



Asamblea General

Distr. GENERAL
A/CN.9/444/Add.1
2 de marzo de 1998
ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
31º período de sesiones
Nueva York, 1º a 12 de junio de 1998

PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA

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

Informe del Secretario General

Adición

INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES INFORMATIVOS SOBRE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA

ÍNDICE

<i>Sección</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
A. Introducción	1 - 29	2
1. Finalidad y alcance de la <i>Guía</i>	1 - 7	2
2. Terminología empleada en la <i>Guía</i>	8 - 29	3
B. Información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura	30 - 110	7
1. Sector privado e infraestructura pública	31 - 34	7
2. Participación del sector privado	35 - 43	8
3. Financiación de proyectos de infraestructura	44 - 61	10
4. Partes que intervienen en proyectos de infraestructura	62 - 92	14
5. Etapas de la ejecución	93 - 110	20

A. Introducción

1. Finalidad y alcance de la Guía

1. La finalidad de la *Guía* es la de servir de ayuda a las autoridades nacionales y órganos legislativos que deseen establecer un marco jurídico favorable a un desarrollo de la estructura financiado con cargo a la inversión privada. El asesoramiento prestado en la *Guía* trata de llegar a un equilibrio adecuado entre la necesidad de facilitar la participación privada en los proyectos de infraestructura y la necesidad de favorecer los intereses del público en general y de las autoridades que lo representan. La *Guía* puede ser de interés para los órganos de gobierno y legislativos, así como para otras autoridades de ámbito nacional o local, que intervienen en la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada.

2. La *Guía* quisiera ser un instrumento de consulta para la preparación de nuevas normas legales o reglamentarias o la revisión de las existentes. Se examinan, por ello, en la *Guía* cierto número de cuestiones que suelen ser objeto de la normativa nacional de los proyectos de infraestructura, y se recomienda, cuando así procede, el tratamiento legal que cabría darles. La *Guía* no ofrece un juego único de soluciones modelo, sino que ayuda al lector a evaluar las diversas soluciones posibles y a seleccionar las que mejor se adapten al contexto local o nacional considerado.

3. Si bien la *Guía* se ocupa principalmente del aspecto legislativo de estos problemas, algunos de sus capítulos (p. ej., capítulo IV, “Conclusión y condiciones generales del acuerdo del proyecto”) examinan ciertas cuestiones de interés que se suscitan en los acuerdos que han de ejecutar las partes que intervienen en proyectos de infraestructura con financiación privada. Ese examen está centrado en cuestiones que convendría abordar no sólo en los acuerdos pertinentes sino también en la normativa legal aplicable. La *Guía* no trata de aconsejar sobre puntos de redacción de los acuerdos de ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada ni sobre la solución contractual que se ha de dar a los problemas que surgen en esos acuerdos.

4. La *Guía* se ocupa de proyectos en los que entidades privadas se ocupan de financiar, construir, mantener o explotar ciertos tipos de infraestructuras públicas a cambio del derecho a cobrar un precio, ya sea al público o a una entidad pública, por la utilización de esa infraestructura o por los servicios que esa infraestructura presta. La *Guía* presta particular atención a proyectos de infraestructura que imponen, a la entidad seleccionada, la obligación de llevar a cabo obras de construcción, reparación o ampliación de la infraestructura considerada con anterioridad a su explotación. Algunos capítulos se ocupan en particular de las cuestiones que se plantean en torno a esa obligación (por ejemplo, capítulo VI, “Etapa de construcción”). Sin embargo, algunos capítulos examinan cuestiones que pueden plantearse cuando una empresa gestora privada se hace cargo de la explotación de una infraestructura existente o cuando esa infraestructura pasa permanentemente a manos de una empresa gestora privada (p. ej., capítulo I, “Consideraciones legislativas de carácter general”; capítulo IV, “Conclusión y condiciones generales del acuerdo del proyecto”; y capítulo VII, “Etapa de explotación”).

5. Los proyectos en los que una empresa privada se encarga de explotar una infraestructura pública son en ocasiones agrupados con otras operaciones de “privatización” de funciones o bienes públicos. Ahora bien, la *Guía* no se ocupa de ninguna operación de “privatización” que no esté relacionada con el desarrollo o la explotación de una infraestructura. Esta limitación del ámbito de aplicación de la *Guía* se debe a que las operaciones de “privatización” puede llevarse a cabo por diversas razones, según cuál sea la actividad o el bien público que esté siendo “privatizado”. En algunos casos, esas operaciones son motivadas por el deseo de obtener fondos para la administración pública o para liberar a la administración pública de actividades que el sector privado lleva a cabo de modo más eficiente. Ello suele ser el caso cuando el Estado vende terrenos y otros bienes inmuebles, y puede serlo igualmente cuando vende participaciones en empresas de propiedad pública. Ahora bien, en el caso de proyectos de

infraestructura la finalidad de la operación suele ser la de mejorar la disponibilidad de infraestructuras necesarias o la de mejorar la gestión y explotación de las ya existentes.

6. Además, el tipo de proyectos de infraestructura considerados en la presente *Guía* suponen el establecimiento de un haz duradero de derechos y obligaciones especiales entre la empresa gestadora de la infraestructura y la entidad adjudicadora, que se regirán por el acuerdo del proyecto o por un reglamento especial aplicable al sector. En cambio, las actividades de la mayoría de las empresas privatizadas, que no sean servicios públicos, no suelen ser objeto de reglamentos especiales; por ejemplo, una empresa siderúrgica o una empresa fabricante de automóviles traspasada por el Estado al sector privado será normalmente explotada de modo básicamente idéntico a las demás empresas competidoras en ese mercado.

