



Asamblea General

Distr.
GENERAL

A/CN.9/438
18 de diciembre de 1996

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
30º período de sesiones
Viena, 12 a 30 de mayo de 1997

PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA *

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

Informe del Secretario General

1. En su 29º período de sesiones, celebrado en 1996 la Comisión decidió preparar una guía legislativa sobre proyectos de construcción, explotación y traspaso (CET) y otros tipos de proyectos

* La Comisión quizá desee usar en adelante la expresión “proyectos de infraestructura con financiación privada” para referirse a su labor en esta esfera, en lugar de las expresiones “construcción, explotación y traspaso (CET), que ha utilizado hasta la fecha. Aunque a veces se la utiliza como expresión genérica para diferentes formas de financiación privada de proyectos de infraestructura pública, la expresión “CET” literalmente se refiere sólo a un tipo particular de proyecto de infraestructura con financiación privada. Ahora bien, a medida que la práctica en esta esfera sigue evolucionando se van desarrollando diferentes tipos de arreglos que no están comprendidos en la categoría CET propiamente dicha, como los proyectos de “construcción, posesión y explotación” (CPE), “construcción, posesión, explotación y traspaso” (CPET), “construcción, posesión, arrendamiento y traspaso” (CPAT) o “construcción, arrendamiento y traspaso” (CAT), entre otros. La expresión propuesta tiene por objeto aclarar que la labor de la Comisión en esta esfera abarca todos los tipos de arreglos para el desarrollo de proyectos públicos de infraestructura con financiación privada, incluidos los arreglos CET pero no limitado a éstos.

conexos¹. La Comisión tomó su decisión tras examinar un informe preparado por el Secretario General que contenía información sobre la labor en esta esfera que estaban realizando otras organizaciones, así como un esbozo de las cuestiones abarcadas por las leyes nacionales en relación con esos arreglos².

2. Se informó de que, a diferencia de los proyectos con financiación pública, en que los Gobiernos son responsables de toda la ejecución del proyecto, incluida la obtención de la financiación y las garantías de pago, en el caso de los proyectos de infraestructura con financiación privada el gobierno contrata a una entidad privada para que desarrolle, mantenga y explote una instalación de infraestructura a cambio del derecho a cargar un precio, ya sea al público o al gobierno, por el uso de la instalación o de los servicios o bienes que ésta genera.

3. En sus deliberaciones, la Comisión tomó nota del interés que los proyectos CET y otras formas de participación privada en proyectos de infraestructura pública había despertado en muchos Estados, y en particular en los países en desarrollo, ya que la ejecución satisfactoria de esos proyectos permitiría a los Estados hacer importantes ahorros en los gastos públicos y reasignar los recursos que normalmente se hubieran invertido en infraestructura, a proyectos encaminados a satisfacer necesidades sociales más apremiantes. Además, como el proyecto es realizado y, durante el período de la concesión, explotado por la empresa del proyecto, el país puede aprovechar la experiencia del sector privado en la explotación y gestión de la instalación de infraestructura de que se trate. En particular, el Gobierno puede esperar el logro una mayor eficiencia y servicios de alto nivel, lo que a veces no es posible en los monopolios reglamentados por el propio Estado.

4. Se señaló, sin embargo, que los proyectos CET y otros similares pueden ser muy complejos y que su ejecución exige un marco jurídico favorable que cuente con la confianza de los posibles inversionistas, nacionales y extranjeros, y proteja al mismo tiempo los intereses públicos. Por lo tanto, la Comisión creyó que sería conveniente proporcionar orientación en materia de legislación a los Estados que están preparando o actualizando la legislación relativa a estos proyectos. Respondiendo a una petición hecha por la Comisión, la Secretaría ha examinado las cuestiones que se podrían incluir en una guía legislativa y ha preparado proyectos de diversos materiales para su examen por la Comisión, que se presentan en este informe.

5. El documento que figura como anexo I del presente informe contiene un índice en el que se establecen los temas propuestos para su inclusión en la guía legislativa, al que siguen anotaciones con cierto grado de detalle sobre las cuestiones que se podrían considerar a ese respecto. Esas anotaciones tienen por objeto facilitar a la Comisión la adopción de una decisión fundamentada sobre la propuesta estructura de la guía legislativa y su contenido. Al preparar ese documento, la Secretaría examinó un cierto número de cuestiones que con frecuencia han sido incluidos en las leyes y los reglamentos nacionales relativos a los proyectos de infraestructura con financiación privada. Ahora bien, no se sugiere que en la guía legislativa se recomiende que todas esas cuestiones se traten a nivel legislativo,

¹ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 29º período de sesiones, Documentos oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/51/17), párrs. 225 a230.

² Documento A/CN.9/424.

sino que se propone que en la guía se examine la conveniencia de incluir algunas de ellas en la legislación y dejar otras al arbitrio de las partes en los acuerdos sobre la ejecución del proyecto.

6. A fin de dar a la Comisión una idea clara del estilo y el grado de detalle previsto para la guía legislativa, la Secretaría ha preparado también proyectos iniciales del capítulo I, “Alcance, finalidad y terminología de la guía”, el capítulo II, “Partes y etapas de los proyectos de infraestructura con financiación privada”, y del capítulo V, “Medidas preparatorias” (adiciones 1 a 3 del presente documento).

7. Al preparar los proyectos, la Secretaría tuvo presente la necesidad de mantener un equilibrio apropiado entre el objetivo de atraer inversiones privadas para proyectos de infraestructura y la protección de los intereses del gobierno anfitrión y de los usuarios de la instalación de infraestructura.

8. La Comisión quizá desee hacer comentarios sobre propuesta estructura de la guía legislativa y proporcionar orientación acerca de las cuestiones cuyo examen en el seno de la Comisión se ha sugerido, a fin de que la Secretaría pueda preparar el resto de los proyectos de capítulos de la guía legislativa para el período de sesiones siguiente de la Comisión, en 1998.

Anexo I

PROYECTO DE GUÍA LEGISLATIVA
SOBRE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA

ÍNDICE ANOTADO

INTRODUCCIÓN

- A. Origen de la Guía
- B. Estructura de la Guía
- C. Recomendaciones y modelos de disposiciones

Nota

1. Como en el caso de las introducciones a la Guía jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales, y a la Guía jurídica sobre operaciones de comercio compensatorio internacional, de la CNUDMI, se sugiere que en la Introducción se explique el origen de la Guía, su estructura y estilo, la naturaleza de sus recomendaciones y toda otra información similar

I. ALCANCE, FINALIDAD Y TERMINOLOGÍA DE LA GUÍA

- A. Transacciones cubiertas en la Guía
- B. Finalidad de la Guía
- C. Terminología de la Guía

Notas

2. Se sugiere que en el capítulo inicial de la Guía se proporcione información sobre las transacciones cubiertas en la Guía y sobre su finalidad, así como una explicación de los términos usados con más frecuencia en la Guía.

3. En el documento A/CN.9/438/Add.1 figura un primer proyecto de capítulo 1.

II. PARTES Y ETAPAS DE LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA

- A. Observaciones de carácter general
- B. Infraestructura pública y del sector privado
- C. El concepto de la financiación de proyectos
- D. Partes del proyecto
 - 1. El gobierno anfitrión
 - 2. Patrocinadores del proyecto y empresa del proyecto
 - 3. Prestamistas e instituciones financieras internacionales
 - 4. Otros proveedores de capital

5. Proveedores y contratistas de la construcción
 6. Empresa encargada de la explotación y el mantenimiento
 7. Compañías de seguros
- E. Etapas de la ejecución
1. Identificación del proyecto
 2. Selección de los patrocinadores del proyecto
 3. Preparativos para la ejecución del proyecto
 4. Etapa de la construcción
 5. Etapa operacional
 6. Terminación del proyecto

Notas

4. Se propone que el capítulo II, a manera de introducción de los proyectos de infraestructura con financiación privada, contenga observaciones de carácter general sobre el concepto de financiación de proyectos, las partes en un proyecto de infraestructura con financiación privada y las etapas de su ejecución. La finalidad del capítulo II es dar al lector información de antecedentes y facilitar una elección fundamentada de entre las posibles soluciones legislativas para las cuestiones que se examinan más adelante en la Guía.

5. En el documento A/CN.9/438/Add.2 figura un primer proyecto de capítulo II.

III. CONSIDERACIONES LEGISLATIVAS DE CARÁCTER GENERAL

- A. Marco jurídico para proyectos de infraestructura con financiación privada
1. Autorización legislativa
 2. Criterios legislativos para los proyectos de infraestructura
- B. Otras esferas legislativas pertinentes
1. Leyes generales sobre los negocios y derecho de propiedad
 2. Solución de controversias
 3. Leyes impositivas y sobre inversiones
- C. Legislación nacional y acuerdos internacionales
1. Acuerdos sobre protección de las inversiones internacionales
 2. Instrumentos mercantiles internacionales

Notas

A. Marco jurídico para proyectos de infraestructura con financiación privada

6. Se propone incluir en la sección inicial del capítulo III dos cuestiones relativas al marco jurídico general para proyectos de infraestructura con financiación privada, a saber: la autorización legislativa para que el gobierno anfitrión pueda realizar dichos proyectos y el régimen jurídico al que estarán sometidos.

7. La ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada puede requerir la promulgación de leyes o la adopción de reglamentaciones especiales, sobre todo en los países en que el

sólo el gobierno ha asumido la responsabilidad de prestar “servicios públicos”, o de construir o ampliar la infraestructura. En los países con una larga tradición de dar al sector privado concesiones para prestar “servicios públicos”, o para realizar “obras públicas”, puede que haya normas generales que dispongan que, en principio, toda actividad realizada por el Estado cuyo valor económico la haga susceptible de ser explotada por empresas privadas puede ser confiada al sector privado. Algunas veces, en esa legislación de carácter general se indican cuáles son las esferas de actividades o los tipos de infraestructura que pueden ser prestados o desarrollados por entidades privadas. El criterio es diferente en los países que no tienen ese tipo de legislación general y que prefieren promulgar leyes específicas que abarcan proyectos con financiación privada en determinadas esferas de actividad. En algunos países se ha considerado apropiado, como cuestión de práctica legislativa, adoptar legislación específica que rijan la ejecución y explotación de uno o más proyectos. Se propone que se estudien las posibles ventajas y limitaciones tanto de la legislación general como de la legislación específica de proyectos o sectores, y la posibilidad de adoptar un criterio combinado de legislación general y específica de sectores.

