



Asamblea General

Distr.
GENERAL

A/CN.9/438/Add.2
19 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

Adición

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

Sección	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
A. Observaciones generales	1	3
B. El sector privado y la infraestructura pública	2-6	3
C. El concepto de financiación de proyectos	7-10	4
D. Las partes en el proyecto	11-30	5
1. El gobierno anfitrión	11-14	5
2. Los patrocinadores y la empresa del proyecto	15-18	6
3. Prestamistas e instituciones financieras internacionales	19-21	7
4. Otros proveedores de capital	22-23	8
5. Contratistas y proveedores de la construcción	24-25	8
6. Empresa encargada de la explotación y el mantenimiento	26-29	9
7. Compañías de seguros	30	9

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
E. Etapas de la ejecución	31-47	10
1. Determinación del proyecto	32-34	10
2. Selección de los patrocinadores del proyecto	35-37	11
3. Preparativos para la ejecución del proyecto	38-39	12
4. Etapa de la construcción	40-42	12
5. Etapa operacional	43-45	13
6. Terminación del proyecto	46-47	14

A. Observaciones generales

1. En las siguientes secciones se examinan cuestiones básicas como la participación del sector privado en proyectos de infraestructura pública y el concepto de financiación de proyectos, se identifica a las partes principales de esos proyectos y sus respectivos intereses, y se describe brevemente la evolución de los proyectos de infraestructura con financiación privada. Estas secciones tienen por objeto proporcionar información general de antecedentes sobre cuestiones que se examina desde una perspectiva legislativa en capítulos subsiguientes de la Guía.

B. El sector privado y la infraestructura pública

2. La construcción y explotación de instalaciones de infraestructura que utiliza el público en general, o el suministro a éste de ciertos productos básicos ha estado tradicionalmente en manos del Estado o de entidades con un estatuto especial en virtud de la ley nacional. Las entidades que explotan instalaciones de infraestructura pública suelen ser consideradas como proveedoras de “servicios públicos” o de “servicios al público”, aunque estos conceptos han evolucionado con el tiempo y varía considerablemente entre los Estados. En algunos países, la mayoría de los distintos tipos de infraestructura pública han continuado siendo principalmente una responsabilidad del sector público, pero en algunos otros se ha permitido a entidades del sector privado hacer inversiones en infraestructura vinculada a alguna forma de “servicios públicos” o “servicios al público”. Cuando se autoriza al sector privado a invertir en infraestructura, se suele exigir una autorización gubernamental a veces llamada “licencia”, “franquicia” o “concesión”.

3. Durante el siglo XIX, el sector privado hizo grandes inversiones en la infraestructura y los servicios públicos de muchos países en virtud de diversos tipos de concesiones. Partes considerables de las redes ferroviarias, eléctricas y de telecomunicaciones del mundo fueron desarrolladas originalmente por el sector privado. En algunos países, los concesionarios obtuvieron un derecho exclusivo a desarrollar y explotar instalaciones de infraestructura y establecer las normas para su uso por el público, reteniendo el Estado alguna forma de control reglamentario a ese respecto.

4. Las inversiones privadas en infraestructura disminuyeron significativamente en el curso del siglo XX, cuando la ejecución de proyectos en gran escala fue asumida en su mayor parte por entidades gubernamentales y financiada con fondos públicos o préstamos obtenidos de bancos nacionales o extranjeros, o de instituciones financieras internacionales. En algunos países, paralelamente a esta tendencia se produjo una ampliación del concepto de “servicios al público” o “servicios públicos” para abarcar un cierto número de actividades que hasta ese momento habían sido realizadas por el sector privado. Con frecuencia, los gobiernos nacionales establecieron entidades públicas y les dieron concesiones exclusivas dentro de sus territorios.

5. En los últimos años se ha producido una evolución diferente, ya que las restricciones presupuestarias y financieras que enfrenta el sector público, tanto en los países en desarrollo como desarrollados, ha obligado a cierto número de Estados a buscar alternativas a la financiación pública para satisfacer la creciente demanda de proyectos de infraestructura. Cada vez con más frecuencia se recurre a la financiación del sector privado para el desarrollo de la infraestructura pública, y en algunos países esta modalidad ha pasado a formar parte de los programas gubernamentales de modernización o expansión de la infraestructura. Se han elaborado diversos arreglos alternativos para el desarrollo de la infraestructura, que van desde las transacciones en que la infraestructura es construida y explotada por entidades privadas durante un período convenido, pero finalmente es traspasada a

gobierno, hasta situaciones en que la propiedad y la explotación de la infraestructura están en manos privadas.

6. La gran escala de los proyectos de infraestructura moderna, las complicadas técnicas financieras involucradas y la multiplicidad de partes hacen que los proyectos de infraestructura sean mucho más complejos que los proyectos tradicionales financiados por el sector privado. Los modernos proyectos de infraestructura con financiación privada se suelen desarrollar con la modalidad de “financiación de proyectos”, que se examina brevemente más adelante.