7. Debe señalarse además que la *Guía* no se refiere tampoco a proyectos para la explotación de recursos naturales. Ello se debe a que por razones históricas o estratégicas, muchos países han establecido un régimen de propiedad especial para los recursos naturales y otras categorías especiales de bienes raíces o del subsuelo. Cabe citar al respecto los recursos hídricos, los minerales, el petróleo, el gas natural y otras sustancias del subsuelo. En algunos países, esa normativa especial se extiende a los bosques, playas, aguas territoriales y la plataforma continental. Son muchos los países en donde el Estado concede, desde hace tiempo, a personas y entidades privadas el derecho de explotar económicamente esos recursos por medio de una “concesión”, “licencia” o “permiso”. Los mecanismos por los que se otorga la explotación de recursos naturales son, en la mayoría de los casos, distintos de los que suelen utilizarse para seleccionar a la compañía encargada de un proyecto de infraestructura. De igual modo, la función de una empresa concesionaria de recursos naturales, productora de una mercadería básica, es muy distinta de la de una compañía encargada de un proyecto de infraestructura con financiación privada. Las minas y otros recursos naturales no son bienes destinados al público y son explotados en la mayoría de los casos por el concesionario en provecho propio, mientras que las obras e instalaciones de infraestructura prestan servicios públicos o serán directamente utilizadas por el público. Además, a diferencia de los servicios públicos que han de ser prestados bajo cierta supervisión reglamentaria del Estado, los minerales y demás materiales extraídos o elaborados por el concesionario suelen ser de su propiedad y serán, en la mayoría de los casos vendidos libremente en el mercado. Por último, el concesionario de una obra o instalación de infraestructura está obligado a mantener su funcionalidad permanente, mientras que al expirar una concesión minera el yacimiento será devuelto al Estado con su riqueza disminuida o incluso agotada.

2. Terminología empleada en la *Guía**

8. Los párrafos siguientes explican el significado y uso que se hace de ciertos términos que aparecen con frecuencia en la *Guía* o que se emplean a menudo en el derecho interno al hablar de proyectos de infraestructura. El lector no encontrará, a continuación, ciertos tecnicismos propios de la gestión financiera y empresarial, que deberá buscar en otras fuentes de información sobre este tema, tales como las “*Guidelines on Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects*” (Directrices para el desarrollo de obras de infraestructura mediante proyectos de construcción-explotación-traspaso (CET)), preparadas por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI)¹

* [N.B.: Se podrá ampliar el alcance de la presente sección a fin de recoger otros términos que se utilicen en futuros capítulos y que requieran explicación previa.]

¹ Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial, *Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects*, Viena, 1996. (publicación de la ONUDI, Nº de venta UNIDO.95.E) (denominado en adelante “*Directrices de la ONUDI para los proyectos CET*”).

a) “Proyectos de infraestructura”

9. En el contexto de la presente *Guía*, se emplea el término “proyectos de infraestructura” para referirse expresamente al desarrollo y la explotación de instalaciones físicas, equipo o sistemas destinados a prestar servicios públicos para fines de producción económica o para el consumo personal o doméstico. Cabe citar ejemplos de proyectos de infraestructura, de la índole reseñada, en diversos sectores y correspondientes a diversos tipos de instalaciones, equipo o sistemas: plantas de energía y redes de distribución de energía (sector eléctrico); redes telefónicas locales y de larga distancia, y redes de transmisión de datos (sector de telecomunicaciones); plantas purificadoras de aguas residuales, redes de distribución de agua (sector hídrico); instalaciones y equipo de recolección y eliminación de desechos (sector sanitario); sistemas e instalaciones físicas para el transporte público, tales como ferrocarriles urbanos e interurbanos, redes ferroviarias subterráneas, líneas de autobuses, carreteras, puentes, túneles, puertos, líneas aéreas, aeropuertos (sector del transporte).

10. Los proyectos de infraestructura no requieren siempre la construcción o la explotación de grandes instalaciones físicas. En algunos casos (p. ej., telefonía celular) el principal elemento o la base del proyecto puede consistir en contratar los servicios de otros (los propietarios de la red de comunicaciones) y no en efectuar obras de construcción.

b) “Servicios públicos”

11. Los proyectos de infraestructura suelen conllevar la prestación de servicios o el suministro de productos básicos al público (o a un intermediario que los distribuya entre el público) o la explotación o el mantenimiento de una instalación de utilidad pública. Estas actividades son a menudo designadas en el derecho interno como “servicios públicos” y, según la tradición jurídica del país de que se trate, se acostumbra a designar a esos proveedores por diversos nombres como “servicios públicos”, “empresas de servicios públicos” o “proveedores de servicios públicos”. Cabe observar, no obstante, que esos términos no son uniformemente entendidos y que pueden designar diversas actividades en diversos ordenamientos jurídicos.

12. La noción de “servicios públicos” es una noción bien establecida en la tradición jurídica de algunos países, en los que puede ser objeto de una reglamentación legal detallada o incluso de alguna disposición de rango constitucional. En algunos países, los servicios públicos se rigen por una rama especial del derecho conocida como “derecho administrativo” (véase el capítulo I, “Consideraciones legislativas de carácter general” párrs. 12 a 15). Sin embargo, no todos los ordenamientos le asignan tan alta especificidad y en algunos países no se considera que los servicios públicos, pese a ser objeto de reglamentos especiales, sean intrínsecamente distintos de otras actividades comerciales.

13. Para los fines de la presente *Guía*, el término “servicios públicos” se refiere a servicios prestados en relación con alguna infraestructura pública o como resultado de su explotación. Los términos “servicio público” “proveedor de un servicio público” se refieren a la entidad jurídica que se hace cargo de la gestión de los sistemas o instalaciones de infraestructura que prestan esos servicios públicos. En la presente *Guía* no se debe atribuir a esos términos el significado técnico que tal vez posean en algún ordenamiento jurídico.

c) “Concesión”

14. En muchos países, los servicios públicos son monopolio del Estado o son objeto de algún reglamento administrativo especial. De ser ese el caso, la prestación de un servicio público por una entidad privada requerirá normalmente una autorización emitida por el órgano competente de ese Estado. El derecho interno designa con diversos términos esa autorización y en algunos ordenamientos se utilizan diversos términos para designar diversos tipos de autorización: “concesión”, “franquicia”, “licencia” son términos usuales al respecto. En algunos

ordenamientos, especialmente de tradición romanista, se designan ciertos proyectos de infraestructura por términos bien definidos como “concesión de obras públicas” o “concesión de servicio público”.

15. La *Guía* utiliza el término “concesión” para designar en general el derecho otorgado al consorcio o a la compañía del proyecto para construir y explotar, o únicamente para explotar, una infraestructura pública, y para cobrar una tarifa por su empleo o por la utilización de los servicios que con ella se prestan. Para los fines de la presente *Guía*, no se debe asignar al término “concesión” ningún significado técnico preciso que tal vez posea en el derecho interno de algún país.

d) “Construcción-explotación-traspaso (CET)” y otros términos conexos

16. A veces se utilizan diversas siglas para referirse a diversos tipos de proyectos de infraestructura con financiación privada, y esa variación suele reflejar el régimen de propiedad de la infraestructura considerada o la índole de la participación privada en el proyecto.