8. Al adoptar legislación de carácter general o específica, un cierto número de Estados consideró conveniente emitir algún tipo de declaración de política relativa a la participación del sector privado en los servicios públicos, o una explicación de los objetivos que persigue el país anfitrión. Las declaraciones de política pueden ser un medio útil de asegurar a los posibles patrocinadores, otros inversionistas de capital y prestamistas del apoyo del gobierno a los proyectos de infraestructura con financiación privada en el país anfitrión. La declaración del gobierno acerca de su decisión de aplicar una política favorable a los proyectos de infraestructura con financiación privada puede tener también un valor educativo al informar a la población de qué forma la política gubernamental sobre este tipo de proyectos generará beneficios para el país.

9. Otra cuestión cuyo examen se propone se refiere al régimen jurídico aplicable a los proyectos de infraestructura con financiación privada. En algunos países, las relaciones entre la empresa del proyecto y el gobierno anfitrión se consideran de naturaleza contractual, colocando así a ambas partes en una posición básicamente de igualdad. En otros países, particularmente en algunas jurisdicciones de derecho civil, los proyectos de infraestructura con financiación privada están comprendidos en categorías bien definidas y sometidos a las normas de un instrumento jurídico a menudo denominado “derecho administrativo” (véase el capítulo I, “Alcance, finalidad y terminología de la Guía”). Las consecuencias prácticas de los diferentes enfoques al régimen jurídico del acuerdo entre la empresa del proyecto y el país anfitrión pueden ser considerables.

B. Otros tipos de legislación pertinentes a los proyectos de infraestructura con financiación privada

10. Se propone que, además de las cuestiones relativas a la legislación directamente pertinente a los proyectos de infraestructura con financiación privada, se examine en una sección separada el posible impacto de otros tipos de legislación en la ejecución satisfactoria de esos proyectos.

11. Las leyes mercantiles del país anfitrión juegan un papel muy importante al facilitar la ejecución del proyecto. Un proyecto de infraestructura con financiación privada suele estar a cargo de una empresa creada por los patrocinadores del proyecto especialmente para ese propósito. Por lo tanto, es importante que el gobierno anfitrión tenga una ley apropiada sobre las empresas, con disposiciones modernas sobre cuestiones tales como procedimientos de fundación, estructura de gestión, emisión de acciones, bonos y debentures y su venta o transferencia, estados contables y financieros y protección de los accionistas minoritarios. Es también importante que las leyes nacionales sobre contratos y garantías comerciales prevean soluciones adecuadas a las necesidades de la compañía del proyecto y los

prestamistas, incluida la posibilidad de transferir cuentas a cobrar generadas por el proyecto y la flexibilidad en la formulación de los contratos que sea necesaria para la construcción y explotación de la instalación de infraestructura. Las transacciones ordinarias de la empresa del proyecto pueden verse aún más facilitadas si se cuenta con una legislación adecuada sobre la banca comercial. Se pueden encontrar soluciones modernas para diversas cuestiones relativas al derecho mercantil en los instrumentos jurídicos internacionales existentes, incluidas las convenciones y leyes modelo emanadas de la labor de la CNUDMI, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.

12. También es conveniente que las leyes del país anfitrión sobre el derecho de los bienes se ajusten a normas modernas aceptables y contengan disposiciones sobre la posesión y el uso de terrenos y edificios, así como sobre los bienes muebles y la propiedad intelectual (derechos de autor, marcas comerciales), que garanticen a la empresa del proyecto la posibilidad de comprar, vender, transferir y licenciar el uso de los bienes, según proceda. Respecto de la protección de los derechos de propiedad intelectual, en particular, se podría ofrecer un marco jurídico adhiriéndose a los acuerdos internacionales relativos a la protección y registro de los derechos de propiedad internacionales..

13. Otro factor importante para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada es el marco jurídico del país anfitrión para la solución de las controversias. Los patrocinadores, contratistas y prestamistas se verán alentados a participar en proyectos en países que ofrezcan un clima jurídico favorable e internacionalmente aceptable para la solución de las controversias, como el de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. La eficacia del sistema judicial, la eficiencia de los procedimientos y la existencia de recursos judiciales adecuados para resolver controversias comerciales son otros factores que también se deben tener en cuenta, como también lo es la posibilidad de que se reconozcan y se ejecuten los laudos arbitrales extranjeros.

C. Legislación nacional y acuerdos internacionales

14. Se propone que en la última sección del capítulo III se examine la posible importancia, para las leyes del país anfitrión que rigen los proyectos de infraestructura con financiación privada, de los acuerdos internacionales sobre la facilitación y promoción del comercio mundial y regional en bienes y servicios.

15. Esos acuerdos internacionales pueden contener disposiciones sobre la eliminación de barreras para la importación de bienes o sobre la prestación de servicios por extranjeros en sus Estados contratantes. Las disposiciones de este tipo pueden ser pertinentes para la legislación nacional sobre proyectos de infraestructura con financiación privada que contemple restricciones a la participación de compañías extranjeras en proyectos de infraestructura, o que establezcan preferencias para las entidades nacionales, o sobre la compra de suministros en el mercado local.

16. Una cuestión que preocupa particularmente a los patrocinadores y prestamistas del proyecto es el grado de protección que se otorga a las inversiones extranjeras en el país anfitrión. Esa protección puede figurar en los acuerdos internacionales relativos al fomento y la protección de las inversiones extranjeras en que el país anfitrión sea parte. La confianza de los inversionistas extranjeros aumentará, por ejemplo, si se ofrece protección contra la nacionalización o la evicción sin proceso judicial ni compensación adecuada. Los posibles patrocinadores también estarán interesados en la posibilidad de

transferir al extranjero o repatriar sus beneficios. Otra forma de atraer inversiones extranjeras puede ser la concesión de regímenes impositivos especiales para inversionistas privados, como una exención del impuesto sobre las sociedades u otros impuestos, la exención del impuesto a la renta para el personal extranjero necesario para la plantilla del proyecto, la exención del impuesto a los bienes raíces, o las concesiones impositivas respecto de las regalías y los derechos de importación.

IV. SELECCIÓN DE LOS PATROCINADORES DEL PROYECTO

- A. Observaciones generales
- B. Posibles métodos para seleccionar a los patrocinadores del proyecto
 - 1. Licitación pública
 - 2. Llamamiento a la presentación de propuestas
 - 3. Negociaciones directas
 - 4. Propuestas no solicitadas
- C. Criterios de clasificación
 - 1. Requisitos relativos a los patrocinadores del proyecto
 - 2. Preferencias nacionales
- D. Proceso de selección
 - 1. Clasificación preliminar
 - 2. Invitación y propuestas
 - 3. Evaluación y adjudicación del proyecto

Notas

A. Observaciones generales

17. Se propone que en la sección inicial del capítulo IV se examinen las cuestiones de carácter general y los posibles criterios para el establecimiento de un marco legislativo adecuado para la elección de los métodos y procedimientos para seleccionar a los patrocinadores de los proyectos. Un paso importante es que el gobierno anfitrión establezca claramente la naturaleza y alcance de las obras y los servicios que desea adquirir. Asimismo, la función prevista para el sector privado en cada caso (por ejemplo, si la propiedad de la instalación quedará en manos de la empresa del proyecto permanente o temporalmente, o si se traspasará al gobierno anfitrión al final de un cierto período) podría requerir que el gobierno anfitrión diseñara requisitos de clasificación y criterios de evaluación especiales. Además, es importante que se de la importancia debida a los requerimientos a largo plazo de la explotación de la instalación, que podrían descuidarse si la ley hiciera demasiado hincapié en los requisitos de la etapa de la construcción a los fines de la selección de los patrocinadores del proyecto.

B. Posibles métodos para seleccionar a los patrocinadores del proyecto

18. Se sugiere que en una de las secciones se examinen los métodos de uso corriente para la compra de bienes y servicios y se estudie su idoneidad para los proyectos de infraestructura, prestando particular atención a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública de bienes, obras y servicios. En las leyes nacionales relativas a los proyectos de infraestructura con financiación pública se suele mencionar al concurso como el método principal o único para seleccionar a los patrocinadores de proyectos. La licitación pública es el método más común para la adquisición pública de bienes y, en algunos casos, también de servicios que se sufragan con cargo a fondos públicos. Ahora bien, dada la

naturaleza compleja de los proyectos de infraestructura, a veces se prefieren métodos competitivos alternativos, como el de la invitación a presentar propuestas.

19. Además del concurso, las legislaciones nacionales a veces se refieren a otros métodos, como el de las negociaciones directas o, en el caso de propuestas no solicitadas, la adquisición de una fuente única. Las negociaciones directas se autorizan algunas veces en circunstancias excepcionales, por ejemplo, cuando por motivos especiales los métodos competitivos no producirían resultados satisfactorios, o en el caso de proyectos cuyo valor de inversión inicial previsto no excede de cierta suma o que son de duración limitada.

