

Sistemas de derecho civil: Elementos clave de la ley que pueden afectar las disposiciones de las asociaciones público-privadas

Full Description

Derechos de la autoridad contratante que pueden invalidar disposiciones contractuales

- ***Derecho a modificación unilateral.*** La autoridad contratante puede, como en Francia, modificar unilateralmente aspectos del contrato si considera que el cambio es de interés público. La autoridad contratante no tiene derecho a modificar las disposiciones financieras del contrato ni su carácter fundamental, pero puede cambiar aspectos tales como la especificación del servicio por prestarse.
- ***Derecho a cancelación unilateral.*** La autoridad contratante tiene derecho a cancelar el contrato antes de la fecha de terminación (aunque deba indemnizar al Operador).
- ***Derecho a continuidad del servicio.*** El Operador de un contrato administrativo no puede suspender la ejecución de las obligaciones contraídas en virtud del contrato, ni siquiera si la autoridad contratante incumple el contrato. En una concesión o contrato de arrendamiento, se considera que el Operador asume todas las responsabilidades relacionadas con la prestación de un servicio público, no solo las que se incluyen en el contrato (como invertir para dar respuesta al aumento de la demanda o adaptarse a nuevas tecnologías).

Protecciones del Operador contempladas en la ley

- ***Derecho a equilibrio financiero.*** En determinadas circunstancias, la ley protege al Operador con el derecho a que se preserve el “equilibrio financiero” del contrato. Por ejemplo, cuando la autoridad contratante impone una modificación unilateral, también debe ajustar los términos financieros de las disposiciones a fin de que el Operador no se vea perjudicado (por caso, si la autoridad contratante exige un servicio de mayor calidad, también puede tener que permitir una tarifa más alta). Las siguientes son algunas de las doctrinas particulares que forman parte del derecho a “equilibrio financiero” del Operador en Francia, que tiene contrapartidas en el derecho civil de otros países:
- ***Fait du prince.*** Se otorga una reparación cuando la autoridad contratante ha provocado una reducción de las utilidades del Operador sin incumplir el contrato. La reparación en concepto de *fait du prince* exige que se cumplan las siguientes condiciones:
 - o la acción de la autoridad contratante haya tenido un efecto perjudicial para el Operador y haya sido imprevisible cuando se firmó el contrato;
 - o la acción de la autoridad contratante exceda el alcance del contrato (de lo contrario, la acción constituiría meramente un incumplimiento del contrato);
 - o la acción adoptada por la autoridad contratante se aplique específicamente al Operador (las decisiones generales relativas a todas las empresas no se consideran *fait du prince*, pero pueden dar lugar a daños sobre la base del principio de *imprévision*; véase a continuación).
- ***Imprévision.*** El Operador tiene derecho a ser indemnizado por las dificultades financieras que surjan de cambios importantes e imprevistos en las condiciones económicas que introduzcan riesgo financiero en la ejecución del contrato. Los siguientes son algunos ejemplos de posibles casos de indemnización por *imprévision*: una devaluación importante, una acción de control de precios definida por una autoridad que no sea la contratante o una reducción de las horas de trabajo que incremente los costos laborales. El efecto económico adverso de esos acontecimientos no solo debe ser excepcional sino que

debe exceder todos los límites de lo previsible en el contrato. La indemnización del Operador no equivale a las pérdidas o daños totales sufridos (una circular administrativa estipula que la administración corre con el 90% de las pérdidas como regla general).

- ***Sujétions Imprévues***. El Operador tiene derecho a recibir indemnización por condiciones materiales imprevistas que vuelvan más costosas la construcción y/o las operaciones.
- ***Force majeure***. Los acontecimientos imprevisibles e incontrolables que imposibilitan materialmente la ejecución del contrato exoneran al Operador de sus obligaciones. Por ejemplo, se consideraría *force majeure* el derrame de una planta química que provocara una contaminación permanente de la fuente única de agua. Puede ser el caso también de fenómenos naturales como huracanes y sequías.

Los Gobiernos pueden considerar conveniente incluir estas normas en las disposiciones; cuando son parte de la ley general, puede no ser necesario repetirlas. Sin embargo, confiar en la ley general puede ser problemático porque, en ocasiones, las normas son ambiguas. Por ejemplo, la jurisprudencia acerca de restaurar el “equilibrio financiero” del contrato no es clara en cuanto a qué significa exactamente “equilibrio financiero”.

