CONNEX
Contract Negotiation Support

CLAUSE INSIGHTS

El acceso de terceros a las infraestructuras:

replanteamiento de las cláusulas sobre exceso de capacidad en los contratos de concesión

german cooperation
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

Co-funded by the European Union

Norway

UK International Development
Partnership | Progress | Prosperity

Implemented by
giz Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

CONTEXTO

Las infraestructuras exigen grandes inversiones de capital y, por lo general, requieren cierta envergadura para funcionar de forma eficaz. Por ejemplo, no es posible construir un ferrocarril funcional con menos de una línea completa. Esta escala mínima crea inevitablemente una capacidad de base que puede exceder las necesidades inmediatas o a largo plazo del usuario principal. Algunos ejemplos típicos de estas infraestructuras son los ferrocarriles, los puertos, las plantas desalinizadoras y los sistemas de generación y transmisión eléctricas. Y, con la profusión de proyectos de corredores actualmente en desarrollo en todo el mundo, la cuestión adquiere cada vez más importancia.

En los contratos de concesión, especialmente aquellos relacionados con la minería, la generación energética o la producción de hidrógeno verde, las infraestructuras pueden no ser el objeto principal de la concesión, pero resultar fundamentales para la viabilidad de la operación. En esos casos, la operación de las infraestructuras se subcontrata con frecuencia a proveedores de servicios especializados, mientras que la infraestructura en sí puede mantenerse en propiedad pública. Un posible escenario incluye lo siguiente:

El inversor A que desarrolla la mina A construye el ferrocarril A para exportar sus minerales. El inversor construirá básicamente el ferrocarril y obtendrá pleno acceso al mismo, mientras que el Gobierno probablemente conservará la propiedad. ¿Qué pasará cuando llegue el inversor B, descubra minerales en la región y desee acceder al ferrocarril A? Salvo que las reservas sean ingentes, sería muy difícil justificar una segunda línea de ferrocarril. De forma que la pregunta clave es: ¿en qué condiciones permitiría el inversor A (y el Gobierno) utilizar el ferrocarril al inversor B (o a cualquier otro inversor)?

Dependerá de cómo se haya negociado el contrato entre el inversor A y el Gobierno. De hecho, ¿se llegó a discutir siquiera, a discutir realmente, el acceso al ferrocarril por parte de otro inversor durante las negociaciones del inversor A con el Gobierno? O dejando de lado otros inversores, ¿qué ha negociado el Gobierno en materia de transporte de mercancías y personas? ¿Ha llegado a negociarlo? Como este ferrocarril probablemente ha supuesto una inversión de capital de más de 1 000 millones de euros, hay mucho en juego.

Estos contratos deberían incluir disposiciones que permitan el acceso a terceros a la capacidad de reserva o al exceso de capacidad de dichas infraestructuras. Estas cláusulas son especialmente relevantes en los casos en que se conceden al operador privado (el “titular”) derechos de uso, en lugar de la propiedad, sobre infraestructuras públicas. Estas disposiciones suelen tener como objetivo permitir el acceso a terceros (inversor B), en la medida en que ello no afecte negativamente a las operaciones del usuario actual (inversor A) y no le supongan incurrir en costos adicionales.

EL DESAFÍO

Si bien las cláusulas sobre exceso de capacidad tienen una justificación sólida, su implementación práctica presenta varias dificultades:

1. Ambigüedad en la medición del exceso de capacidad

Determinar el exceso de capacidad de forma objetiva es una tarea compleja. Implica calcular la capacidad total menos el uso actual y previsto, valores que pueden fluctuar notablemente debido a las condiciones cambiantes del mercado. Además, la capacidad en sí no es fija, también depende de cómo se opere la infraestructura. Por ejemplo, la capacidad de un ferrocarril depende de la velocidad, la frecuencia y la configuración de los trenes. En consecuencia, los titulares pueden ser reacios a aceptar valoraciones basadas en supuestos que se escapan a su control o que supondrían costos adicionales en sus operaciones o exigirían cambios en sus sistemas operativos tradicionales. Un ejemplo sería utilizar trenes de mayor longitud, de modo que hubiera que invertir en material rodante y realizar cambios en las instalaciones de carga y descarga y en los procedimientos operativos.