20. Otra cuestión que a veces se trata en las legislaciones nacionales sobre proyectos de infraestructura con financiación privada es la de las propuestas no solicitadas. Algunas leyes contienen criterios generales para la admisibilidad y negociación de propuestas no solicitadas, pero no dan detalles sobre la forma en que se han de considerar esas propuestas ni sobre los procedimientos que se han de seguir. Los criterios de admisibilidad incluyen, por lo general, las prioridades nacionales, el carácter singular del proyecto y consideraciones de costo. Otro criterio podría ser el establecimiento de procedimientos específicos para tratar estas propuestas, por ejemplo, fijando criterios para el examen de las propuestas no solicitadas, seguido de la inclusión del proyecto en un concurso competitivo dando algún incentivo o preferencia al originador de esa propuesta.

C. Requisitos de clasificación

21. Se propone que en una sección se traten las condiciones que deben cumplir todos los posibles candidatos, independientemente del método para seleccionar a los patrocinadores del proyecto que haya elegido el gobierno anfitrión.

22. En el primer grupo de requisitos figuran los relativos al crédito financiero de los posibles patrocinadores del proyecto, o a su situación jurídica. Algunas leyes exigen una tasa mínima de participación en el capital social, como un porcentaje del costo de inversión total, o establecen un límite a la aportación de fondos públicos para el proyecto. Esas disposiciones sobre inversión mínima pueden ser complementadas por otras que obliguen a los patrocinadores a presentar pruebas de que tienen la capacidad adecuada para asumir los requerimientos financieros para las etapas técnica, de construcción y de explotación del proyecto. Puede haber también criterios negativos, como reglas que establezcan que ciertas personas o categorías de personas o compañías no pueden participar en el proceso de selección (por ejemplo, personas que, de una manera u otra, participan en actos relacionados con la adjudicación del proyecto, o compañías que realizaron anteriormente una actividad similar y a las que el Estado les retiró la concesión). Se propone que se estudie la conveniencia de que la ley incluya expresamente esos requisitos o de dejar esta cuestión al arbitrio de la entidad solicitante.

23. El segundo grupo de requisitos cuyo examen se propone en la misma sección está consagrado en las disposiciones que establecen alguna forma de tratamiento preferencial para las entidades nacionales o que conceden un tratamiento especial a los candidatos que se comprometan a utilizar bienes nacionales o a emplear mano de obra local. Ese tratamiento preferencial o especial se puede establecer como una condición para la selección de patrocinadores del proyecto, como un criterio para la evaluación de las ofertas o como una obligación impuesta a la empresa del proyecto. En algunas leyes, ese tratamiento preferencial consiste en un criterio de evaluación especial que establece márgenes de preferencia para los candidatos nacionales, o para los candidatos que aceptan comprar suministros, servicios y productos

en el mercado local. Hay también leyes que no se refieren expresamente al uso de fuentes de abastecimiento locales como criterio de evaluación, pero lo incluyen entre otros elementos que se deben o se pueden incluir en las ofertas. Otras leyes disponen que, ante ofertas iguales, se de preferencia a los candidatos nacionales. Cuando se establezcan esas preferencias, es importante que se ponderen las ventajas que cabe esperar para el proyecto en relación con sus necesidades especiales. También es importante asegurar la transparencia en la aplicación de esas preferencias nacionales como criterio para adjudicar proyectos.

D. Proceso de selección

24. Se sugiere que en una sección se describa y analice el marco legislativo de un proceso de selección competitiva típico de procesos de infraestructura; se podrían incluir dos subsecciones: una sobre las disposiciones relativas a los criterios de preclasificación y la otra relativa a las disposiciones que rigen los procedimientos subsiguientes, incluida la licitación o la invitación a que se presenten propuestas, el contenido de las ofertas o las propuestas, los estudios de viabilidad y de otro tipo, las garantías de las ofertas, la evaluación de las ofertas o propuestas, la adjudicación del proyecto y la solución de controversias.

25. La primera cuestión que se propone examinar en la subsección relativa a la preclasificación de patrocinadores se refiere a la invitación a participar en ella, la forma de darla a publicidad y su contenido. En cuanto a los requisitos de la preclasificación, se propone que se examinen los requisitos relativos a la situación jurídica de los patrocinadores, así como a su experiencia e historial de desempeño (que puede abarcar aspectos tales como el desempeño de los patrocinadores en proyectos similares o conexos, la experiencia de su personal principal, su organización y su capacidad financiera).

26. Se sugiere que las disposiciones que rigen las etapas siguientes a la preclasificación de licitadores o proponentes se consideren en la subsección siguiente. Es conveniente que en las instrucciones para los posibles patrocinadores de proyectos se indiquen detalladamente los aspectos que deben incluir en sus ofertas o propuestas, incluidas las propuestas técnicas, financieras y jurídicas. Se debe otorgar particular importancia a los estudios, como los estudios de viabilidad que se deben presentar con las ofertas y propuestas y que normalmente deben tratar de la comercialización, el diseño técnico y la viabilidad económica, financiera y operacional del proyecto, y los estudios de impacto ambiental. Se debe tener presente también la importancia de que el gobierno anfitrión realice u obtenga sus propios estudios de viabilidad. Otro aspecto que se debe incluir en las instrucciones del gobierno anfitrión son los criterios que se aplicarán a la evaluación de las ofertas y propuestas. En general, podría no ser conveniente recargar la legislación con detalles del proceso de selección. No obstante, en cierta medida la legislación nacional podría jugar un papel importante al proporcionar orientación a la entidad solicitantes en relación con todos esos aspectos. De igual modo, la legislación nacional puede establecer un marco apropiado para el funcionamiento de la entidad solicitante durante las etapas restantes del proceso de selección. La ley podría, por ejemplo, autorizar que la presentación definitiva de ofertas y propuestas estuviera precedida de una conferencia en la que las partes tuvieran una oportunidad de aclarar cuestiones relativas al proyecto y en la que el gobierno, a la vista de esas conversaciones, podría enmendar o rectificar las instrucciones, según procediera. Se propone que esta subsección concluya con un examen de las negociaciones finales y los procedimientos de adjudicación, así como de los mecanismos apropiados para resolver controversias relativas a la adjudicación del proyecto.

V. MEDIDAS PREPARATORIAS

- A. Emplazamiento del proyecto
 - 1. La adquisición de la tierra para la construcción de la instalación
 - 2. Derechos de paso y otras servidumbres
- B. Establecimiento del concesionario
 - 1. El concesionario como consorcio
 - 2. El concesionario como entidad jurídica independiente
- C. Licencias y aprobaciones

Notas

27. Se propone que en el capítulo V se examinen unas cuantas medidas importantes de los preparativos para la ejecución del proyecto: la adquisición de la tierra para la construcción de la instalación, incluido el acceso al emplazamiento del proyecto, el establecimiento del consorcio o la empresa que recibirá la concesión para construir y explotar la instalación de infraestructura, y la emisión de las licencias y las aprobaciones necesarias para realizar las actividades del proyecto. Se sugiere que en el capítulo V se examine la forma en que la legislación nacional podría resolver adecuadamente esas cuestiones sin privar a las partes de la flexibilidad necesaria para satisfacer las necesidades de cada proyecto.

28. En el documento A/CN.9/438/Add.3 figura un primer proyecto de capítulo V.

VI. EL ACUERDO DEL PROYECTO

- A. Consideraciones de carácter general
- B. Los derechos de la empresa del proyecto
 - 1. Derechos de propiedad
 - 2. Exclusividad
- C. Obligaciones generales de la empresa del proyecto
 - 1. Ejecución del proyecto y obligaciones conexas
 - 2. Garantías del desempeño
 - 3. Responsabilidad y seguros
- D. Subconcesión, cesión y garantías
 - 1. Subconcesiones y cesión del proyecto
 - 2. Garantías y otros gravámenes

Notas

A. Consideraciones generales

29. Se propone que en una sección se examinen las consideraciones de carácter general relativas al acuerdo del proyecto, en particular los diferentes criterios adoptados por las legislaciones nacional respecto del acuerdo del proyecto (desde las que apenas se refieren al acuerdo hasta las que contienen extensas disposiciones vinculantes acerca de las cláusulas que se deben incluir en el acuerdo). En dicha sección se considerarían las posibles ventajas y limitaciones de los criterios existentes, teniendo en cuenta las diferentes necesidades de orientación legislativa para la preparación de un acuerdo de proyecto que

puedan encontrarse en diferentes niveles del gobierno (nacional, provincial o local). Las secciones siguientes tratarían de los derechos y obligaciones de la empresa del proyecto que, además de figurar en el acuerdo, podrían incluirse con provecho en la legislación, ya que podrían afectar a los intereses de terceros.

B. Los derechos de la empresa del proyecto

30. Se propone el examen de la naturaleza de los derechos e intereses de la empresa del proyecto en la instalación y los bienes conexos, cuestión para la que se pueden encontrar diversas soluciones. En algunos países, la ley dispone expresamente que el gobierno anfitrión detenta, durante toda la duración del acuerdo, el título de propiedad de todos los activos que haya suministrado originalmente para la construcción de la instalación, así como de todas las instalaciones y mejoras construidas por la empresa del proyecto. Otras leyes, sin embargo, dan a la empresa algún tipo de derecho de propiedad y proporcionan detalles sobre su naturaleza y alcance. Quizá fuera conveniente que la legislación pertinente aclarara la naturaleza de los derechos de propiedad de la empresa, aspecto que es particularmente importante cuando la legislación establece alguna forma de garantía sobre esos activos y bienes. Asimismo, cuando la legislación requiere la transferencia de las instalaciones al gobierno anfitrión al final del período de la concesión, se podrían plantear dudas en cuanto a quien detenta el título de las mejoras hechas en la propiedad originalmente recibida por la empresa del proyecto.