C. El concepto de la financiación de proyectos

7. La “financiación de proyectos” es una modalidad de financiación en la que el reembolso de los préstamos tomados por el prestatario está asegurado principalmente por los beneficios generados por el proyecto, en lugar de otras garantías dadas u obtenidas por sus patrocinadores. A tal fin, los activos y los beneficios del proyecto, así como los derechos y obligaciones relacionados con el proyecto se calculan en forma independiente y están estrictamente separados de los activos de los patrocinadores del proyecto. Debido a la ausencia o a la función limitada de las garantías o fianzas proporcionadas por los patrocinadores del proyecto, se dice que esta modalidad de financiación es “sin recurso” o con “recurso limitado”.

8. El capital en empréstitos es por lo general la fuente principal de financiación para proyectos de infraestructura ejecutados con la modalidad de financiación de proyectos. Se obtiene en los mercados financieros principalmente mediante préstamos concedidos a los patrocinadores o a la empresa del proyecto por bancos comerciales, que utilizan típicamente fondos provenientes de depósitos a corto y mediano plazo a los que el banco asigna tasas de interés flotantes. Por consiguiente, los préstamos concedidos por los bancos comerciales también están sujetos a tasas de interés flotantes, y normalmente tienen un plazo de vencimiento más corto que el período del proyecto. Los riesgos a los que están expuestos los prestamistas en la modalidad de financiación de proyectos son considerablemente más elevados que en las transacciones garantizadas con arreglo a modalidades tradicionales, sobre todo en el caso de proyectos de infraestructura en que el valor de garantía de los activos fijos (por ejemplo, un camino, un puente o un túnel) apenas cubrirá el costo financiero total del proyecto dada la falta de un “mercado” en el que se puedan liquidar fácilmente esos activos. Por lo tanto, son pocos los prestamistas que están dispuestos a conceder las grandes cantidades que necesitan los proyectos de infraestructura sobre la base, únicamente, de las corrientes de efectivo previstas o los activos del proyecto. De hecho, los proyectos de infraestructura se suelen financiar de forma que, si bien se basan principalmente en las corrientes de efectivo y los activos del proyecto, con recurso a la empresa del proyecto, se reduzca el riesgo de los prestamistas incorporando ciertas disposiciones de garantía o fianza secundarias u otras formas de respaldo del crédito, proporcionadas por el gobierno anfitrión, los patrocinadores del proyecto, los compradores u otros terceros interesados.

9. Además de los empréstitos, el capital para obras de infraestructura se suministra también en forma de participación en el capital social. Este se obtiene, en primer lugar, de los patrocinadores del proyecto o de otros inversionistas individuales interesados en participar en la empresa. Ahora bien, dicho capital social normalmente representa sólo una parte del costo total de un proyecto de infraestructura. Para poder obtener préstamos comerciales o tener acceso a otras fuentes de fondos a fin de satisfacer las necesidades de capital del proyecto, los patrocinadores y los inversionistas privados tienen que ofrecer prelación de pago a los prestamistas y otros proveedores de capital aceptando así que sus propias inversiones se pagarán sólo después de que se haya pagado a esos otros proveedores de capital. Por lo tanto, los patrocinadores del proyecto, en su calidad de principales

promotores, asumen el riesgo financiero más alto. Al mismo tiempo, obtendrá la mayor parte de los beneficios del proyecto una vez pagada la inversión inicial.

10. Otras fuentes complementarias de capital social pueden ser los fondos de inversiones y otros llamados “inversionistas institucionales”, como las compañías de seguros, las mutuales de capital o los fondos de pensiones. Estas instituciones, que suelen disponer de grandes sumas para invertir por períodos largos y pueden ser una importante fuente de capital adicional para proyectos de infraestructura, proporcionan capital en forma de empréstitos o participación en el capital social por conducto de los fondos de inversión. Normalmente, los inversionistas institucionales no participan de otra forma en el desarrollo del proyecto ni en la explotación de la instalación. Lo que los mueve a aceptar el riesgo de aportar capital para proyectos de infraestructura son las perspectivas de beneficios y el interés en diversificar las inversiones.

D. Las partes en el proyecto

1. El gobierno anfitrión

11. Por diversas razones, el gobierno anfitrión juega un papel fundamental en la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada. El gobierno normalmente decide la ejecución del proyecto con arreglo a sus propias políticas de desarrollo de la infraestructura, establece sus especificaciones y dirige el proceso que conduce a la selección de los patrocinadores. Además, es posible que durante la vida del proyecto el gobierno deba prestar diversas formas de apoyo (legislativo, administrativo, reglamentario y a veces financiero) para asegurar que la infraestructura se construya satisfactoriamente y funcione bien. Por último, en un proyecto de “construcción, explotación y traspaso” típico, el gobierno anfitrión será el propietario definitivo de la instalación.