2. Impacto operativo del uso compartido

La introducción de otros usuarios a menudo reduce la flexibilidad operativa. El titular suele contar con esta flexibilidad a la hora de planificar sus operaciones diarias. Este “uso” oculto de las infraestructuras puede reducir sustancialmente el exceso de capacidad disponible. Esta pérdida de flexibilidad puede considerarse un impacto negativo legítimo y aceptable cuando se espera que el titular opere las infraestructuras gubernamentales de tal manera que se maximice razonablemente su uso eficiente.

3. Interrupción por ampliación

Cuando resulta necesario ampliar la capacidad de las infraestructuras para dar cabida a terceros, las operaciones actuales pueden verse afectadas por las obras de ampliación. Incluso si esas obras son llevadas a cabo por terceros, pueden afectar a la eficiencia del titular y a la fiabilidad del uso de las infraestructuras. Es probable que sea un problema a corto plazo que se pueda compensar y debería negociarse desde el principio.

4. Retos de asignación de costos

Los nuevos usuarios pueden obtener acceso a las infraestructuras sin soportar los costos de capital inicial (a fondo perdido). Si bien los costos marginales de uso pueden ser bajos, esta situación puede crear problemas de equidad si los recién llegados se benefician de forma desproporcionada sin haber contribuido a las inversiones pasadas.

RECOMENDACIONES: ESTRUCTURACIÓN DE CLÁUSULAS EFICACES

Para abordar estos desafíos y garantizar que las disposiciones sobre exceso de capacidad sean aplicables y equitativas, se recomienda tomar las siguientes medidas:

1. Objetivos de política compartidos

El contrato debería establecer claramente que optimizar y compartir el uso de las infraestructuras es un objetivo conjunto del Gobierno y del usuario titular, a fin de evitar discusiones sobre un impacto negativo legítimo (punto dos anterior).

2. Conservación de los derechos de ampliación

Los Gobiernos deberían reservarse el derecho a ampliar la capacidad de las infraestructuras de acuerdo con las necesidades, estableciendo los límites de los derechos de uso privado cuando las infraestructuras continúen siendo de propiedad pública.

3. Derechos de acceso unilaterales

Los Gobiernos deberían conservar la facultad de conceder acceso a terceros sin exigir el consentimiento del titular, siempre y cuando se realicen evaluaciones independientes que garanticen que no se produzca ningún impacto negativo no razonable a largo plazo que no esté debidamente compensado. Debería existir libertad expresa para determinar qué es una “interferencia razonable” o el uso de las infraestructuras existentes en el contexto de un sistema con múltiples usuarios, en especial porque cualquier proyecto de ampliación o rehabilitación a menudo afectará temporalmente a la capacidad disponible existente de las infraestructuras.

4. Modelos de múltiples usuarios

Siempre que exista un exceso de capacidad considerable, circunstancia que casi siempre se da cuando las infraestructuras se han construido para un único usuario, debería considerarse un modelo de múltiples usuarios con gestión independiente de las infraestructuras. Esto permite un uso justo y eficiente entre varias partes interesadas. En este contexto, el uso múltiple no abarca únicamente el uso de infraestructuras de transporte, como el ferrocarril y los puertos, por parte de distintas empresas, a menudo competidoras, sino también el uso para diferentes categorías de mercancías e, incluso, el transporte de pasajeros y pasajeras en dichas infraestructuras. Esto permite el desarrollo de corredores multiuso que pueden tener un gran impacto en el desarrollo regional.

5. Evaluación transparente de la capacidad

Se debería definir en el contrato una metodología clara para calcular la capacidad y el uso de las infraestructuras, y dicha metodología debería ser aplicada por una parte independiente, idealmente incorporando modelos operativos dinámicos que no otorguen una importancia excesiva a las ineficiencias operativas existentes de un usuario titular.