17. Se dice que un proyecto de infraestructura es un proyecto de “construcción-explotación-traspaso” (CET) cuando la autoridad competente del país anfitrión selecciona a una entidad privada para financiar y construir un sistema o una instalación de infraestructura y concede a esa entidad el derecho de explotar comercialmente ese sistema o instalación durante un cierto período, al final del cual la infraestructura y el derecho de explotarla retornarán al Estado anfitrión. En esos proyectos, la autoridad del país anfitrión suele retener la propiedad de la instalación y del terreno sobre el que está construida durante toda la vida del proyecto. Se designan a veces por el término “construcción-traspaso-explotación” (CTE) para indicar claramente que la instalación de infraestructura pasará a ser propiedad del país anfitrión en el instante mismo de completarse su construcción adjudicándose a la compañía del proyecto el derecho de explotar la instalación durante cierto período. Una variante de los proyectos CET o CTE son los proyectos de “construcción-arriendo-explotación-traspaso” (CAET), en los que, además de las obligaciones y condiciones habituales de los proyectos CET, la entidad privada toma en arrendamiento los bienes físicos en los que está ubicada la instalación durante todo el período del acuerdo.

18. En los proyectos de “construcción-posesión-explotación-traspaso” (CPET) una entidad privada se hace cargo de financiar, construir, explotar y mantener una determinada infraestructura a cambio de poder cobrar cierta tarifa u otras cargas a los usuarios. A diferencia de los proyectos CET, en virtud de este tipo de acuerdo la entidad privada será propietaria de la instalación y de sus bienes hasta su traspaso al país anfitrión. Ahora bien, las partes pueden convenir en que la entidad privada disfrutará sin interrupción de la propiedad de la instalación y no estará obligada a traspasarla al país huésped, en cuyo caso se designa al arreglo como proyecto de “construcción-explotación-posesión” (CEP).

19. Además de las siglas utilizadas para realzar algún régimen de propiedad particular, se utilizan otras siglas para realzar una o varias de las obligaciones de la compañía del proyecto. En algunos proyectos, se traspasan obras de infraestructura a entidades privadas que se encargarán de modernizarlas o reacondicionarlas, y de explotarlas y mantenerlas con carácter permanente o por un cierto plazo. Según que la entidad privada posea o no la instalación de infraestructura, se designa a esos arreglos como de “reacondicionamiento-explotación-traspaso” (RET) o de “modernización-explotación-traspaso” (MET), en el primer caso; o de “reacondicionamiento-explotación-posesión” (REP) o de “modernización-explotación-posesión” (MEP), en el segundo caso. Se utiliza en ocasiones el término “diseño-construcción-financiación-explotación” (DCF) para realzar la responsabilidad adicional de la entidad privada en lo relativo al diseño de la instalación y a la financiación de su construcción.

20. En ocasiones se engloba a todas las operaciones y formas posibles de los proyectos de infraestructura anteriormente descritas son englobadas bajo las siglas “CET”. En la *Guía* se reservarán, no obstante, las siglas “CET” para referirse únicamente al tipo especial de proyectos de infraestructura que se describe en el párrafo 17.

e) “Acuerdo del proyecto”, “consorcio del proyecto”, “compañía del proyecto”

21. Por “acuerdo del proyecto” la *Guía* se refiere a un acuerdo, entre la autoridad competente del país anfitrión y la entidad o entidades privadas que esa autoridad seleccione para llevar a cabo el proyecto, en el que se estipulan las cláusulas o condiciones contractuales para la construcción o la modernización, y para la explotación y el mantenimiento de la infraestructura. La *Guía* ha evitado utilizar términos que sean propios de ciertos ordenamientos para designar este tipo de acuerdo, como p. ej., “acuerdo de concesión”, o “contrato de concesión”.

22. El término “consorcio del proyecto” se refiere a todo grupo de sociedades que presenten una propuesta conjunta para el desarrollo de un proyecto de infraestructura y que convengan en llevarlo a cabo conjuntamente, caso de serles adjudicado el proyecto por la autoridad del país anfitrión.

23. El término “compañía del proyecto” se utiliza para referirse a la entidad jurídica independiente especialmente establecida por el consorcio del proyecto con la finalidad de llevar a cabo las obras y de explotar la instalación o el servicio de infraestructura.

24. Cuando en el texto de la *Guía* se menciona expresamente el hecho de haberse otorgado una concesión al consorcio o a la compañía del proyecto (es decir, el derecho a construir o explotar la infraestructura anteriormente definida en el párrafo 15), tal vez se utilice el término “concesionario” para designar a ese consorcio del proyecto o a esa compañía del proyecto. El término “concesionario” se utiliza también a veces en la *Guía* para designar genéricamente entidades que explotan una infraestructura pública en virtud de una concesión otorgada por el Estado anfitrión.

f) Referencias a las autoridades nacionales

25. El término “autoridad [competente] del país anfitrión” se utiliza a lo largo de la *Guía* para referirse al órgano que asume la responsabilidad global del proyecto y en cuyo nombre se adjudique el proyecto. Esa autoridad puede ser de ámbito nacional, provincial o local.

26. Se utiliza en la *Guía* el término “órgano regulador” para referirse al órgano estatal o a la entidad pública que goza de autoridad para dictar reglamentos u otras normas por las que se rija la explotación de la infraestructura. Ese órgano regulador puede ser establecido por ley con la finalidad expresa de regular el sector en el que opere la infraestructura.

27. Se utiliza en la *Guía* el término “autoridad adjudicadora” para referirse al órgano, organismo o dependencia de la administración pública del país anfitrión que se encarga de seleccionar al concesionario. Según cual sea el sistema imperante en el país anfitrión, es posible que intervengan más de una entidad o dependencia estatal en el proceso de selección y en los trámites conducentes a la adjudicación del proyecto.

g) “Contratación pública” y “procedimientos de selección”

28. Se utiliza en la *Guía* el término “contratación pública” para referirse en general a toda adquisición por la administración pública, efectuada de modo sistemático pero a título comercial, de los bienes o servicios que requiere para llevar a cabo sus funciones o para cumplir sus objetivos. Esa actividad suele regirse por una normativa especial conocida por el término de “régimen de la contratación pública”. El término “contratación pública” suele referirse a actividades de compra o adquisición, por lo que no aparece el término indicado para referirse a la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada. Para mayor claridad, la *Guía* utiliza el término “procedimientos de selección” para referirse al procedimiento seguido por la administración pública para adjudicar el derecho a construir y explotar un proyecto de infraestructura.

h) Contrato llave en mano; contrato de diseño y construcción

29. Se utiliza en la *Guía* el término “contrato llave en mano” para referirse a un contrato de construcción por el que un contratista o consorcio de contratistas se encarga de llevar a cabo todas las obligaciones requeridas para completar la totalidad de la obra, es decir, la transferencia de la tecnología, el suministro del equipo y de los materiales, la instalación del equipo y el cumplimiento de toda otra obligación en materia de construcción (obras de construcción o de ingeniería civil)². En un contrato llave en mano, el contratista se suele obligar a efectuar todos los trabajos requeridos para que el comprador reciba la instalación en condiciones que le permitan ponerla en funcionamiento. Se habla de un contrato “llave en mano de diseño y construcción” cuando la entidad constructora se hace cargo también del diseño de la infraestructura.