12. El gobierno anfitrión tiene un interés legítimo en asegurar que el proyecto se ejecute de manera satisfactoria y que las obras se ajusten a las especificaciones. Por esta razón, las leyes nacionales suelen indicar detalladamente el derecho del gobierno a vigilar la ejecución y explotación del proyecto, tarea en la podrían participar funcionarios de diferentes ministerios y oficinas del gobierno, y que exigiría un nivel adecuado de coordinación entre ellos. A tal fin, algunos países han considerado útil nombrar a una agencia, comité u oficial específicamente investido de la autoridad para coordinar todos los procedimientos relacionados con el proyecto.

13. El gobierno anfitrión también tiene interés en recibir una infraestructura de alta calidad que beneficie a la economía nacional mediante el suministro de los bienes (por ejemplo, electricidad o gas) y los servicios (como tratamiento de aguas o eliminación de desechos) necesarios y que facilite el transporte y el comercio (por ejemplo, puertos, caminos y túneles). El Gobierno también puede estar interesado en crear oportunidades de empleo para trabajadores locales, o en obtener los adelantos tecnológicos relacionados con el proyecto. Esos objetivos se suelen reflejar en las disposiciones de la legislación pertinente relativas a la transferencia de tecnología o a las preferencias de las empresas que se ocuparán de contratar al personal local.

14. Otro objetivo que puede perseguir el gobierno anfitrión es lograr una gestión más eficiente de la infraestructura pública, dado que se cree que las empresas privadas operan con mayor eficacia a menor función del costo que las entidades públicas. Ahora bien, el gobierno anfitrión sigue siendo el responsable principal del proyecto y, por lo tanto, estará interesado en asegurar que la infraestructura se explote en consonancia con la política pública del país para el sector de que se trate. Las cuestiones que afectan al público en general, como la calidad de los servicios y el nivel de las tarifas, son de

particular interés para el gobierno, que por este motivo quizá desee retener el derecho de ejercer algún tipo de control sobre la explotación del proyecto, algunas veces por intermedio de un órgano de reglamentación especial.

2. Los patrocinadores y la empresa del proyecto

15. La mayor parte de la inversión en el proyecto, en términos de dinero, suministros y mano de obra, se aplica a la construcción, expansión o renovación de la infraestructura. El grupo de patrocinadores del proyecto, por lo tanto, suele incluir a compañías constructoras y de ingeniería y proveedores de equipo pesado interesados en ser los principales contratistas o proveedores del proyecto. Estas compañías participarán intensamente en el desarrollo del proyecto durante su fase inicial, y su capacidad para cooperar entre sí y contratar a otros asociados de confianza será esencial para la terminación satisfactoria y a tiempo de las obras. Ahora bien, dada la propia naturaleza de sus negocios, puede que las compañías de construcción y los proveedores de equipo no tengan mucho interés en una participación a largo plazo en el capital social del proyecto y, por lo tanto, traten de obtener la participación de una empresa con experiencia en la explotación y el mantenimiento del tipo de infraestructura que se construye. El gobierno puede tener interés en alentar la presencia de esa empresa como garantía de que se ha considerado la viabilidad técnica y financiera del proyecto en todas sus etapas, y no sólo durante el período de construcción.

16. Para los patrocinadores del proyecto es importante obtener un rendimiento de sus inversiones que esté de acuerdo con el riesgo que asumen. Además de los aspectos comerciales, como el nivel de beneficios que se espera del proyecto, la seguridad jurídica ofrecida a las inversiones en el país anfitrión jugará un papel importante en la decisión de los posibles patrocinadores de invertir en un proyecto determinado. En particular, los patrocinadores tratarán de obtener seguridades de que su inversión estará protegida contra confiscación o evicción, que podrán convertir en divisas los beneficios obtenidos en moneda local, y que a la expiración del período del proyecto podrán repatriar o transferir al extranjero sus beneficios y la inversión residual. Es probable, por lo tanto, que procuren obtener estas seguridades del gobierno anfitrión.

17. El deseo de limitar su responsabilidad al monto de su inversión en el capital social normalmente hace que los patrocinadores establezcan una compañía de responsabilidad limitada (como una sociedad por acciones), con personalidad jurídica, activos y gestión propios cuyo objetivo específico es la ejecución del proyecto. Algunas veces, los accionistas de la compañía del proyecto pueden incluir a inversionistas “independientes”, que no participan de otra manera en el proyecto (por lo general inversionistas institucionales, bancos de inversión, instituciones de préstamos bilaterales y multilaterales, y algunas veces el gobierno anfitrión o una empresa estatal). En algunos casos, la ley nacional exige la participación de inversionistas del sector privado del país anfitrión.

18. La empresa del proyecto asume la responsabilidad general del proyecto y establece diversos arreglos contractuales con constructores, proveedores de equipo, la compañía encargada de la explotación y el mantenimiento y otros contratistas que se requieran para la ejecución del proyecto. La empresa del proyecto es normalmente el medio para obtener la financiación adicional que se requiere, además del capital social aportado por los patrocinadores.

