (S) 090503 100503

I. Introducción

En la presente nota se transcriben las observaciones relativas al proyecto de suplemento de la Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada[1] recibidas con posterioridad a las observaciones que se transcriben en los documentos A/CN.9/533 y Add.1 y 2.

II. Compilación de observaciones

Organizaciones internacionales

Unión de Abogados Europeos

[Original: inglés]

Durante el quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada se sugirió que se enmendara el entonces proyecto de disposición modelo 41 (que pasó a ser la 42) a fin de que dispusiera que el concesionario debía ser parte en el acuerdo en el que se estipulan las condiciones de la sustitución del concesionario (véase A/CN.9/521, párr. 202).

El Grupo de Trabajo no estuvo de acuerdo con esa sugerencia, por considerar que se apartaba de la política establecida en la Guía Legislativa, de la CNUDMI sobre Proyecto de Infraestructura con Financiación Privada.

Sin embargo, se ha señalado que la sugerencia de que el concesionario sea parte en el acuerdo por el que se realiza la sustitución, mediante un acuerdo tripartito entre la autoridad contratante, los prestamistas y el concesionario, o en virtud de dos acuerdos independientes -uno entre la autoridad y el concesionario y otro entre la autoridad y los prestamistas- no se aleja de la política establecida en la Guía Legislativa de la CNUDMI, que en el párrafo 148 del Capítulo IV señala que "En cierto número de acuerdos recientes de grandes proyectos de infraestructura se han incluido cláusulas que permiten a los prestamistas ... seleccionar un nuevo concesionario ... Esas cláusulas se complementan normalmente con un acuerdo directo entre la autoridad contratante y los prestamistas ...".

Al hallarse incluidas en el acuerdo de concesión o de proyecto, las cláusulas en las que se prevé la posibilidad de sustitución han sido, por lo tanto, aceptadas por el concesionario. Éste es, justamente, el aspecto esencial de la sugerencia formulada por la Unión de Abogados Europeos. Por cierto, sería engañoso sugerir a los Estados miembros y a las autoridades nacionales una disposición legal modelo, en virtud de la cual un mecanismo de sustitución puede instaurarse únicamente mediante acuerdo entre la autoridad contratante y los prestamistas si las recomendaciones y notas subyacentes no permiten llegar a esa conclusión.

Al respecto, se debe distinguir entre, por una parte, la aceptación del principio del derecho de sustitución, y por la otra, la creación de mecanismos para realizar esa sustitución. Además, contribuiría tal vez a la comprensión de la sugerencia de la Unión de Abogados Europeos que se difundiera información de antecedentes sobre uno de los grandes proyectos de infraestructura a que se alude en las notas, que, por lo que sabemos, fue el primero en el que se estableció un mecanismo de sustitución

para salvaguardar a los intereses de los prestamistas. Se trata del proyecto de construcción y explotación de una vía de enlace permanente entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Francia a través del Canal de la Mancha, que fue objeto de un acuerdo de concesión, de fecha 14 de marzo de 1986, celebrado entre los dos Estados y la Sociedad Eurotunnel y fruto de una asociación entre la empresa francesa France Manche S.A. y la británica Channel Tunnel Croup Ltd.

El principio de la sustitución

Con arreglo al artículo 32 de este acuerdo de concesión (en el que no son partes los prestamistas), al producirse acontecimientos determinados, se da a los prestamistas la opción de sustituir al concesionario inicial por otro distinto. Acto seguido, los Gobiernos disponen de dos meses para verificar que los candidatos poseen la solvencia financiera y la capacidad técnica necesarias para terminar el proyecto, y se presupone que al término de dicho período los Gobiernos otorgarán su aprobación.

Como se explicará, la adopción de este mecanismo fue totalmente fortuita, es decir, se debió a las características propias de este proyecto, que se ejecutaría entre los territorios de dos Estados independientes, y por ello estaría sujeto a dos ordenamientos jurídicos diferentes, lo que planteaba la necesidad de elaborar un conjunto de cláusulas sobre garantías -sin el cual no podía obtenerse financiación- con el que se conciliaran tanto como fuera posible las diferencias entre ambos ordenamientos.

En el ordenamiento jurídico francés -en el que existe un régimen de derecho administrativo antiguo y usual aplicable al tipo de contrato seleccionado para el proyecto del Túnel del Canal, denominado concesión de un servicio público- no es posible que el concesionario constituya garantías sobre el acuerdo de concesión (incluidos los terrenos y los accesorios fijos pertinentes), mientras que con arreglo al derecho británico todo acuerdo de concesión y los derechos de él derivados pueden ser objeto de garantía. En particular, en virtud del concepto de "*floating charge*" (gravamen de base global variable) -con arreglo al cual todos los bienes actuales y futuros pueden ser objeto de garantía y existe también la opción de nombrar un síndico-, en caso de producirse incumplimiento es posible administrar la empresa y terminar el proyecto.