B. Información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura

30. En las secciones siguientes se examinan las cuestiones básicas de los proyectos de infraestructura con financiación privada, tales como la participación del sector privado en la infraestructura pública y el concepto de financiación del proyecto. Se definen con más detalle las principales partes que intervienen en esos proyectos y sus intereses respectivos, y se describe brevemente la evolución de un proyecto de infraestructura con financiación privada. Estas secciones se han de ver como resúmenes de información general sobre asuntos que se examinan desde una perspectiva legal en ulteriores capítulos de la presente *Guía*. El lector que desee obtener información adicional debe consultar publicaciones de otras organizaciones internacionales como la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI)³, el Banco Mundial⁴ o la Corporación Financiera Internacional⁵.

1. Sector privado e infraestructura pública

31. Las respectivas funciones del sector público y del sector privado en el desarrollo de la infraestructura han evolucionado considerablemente a lo largo de la historia. Servicios públicos como el alumbrado callejero con gas, la distribución de energía, la telegrafía y telefonía, el ferrocarril de vapor, los tranvías eléctricos fueron iniciados en el siglo XIX por empresas privadas que obtuvieron una licencia o concesión de una autoridad pública. En ese tiempo se llevaron a cabo numerosos proyectos de construcción de carreteras o canales con financiación privada, y se desarrolló rápidamente la financiación internacional de proyectos, por métodos que incluían la oferta internacional de obligaciones para financiar ferrocarriles y otras grandes obras de infraestructura.

32. Ahora bien, durante la mayor parte del siglo XX la tendencia internacional ha vuelto a ser hacia la prestación pública de los servicios de infraestructura y de otra índole. Las empresas de infraestructura fueron frecuentemente nacionalizadas y se redujo la competencia mediante prácticas de fusión y compra de empresas. Durante este período, retrocedió asimismo el grado de apertura de la economía mundial. El sector de la infraestructura siguió siendo explotado por empresas privadas en un número relativamente pequeño de países, pero con escasa o ninguna competencia. En muchos países este predominio del sector público sobre en todo lo relativo a la prestación de

² La noción de contrato llave en mano se examina en la *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales*, Nueva York, 1988, publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.87.V.10 (denominada en adelante “*Guía Jurídica de la CNUDMI para la Construcción*”), págs. 16 y 17.

³ *UNIDO BOT Guidelines* (véase la nota 1).

⁴ Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, *World Development Report 1994 - Infrastructure for Development*, Washington, D.C., 1994; *World Development Report 1996 - From Plan to Market*, Washington, D.C., 1996.

⁵ Corporación Financiera Internacional, *Financing Private Infrastructure*, Washington, D.C., 1996.

servicios de infraestructura llegó a estar consagrado en la propia constitución (véase capítulo I, “Consideraciones legislativas de carácter general”, párrs. 1 a 4).

33. La tendencia inversa actual hacia una mayor participación y competitividad privada en los sectores de infraestructura se inició a comienzos del decenio de 1980 y se ha visto impulsada por factores tanto generales como peculiares a determinados países. Entre los factores generales cabe señalar los siguientes: innovaciones tecnológicas significativas; fuerte endeudamiento y severas limitaciones presupuestarias que han limitado la habilidad del sector público para atender las crecientes necesidades de infraestructura; el fortalecimiento de los mercados de capital locales e internacionales que ha mejorado el acceso a la financiación privada; así como un creciente número de éxitos internacionales en proyectos de infraestructura que se han abierto a la competencia y participación del sector privado.

34. En años recientes, entidades privadas han llevado a cabo diversos proyectos para el desarrollo de nuevas infraestructuras. Además, son muchos los países que han puesto en marcha importantes programas de privatización para el traspaso de empresas de servicios públicos a empresarios privados. En muchos países se han promulgado nuevas leyes que regulan estas operaciones y modifican además la estructura del mercado y el régimen de la competencia aplicable en el sector de que se trate (véase capítulo II, “Estructura y reglamentación del sector“, ___).

2. Participación del sector privado

35. La evolución reciente muestra que la participación del sector privado en proyectos de infraestructura puede adoptar muy diversas formas desde los proyectos de infraestructura de propiedad pública y explotados por la administración pública a los proyectos plenamente privatizados. En los párrafos siguientes se examinan las tres variantes más importantes: a) propiedad y explotación pública; b) propiedad pública y explotación privada; y c) propiedad y explotación privada. La idoneidad de una variante determinada para un tipo dado de infraestructura es un asunto que la autoridad adjudicadora deberá examinar a la luz de las necesidades nacionales de infraestructura y de una evaluación de la modalidad de desarrollo y explotación más eficiente para cada tipo de infraestructura. En cada sector cabe recurrir a más de una opción⁶.

a) Propiedad y explotación pública

36. La modalidad tradicional de prestación de los servicios de infraestructura ofrece un margen reducido o nulo para la participación del sector privado, al ser la infraestructura propiedad de la administración pública que se encarga además de explotarla. Ahora bien, algunos países han ideado mecanismos para atraer financiación privada directa o para facilitar la explotación de infraestructuras públicas conforme a principios comerciales.

37. Una forma de conseguirlo sería la de establecer una entidad jurídica independiente, como sería una sociedad anónima, controlada por la administración pública pero administrada como una empresa comercial privada independiente que se rige por las mismas reglas y principios comerciales que las empresas privadas. Algunos países poseen una larga tradición en la explotación de una infraestructura nacional por medio de este tipo de empresas. La apertura del capital social de estas empresas a la inversión privada, o el aprovechamiento de la capacidad de estas empresas para emitir obligaciones u otros títulos puede crear oportunidades para atraer inversiones privadas a la infraestructura. Algunas de estas empresas o sociedades han sido utilizadas como “vehículos de captación” para la canalización de fondos privados hacia proyectos de infraestructura.