3. Prestamistas e instituciones financieras internacionales

19. Dada la magnitud de la inversión que se requiere para los proyectos de infraestructura con financiación privada, los préstamos se suelen organizar en forma de préstamos de “consorcio”, en los

que uno o más bancos asumen la dirección de las negociaciones sobre los documentos financieros en nombre de las otras instituciones financieras participantes, principalmente los bancos comerciales. Estos últimos, que tienen considerable experiencia en la financiación de proyectos, normalmente diseñarán junto con los patrocinadores los instrumentos que se ajusten a las necesidades de un proyecto determinado. Los bancos comerciales comprenden la necesidad de preservar la capacidad de pago de la empresa del proyecto, y suelen ser flexibles en cuanto a prórrogas de los préstamos o a renegociación de sus términos. Por otra parte, los bancos comerciales insisten en la reducción al mínimo de su responsabilidad respecto de los riesgos vinculados a la terminación del proyecto o a otros aspectos comerciales, políticos y de otro tipo.

20. Antes de decidir la financiación del proyecto, los prestamistas por lo general examina cuidadosamente los supuestos económicos y financieros en que se basa, a fin de asegurarse de su viabilidad técnica y comercial. Posteriormente, se procurará limitar lo más posible el riesgo de incumplimiento. Una posible forma es obtener la prelación del pago de las dudas comerciales respecto de cualquier otra fuente de capital, es decir, antes de que se pague a otros acreedores o que se distribuyan dividendos a los patrocinantes o a los que han aportado capital social. Asimismo, los prestamistas suelen exigir garantías en forma de hipotecas, derechos fijos o flotantes sobre todos los activos del proyecto, cesión de efectos a cobrar dimanantes de las operaciones del proyecto, depósito automático de una parte convenida de esos ingresos en una cuenta bloqueada (con frecuencia fuera del Estado en que se realiza el proyecto), garantías gubernamentales o la facultad de nombrar a un sustituto en caso de incumplimiento o incapacidad de la empresa del proyecto respecto de sus obligaciones. Cuanto mayor sea la seguridad que brindan las leyes del país anfitrión mayor será la probabilidad de obtener financiación para el proyecto en condiciones más favorables. La posible función de la legislación nacional a este respecto se examina en el capítulo VI, “El acuerdo de proyecto” (en preparación).

21. Las instituciones financieras internacionales y las agencias de créditos a la exportación pueden también cumplir una función importante en los proyectos de infraestructura con financiación privada. El Banco Mundial, la Corporación Financiera Internacional y los bancos regionales de desarrollo han participado en la financiación de algunos proyectos. La participación de estas instituciones o agencias puede facilitar a los patrocinadores del proyecto la tarea de obtener fondos en el mercado financiero internacional ofreciendo a los bancos comerciales protección contra diversos riesgos políticos, incluido, entre otras cosas, la incapacidad del gobierno anfitrión para hacer los pagos convenidos, aportar suficientes divisas u obtener las aprobaciones reglamentarias necesarias. La participación de instituciones financieras internacionales puede también ser decisiva para la formación de “consorcios” que aporten fondos al proyecto. Algunas de estas instituciones tienen programas especiales de préstamos en virtud de los cuales se constituyen en el único prestamista oficial del proyecto, actuando en nombre propio y de los bancos participantes, y asumiendo la responsabilidad de organizar los desembolsos de los participantes y de reunir y distribuir posteriormente los pagos del préstamo recibidos del prestatario.

4. Otros proveedores de capital

22. Entre los proveedores de capital distintos de los bancos comerciales y las instituciones financieras internacionales pueden figurar “inversionistas institucionales” como las compañías de seguros, las mutuales de capital, los fondos de pensiones y los fondos de inversión. Con arreglo a los términos de sus inversiones, estos otros proveedores de capital suelen tener prelación en cuanto al pago del capital y los intereses, o en cuanto a los dividendos, antes de que se distribuyan los dividendos a los patrocinadores y a otros accionistas de la empresa del proyecto. Con frecuencia tendrán derecho

a recibir informes periódicos y estados financieros. Los inversionistas institucionales que tenga acciones preferenciales o debentures, gozarán de los otros derechos que les concedan las leyes del país en que está establecida la empresa del proyecto, o en que se hayan emitido las acciones o debentures, que pueden incluir cualquiera de los siguientes: el derecho a la representación colectiva por medio de un agente, el derecho a ser consultados y aprobar ciertos cambios en los estatutos de la empresa del proyecto y un derecho preferencial sobre ciertas cantidades que se distribuyen en caso de liquidación.

23. Un grupo más de posibles proveedores de capital pueden ser las instituciones financieras islámicas. Estas instituciones funcionan con arreglo a normas y prácticas derivadas de la tradición jurídica islámica. Una de las características más salientes de las actividades bancarias con arreglo a normas islámicas es la falta de pagos de intereses y, por consiguiente, el establecimiento de otras formas de remuneración para el dinero prestado, como una participación en los beneficios o a participación directa de las instituciones financieras en los resultados de las transacciones de sus clientes. A raíz de sus métodos operacionales, las instituciones financieras islámicas pueden estar más dispuestas que otros bancos comerciales a participar directa o indirectamente en el capital social de un proyecto. Al mismo tiempo, estas instituciones insisten en examinar los supuestos económicos y financieros de los proyectos que buscan financiación y siguen muy de cerca todas las etapas de la ejecución.