31. Se propone también que en la misma sección se traten otras dos cuestiones particularmente importantes para los patrocinadores y prestamistas del proyecto (pero que también incumben al gobierno anfitrión y a los usuarios de la instalación), concretamente, si la concesión es exclusiva y si se permitirá el funcionamiento de instalaciones competitivas. Los patrocinadores y prestamistas del proyecto tendrán interés en obtener seguridades de que la instalación generará ingresos suficientes para pagar la deuda de la empresa, recuperar la inversión y obtener un beneficio razonable. A este respecto, las leyes nacionales suelen autorizar al gobierno anfitrión a otorgar un derecho exclusivo a la empresa del proyecto en cuanto a la actividad que es el objeto de la concesión. En algunos casos, el gobierno anfitrión se compromete a no aportar financiación pública a proyectos paralelos que podrían generar competencia para la empresa del proyecto. Ahora bien, esa exclusividad no siempre está garantizada por la ley. En algunos casos, el gobierno anfitrión puede reservarse el derecho de adjudicar múltiples concesiones en la misma zona, siempre que esto se especifique en el llamado a licitación. En otros casos, el gobierno anfitrión está autorizado a otorgar concesiones en virtud de un régimen de “exclusividad reglamentada”, con arreglo al cual la explotación de la instalación por la empresa del proyecto está vigilada por un órgano regulatorio a fin de asegurar que se satisfacen los intereses de la población, aspecto que se examina más detalladamente en el capítulo IX, “Etapa operacional”.

C. Obligaciones generales de la empresa del proyecto

32. Las obligaciones de la empresa del proyecto relativas a la construcción y explotación de la instalación figuran en algunas leyes nacionales como una referencia general a la obligación de la empresa de financiar, construir, explotar y mantener la instalación, mientras que en otras se incluyen listas de obligaciones más amplias como el suministro de servicios adecuados o el cumplimiento o la garantía del cumplimiento de las normas y reglamentos pertinentes. Algunas leyes, teniendo en cuenta el traspaso futuro de la instalación al gobierno anfitrión, exigen que el acuerdo del proyecto contenga disposiciones sobre transferencia de tecnología y estipulan la forma en que el personal local designado por el gobierno anfitrión debe recibir capacitación técnica adecuada.

33. Las obligaciones de la empresa del proyecto a veces incluyen el suministro de algún tipo de garantía del desempeño o seguro contra las consecuencias del incumplimiento. La ley por lo general requiere que la empresa dé garantías suficientes y deja los detalles para el acuerdo del proyecto. Otras leyes, sin embargo, contienen disposiciones más detalladas, por ejemplo el requisito de que la empresa deposite, en el momento de iniciar el proyecto, fianzas de cumplimiento hasta un cierto porcentaje de la inversión básica. Puede que haya que ofrecer garantías de cumplimiento diferentes para la construcción y para las etapas operacionales. El gobierno anfitrión quizá desee también exigir una garantía del cumplimiento de otras empresas asociadas a la ejecución del proyecto o pruebas suficientes de que los patrocinadores han obtenido fondos o asegurado una financiación suficiente para la realización del proyecto. Una cuestión que se debe tener en cuenta es que, según los términos de las fianzas de cumplimiento, los garantes serios pueden no estar en condiciones de emitir una fianza que cubra toda la duración del proyecto. Se sugiere que en la Guía se contemplen las posibles consecuencias de prescribir tipos específicos de garantías en la legislación, en lugar de dejar esta cuestión a las disposiciones del acuerdo del proyecto.

34. Otra cuestión para tratar en la misma sección es la de las disposiciones legislativas que tratan del daño causado a terceros durante la ejecución del proyecto o la explotación de la instalación. La empresa del proyecto es normalmente responsable de los daños causados al gobierno anfitrión, los usuarios del servicio o terceros por su propia negligencia. En algunos casos, esa responsabilidad abarca los daños ambientales. Para asegurar que la empresa asumirá esa responsabilidad, algunas leyes exigen que tome y mantenga pólizas de seguro adecuadas, incluidas las de indemnización de los trabajadores, mientras que otras establecen la opción de que la empresa se asegure a sí misma contra formas específicas de responsabilidad, con sujeción a la aprobación del gobierno anfitrión, en los casos en que no haya seguros disponibles a un costo razonable en los mercados de seguros nacional o internacional.

D. Subconcesión, cesión y garantías

35. Se propone que en una sección se trate el tema de la subconcesión, la cesión de los derechos de la empresa del proyecto y los derechos de garantía establecidos en favor de los acreedores de la empresa.

36. En los casos en que la empresa del proyecto obtiene el derecho de suministrar servicios auxiliares, o cuando la concesión abarca actividades múltiples que se pueden realizar separadamente, la empresa del proyecto quizá desee contratar a otra entidad para que realice algunas de esas actividades. Algunas leyes exigen que el acuerdo de proyecto prohíba la subconcesión o cualquier arreglo de ese tipo, en todo o en parte, sin la aprobación previa del gobierno anfitrión. En otras leyes nacionales se adopta otro criterio, en virtud del cual, si bien se exige también la aprobación previa del gobierno, se autoriza la subconcesión siempre que ésta se adjudique por un método competitivo y que el subconcesionario asuma todos los derechos y obligaciones del concesionario dentro del ámbito del proyecto.

37. Puede suceder que durante la vida del proyecto, se presenten terceros interesados en sustituir a la empresa del proyecto. También pueden plantearse situaciones en que, debido a la incapacidad de la empresa del proyecto para cumplir sus obligaciones, podría beneficiar a las partes que el proyecto continuara bajo la responsabilidad de otra empresa o consorcio. Esto se puede realizar mediante una cesión de la concesión a un tercero. Son pocas las leyes que prohíben categóricamente la cesión de la concesión; hay otras que la autorizan con sujeción a la aprobación del gobierno anfitrión, que también se puede necesitar para transferir el derecho a controlar la empresa del proyecto. Los prestamistas, cuyo recurso principal o único es a los ingresos generados por el proyecto, pueden tener interés en que la obra

no quede incompleta y que la concesión se explote en forma rentable en caso de que la empresa del proyecto sea incapaz de hacerlo. En algunos casos, la ley reconoce esos derechos y prescribe que, en ciertas circunstancias, los prestamistas pueden tener la posibilidad de nombrar a una nueva empresa del proyecto en reemplazo de la inicial, con sujeción a la aprobación del gobierno anfitrión.

38. Un factor esencial para obtener la financiación para el proyecto es la capacidad de la empresa del proyecto para ofrecer derechos de garantía aceptables para los prestamistas, como hipotecas o cesión de efectos a cobrar generados por el proyecto. Algunas leyes reconocen expresamente esos derechos y permiten a la empresa crear un derecho de garantía sobre la concesión, sobre los derechos dimanantes de la concesión o sobre los derechos de propiedad pertinentes, con el consentimiento del gobierno anfitrión. Algunas leyes autorizan el establecimiento de hipotecas u otros derechos de garantía sobre las propiedades del proyecto, siempre que éstas se sigan usando a los fines de la concesión. Algunas leyes, sin embargo, prohíben estrictamente el establecimiento de toda servidumbre sobre la concesión o sobre los derechos relativos a ella, o disponen la inclusión de esa prohibición en el acuerdo de concesión. Se sugiere que se examinen las posibles consecuencias de esos criterios.

VII. APOYO DEL GOBIERNO

- A. Apoyo financiero
 - 1. Garantías soberanas
 - 2. Garantías de los préstamos y los ingresos
- B. Incentivos, facilidades y beneficios
 - 1. Imposición fiscal y derechos de aduana
 - 2. Fuentes de ingresos secundarias
 - 3. Otras garantías y facilidades

Notas

A. Apoyo financiero

39. El tema propuesto para la sección inicial del capítulo VII se refiere a las medidas de carácter financiero que puede tomar el gobierno anfitrión para reducir los riesgos comerciales, financieros, políticos o de otro tipo que enfrentan la empresa del proyecto y los prestamistas. Uno de los motivos que orientan a los gobiernos hacia los proyectos de infraestructura con financiación privada suele ser la limitación de las asignaciones de fondos públicos, motivo que se refleja en las leyes que disponen que sólo el concesionario es responsable de la viabilidad financiera del proyecto, sin que el gobierno anfitrión ofrezca garantía alguna. Otras leyes, a su vez, autorizan al gobierno anfitrión, con miras a fomentar las inversiones privadas, a compartir los riesgos del proyecto contemplando algún tipo de apoyo financiero por este último en forma de garantías o préstamos, sin los cuales el proyecto no se podría realizar. Se propone que se estudie la conveniencia de permitir cierta flexibilidad al gobierno anfitrión en cuanto a la determinación del grado de apoyo que puede prestar para la ejecución del proyecto. A tal fin, se sugiere que se examinen los tipos de apoyo que algunas veces están incluidos en las legislaciones nacionales y que, en algunos países, pueden requerir una autorización legislativa especial.

40. Las garantías contempladas en las leyes nacionales pueden incluir: garantías relativas a las divisas, por ejemplo la garantía de que los ingresos generados por la instalación se podrán convertir a divisas a fin de reembolsar el capital y los intereses del préstamo, pagar los gastos incurridos en moneda extranjera y pagar a los inversionistas extranjeros su parte en los beneficios; garantías relativas al pago de bienes y servicios suministrados por la empresa del proyecto, cuando éstos se suministran al gobierno anfitrión o a una entidad pública; y garantías de los préstamos, relativas al reembolso de los préstamos tomados por la empresa del proyecto. Como la capacidad de la empresa del proyecto para reembolsar los préstamos se basa esencialmente en los ingresos generados por el proyecto, una garantía de reembolso de préstamos dada por el gobierno aseguraría a los prestamistas y a la empresa de que no tendrían que asumir una responsabilidad excesiva en caso de terminación anticipada del acuerdo u otros cambios de circunstancias o situaciones de emergencia no previstas que escapan al control de la empresa y que le impiden explotar temporalmente el proyecto o cumplir sus obligaciones financieras. En algunos casos, la garantía dada por el gobierno anfitrión podría estar respaldada por una garantía de una institución financiera internacional, como el Banco Mundial. Algunas de esas instituciones pueden dar garantías o cobertura de seguros contra diversos riesgos en beneficio directo del sector privado.