⁶ Para un examen más detallado de cada una de esas variantes, véase Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, *World Development Report 1994 - Infrastructure for Development*, págs. 8 a 9.

38. Otra forma de atraer la participación privada a infraestructuras de propiedad y explotación pública consiste en la negociación de “contratos de servicios” por los que la empresa pública encomienda al sector privado determinadas operaciones y actividades de mantenimiento. La autoridad competente puede que también encargue una amplia gama de actividades de mantenimiento y de operaciones de funcionamiento a una entidad privada que actúe en nombre de la autoridad competente. En virtud de este arreglo, que se designa a veces por el término “contrato de gestión”, la remuneración de la empresa gestora privada puede estar vinculada a su ejecución comercial, por medio de un mecanismo de participación en los beneficios, aun cuando se utilizan también sistemas de remuneración basados en una tarifa fija, especialmente en casos en los que las partes no se ponen de acuerdo sobre un mecanismo mutuamente aceptable para evaluar los resultados de la empresa gestora.

b) Propiedad pública y explotación privada

39. Existen diversas formas por las que cabe traspasar la explotación total de infraestructuras públicas a entidades privadas. Una de ellas es la de otorgar a la entidad privada, habitualmente por un plazo fijo, el derecho a utilizar determinada infraestructura, prestar los servicios pertinentes y cobrar las sumas reportadas por esa actividad. Esa infraestructura puede que ya existiera o puede que haya sido construida expresamente por la entidad privada interesada, al igual que en un típico proyecto de “construcción-explotación-traspaso” (CET) (véase párr. 18, *supra*). Esta combinación de propiedad pública y explotación privada reúne los rasgos característicos de los arreglos conocidos en algunos ordenamientos por términos como los de “concesiones de obras públicas” o “concesiones de servicios públicos” (véase capítulo I, “Consideraciones legislativas de carácter general”, párr. 12).

40. Otra forma de participación privada en proyectos de infraestructura es la que se da cuando la autoridad competente selecciona una entidad privada para explotar una obra pública construida por la autoridad competente o en su nombre, o cuya construcción ha sido financiada con fondos públicos. En virtud de un tal arreglo, la empresa privada asume la obligación de explotar y mantener la infraestructura y se le concede el derecho de cobrar una tarifa por los servicios prestados. En esos casos, el empresario asume la obligación de pagar a la autoridad adjudicadora una porción de los ingresos generados por la infraestructura y que la autoridad adjudicadora destinará a amortizar el costo de la construcción. Estos arreglos se designan en algunos ordenamientos por términos como el “arriendo”, “*lease*” o “*affermage*”.

41. La índole de los derechos de la entidad privada sobre el equipo y los bienes adjuntos en la infraestructura, así como el régimen de explotación de esa infraestructura (ya sea contractual o dimanante de una “licencia” unilateral) puede variar mucho de un ordenamiento jurídico a otro (véase capítulo I, “Consideraciones legislativas de carácter general”, párrs. 12 a 15). En cierto número de países algunos tipos de infraestructuras de propiedad pública son raras y recuperados por la autoridad adjudicadora al final del período de la concesión ya que esa autoridad suele preferir que la infraestructura siga explotándose como entidad privada. En esos casos, la posesión y explotación privada de bienes públicos, adjudicada inicialmente por un plazo fijo, puede convertirse, en la práctica en indefinida (véase el capítulo IX, “Duración, prórroga y terminación anticipada del proyecto de acuerdo”, ___).

c) Propiedad y explotación privada

42. La tercera modalidad básica supone que la entidad privada no sólo explota la infraestructura sino que es además propietaria de sus componentes. Aquí también las diferencias en el derecho interno pueden ser notables, por ejemplo, en lo relativo a si la administración pública retiene el derecho a reclamar la titularidad de la propiedad sobre la infraestructura o a hacerse cargo de su explotación (véase capítulo I, “Consideraciones legislativas de carácter general”, párrs. 16 a 19).

43. Cuando la infraestructura es explotada bajo licencia pública, la propiedad privada de los componentes físicos (por ejemplo, de una red de telecomunicaciones) suele ser separable de la licencia otorgada para la prestación de ese

servicio al público (p. e., servicios de telefonía a larga distancia), al estar facultada la autoridad competente para retirar la licencia, caso de darse alguna circunstancia. Por ello, la propiedad de la infraestructura puede no dar a la entidad privada un derecho indefinido a prestar ese servicio.

3. Financiación de proyectos de infraestructura

44. Cada vez va siendo mayor el papel desempeñado por formas de financiación del desarrollo de la infraestructura distintas de la financiación pública tradicional. En diversos países se han efectuado últimamente inversiones en proyectos de infraestructura con cargo a fuentes de financiación predominante o exclusivamente privadas. Las dos variantes principales son la financiación con créditos, habitualmente en forma de préstamos negociados en los mercados comerciales, y la toma de participaciones en el capital social del proyecto. Ahora bien, existen otras formas de financiación y se han combinado a menudo formas de financiación privada y públicas en arreglos denominados a veces “arreglos de capital mixto” o “semiprivados”.

a) Capital social

45. Una primera categoría de fondos invertidos en proyectos infraestructura son los fondos aportados en forma de inversiones en el capital social de la compañía del proyecto. Ese capital social procede en primer lugar de aportaciones de los miembros del consorcio del proyecto o de inversionistas individuales interesados en adquirir participaciones en la compañía del proyecto. Ahora bien, las inversiones en capital social suelen suponer una porción tan sólo del costo de un proyecto de infraestructura. Para obtener préstamos comerciales o para tener acceso a otras fuentes de financiación que cubran las necesidades de capital del proyecto, los miembros del consorcio del proyecto y otros inversionistas tendrán que ofrecer prelación al pago de esos prestamistas y demás proveedores de capital, aceptando así que el pago de su propia inversión sea relegado hasta después del reembolso de esos otros proveedores de capital. Por ello, los miembros del consorcio del proyecto aceptan, en su calidad de principales promotores del mismo, el mayor riesgo financiero, pero ellos serán también los que obtengan una participación mayor en los beneficios del proyecto, una vez que la inversión inicial haya sido reembolsada. Tanto la autoridad adjudicadora del país huésped como los prestamistas suelen observar con agrado el que las sociedades participantes en el consorcio del proyecto efectúen una inversión importante en su capital social, ya que ello reduce la carga del servicio de la deuda sobre el flujo de tesorería de la compañía del proyecto y garantiza en cierto modo el compromiso contraído por esas sociedades respecto del proyecto.