5. Contratistas y proveedores de la construcción

24. Con frecuencia, una o más de las compañías que celebran contratos con la empresa del proyecto para la construcción de una instalación de infraestructura o el suministro de equipo son también patrocinadoras del proyecto.

25. El contratista de la construcción por lo general asume la responsabilidad del diseño de la instalación y su supervisión durante todas las etapas de la construcción, hasta la terminación física. Su principal interés reside en la terminación de las obras en el plazo convenido y dentro del costo originalmente estimado. Para que no haya demoras en la construcción, los contratistas desearán tener acceso a los suministros necesarios (por ejemplo, cemento, combustible, acero, electricidad y agua) y procurarán obtener seguridades de que podrán importar al país todos los materiales y el equipo que pudieran necesitar. También será importante su capacidad para contratar al personal local e internacional de su elección. Al igual que la empresa del proyecto, los contratistas y proveedores extranjeros querrán tener la posibilidad de convertir en divisas los beneficios obtenidos en moneda local y transferirlos al extranjero.

6. Empresa encargada de la explotación y el mantenimiento

26. Entre todas las compañías contratadas por la empresa del proyecto, las encargadas de la explotación y el mantenimiento de la instalación son las que participan en el proyecto durante el período más largo. La compañía explotadora, en particular, ocupará una posición singular ya que la explotación de la instalación la colocará en contacto directo con sus clientes y la expondrá al escrutinio público. Por estas razones, la opinión de estas compañías encuancto a la evaluación de la viabilidad económica y financiera y la rentabilidad del proyecto puede diferir de la opinión de otros patrocinadores y, por lo tanto, puede ser conveniente recabar los puntos de vista de estas compañías en las primeras etapas del proyecto.

27. Los métodos para pagar por la explotación y el mantenimiento de la infraestructura varían desde el pago de una suma global hasta los métodos del costo incrementado, en los que la parte variable por encima de la recuperación de los costos puede ser una suma fija, un porcentaje del costo o una participación en los beneficios del proyecto. También son comunes las combinaciones de cualquiera de estos métodos. La empresa del proyecto normalmente establecerá algún tipo de mecanismo para controlar la explotación de la instalación (por ejemplo, derechos de auditoría y revisión de los costos), para asegurar que los costos de explotación se mantienen, en la mayor medida posible, dentro de las estimaciones originales. Cuando el reembolso de los costos está sujeto a un límite máximo, la compañía explotadora también tendrá interés en reducir esos costos.

28. El desempeño de la compañía de explotación y mantenimiento normalmente está sujeto a normas de calidad que pueden proceder de diversas fuentes, incluidas las leyes, el acuerdo del proyecto, el contrato de explotación y mantenimiento o las instrucciones o directrices emitidas por el órgano de reglamentación competente. Las normas del derechos laboral y administrativo pueden también contener otros requisitos. La compañía de explotación y mantenimiento, por lo tanto, normalmente debe proporcionar fianzas de cumplimiento y garantía, y adquirir y mantener pólizas de seguros incluidas las de accidentes, indemnización de trabajadores, daño ambiental y de responsabilidad contra terceros.

29. La empresa de explotación y mantenimiento necesitará tener bien en claro los requisitos de funcionamiento y los reglamentos, y tratará de obtener seguridades de la empresa del proyecto o del gobierno anfitrión de que podrá explotar y mantener la instalación sin interferencias indebidas. Se pueden plantear conflictos con el gobierno anfitrión como resultado de la modificación de leyes y reglamentos nacionales que impongan estándares más altos para la explotación de la instalación, durante las actividades de vigilancia del gobierno.

7. Compañías de seguros

30. Los proyectos de infraestructura con financiación privada comprenden una diversidad de riesgos relativos a las etapas de construcción y explotación del proyecto, que pueden muy bien superar la capacidad de la empresa del proyecto, el gobierno anfitrión, los prestamistas o los contratistas para absorberlos. Por lo tanto, la obtención de seguros adecuados contra esos riesgos es esencial para la viabilidad de los proyectos de infraestructura con financiación privada. Normalmente, un proyecto de infraestructura comprenderá seguros de daños sobre las instalaciones y el equipo, seguros de responsabilidad contra terceros, y seguros de indemnización de trabajadores. También puede comprender seguros contra la interrupción de los negocios, la interrupción de las corrientes de efectivo y los sobrecostos. Estos tipos de seguros suelen estar disponibles en el mercado comercial de seguros, aunque pueden tener limitaciones respecto de ciertos riesgos de "fuerza mayor" (por ejemplo, guerras,

disturbios civiles, vandalismo, terremotos o huracanes) que deberán ser absorbidos por una o más de las partes. Respecto de ciertas categorías de riesgos, como los riesgos políticos, el proyecto puede necesitar garantías proporcionadas por instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial o la Corporación Internacional de Fomento, o por agencias de créditos a la exportación.