41. Además de las garantías, en algunos casos el gobierno anfitrión, directamente o por conducto de una agencia gubernamental, puede otorgar a la empresa del proyecto ciertos tipos de préstamos con fines específicos, como la cobertura de posibles pérdidas o daños causados por el gobierno o debidos a

sucesos de “fuerza mayor”, o financiar modificaciones del acuerdo del proyecto. Para esos préstamos se podría exigir alguna garantía colateral de la empresa, como una hipoteca sobre los bienes raíces que se suministraron para el desarrollo del proyecto. El otorgamiento de esos préstamos, al igual que las garantías de los mismos, podría ser un medio para que el gobierno anfitrión comparta los riesgos del proyecto sin tener que hacer una asignación directa de fondos públicos. Para los posibles prestamistas y patrocinadores, esa forma de compartir los riesgos podría ser importante para reducir su exposición a pérdidas resultantes de actos unilaterales del gobierno, o de otros sucesos que escapan al control de la empresa del proyecto.

42. Otro tipo de apoyo financiero podría ser una garantía de ingresos mínimos dada por el gobierno anfitrión a la empresa del proyecto. Cuando el gobierno o una entidad gubernamental es el único cliente de los bienes y servicios suministrados por el concesionario, la ley a veces dispone que el gobierno o alguna entidad gubernamental tendrán la obligación de comprar, a un precio convenido, los bienes y servicios que ofrezca el concesionario. En cuanto a los servicios prestados directamente al público, el gobierno anfitrión a veces se compromete a subvencionar a la empresa del proyecto en el caso de que las tarifas oficiales aprobadas sean inferiores al nivel prescrito en el acuerdo. En otros casos, el gobierno paga a la empresa una suma fija o variable sobre la base del número estimado de usuarios de la instalación que pagarán por el uso, determinada durante el proceso de selección.

B. Incentivos, facilidades y beneficios

43. Se propone que se examinen en una sección separada otras formas de apoyo que se suelen proporcionar a los proyectos de infraestructura con financiación privada. El gobierno anfitrión puede otorgar algún tipo de exención, reducción o beneficio impositivo o arancelario (por ejemplo, para facilitar la importación del equipo que usará la empresa del proyecto mediante la exención de los derechos de aduana), o puede conceder algún tipo de tratamiento impositivo preferencial. Algunas veces las leyes autorizan al gobierno a conceder una exención de los derechos de aduana o a garantizar que su monto no se aumentará en detrimento del proyecto.

44. Una forma de reducir el riesgo comercial a que está expuesta la empresa del proyecto puede consistir en ofrecer a ésta la posibilidad de obtener concesiones adicionales para el suministro de servicios auxiliares o la explotación de otras actividades. Al ofrecer a la empresa fuentes alternativas de ingresos, el gobierno le permitiría aplicar una política de precios bajos o controlados para el servicios principal. A este respecto, algunas leyes autorizan al gobierno anfitrión a disponer en los pliegos de condiciones de las licitaciones que el concesionario tendrá la posibilidad de obtener otras fuentes de ingresos de proyectos alternativos, complementarios o auxiliares, con o sin exclusividad, a fin de estimular la fijación de tarifas bajas. La ley a veces dispone que el gobierno puede otorgar a la empresa el derecho a usar bienes de su propiedad para esas actividades (por ejemplo, las tierras adyacentes a una carretera para la construcción de áreas de servicios).

45. Otras garantías y facilidades que el gobierno anfitrión puede ofrecer a la empresa del proyecto pueden ser el suministro de diversos tipos de seguros para la empresa o sus empleados, o las seguridades de que la empresa dispondrá de los suministros, bienes y facilidades que necesite para explotar la instalación de infraestructura, o que tendrá un acceso fácil a ellos.

VIII. ETAPA DE LA CONSTRUCCIÓN

A. Contratistas de la empresa del proyecto

1. Procedimientos de adjudicación
 2. Régimen contractual
- B. Desarrollo del proyecto
1. Vigilancia del desarrollo del proyecto
 2. Aceptación y aprobación final

Notas

A. Contratistas de la empresa del proyecto

46. Dada la complejidad de los proyectos de infraestructura, es probable que la empresa del proyecto obtenga los servicios de uno o más contratistas para realizar algunas de las obras incluidas en el acuerdo. Se propone que una sección del capítulo VIII trate de los procedimientos para seleccionar a esos contratistas y de las leyes que rigen sus contratos con la empresa del proyecto.

47. Se han utilizado dos criterios básicos para la selección de los contratistas de la empresa del proyecto. Algunas leyes exigen que la empresa identifique en su oferta o proponga a los contratistas que utilizará, incluyendo información sobre su capacidad técnica y su situación financiera; otras leyes sólo requieren que los posibles patrocinadores del proyecto indiquen el porcentaje, si lo hubiere, del valor total de la obra que se proponen ceder a terceros. Hay también otras leyes que exigen que la empresa del proyecto siga esencialmente los mismos procedimientos que se utilizaron en su propia selección, obligación que podría extenderse a los subcontratistas de los contratistas.

48. El grupo de patrocinadores del proyecto suele incluir a compañías de ingeniería o construcción que participan en el proceso de selección en la expectativa de recibir los principales contratos para la ejecución de las obras y otros trabajos. Estas compañías podrían no estar muy dispuestas a unirse a otros patrocinadores si no tuvieran seguridades de obtener esos contratos. Un posible solución sería adoptar normas relativas a las compras similares a las de algunas instituciones financieras internacionales según las cuales, si la empresa del proyecto fue seleccionada con arreglo a un método competitivo aceptable para esas instituciones financieras, dicha empresa puede utilizar sus propios procedimientos para adquirir bienes, obras y servicios para la instalación. Ahora bien, si la empresa del proyecto no fue seleccionada con arreglo a un método competitivo aceptable para esas instituciones financieras, los bienes, obras y servicios necesarios para la instalación deben obtenerse utilizando un método competitivo.

49. Es común que la empresa del proyecto y sus contratistas elijan un sistema legal con el que estén familiarizados y que, a su juicio, resuelva adecuadamente las cuestiones dimanantes de sus contratos. Los posibles patrocinadores del proyecto normalmente no estarán dispuestos a participar en él si las leyes del país anfitrión someten todos sus contratos a su legislación nacional, o si requieren la aprobación del gobierno para la aplicación de leyes extranjeras. En la mayoría de los casos, sin embargo, los gobiernos no han encontrado razones de peso para tomar disposiciones relativas a la ley aplicable a los contratos entre la empresa del proyecto y sus contratistas, y han preferido dejar esta cuestión a una cláusula sobre elección de la jurisdicción o a las normas sobre conflictos de leyes. En algunos casos se han incluido disposiciones para aclarar, según proceda, que los contratos celebrados entre la empresa del proyecto y sus contratistas se rigen exclusivamente por el derecho privado, que los contratistas no son agentes del gobierno anfitrión y que, por lo tanto, este último no es responsable de los actos de los contratistas

y no pagará indemnización alguna por enfermedad, lesión o fallecimiento de empleados de esos contratistas relacionados con el trabajo.

B. Desarrollo del proyecto

50. En la sección B del capítulo VIII podrían examinarse las cuestiones jurídicas relacionadas con el desarrollo del proyecto, incluidos los procedimientos para vigilar los progresos de las obras de construcción y para la aceptación final de la instalación de infraestructura.

51. Las leyes nacionales suelen contener disposiciones relativas al desarrollo de los proyectos y a los procedimientos para asegurar que la empresa del proyecto se ajuste al diseño y las especificaciones técnicas. El proyecto de construcción inicial puede estar sujeto a examen por el gobierno anfitrión para asegurarse de que se conforma a las especificaciones y los requisitos técnicos necesarios para el desarrollo del proyecto. Para evitar demoras en la iniciación de la construcción, la ley puede establecer plazos para la aprobación del proyecto de construcción por el gobierno anfitrión y disponer que la aprobación se considerará concedida si el gobierno no plantea objeciones dentro de un cierto plazo. Si el gobierno determina que el proyecto de construcción se desvía de las especificaciones, la ley a veces dispone expresamente que éste tendrá derecho a pedir que se modifique el proyecto, y aclara que el gobierno no será responsable de las demoras que resulten de la necesidad de hacer esas modificaciones. En algunos casos, además de establecer un plazo para el examen del proyecto de construcción por el gobierno anfitrión, la ley puede limitar expresamente las causas por las que el gobierno puede plantear objeciones al proyecto y establecer normas para resolver los desacuerdos.

52. Las leyes suelen disponer que, tras la aprobación del proyecto de construcción, el gobierno anfitrión puede seguir vigilando las actividades durante la etapa de la construcción. Las leyes pueden tratar de la ejecución del proyecto en varias etapas, de conformidad con el calendario previsto en el acuerdo de proyecto, y disponer que el gobierno deberá dar su aprobación para que cada etapa se pueda considerar formalmente terminada. A fin de facilitar el enlace entre el gobierno anfitrión y la empresa del proyecto, las leyes a veces requieren que el gobierno designe a un funcionario para que realice todas las funciones de vigilancia dispuestas por la ley, o indique cuál será el órgano gubernamental encargado de hacerlo. En algunos casos resultó útil exigir que la empresa del proyecto nombrara a un director de proyecto independiente, a través del cual se canalizarían todas las comunicaciones con la entidad gubernamental pertinente.

53. Cuando se considere que las obras realizadas por la empresa no son satisfactorias o no están en consonancia con las especificaciones, las leyes algunas veces disponen que la empresa puede estar sujeta a multas o indemnizaciones fijadas en el acuerdo de proyecto. Se propone que esta cuestión se examine en el capítulo X, “Cuestiones relativas al cumplimiento”.