b) Créditos comerciales

46. El capital prestado suele constituir la principal fuente de financiación de los proyectos de infraestructura. Ese capital se obtiene primordialmente en los mercados financieros mediante préstamos otorgados a la compañía del proyecto por bancos comerciales nacionales o extranjeros, que suelen utilizar fondos procedentes de depósitos a corto o mediano plazo remunerados por esos bancos a tipos de interés flotante. Por consiguiente, los créditos otorgados por los bancos comerciales están a menudo sujetos a un tipo de interés flotante y su plazo de vencimiento suele ser inferior a la vida del proyecto. Ahora bien, de ser viable y rentable, en las condiciones del mercado financiero, los bancos tal vez prefieran reunir y prestar fondos a plazo mediano o largo y a tipos de interés fijo, a fin de no exponerse ellos ni exponer a la compañía del proyecto a las fluctuaciones del tipo de interés durante un prolongado período, evitando además la necesidad de operaciones de cobertura.

47. Dada la magnitud de la inversión requerida para proyectos de infraestructura con financiación privada, los créditos se suelen a menudo organizar en forma de créditos “indicados” en los que uno o más bancos asumen la tarea de negociar la documentación financiera en nombre de las demás instituciones financieras participantes, en su mayoría bancos comerciales.

48. Los créditos comerciales suelen ser otorgados por los prestamistas con la condición de que su pago goce de precedencia sobre el pago de toda otra obligación del prestatario. Los préstamos comerciales suelen ser denominados créditos “preferentes” o “no subordinados”. Los créditos preferentes se dividen en “garantizados” “no garantizados” según que su pago esté o no respaldado por una garantía dada por el prestatario. Los créditos no garantizados (es decir no respaldados por una garantía del prestatario) suelen ser otorgados en razón de la solvencia del prestatario. Ahora bien, a fin de minimizar su riesgo, los prestamistas que otorgan créditos no garantizados suelen exigir una promesa del prestatario de que no pignorara sus activos netos en favor de otra parte con preferencia a los acreedores no garantizados (esa promesa suele denominarse “promesa de no constituir gravámenes”). Los créditos financieros garantizados suelen estar respaldados por garantías aportadas por el prestatario, tales como acciones de la compañía del proyecto o sus bienes y créditos por cobrar. La presentación por el prestatario de ese tipo de garantías, así como su solvencia y la de sus garantes limitará normalmente el riesgo de los prestamistas y reducirá, por ello, el costo del crédito financiero ofrecido.

c) Deuda de pago “subordinado”

49. El tercer tipo de fondos normalmente utilizado en estos proyectos son los préstamos o créditos de pago “subordinado” denominados a veces capital “de entresuelo” (“*mezzanine capital*”). Estos préstamos gozan de prelación sobre el capital social pero su pago está subordinado al pago previo de los préstamos o créditos preferentes. Esta subordinación puede ser general (créditos de prelación inferior a la de todo crédito preferente) o específica, cuando el acuerdo de préstamo expresamente indica el tipo de créditos a cuyo previo pago el préstamo estará subordinado. Los créditos subordinados suelen otorgarse a tipos de interés fijo, y por lo general más elevados que los de los créditos preferentes. Como estímulo adicional para atraer esa forma de capital, o a veces como sucedáneo de tipos de interés más altos, se ofrece a los proveedores de créditos subordinados una participación directa en las ganancias del capital, mediante la emisión de acciones convertibles o preferentes o de obligaciones, ofreciéndose a veces a estos prestamistas una opción para suscribir acciones de la compañía del proyecto a precios preferenciales.

50. Los créditos subordinados pueden ser proporcionados por los accionistas de la compañía del proyecto, a forma de suplemento de su inversión en el capital social o pueden proceder de otras fuentes, tales como instituciones financieras del Estado, entidades financieras, fondos de inversión y otros “inversionistas institucionales” como compañías de seguros, planes de inversión colectiva (p. ej., fondos mutuos) o cajas de pensiones. Estas instituciones suelen disponer de grandes sumas para su inversión a largo plazo y pueden suponer una importante fuente de capital adicional para los proyectos de infraestructura. Su principal razón para aceptar el riesgo de aportar capital a proyectos de infraestructura es la perspectiva de ser remunerados y el interés que tengan en diversificar sus inversiones. Por lo general, los inversionistas institucionales sólo participan financieramente en el desarrollo del proyecto o en la explotación de la infraestructura.

d) Financiación en el mercado de capitales

51. Al adquirirse más experiencia en los proyectos de infraestructura con financiación privada, se va recurriendo más a su financiación en el mercado de capitales. En el mercado de capitales se pueden obtener fondos mediante la colocación de obligaciones y otros títulos negociables en una bolsa de renombre. La oferta pública de títulos negociables suele requerir la aprobación de un órgano regulador y el cumplimiento de los requisitos legales del lugar, tales como requisitos de información en el prospecto de emisión y, en algunos lugares, la inscripción previa en un registro. Las obligaciones y otros títulos negociables pueden emitirse sin otra garantía que el crédito general de la entidad emisora o pueden ser respaldados por hipotecas u otros gravámenes constituidos sobre determinados bienes.

52. La posibilidad de obtener acceso a los mercados de capital suele ser mayor para servicios públicos existentes con un expediente comercial conocido que para empresas especialmente establecidas para la construcción y

explotación de infraestructuras nuevas cuya solvencia crediticia no es conocida. De hecho, algunas bolsas exigen que el expediente presentado por la sociedad emisora cubra un plazo mínimo para que se le pueda autorizar a emitir títulos negociables.

e) Financiamiento por instituciones financieras islámicas

53. Un grupo adicional de posibles proveedores de capital son las instituciones financieras islámicas. Esas instituciones operan con reglas y prácticas dimanantes de la tradición jurídica islámica. Uno de los rasgos prominentes de esas actividades bancarias es la ausencia del pago de intereses, y por consiguiente el establecimiento de otras contraprestaciones para el dinero prestado, tales como una participación en los beneficios o la participación directa de las instituciones financieras en los resultados de las operaciones de sus clientes. Como resultado de sus métodos operacionales, las instituciones financieras islámicas suelen ser más propensas a aceptar participaciones directas o indirectas en el capital social de un proyecto que los demás bancos comerciales. Al mismo tiempo, esas instituciones financieras insistirán normalmente en examinar los supuestos financieros y económicos de los proyectos que se desee financiar y en seguir de cerca todas las fases de su puesta en práctica.

f) Financiación por instituciones financieras internacionales

54. Las instituciones financieras internacionales pueden desempeñar también un papel importante como proveedoras de préstamos o de garantías a proyectos de infraestructura con financiación privada, o invirtiendo en su capital social. El Banco Mundial, la Corporación Financiera Internacional y los bancos de desarrollo regionales han financiado conjuntamente diversos proyectos.