E. Etapas de la ejecución

31. Los proyectos de infraestructura con financiación privada pasan por diversas etapas que van desde la determinación inicial del proyecto y la selección de los patrocinadores, la concertación de acuerdo del proyecto e instrumentos conexos, la ejecución de las obras de construcción o modernización, hasta las operaciones de la instalación de infraestructura y posiblemente el traspaso del proyecto al gobierno anfitrión^{1/}.

1. Determinación del proyecto

32. Con la posible excepción de los proyectos que dimanen de propuestas no solicitadas del sector privado, es normalmente el gobierno anfitrión el que determina los proyectos que se han de realizar para satisfacer las necesidades nacionales de desarrollo de la infraestructura. Desde la perspectiva de la legislación, en esta primera etapa del desarrollo de un proyecto normalmente se deberán considerar dos cuestiones importantes, a saber: qué tipo de participación del sector privado se busca para el proyecto y quién está autorizado para actuar en nombre del gobierno anfitrión.

33. Una de las primeras medidas que toma el gobierno anfitrión respecto de un propuesto proyecto de infraestructura es realizar una evaluación preliminar de su viabilidad, incluidos los aspectos económicos y financieros como las ventajas económicas previstas del proyecto, el costo estimado y el potencial de rendimiento previsto de la explotación de la instalación. En esta etapa también es importante evaluar la viabilidad técnica de los proyectos, así como su impacto ambiental. Las conclusiones preliminares a que llegue el gobierno anfitrión en esta etapa serán fundamentales para decidir el tipo de participación del sector privado que se procurará para la ejecución del proyecto, por ejemplo, si el gobierno detendrá la propiedad de la instalación de infraestructura y la entidad privada la explotará, o si esta última detendrá la propiedad de la instalación y la explotará. La elección de la modalidad de la participación del sector privado es importante respecto de una serie de cuestiones jurídicas que normalmente se tratan en la legislación, como la adquisición de los terrenos. (Véase el capítulo V, "Medidas preparatorias", párrafos 1 a 15) y la propiedad de la instalación de infraestructura y los activos conexos (véase el capítulo VI, "El acuerdo del proyecto" (todavía pendiente).

34. Tras determinar el futuro proyecto, el gobierno anfitrión debe establecer su prioridad relativa y asignar recursos humanos y de otro tipo para su ejecución. En ese momento, es conveniente que el gobierno anfitrión examine los requisitos estatutarios o reglamentarios relativos a la explotación de instalaciones de infraestructura del tipo propuesto, a fin de determinar cuáles son los órganos gubernamentales que deben otorgar aprobaciones, licencias o autorizaciones o que deben participar de cualquier otra forma. Según cuál sea la importancia y el nivel de autoridad asignado al proyecto, el

^{1/} En esta sección se examinan algunas cuestiones especiales que pueden plantearse en relación con las diferentes etapas de un proyecto de infraestructura con financiación privada. Se aconseja a los lectores que deseen más información, incluidas las cuestiones de los análisis económicos, financieros y de gestión, que consulten las publicaciones de carácter general sobre el tema, como las directrices CET de la ONUDI.

gobierno anfitrión quizá desee en esa etapa designar a un oficial u agenciapara que coordine los insumos de otras oficinas o agencias interesadas, y supervise la emisión de licencias o aprobaciones (para un examen más detallado de esta cuestión, véase el capítulo V, “Medidas preparatorias”, párrafos 38 a 44).

2. Selección de los patrocinadores del proyecto

35. Una vez que se ha determinado el proyecto, se ha evaluado su viabilidad y se ha confirmado la necesidad o el interés en obtener financiación privada, el gobierno anfitrión puede proceder a seleccionar a los patrocinadores del proyecto utilizando los métodos prescritos en la legislación pertinente. Con frecuencia, los métodos de selección comprenden licitaciones competitivas o propuestas presentadas por un grupo selecto de candidatos que cumplen los requisitos de preclasificación (para el examen de las cuestiones legislativas relacionadas con la elección de un método y procedimiento de selección, véase el capítulo IV, “Selección de los patrocinadores del proyecto” (todavía pendiente)).

36. La confianza de los posibles patrocinadores en la viabilidad del proyecto y su decisión de invertir el tiempo y los fondos necesarios para preparar las ofertas o propuestas suele depender de la interpretación de las normas que rigen el proceso de selección. Los potenciales patrocinadores podrían sentirse desalentados a participar en un proceso de selección que perciben como poco claro o engorroso. Por lo tanto, es conveniente que los gobiernos que deseen atraer inversiones del sector privado para proyectos de infraestructura apliquen la máxima economía y eficiencia en los procedimientos, den un tratamiento justo y equitativo a todos los posibles patrocinadores y aseguren la transparencia del proceso de selección^{2/}.