54. Algunas leyes disponen que, tras la terminación de la construcción, el gobierno anfitrión realizará una inspección y aprobará definitivamente las obras como condición para autorizar a la empresa del proyecto a explotar la instalación. La ley puede también autorizar la explotación de la instalación con carácter provisional, a la espera de la aprobación definitiva del gobierno anfitrión. La inspección final de la instalación a veces comprende el ensayo, según proceda, de todo el equipo instalado por la empresa del proyecto, para comprobar que está en condiciones de funcionar adecuadamente, dando así a la empresa una oportunidad para corregir los defectos que se puedan encontrar. Respecto de las instalaciones de uso público, estas disposiciones pueden ser muy importantes para el gobierno anfitrión, particularmente en los países en que el Estado tendría una responsabilidad directa o residual ante la

población por daños o lesiones imputables a defectos de construcción de la instalación. En el caso de otras instalaciones que no son de uso público y que normalmente son accesibles sólo para la empresa del proyecto o su personal, el interés público puede no ser tan prominente y el gobierno anfitrión puede considerarse satisfecho exigiendo que la empresa realice esos ensayos, con sujeción a los derechos de supervisión general del gobierno anfitrión.

IX. ETAPA OPERACIONAL

- A. Consideraciones reglamentarias de carácter general
- B. Condiciones para la explotación
 - 1. Alcance y calidad de los servicios
 - 2. Precios y aumento de los precios
 - 3. Relaciones con los usuarios
- C. Inspecciones y vigilancia
 - 1. Medidas de inspección generales
 - 2. Facultades especiales de vigilancia

Notas

A. Consideraciones reglamentarias de carácter general

55. Se propone que en la sección inicial del capítulo IX se examinen las cuestiones reglamentarias de carácter general relativas a la explotación de la instalación de infraestructura por la empresa del proyecto. Al buscar la participación del sector privado en proyectos de infraestructura, los gobiernos por lo general esperan lograr una mayor eficiencia y estándares elevados para la prestación del servicio, que a veces no se logran con los monopolios estatales autoreglamentados. Cuando se adjudican múltiples concesiones en el mismo sector, el gobierno anfitrión puede esperar que la competencia entre los concesionarios tenga un cierto efecto reglamentario y favorezca el logro de metas de eficiencia y calidad. Ahora bien, es posible que los gobiernos encuentren que no siempre se puede confiar en los mercados para resolver cuestiones relativas a la explotación de la infraestructura de manera que satisfaga los intereses de la población, por lo que se necesitaría también cierta forma de reglamentación externa. Esta necesidad sería aun mayor en el caso de concesiones exclusivas, en que un monopolio natural sustituye a un monopolio del Estado.

56. En algunos casos, el gobierno anfitrión puede tratar de resolver todas las cuestiones reglamentarias (por ejemplo, la calidad de los servicios o el nivel de las tarifas) en el acuerdo del proyecto o en la legislación pertinente, criterio que no siempre puede resultar adecuado en vista de la naturaleza a largo plazo de los proyectos de infraestructura con financiación privada. En otros casos, la empresa del proyecto puede tener más autonomía para establecer sus propias políticas comerciales y de precios, solución que algunos gobiernos no estaría dispuestos a aceptar. Los gobiernos que desean reservarse la posibilidad de reglamentar el funcionamiento de la instalación de infraestructura a veces delegan esa facultad en la misma autoridad que adjudicó la concesión. Otros gobiernos, por su parte, pueden decidirse por establecer otro órgano para ese fin determinado y darle cierta latitud en el ejercicio de sus funciones. Cualquiera sea el mecanismo adoptado, el gobierno puede considerar conveniente suministrar un cierto grado de orientación legislativa para el ejercicio de esas funciones reglamentarias.

B. Condiciones para la explotación

57. Se propone que, tras las consideraciones reglamentarias de carácter general, en una sección separada se traten las tres cuestiones básicas relativas a las condiciones para la explotación de la instalación de infraestructura: el alcance y la calidad de los servicios prestados por la empresa del proyecto, la fijación y el ajuste del precio cargado por la empresa, y las relaciones entre esta última y los compradores de los bienes o servicios o los usuarios de la instalación.

58. Las leyes suelen mencionar en términos generales el alcance de los servicios que prestará la empresa del proyecto, particularmente las que se refieren a un sector o servicio determinado. Algunas veces, el alcance de los servicios y la manera en que se deben prestar pueden estar sujetos a normas emitidas por el órgano reglamentario competente, o a las normas establecidas por la empresa del proyecto, con la aprobación de ese órgano. Además de las normas de carácter general sobre el alcance de los servicios, algunas leyes prevén los criterios para evaluar la calidad de los servicios que deberá prestar la empresa del proyecto, así como las definiciones generales de las normas de calidad aplicables. Otro enfoque consiste en incluir esta cuestión en el acuerdo de proyecto.

59. En algunos sistemas jurídicos, que reconocen que los términos de la concesión están sujetos al acuerdo de las partes, el gobierno anfitrión tiene el derecho de modificar el alcance y las características de los servicios que prestará la empresa del proyecto por razones de interés público, con sujeción al pago de una indemnización por las pérdidas financieras o los costos adicionales que sufra la empresa a raíz de modificaciones que introduzca el gobierno anfitrión en forma unilateral.

60. En cuanto a los precios que fija la empresa del proyecto, se han observado dos criterios básicos: en algunos casos, la empresa puede determinar su política comercial y de precios, mientras que en otros la ley somete el precio inicial fijado por la empresa a algún mecanismo de control (por ejemplo, la aprobación del órgano de reglamentación competente, o la inclusión del precio en el acuerdo del proyecto). El órgano reglamentario competente quizá tenga que aprobar los criterios y parámetros que se seguirán para determinar niveles de precios apropiados, que permitan a la empresa recuperar la inversión y lograr un rendimiento razonable. En algunos casos la propia ley puede prescribir el método para determinar los precios que aplicará la empresa del proyecto.

61. Las leyes nacionales pueden también incluir normas relativas al ajuste de esos precios durante el período del acuerdo. El nivel de precios propuesto suele ser un factor importante, si no decisivo, en la selección de los patrocinadores del proyecto. Es por esto que el gobierno anfitrión puede tener interés en establecer límites razonables a los aumentos de las tarifas, a fin de desalentar a los posibles patrocinadores de presentar propuestas de precios demasiado bajos en la esperanza de poder aumentarlos más adelante. Algunas veces, los criterios y parámetros para los ajustes de los precios están indicados en la ley, como en el caso de los índices oficiales de precios. Algunas leyes, además de regular las variaciones de los índices de precios oficiales, autorizan ajustes cuando los costos de la empresa del proyecto aumentan como consecuencia de un acto del gobierno anfitrión, incluidos los cambios en las leyes impositivas posteriores a la concertación del acuerdo del proyecto. Para que se puedan crear mecanismos apropiados de ajuste de los precios, es conveniente que el gobierno tenga en cuenta las expectativas de las otras partes interesadas. Por ejemplo, los prestamistas podrían necesitar una fórmula predeterminada para los ajustes de los precios a fin de poder calcular los beneficios del proyecto, y quizá desearan que esa fórmula estuviese reflejada en el acuerdo del proyecto, o en algún otro documento de aplicación general, en lugar de dejar esta cuestión a la sola discreción de un órgano reglamentario. Por

lo tanto, cuando se da al órgano reglamentario la autoridad para aprobar los parámetros o condiciones para los aumentos de los precios, los prestamistas tendrán cierta tranquilidad por el hecho de que las directrices para el ejercicio de esas facultades están dadas por la ley. Otro asunto conexo es la medida en que la ley, en interés del proyecto, puede eximir a la empresa del cumplimiento de leyes específicas relativas al control de los precios o tarifas, o conceder un tratamiento especial a ciertas categorías de usuarios.

62. Cuando la empresa del proyecto presta un servicio directamente al público, la ley suele contener disposiciones que rigen las relaciones entre ambos, o que establecen los derechos y obligaciones de los usuarios del servicio de que se trata. Con frecuencia, la empresa debe prestar el servicio sin discriminar contra ningún grupo de usuarios, salvo en cuanto a las diferencias basadas en consideraciones objetivas, como las características técnicas y los costos específicos resultantes de la prestación del servicio a diferentes categorías de usuarios. En algunos casos, la empresa puede estar obligada a concertar contratos con los usuarios del servicio o con los consumidores de los bienes (por ejemplo, gas, agua o electricidad). Según cuál sea la naturaleza de los bienes o servicios, la ley puede establecer una cadena de arreglos jurídicos, cada uno regido por un contrato diferente, como entre el productor de energía y el transportista, entre éste y el distribuidor y entre este último y el consumidor.

63. En algunos casos, la empresa del proyecto tiene que establecer procedimientos para resolver quejas y reclamaciones de los usuarios del servicio. En otros casos, la ley confía al órgano de reglamentación u a otra agencia del gobierno la responsabilidad de proteger los intereses de los usuarios del servicio y garantizar su derecho a presentar querellas contra dicha agencia.

C. Inspecciones y vigilancia

64. Dada la importancia que los proyectos de infraestructura revisten para el gobierno anfitrión, y la responsabilidad del gobierno en última instancia respecto de la calidad de los servicios que se prestan al público, es probable que el gobierno se reserve el derecho de vigilar la explotación de la instalación. Los criterios legislativos varían desde las leyes que designan a oficiales para realizar las inspecciones, especifican sus facultades y describen detalladamente los procedimientos para esas inspecciones, hasta las que se refieren sólo a esas facultades de inspección y vigilancia en términos generales y exigen que los procedimientos pertinentes se incluyan en el acuerdo del proyecto. Además, la empresa puede estar obligada a informar regularmente al órgano de reglamentación pertinente acerca de la explotación de la instalación, o a presentar informes especiales cuando se le soliciten. Las consecuencias para la empresa del proyecto de un incumplimiento de sus obligaciones estatutarias o contractuales pueden incluir multas u otras sanciones pecuniarias, según se disponga en la ley; se propone que esta cuestión se examine en el capítulo X, “Cuestiones relativas al cumplimiento”. En general, sin embargo, el ejercicio por el gobierno anfitrión de esas funciones de supervisión no exime a la empresa del proyecto de su propia responsabilidad por los daños que sufran el gobierno, los usuarios o terceros como resultado del incumplimiento de sus obligaciones.