55. Esas instituciones juegan también, a veces, un papel directivo en la “sindicación” de los préstamos otorgados a un proyecto. Algunas de ellas poseen programas crediticios especiales por los que asumen el papel de único “prestamista consignado” de un proyecto, que actúa en nombre propio y de los bancos participantes, al hacerse cargo de la tramitación de los desembolsos de los demás prestamistas y de la recaudación y reparto de los reembolsos subsiguientes del prestatario, con arreglo a lo estipulado en algún acuerdo concertado al efecto o en virtud de algún derecho dimanante de su condición de acreedor preferente. Algunas instituciones financieras internacionales proporcionan también fondos para su inversión en capital social o en “capital de entresuelo” (*mezzanine capital*), invirtiendo en fondos bursátiles especializados en títulos valores emitidos por empresas de infraestructura.

56. Las instituciones financieras internacionales pueden proporcionar asimismo garantías contra diversos riesgos políticos, entre otros los de expropiación o nacionalización, así como contra el riesgo de incumplimiento por la administración pública del país anfitrión de lo convenido en materia de pagos (caso de suministrar la compañía del proyecto bienes o servicios a alguna entidad pública), o en materia de disponibilidad oportuna de divisas o concesión de los permisos reglamentarios requeridos. La cobertura otorgada por estos tipos de garantía puede facilitar la labor de la compañía del proyecto en la búsqueda de fondos en el mercado financiero internacional.

g) Respaldo de los servicios de crédito a la exportación

57. Los servicios de crédito a la exportación pueden dar su respaldo al proyecto otorgándole préstamos o garantías, o ambas cosas a la vez. Esos servicios pueden ofrecer diversas ventajas, tales como: tipos de interés más bajos que los aplicados por los bancos comerciales y plazos de vencimiento más prolongados, que a veces se otorgan a un tipo de interés fijo. Sin embargo, la cobertura de seguros u otras formas de subvención de los servicios de crédito a la exportación suelen estar vinculadas a la compra de equipo fabricado en el propio país o que contenga una tasa mínima de componentes nacionales.

h) Financiación pública y privada combinada

58. Además de los préstamos y garantías otorgados por bancos comerciales o por instituciones financieras públicas nacionales o multilaterales, en ocasiones se han combinado fondos públicos y privados para financiar nuevos proyectos. Esos fondos públicos pueden financiarse con ingresos del Estado o con cargo a la deuda pública, y se combinan a veces con fondos privados para constituir el capital inicial del proyecto o para suministrar fondos al proyecto en forma de pagos a largo plazo, o pueden adoptar la forma de concesiones o de garantías públicas (véase el capítulo 5, “Respaldo público”, ___).

59. Los proyectos de infraestructura pueden ser copatrocinados por entidades públicas mediante la suscripción de participaciones en el capital social de la compañía del proyecto, con lo que se reduce la cuantía del capital social y de capital prestado que ha de financiarse con cargo a fuentes privadas. Es posible también que se le cedan terrenos a la compañía del proyecto, a título de fuente adicional de ingresos (por ejemplo, estaciones de servicio o zonas de venta adosadas a una carretera de peaje). Tratándose de nuevas infraestructuras, cabe mitigar los riesgos a que se expone la entidad privada mediante concesiones complementarias para la explotación de infraestructuras ya existentes (p. ej. una concesión para la explotación de un puente de peaje ya existente puede complementar la concesión que se desee hacer para la construcción y explotación de un nuevo puente).

60. En algunos casos, la autoridad competente se compromete a efectuar pagos directos a la compañía del proyecto con miras a estimular la inversión en proyectos que se estimen de fuerte riesgo. Por ejemplo, es posible que el sector privado se sienta reacio a invertir en nuevas carreteras de peaje por considerar que las previsiones de tráfico, por muy profesionales que sean, suelen ser inciertas y dependen de factores difícilmente previsibles. Para atraer inversiones a un nuevo proyecto que se juzgue de interés público, algunos países han introducido un sistema de pago directo por la autoridad competente de una suma convenida, calculada, por ejemplo, en función de una estimación del tráfico. Cabe también convenir en un sistema de pagos netos para el supuesto de infraestructuras de escaso rendimiento comercial (p. ej. estaciones y tendido de una red ferroviaria, alcantarillado y tratamiento de las aguas residuales).

61. El respaldo oficial suele estar justificado por el interés público en desarrollar la infraestructura que el sector privado no estaría dispuesto a desarrollar sin alguna forma de apoyo financiero. Se arguye además, que aun cuando necesite un cierto apoyo financiero público, la inversión privada en infraestructura reduce notablemente los gastos públicos y las subvenciones por lo demás requeridas, caso de no haber inversión privada. Por ello, estas formas de respaldo público directo no se consideran incompatibles con el concepto de financiación privada de la infraestructura. Ahora bien, se han criticado algunas formas de respaldo financiero ofrecidas por las autoridades como constitutivas de incentivos incompatibles con los principios de una explotación privada de la infraestructura y conducentes a prácticas de mala gestión (véase capítulo V “Respaldo público”, ___).

4. Partes que intervienen en proyectos de infraestructura

62. Las partes en un proyecto de infraestructura varían mucho según cuáles sean el sector de infraestructura considerado, la modalidad de participación del sector privado seleccionada y los arreglos financieros del proyecto. En los párrafos siguientes se describen las partes en un típico proyecto de construcción y explotación de una nueva infraestructura con financiación privada, llevado a cabo según la modalidad de “financiación por el propio proyecto”⁷.