37. Cualquiera sea el método escogido por el gobierno anfitrión, el proceso de selección para proyectos de infraestructura suele ser complejo y podría tomar mucho tiempo y tener un costo considerable para los posibles patrocinadores, incrementando así el costo general del proyecto. La distribución a los potenciales patrocinadores de documentos suficientemente claros y con todos los elementos necesarios para la preparación de sus ofertas o propuestas, ayuda a reducir la necesidad de aclaraciones y reduce al mínimo el potencial de reclamaciones o controversias. Además, muchos gobiernos han encontrado conveniente dar a los posibles patrocinadores una muestra del acuerdo del proyecto que se concertará con los patrocinadores seleccionados, para que se familiaricen con las obligaciones que normalmente asume un concesionario en virtud de las leyes del país anfitrión. La legislación es sumamente importante para proporcionar orientación a las entidades del país anfitrión encargadas de la contratación, en cuanto a los elementos esenciales que se deben tener en cuenta en todos los procesos de selección relativos a proyectos de infraestructura con financiación privada.

3. Preparativos para la ejecución del proyecto

38. Tras la selección de los patrocinadores, se deben tomar varias medidas para iniciar la ejecución del proyecto. Con frecuencia, los patrocinadores establecen una entidad jurídica independiente para

^{2/} Estos son algunos de los objetivos de la contratación pública que se establecen en el preámbulo de la Ley Modelo de la CNUDM sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su 27º período de sesiones, celebrado en 1994 (publicada en “Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, con la guía para su incorporación eventual al derecho interno. Naciones Unidas, Nueva York, 1995).

realizar el proyecto, y es con ésta que el gobierno anfitrión debe concertar el acuerdo del proyecto. En este acuerdo se establecen las obligaciones de las partes en relación con la ejecución del proyecto. En los proyectos de infraestructura complejos, es normal que transcurran varios meses de negociaciones antes de que las partes estén dispuestas a firmar el acuerdo. Se han comunicado varios factores que causan demoras en las negociaciones, como la falta de experiencia de las partes, la coordinación deficiente entre las agencias gubernamentales, la incertidumbre en cuanto al respaldo gubernamental, o las dificultades para establecer arreglos de garantía aceptables para los prestamistas^{3/}. El gobierno anfitrión puede aportar una gran contribución asegurando una coordinación apropiada entre todas las oficinas y agencias participantes, o determinando anticipadamente los tipos de garantías y servicios que puede aportar para la ejecución del proyecto (véase el capítulo VII, “Apoyo del gobierno” (todavía pendiente)). Si las partes entienden claramente las cuestiones que se deben resolver en el acuerdo del proyecto, la posibilidad de que la negociación termine satisfactoriamente será mayor. Por el contrario, si tras el proceso de selección quedan pendientes cuestiones importantes y se dan pocas orientaciones a los negociadores en cuanto a la sustancia del acuerdo del proyecto, se puede correr un riesgo considerable de que las negociaciones sean costosas y prolongadas. La legislación puede ayudar a las partes a concluir a tiempo el acuerdo del proyecto, identificando las cuestiones esenciales que deben quedar resueltas en el acuerdo (para un examen más detallado de este tema, véase el capítulo VI, “El acuerdo del proyecto”).

39. Además de concertar el acuerdo y los instrumentos conexos, la empresa del proyecto debe también celebrar acuerdos con los prestamistas en cuanto a los préstamos para la ejecución del proyecto y establecer arreglos con los contratistas y proveedores. Además, en el período inmediatamente siguiente a la adjudicación del proyecto por lo general se hacen otros arreglos en preparación para la iniciación de la construcción. Antes de iniciar la construcción tienen lugar visitas de inspección preliminares al emplazamiento del proyecto. En esta etapa, la empresa quizá tenga que traer al país el equipo y otros materiales, así como el personal necesario para ejecutar el proyecto. Cuando se requieran licencias, la intervención del gobierno puede ser fundamental para evitar demoras innecesarias (véase el capítulo V, “Medidas preparatorias”).

4. Etapa de la construcción

40. Tras la terminación satisfactoria de los arreglos preliminares a que se hace referencia más arriba, hay que desembolsar los fondos para la ejecución del proyecto e iniciar las obras de construcción o modernización. La mayor parte de las inversiones se hace durante la etapa de la construcción, cuando la instalación de infraestructura todavía no ha generado ningún beneficio. Es por esto que la viabilidad financiera general del proyecto depende en gran parte de que la etapa de la construcción se complete con éxito. Las demoras en la construcción y los sobrecostos son las dos cuestiones que más preocupan a todas las partes. Los prestamistas insistirán en que esos riesgos sean asumidos por la empresa del proyecto y sus contratistas, para tener seguridades de su competencia y fiabilidad.

41. Desde el punto de vista del gobierno anfitrión, las demoras y los sobrecostos también pueden tener consecuencias políticas y pueden socavar la credibilidad de la política del gobierno relativa a los proyectos de infraestructura con financiación privada. El gobierno anfitrión normalmente exige a la empresa del proyecto que asuma la plena responsabilidad por la terminación a tiempo de la construcción.