65. En general es conveniente que las inspecciones y las medidas de supervisión se realicen de manera que causen la menor perturbación posible de las operaciones de la instalación o que eviten intervenciones no razonables en sus operaciones. Con respecto al costo de las actividades de inspección y otras medidas conexas, algunas leyes disponen que la empresa debe sufragar esos costos, por el monto que determine el gobierno, mientras que otras remiten esta cuestión al acuerdo del proyecto.

66. Además de las facultades generales de inspección, algunas leyes nacionales autorizan al gobierno anfitrión a asumir el control o la administración de la instalación en forma temporal por razones de interés público. En algunos países, las facultades del oficial encargado de la administración temporal están fijadas por la ley y no suelen incluir la disposición del activo ni la petición de que se dé por terminada la concesión. A fin de dar seguridades a los posibles patrocinadores y prestamistas del proyecto de que esas facultades no se ejercerán en forma arbitraria o no razonable, la ley puede disponer cuáles son las circunstancias excepcionales que autorizan al gobierno anfitrión a nombrar un administrador temporal (véase también el párrafo 37, supra).

X. CUESTIONES RELATIVAS AL CUMPLIMIENTO

- A. Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento
 - 1. Definición de incumplimiento
 - 2. Incumplimiento durante la etapa de la construcción y durante la etapa operacional
- B. Disposiciones sobre exenciones
 - 1. Definición de circunstancias eximentes
 - 2. Consecuencias para las partes
- C. Cambios en las circunstancias
 - 1. Actos del gobierno
 - 2. Disposiciones sobre penurias

Notas

A. Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento

67. Se propone examinar en una sección los casos de incumplimiento por la empresa del proyecto, cuestión sobre la que las leyes nacionales han adoptado diferentes enfoques. En algunos países, la legislación no contiene disposiciones específicas sobre este asunto, que se deja al acuerdo del proyecto. Otras leyes, sin embargo, contienen disposiciones que definen en términos generales el incumplimiento del contrato por la empresa del proyecto y prescriben remedios; estas disposiciones constituyen un marco general para la inclusión de disposiciones más detalladas en el acuerdo del proyecto o en reglas específicas. Al adoptar disposiciones sobre esta cuestión, quizá conviniera hacer una distinción, como la hacen algunas leyes, entre el incumplimiento durante la etapa de la construcción y durante la explotación de la instalación por la empresa del proyecto.

68. La empresa del proyecto puede estar obligada a tomar diversas medidas antes de la ejecución del proyecto (por ejemplo, obtener los medios financieros necesarios, preparar la documentación técnica, firmar el acuerdo del proyecto dentro de un plazo determinado a partir de la adjudicación de la concesión, registrar la empresa y obtener los permisos o licencias necesarios). Cuando la empresa del proyecto no cumple estas condiciones, el gobierno anfitrión tiene diversos remedios que pueden incluir, cuando se trate de condiciones particularmente importantes, la terminación del acuerdo del proyecto. En tales casos, sería conveniente disponer que el gobierno, antes de terminar el acuerdo, debe enviar una notificación a la empresa intimándola a que cumpla las condiciones pendientes. En particular, cuando se trate de incumplimiento de la obligación de obtener licencias, sería también conveniente estipular que el acuerdo no se cancelará si el incumplimiento no es imputable a la empresa del proyecto. Dicha disposición daría seguridades a los prestamistas y patrocinadores de que no serán sancionados, por ejemplo, a causa de omisión o error del gobierno anfitrión o sus agentes.

69. Durante la etapa de la construcción, el incumplimiento puede ser de dos tipos: demoras en la construcción y defectos de construcción. Entre las formas de remediar este incumplimiento figuran los pagos en virtud de garantías dadas por la empresa del proyecto, el pago de indemnizaciones estipuladas o las multas. Por lo general, sería suficiente que la ley exigiera la inclusión en el acuerdo del proyecto de disposiciones sobre esta cuestión, en lugar de establecer un plan de remedios aplicables a todos los tipos de proyectos. En la mayoría de las situaciones, podría ser conveniente considerar a la terminación del proyecto y el retiro de la concesión como medidas de último recurso para utilizar sólo en caso de incumplimientos particularmente graves o repetidos, o cuando no se pueda esperar razonablemente que la empresa del proyecto podrá o querrá completar la labor o rectificar los defectos. En algunos países se aplican procedimientos especiales para establecer el incumplimiento de la empresa del proyecto antes de recurrir a remedios contractuales. Tanto el gobierno anfitrión como los prestamistas estarán interesados en asegurar la terminación de las obras de la instalación. Es por esto que en algunos casos, en lugar de dar por terminado el acuerdo y asumir la responsabilidad y el costo de la terminación de la instalación, el gobierno anfitrión quizá desee dar a los prestamistas la oportunidad de nombrar a otra empresa, que sea aceptable para el gobierno, a fin de que complete la parte no terminada de la instalación de infraestructura y la ponga en funcionamiento (véase el párrafo 37 supra).

70. Asimismo, podría ser conveniente que durante la explotación de la instalación la ley diera a las partes la posibilidad de establecer una lista de remedios a disposición del gobierno anfitrión, jerarquizada en función de la gravedad y las repercusiones del incumplimiento de la empresa del proyecto, que podría ir acompañada de disposiciones sobre los procedimientos para determinar el incumplimiento y los recursos a los remedios disponibles. En algunos sistemas jurídicos, el gobierno anfitrión tiene el derecho de asumir temporalmente la explotación de la instalación, normalmente cuando el incumplimiento de la empresa es grave. Algunas leyes pueden disponer que ciertos eventos justifican el retiro de la concesión. También en estos casos sería conveniente limitar el retiro de la concesión durante su explotación a circunstancias particularmente graves.

B. Disposiciones sobre exenciones

71. Al elaborar la legislación nacional es conveniente tener en cuenta los eventos que podrían impedir a la empresa del proyecto, en forma temporal o permanente, la realización de sus obligaciones contractuales y a las que se suele referir con expresiones como “fuerza mayor” u otros términos de significado similar. Esos impedimentos pueden ser causados por fenómenos naturales, como incendios, tormentas o inundaciones, o por actos humanos, como guerras, disturbios civiles o revueltas. La ocurrencia de uno de estos eventos puede a veces justificar la suspensión de la ejecución del proyecto o de la explotación de la concesión mientras dure el impedimento, con sujeción a un período de suspensión máximo. Las leyes nacionales dan diferentes soluciones a la cuestión de si la empresa del proyecto tiene derecho a reclamar una indemnización del gobierno anfitrión o si este último debe compartir algunos de los costos de la suspensión. Algunas veces, la ley especifica un procedimiento para determinar, en un caso dado, si el evento se puede considerar “de fuerza mayor”.

C. Cambios en las circunstancias

72. Algunas leyes tratan de los derechos de la empresa del proyecto en el caso de que la ejecución del mismo se vea impedida por un acto del gobierno anfitrión. En algunos casos, las normas pertinentes contienen un compromiso general del gobierno anfitrión de no interferir en la ejecución del proyecto,

salvo en circunstancias especiales. En otros sistemas jurídicos, sin embargo, el gobierno tiene por lo general el derecho de modificar los términos de la concesión cuando así lo exige el interés público, con sujeción al pago de una indemnización al concesionario. Si la ejecución del proyecto se interrumpe como consecuencia de un acto del gobierno, la empresa puede tener derecho a una prórroga del período de la concesión así como a una indemnización por los daños que pudiera haber sufrido. Si bien en algunos casos podría estar entendido implícitamente que el gobierno anfitrión será responsable de pagar dicha indemnización, podría ser conveniente incluir una disposición específica en la legislación pertinente, a fin de dar seguridades a la empresa de que no tendrá que sufragar costos adicionales como resultado de un acto del gobierno que no fue motivado por ningún incumplimiento de su parte.

73. Otra cuestión conexa es la de los cambios en los factores que, si bien no impiden el cumplimiento de las obligaciones contractuales, hacen que las actividades de ejecución de la empresa del proyecto resulten mucho más onerosas que las previstas en el momento en que asumió dichas obligaciones. Algunos sistemas jurídicos tienen normas especiales que tratan de esas situaciones, permitiendo una revisión de los términos del acuerdo del proyecto a fin de restituir el equilibrio económico original. En algunos casos, la posibilidad de revisar los términos del acuerdo suele estar implícita en todos los contratos gubernamentales, o se dispone expresamente en la legislación. Algunas leyes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada reconocen la posibilidad de esos cambios de circunstancias pero remiten la cuestión al acuerdo del proyecto para la determinación de soluciones concretas.

XI. EXPIRACIÓN, PRÓRROGA Y TERMINACIÓN ANTICIPADA ACUERDO DEL PROYECTO

- A. Expiración del acuerdo del proyecto
 - 1. Período del acuerdo del proyecto
 - 2. Traspaso de la instalación y medidas conexas
- B. Prórroga del acuerdo del proyecto
- C. Terminación anticipada del acuerdo del proyecto
 - 1. Motivos que justifican la terminación anticipada
 - 2. Consecuencias para las partes

Notas

A. Expiración del acuerdo del proyecto

74. Se sugiere el examen de la expiración, prórroga y terminación anticipada del acuerdo del proyecto, comenzando por las consecuencias de la expiración del período del proyecto y el traspaso del proyecto al gobierno anfitrión al final de dicho período.