6. Reparto equitativo de los costos

Ampliar las infraestructuras existentes puede ser relativamente económico en comparación con el desembolso de capital de su construcción inicial. Deberían establecerse mecanismos de reparto de costos para compensar a los titulares por los costos a fondo perdido (como los gastos de capital históricos del inversor A anterior) y la pérdida de flexibilidad, garantizando un equilibrio justo entre beneficios y cargas.

7. Definición mejorada de impacto negativo

El concepto de “ningún impacto negativo” debería limitarse a las interferencias no razonables, tal como las evalúe un tercero neutral y en consonancia con el objetivo más amplio de optimizar el uso de las infraestructuras. Una vez más, si se optimiza el uso de las infraestructuras y se consigue una mayor capacidad para todas las partes, todos los inversores deberían celebrarlo, pese al tiempo de inactividad a corto plazo.

8. Resolución de controversias por separado

Las controversias sobre el uso (por parte de terceros) de las infraestructuras deberían resolverse idealmente fuera de los mecanismos de resolución de controversias del contrato de concesión más amplio. Acordar esto por adelantado aclara la posición del Gobierno frente al uso múltiple de las infraestructuras, desvinculando los derechos y obligaciones del uso de las infraestructuras de otros derechos económicos otorgados a un inversor. Teniendo en cuenta todo lo que está en juego para los beneficios de las empresas y los ingresos públicos, una cultura del diálogo y su implementación práctica son factores clave para la resolución de controversias.

9. Definición del proceso de acceso de terceros

Las partes deberían ir más allá de redactar los principios de uso múltiple y esforzarse por detallar el proceso de acceso de terceros o de ampliación de las infraestructuras. De este modo queda claro de antemano quién o qué organismo(s) debe(n) decidir, cómo se aplican las salvaguardias para los usuarios existentes y si deben pagarse compensaciones o no.

CONVERTIR LAS CLÁUSULAS EN CATALIZADORES

El acceso a las infraestructuras integrado en las concesiones más amplias puede desempeñar un papel fundamental a la hora de liberar el valor económico más allá de un simple proyecto u operador. Sin embargo, para que sean efectivas, las cláusulas de acceso de terceros deben redactarse con sumo esmero. Exigen definiciones claras, evaluaciones independientes y acuerdos equilibrados de reparto de costos para asegurar que las infraestructuras públicas sirvan a objetivos de desarrollo más amplios sin comprometer los derechos y la integridad operativa del titular. Con disposiciones bien diseñadas, los Gobiernos pueden aprovechar las infraestructuras de forma más estratégica, fomentando así el crecimiento inclusivo, la eficiencia y unas condiciones equitativas de competencia.

El artículo anterior representa los puntos de vista del propio autor y no refleja de ningún modo las opiniones de la Unidad de Asistencia de CONNEX, su Junta Directiva, su Comité Consultivo o su Secretaría.

Kees Hörchner es copropietario y director de RebelGroup en Rotterdam, Países Bajos.

Imprenta

Esta publicación ha sido elaborada con el apoyo financiero del Ministerio Federal Alemán de Cooperación Económica y Desarrollo (BMZ), la Unión Europea (UE), Noruega y Desarrollo Internacional del Reino Unido. Su contenido es responsabilidad exclusiva de la GIZ y no refleja necesariamente las opiniones del BMZ, la UE, Noruega o el Reino Unido.

Deutsche Gesellschaft für
Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Domicilios de la Sociedad:
Bonn y Eschborn, Alemania

Friedrich-Ebert-Allee 32+36
53113 Bonn, Alemania
T +49 228 44 60-0

E info@giz.de
I www.giz.de

Diseño:
flmh – Labor für Politik und Kommunikation

Fotografías:
RebelGroup, potowizard/Depositphotos

Contacto:
CONNEX Support Unit
Potsdamer Platz 10
10785 Berlin, Germany

E support@connex-unit.org

Agosto 2025

www.connex-unit.org