^{3/} Para un examen de las cuestiones que influyen en el logro del cierre financiero, véase Corporación Financiera Internacional, Financing Private Infrastructure, Washington, D.C., 1996, página 37.

Por lo tanto, el acuerdo del proyecto contendrá disposiciones, a veces impuestas por los estatutos relativas a las posibles consecuencias de esas situaciones, como las fianzas o garantías de cumplimiento, los seguros, las sanciones y los daños determinados. En el capítulo X, "Cuestiones relativas al cumplimiento", se tratan estos aspectos. Además, tanto el gobierno anfitrión como los prestamistas querrán tener seguridades de que la tecnología propuesta para la ejecución del proyecto ha sido utilizada extensamente y que su seguridad y fiabilidad están demostradas. Examinarán con sumo cuidado toda sugerencia de utilizar tecnologías nuevas o no ensayadas. En todo caso, puede que se requiera una serie de ensayos antes de dar el visto bueno definitivo para su empleo en la instalación de infraestructura.

42. La empresa del proyecto normalmente asignará los riesgos de demoras y sobrecostos a los contratistas de la construcción y, a tal fin, escogerá para la construcción un tipo de contrato llave en mano, con plazo y precio fijos y garantías de cumplimiento de los contratistas. El contrato puede disponer que el contratista dará garantías de que la instalación de infraestructura funcionará con arreglo a normas de rendimiento determinadas. Asimismo, los proveedores de equipo tendrán que proporcionar extensas garantías en cuanto a la idoneidad de la tecnología suministrada.

5. Etapas operacionales

43. Tras la terminación de la construcción, y una vez obtenida la autorización del gobierno anfitrión, comienza la etapa más larga del proyecto. Durante esta etapa, la empresa del proyecto se compromete a explotar y mantener la instalación de infraestructura y recaudar los pagos de los usuarios. Las condiciones para la explotación y el mantenimiento de la instalación, así como las normas de calidad y seguridad, suelen estar incluidas en la ley y detalladas en el acuerdo del proyecto. Además, un órgano de reglamentación puede ejercer una función de supervisión de las operaciones de la instalación, como se examina más a fondo en el capítulo IX, "Etapas operacionales".

44. Los ingresos generados por la instalación de infraestructura son la única fuente de fondos con que cuenta la empresa del proyecto para pagar sus deudas, recuperar su inversión y obtener un beneficio. Por lo tanto, una de las principales preocupaciones de la empresa del proyecto durante la etapa operacional será evitar en la mayor medida posible la interrupción de las operaciones de la instalación y protegerse contra las consecuencias de dicha interrupción. A este respecto, los intereses de los prestamistas normalmente serán iguales a los de la empresa del proyecto. Será importante para esta última contar en forma ininterrumpida con los suministros y la energía necesarios para la explotación de la instalación. La empresa del proyecto también tendrá interés en que las actividades de vigilancia y reglamentación del gobierno anfitrión no causen perturbaciones ni la interrupción de las operaciones de la instalación, y en que esto no resulte en costos adicionales para la empresa.

45. En general, el gobierno anfitrión también tendrá interés en asegurar un suministro continuado de servicios o bienes a los usuarios y clientes de la instalación. Al mismo tiempo, sin embargo, el gobierno también tendrá un interés legítimo en que la explotación y el mantenimiento de la instalación se realicen de conformidad con las normas de calidad y seguridad y las reglas y condiciones de explotación aplicables. Estos aspectos son sumamente importantes para el gobierno anfitrión respecto de las instalaciones de infraestructura abiertas al uso de la población en general (como un puente o un túnel) o las puedan plantear algún peligro (como las centrales eléctricas o las instalaciones de distribución de gas). La posición especial del gobierno a raíz de su responsabilidad ante el público por la instalación de infraestructura puede dar lugar a conflictos o desacuerdos con la empresa del proyecto. De ahí la importancia de contar con normas claras acerca de la explotación de la instalación y del establecimiento de métodos adecuados para la solución de las controversias entre el gobierno y la empresa, que pudieran plantearse en esa etapa del proyecto.

6. Terminación del proyecto

46. Con la posible excepción de los casos en que la empresa del proyecto detendrá en forma permanente el título de propiedad de la instalación, la mayoría de los proyectos de infraestructura con financiación privada tienen una duración determinada. En algunos proyectos, es posible prorrogar el período en favor de la misma empresa; en otros casos, la ley exige, en cambio, la selección de un nuevo concesionario mediante un método competitivo (para un examen más detallado de estas cuestiones véase el capítulo XI, “Expiración, prórroga y terminación anticipada del acuerdo del proyecto”).

47. Por último, hay otros proyectos, como los de “construcción, posesión y explotación”, en que la instalación de infraestructura y todos los activos y el equipo conexos se traspasan al gobierno anfitrión a la terminación del proyecto. En esos casos, el gobierno anfitrión tendrá interés en asegurarse de que se ha transferido tecnología moderna, que la instalación ha sido adecuadamente mantenida y que el personal nacional ha recibido capacitación suficiente en las operaciones de la instalación.

* * *