75. Muchas leyes nacionales limitan la duración de la concesión a un número máximo de años, que algunas veces incluye expresamente el período de la construcción, así como toda prórroga por razones de “fuerza mayor”. La razón de incluir el período de construcción en el período total de la concesión es alentar a la empresa del proyecto a completar las obras antes de tiempo para poder aprovechar un período de explotación más largo. En algunos casos, sin embargo, los gobiernos han preferido establecer un sistema combinado en virtud del cual el acuerdo del proyecto termina cuando se han pagado plenamente las deudas de la empresa del proyecto y se ha logrado un cierto nivel de beneficios, producción o utilización, con sujeción a un límite máximo de un número fijo de años.

76. En un proyecto típico de “construcción, explotación y traspaso”, la instalación de infraestructura se traspasa normalmente al gobierno anfitrión al final del período de la concesión. Algunas leyes disponen expresamente que el activo que se ha de transferir incluye no sólo el que se suministró originalmente a la empresa del proyecto, sino también el activo, los bienes y los títulos de propiedad adquiridos posteriormente por ésta para explotar la instalación, mientras que otras leyes dejan que esta cuestión se aclare en los pliegos de las licitaciones o el acuerdo del proyecto. Algunas leyes disponen específicamente que, a la terminación de la concesión, el gobierno anfitrión compensará a la empresa del proyecto por el costo de las mejoras introducidas en los bienes originales para asegurar la continuidad del servicio, que hasta ese momento no haya sido recuperado por la empresa del proyecto. En esos casos, el gobierno tiene el derecho de recibir los activos y títulos de propiedad relacionados con la concesión en buen estado y en funcionamiento. A tal fin, la empresa puede tener que dar algún tipo de garantía financiera. En algunos casos se realiza una inspección especial de la instalación antes de que termine la concesión, tras lo cual el gobierno puede exigir que la empresa tome otras medidas de mantenimiento para asegurar que la instalación esté en condiciones apropiadas en el momento del traspaso. En algunos casos, la ley dispone la prórroga de las garantías dadas por la empresa del proyecto hasta que el gobierno reciba la instalación a su plena satisfacción, y que el gobierno puede recurrir a esas garantías resarcirse del costo de reparar los daños a los activos o los bienes.

B. Prórroga del acuerdo del proyecto

77. En la segunda sección del capítulo XI se podría examinar la posibilidad de prorrogar un acuerdo de proyecto, cuestión para la que las leyes nacionales han dispuesto diversas soluciones. Algunas leyes permiten una o más prórrogas del período de la concesión por períodos iguales o más cortos, mientras que otras prohíben esas prórrogas salvo para casos excepcionales, por ejemplo, para que la empresa del proyecto pueda recuperar el costo de los trabajos adicionales que haya requerido la instalación.

78. Las limitaciones a las prórrogas del período de la concesión suelen tener por objeto proteger al Gobierno anfitrión contra demandas de la empresa del proyecto. En algunos casos, y con miras a estimular la competencia en el sector de que se trate, la ley dispone que el gobierno, a la expiración de la concesión, debe someterla a licitación pública, en cuyo caso la empresa del proyecto puede tener un margen de preferencia respecto de otros candidatos con las mismas calificaciones.

C. Terminación anticipada

79. Se sugiere que en una sección separada se examinen los eventos o circunstancias que pueden causar o justificar la terminación anticipada del acuerdo del proyecto, y sus consecuencias para las partes.

80. Entre las causas principales de la terminación anticipada normalmente figuran las siguientes: la iniciación de ciertos tipos de actuaciones de insolvencia respecto de la empresa del proyecto, la expropiación de la empresa, la terminación de las razones de interés público, la incapacidad o el incumplimiento grave por parte de la empresa respecto de sus obligaciones y el incumplimiento por parte del gobierno respecto de sus obligaciones.

81. La expropiación o toma de posesión de la concesión por el gobierno anfitrión por razones de interés público están normalmente sujetas a un procedimiento especial y al pago de una indemnización adecuada. Unas pocas leyes dan expresamente a la empresa el derecho a terminar el acuerdo en caso de que el gobierno no cumpla sus obligaciones.

82. En el caso de que la empresa del proyecto, por insolvencia, incumplimiento o incapacidad no pueda seguir prestando el servicio, puede interesar al gobierno que se adopten disposiciones para evitar la interrupción del servicio. La ley puede disponer que, en esos casos, el gobierno podrá nombrar a un administrador temporal para asegurar la continuidad del servicio de que se trate, o dar a los prestamistas la posibilidad de asumir las funciones de la empresa o nombrar un sustituto. Algunas leyes disponen la continuación de esa administración temporaria hasta que los acreedores reconocidos en las actuaciones de insolvencia decidan, por recomendación del síndico, si continuarán la actividad o si sacarán a subasta el derecho de explotar la concesión. En algunos casos, las leyes excluyen los activos y los bienes relacionados con la concesión, de los procedimientos de liquidación o insolvencia, o requieren la aprobación del gobierno para todos los actos de disposición que realicen los liquidadores o síndicos (véase también el párrafo 66, supra).

83. Al contrario de lo que sucede con la terminación anticipada como sanción a la empresa del proyecto por incumplimiento de sus obligaciones, la terminación anticipada por razones de interés público normalmente no es imputable a las actividades de la empresa, distinción que se puede tener en cuenta en la ley a fin de determinar la indemnización que se ha de pagar a la empresa en cada caso.

Notas

84. Se propone tratar en un capítulo la cuestión de la ley aplicable a los proyectos de infraestructura con financiación privada y las posibles consecuencias de aplicar leyes diferentes a partes o aspectos diferentes del proyecto.

85. Algunas leyes nacionales sobre proyectos de infraestructura con financiación privada contienen disposiciones sobre la ley aplicable al acuerdo del proyecto entre el gobierno del país anfitrión y la empresa del proyecto, prescribiendo con frecuencia la aplicación de la ley nacional. Según que la concesión se considere como un contrato o como un acto del gobierno (cuestión que se trata en el capítulo III, “Consideraciones legislativas de carácter general”, y en el capítulo VI, “El acuerdo del proyecto”, la ley podría dar preferencia al derecho público o al derecho administrativo. En este último caso, las leyes que disponen la aplicación subsidiaria del derecho administrativo sóloamente, o que establecen una lista jerárquica de las disposiciones jurídicas aplicables al proyecto, adoptan un criterio diferente. En general, podría ser conveniente aclarar en la ley si el acuerdo del proyecto se puede desviar de las disposiciones de dicha legislación, o complementarlas, y en qué medida.

86. En algunos países, la ley aplicable a los proyectos de infraestructura con financiación privada no contienen una disposición específica sobre la medida en que el acuerdo del proyecto puede estar sujeto a una ley distinta de la ley del gobierno anfitrión. Otro enfoque utilizado ha sido indicar las esferas en que es aplicable la ley del país anfitrión (por ejemplo, transferencia de tecnología, contabilidad, relaciones laborales, control de las divisas) y disponer que respecto de las cuestiones a las que no se aplica la ley del país anfitrión, el acuerdo del proyecto puede estar sujeto a legislaciones extranjeras.

87. La ley aplicable a los contratos concertados por la empresa del proyecto con entidades distintas del gobierno anfitrión puede variar. Los préstamos suelen estar sujetos a las leyes de la jurisdicción elegida por las partes. Los acuerdos entre los patrocinadores del proyecto también pueden estar sujetos a leyes extranjeras. Por otra parte, los contratos concertados entre la empresa del proyecto y sus clientes y usuarios locales de la instalación, o con sus empleados, proveedores y otros asociados locales suelen estar sujetos a la ley del país anfitrión. Es importante que las partes consideren cuidadosamente la posibilidad de ejecutar en el país anfitrión los derechos creados o las obligaciones asumidas en otras jurisdicciones. Al mismo tiempo, podría ser conveniente que el gobierno anfitrión examinara las disposiciones pertinentes de la ley nacional, a la luz de las obligaciones que debe asumir la empresa para obtener los medios financieros y de otro tipo necesarios para la ejecución del proyecto.

XIII. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Notas

88. Se propone que se examine en una sección el marco legislativo para la solución de las controversias que puedan plantearse en relación con proyectos de infraestructura con financiación privada.

89. Las controversias entre la empresa del proyecto y los contratistas extranjeros, o entre el gobierno anfitrión y la empresa del proyecto, suelen ser de carácter comercial y con frecuencia se acuerda someterlas al arbitraje. Un marco jurídico apropiado para resolver esas controversias podría ser el de una legislación especial, basada en las normas internacionalmente aceptadas que rigen el arbitraje

comercial, y que refleje las necesidades particulares del arbitraje internacional. Un modelo de ese tipo de ley sumamente adecuado es la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional.

90. Cabe tener presente, sin embargo, que en algunos sistemas jurídicos podría haber limitaciones a la posibilidad de utilizar el arbitraje para resolver controversias entre la empresa del proyecto y el gobierno anfitrión, como es el caso de los países en que las controversias en que esté involucrado el gobierno están sujetas obligatoriamente a la jurisdicción de los tribunales nacionales.

91. En vista de las controversias potencialmente prolongadas y complejas que se pueden plantear en proyectos de infraestructura con financiación privada, podría ser conveniente que la ley autorizara a las partes a crear mecanismos para resolver esas controversias y evitar la escalación de los litigios. En algunos casos, las partes consideran útil establecer grupos de expertos, cuya composición varía según la naturaleza de la cuestiones en juego, para que haga recomendaciones a las partes. La ejecución del proyecto podría sufrir dificultades si hasta los desacuerdos o controversias más insignificantes tuvieran que someterse a largos procedimientos por falta de una autorización legislativa expresa para crear un mecanismo que permita resolver esas controversias en una etapa temprana.

92. Otra categoría de controversias que pueden preocupar al gobierno anfitrión son las que se producen entre la empresa del proyecto y sus clientes. La empresa podría estar autorizada a establecer mecanismos para la solución de controversias; en algunos casos, podría estar obligada a establecerlos. La medida en que esos mecanismos sustituyen a la jurisdicción de los tribunales nacionales depende de la legislación de cada país.

* * *