Debido a la utilidad evidentemente limitada de hacer valer las garantías únicamente en la mitad de la infraestructura (la parte sujeta al derecho anglosajón), era indispensable crear un sistema en virtud del cual los beneficios del acuerdo de concesión, así como los terrenos, los accesorios fijos, los bienes muebles, los derechos de propiedad intelectual, etc., pudieran transferirse al prestamista a fin de asegurar la terminación y la continuidad del proyecto. La solución a que se llegó fue establecer este mecanismo por vía contractual.

Así pues, en el acuerdo de concesión se incorporó una disposición para que esta transferencia pudiera efectuarse en determinadas circunstancias. Por ello, el concesionario aceptó que se aplicara este mecanismo en ciertos casos pero este acuerdo debía incorporarse en la legislación, en Francia porque era contrario a la ley de quiebra en vigor y evidentemente un contrato no podía estar por encima de la ley, y en Inglaterra porque se debía facultar a la autoridad contratante para que realizara la sustitución.

Mecanismo para realizar la sustitución

La perspectiva varía una vez más, según se aplique el derecho anglosajón o el derecho francés. En Inglaterra la sustitución se realiza por acuerdo entre el Gobierno y los prestamistas, y no en virtud del acuerdo entre el concesionario y los prestamistas, así como en el ejercicio de facultades otorgadas expresamente a la autoridad contratante para tal efecto. Los prestamistas no son parte en el acuerdo de concesión y por ello no tienen derecho, con arreglo a la legislación histórica, a aplicar ninguna de las disposiciones del acuerdo, como la que les da la opción de solicitar la sustitución. El derecho de los prestamistas dimana del acuerdo celebrado directamente con el Gobierno, que los faculta para ejercer el derecho a solicitar la sustitución directamente ante éste sin necesidad de tratativas con el concesionario.

En Francia la sustitución se efectúa en virtud de la ley y no de un acuerdo. La situación es análoga a aquella en que el Estado ejerce un derecho que no se conoce en los contratos privados, el de invocar las prerrogativas inherentes a su carácter de autoridad contratante. En este contexto, es indispensable que no se celebre ningún acuerdo entre los prestamistas y el concesionario en lo relativo al ejercicio del derecho de sustitución, a fin de que la aplicación del mecanismo de sustitución continúe dimanando del derecho público. Por cierto, la celebración de un acuerdo de este tipo debilitaría los fundamentos mismos de la doctrina jurídica que sostiene que la sustitución conserva su validez legal aunque se produzca un incumplimiento del concesionario. Además, tendría graves consecuencias fiscales a la hora de asignar los bienes a los prestamistas.

Conclusión

El mecanismo de sustitución establecido para el proyecto del Túnel del Canal fue en gran medida producto de circunstancias concretas y, en particular, de la necesidad de quitar cierta rigidez a la legislación francesa sobre garantías. No habría sido legalmente necesario si el proyecto se hubiera ejecutado únicamente en Inglaterra, aunque (si éste hubiera sido el caso) habría resultado más flexible que la legislación británica en vigor. Es por ello por lo que se ha convertido en un elemento frecuente de las inversiones realizadas en los últimos 10 años al amparo de la *Private Finance Initiative and Public Private Partnership* en el Reino Unido. Con arreglo a las directrices contractuales uniformes de la *Private Finance Initiative*, el mecanismo de sustitución se aplica mediante un acuerdo tripartito entre la autoridad contratante, los prestamistas y el concesionario o la sociedad del proyecto.

Sería un error suponer que pueda establecerse el derecho de sustitución sin el consentimiento de la sociedad del proyecto. Si el ejercicio de este derecho continúa siendo opción de los prestamistas, en virtud de un acuerdo directo con la autoridad contratante, la conformidad del concesionario es imperativa para la mera existencia de este derecho.

Sugerir que no es así y que, como se señala en el texto actual del proyecto de disposición legal modelo 42, su instauración ha de basarse exclusivamente en un acuerdo entre la autoridad contratante y los prestamistas -lo cual significaría que es posible despojar arbitrariamente a una parte de sus derechos previstos en un contrato- sería contrario a un principio fundamental del derecho de los contratos en

la mayoría de los ordenamientos, lo cual tendría consecuencias imprevisibles en la legislación de dichos ordenamientos.

Por último, y más importante aún, malograría por completo el objetivo de la Comisión, que es promover la inversión privada en la infraestructura pública, porque con ello se disuadiría inevitablemente a todo inversionista de comprometer fondos en un proyecto si ve que pueden quitársele sus derechos sin su consentimiento.

Notas

[1] Publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.01.V.4.