Por lo general, un contrato que toma un principio del derecho administrativo general y explica exactamente cómo se aplicará resulta eficaz. No obstante, no siempre es jurídicamente posible modificar o invalidar un principio del derecho administrativo; eso debe verificarse. Por ejemplo, puede no ser posible eliminar por completo la facultad de una autoridad contratante de modificar unilateralmente el estándar del servicio. En Francia, la ley anula cualquier intento de invalidar la facultad de la autoridad contratante de cancelar unilateralmente un contrato. Algunos códigos civiles también contienen períodos obligatorios de preaviso antes de terminar un contrato por incumplimiento, que no pueden evitarse ni invalidarse.

Otras normas del derecho civil que pueden afectar las disposiciones de las asociaciones público-privadas:

- ***Sanciones contractuales***. Cuando existe un compromiso contractual por parte del Operador de pagar una sanción en caso de incumplimiento y el monto está fijado por el contrato, de acuerdo con la ley francesa, un juez puede reducir o incrementar el monto de la sanción (siempre y cuando no lo reduzca más allá del daño efectivo sufrido). Existen conceptos similares en la República de Malí, la República de Túnez y la República Argelina Democrática y Popular, por ejemplo.
- ***Cláusulas de elevación al íntegro***. De acuerdo con el código tributario francés (artículo 1678 quáter), las cláusulas de elevación al íntegro relacionadas con la compensación por retención en origen sobre los pagos de interés no son vinculantes cuando el deudor es una entidad francesa.
- ***Quiebra***. En las jurisdicciones que se rigen por el *Common Law*, como Inglaterra y los Estados Unidos, cuando una empresa tiene dificultades financieras, se hace hincapié en procurar una reorganización más que en liquidar, a fin de mantener la empresa en marcha (por ejemplo, capítulo 11 de Estados Unidos, derecho administrativo del Reino Unido). En las jurisdicciones de derecho civil, el proceso hace hincapié en la liquidación (aunque la reforma de algunas leyes de quiebra —por ejemplo, en Francia y en los países de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA)— ahora permite que los deudores se reorganicen antes de volverse insolventes).
- ***Asistencia financiera*** (doctrina europea), “*Corporate Benefit*” (doctrina francesa). Estas doctrinas prohíben o restringen rigurosamente el otorgamiento de garantías (subsidiarias o entre empresas hermanas) o seguridad por parte de una empresa candidata y sus subsidiarias en relación con la adquisición de las acciones de la empresa candidata, una norma de particular importancia para las asociaciones público-privadas que involucran la toma de participación en una empresa de servicios públicos por parte de una empresa del sector privado (empresa conjunta) y/o la privatización total de servicios públicos. Otros países con derecho civil, como los países de la OHADA (artículo 639 de la Ley Uniforme, relacionada con las empresas comerciales) y Argelia (artículo 715 bis 60 del código comercial) tienen conceptos similares.
- ***Garantía real y préstamos sindicados***. Los sistemas de *Common Law* tienen una mayor flexibilidad para otorgar distintos tipos de garantías sobre los activos, una característica importante de las disposiciones de asociaciones público-privadas que involucran financiamiento comercial, como los

contratos de construcción, operación y transferencia. También contemplan el concepto de los fondos fiduciarios, que permiten que la garantía real esté en manos de un fideicomisario de los prestamistas en una situación de préstamo sindicado sin necesidad de realizar una transferencia formal ni de volver a registrar la garantía real a nombre de los nuevos prestamistas. El derecho civil no suele incluir ese concepto, de modo que, por lo general, la garantía real debe volver a registrarse a nombre del nuevo prestamista (lo cual conlleva costos adicionales de registro y honorarios notariales). Francia está introduciendo una nueva ley de fideicomisos que resolverá varios de esos problemas. En los países de la OHADA, en cambio, se requieren registros que implican recurrir a un notario para formalizar garantías prendarias.

[1] World Bank Toolkit (2006), “Approaches to Private Participation in Water Services, presentation to IFC on Some Differences between Civil Law and Common Law in a ‘nutshell’”, *Gide Loyrette Nouel* 2007.

3RD Party Related Content

[Asociaciones Público-Privadas](#)