⁷ La presente sección examina determinadas cuestiones que surgen en diversas fases de un proyecto de infraestructura con financiación privada. El lector podrá obtener más información, especialmente en lo relativo al análisis de las cuestiones económicas, financieras y de gestión, consultando la literatura general sobre este tema, tales como las *UNIDO BOT Guidelines* (Directrices de la ONUDI para los proyectos CET).

a) La autoridad competente del país anfitrión

63. La ejecución de un proyecto de infraestructura con financiación privada involucra a menudo a cierto número de autoridades del país anfitrión. La autoridad adjudicadora y principal responsable del proyecto en el Estado anfitrión puede ser una autoridad de ámbito nacional, provincial o local. La ejecución del proyecto puede, a su vez, requerir la participación activa (p. ej. para la emisión de licencias o permisos) de otros órganos públicos distintos de la autoridad adjudicadora y situadas al mismo o a distinto nivel de la administración pública. Estas autoridades (como se indicó en el párrafo 25, la *Guía* se refiere colectivamente a ellas por el término de “autoridad [competente] del país anfitrión”) desempeñan una función crucial en la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada.

64. La autoridad del país anfitrión identifica normalmente el proyecto conforme a su propia política en materia de desarrollo de infraestructura para el sector considerado y determina el tipo de participación privada que permitirá una explotación más eficiente de la infraestructura. A continuación, esa autoridad inicia el proceso que lleva a la selección del concesionario. Más aún, a lo largo de la vida del proyecto, es posible que la autoridad competente del país anfitrión haya de proporcionar diversas formas de apoyo -legislativo, administrativo, regulatorio y en ocasiones financiero- para conseguir que la infraestructura se construya y se explote como es debido. Por último, en algunos proyectos es posible que la autoridad adjudicadora pase a ser la propietaria definitiva de la infraestructura.

65. La autoridad del país anfitrión tiene un interés legítimo en cerciorarse de que el proyecto se ejecuta como es debido y de que en la construcción se están observando las normas técnicas y de calidad aplicables. Por ello, esa autoridad se reserva normalmente el derecho de supervisar la ejecución del proyecto, en cuya tarea es posible que intervengan los cargos públicos competentes en la materia de distintos ministerios y dependencias, lo que requerirá cierto nivel de coordinación entre ellos. Por ello, convendría designar un organismo, comité o cargo público que a la autoridad para coordinar todos los procedimientos de supervisión relativos al proyecto (véase capítulo I, “Consideraciones legislativas de carácter general”, párrafos 22 a 27).

66. La autoridad adjudicadora estará también interesada en recibir una infraestructura de alta calidad que beneficie a la economía nacional, al prestar servicios necesarios al país. La autoridad del país anfitrión puede tener también interés en crear oportunidades de empleo para los trabajadores locales o en obtener tecnología avanzada para el proyecto. Esos objetivos se reflejan a veces en las disposiciones legales o contractuales relativas a la transferencia de tecnología o en los márgenes de preferencia otorgados a las empresas que se comprometen a contratar a personal local.

67. La autoridad del país anfitrión habrá de rendir cuentas al público y estará por ello interesada en comprobar que la infraestructura es explotada eficientemente y de conformidad con su política global para el sector. Además de evaluar las calificaciones, la autoridad adjudicadora examinará cuidadosamente la composición del consorcio del proyecto, para cerciorarse de su plena dedicación al proyecto en todas sus fases (véase capítulo III, “Selección del concesionario”, párrs. 36 a 38). Las cuestiones que afecten al público, tales como la calidad y continuidad de los servicios prestados, la protección ambiental, el nivel de tarifas o el respeto de las normas de seguridad y sanitarias, son cuestiones de particular interés para la autoridad del país anfitrión. Por ello, esa autoridad deseará retener cierto derecho de control sobre la explotación del proyecto, cuando a veces a través de un órgano regulador especial o vigilando la observancia de las condiciones impuestas por el acuerdo del proyecto (véase capítulo VII, “Etapa de explotación”, ___).

b) La compañía del proyecto y sus accionistas

68. El grueso de las inversiones en el proyecto, en términos de recursos monetarios, materiales y de mano de obra, se destina a la construcción, ampliación o renovación de la infraestructura. Por ello, el consorcio del proyecto suele

incluir a empresas de construcción y de ingeniería y a proveedores de equipo pesado interesados en convertirse en los principales contratistas o proveedores del proyecto. Ambos tipos de empresa participarán activamente en el desarrollo del proyecto durante su fase inicial y su mutua colaboración y acierto otros socios de fiar serán factores esenciales en orden a la terminación puntual y con éxito de las obras. Ahora bien, la propia índole de su negocio hace que las empresas de construcción y los proveedores de equipo se sientan a menudo incómodo con participaciones a largo plazo en el capital social de un proyecto. Por ello, tratarán de involucrar a una empresa con experiencia en la explotación y mantenimiento del tipo de infraestructura que se está construyendo. La presencia de una o más empresas de esta índole podrá ser alentada o incluso requerida por la autoridad del país anfitrión como garantía de que se examinará debidamente la viabilidad técnica y financiera del proyecto en todas sus fases, y no únicamente durante el período de construcción.

69. Para los accionistas de la compañía del proyecto es importante que la rentabilidad de su inversión sea proporcional al nivel del riesgo que hayan de asumir. Además de aspectos comerciales, como la rentabilidad del proyecto, la seguridad jurídica ofrecida para las inversiones por el país anfitrión será un factor importante en las decisiones de una empresa de invertir en determinado proyecto (véase lo relativo a la necesidad de un marco jurídico favorable para la inversión privada en infraestructura, en el capítulo I, “Consideraciones legislativas de carácter general”, párrs. 28 a 62). Esas empresas desearán en particular que se les den seguridades de que sus inversiones estarán amparadas de toda medida confiscatoria o expropiadora. Las empresas extranjeras desearán asimismo que se les garantice que podrán convertir en divisas sus ingresos en moneda local y que podrán repatriar o llevarse al extranjero sus beneficios y su inversión residual una vez expirado el plazo del proyecto (véase el capítulo V, “Respaldo público”, ___).

70. Las sociedades participantes en el consorcio del proyecto suelen establecer una sociedad aparte con capacidad jurídica autónoma, sus propios bienes y su propia gestión para la finalidad expresa de llevar a cabo el proyecto (véase el capítulo IV, “Conclusión y condiciones generales del acuerdo del proyecto”, párrs. 22 a 34). Es relativamente sencillo conferir todos los derechos, bienes y obligaciones del proyecto a una única entidad jurídica independiente. Con arreglo a ese modelo cabe limitar la participación directa en el proyecto de las demás partes en el mismo como, por ejemplo, la de los propios accionistas de la compañía del proyecto, y será la compañía del proyecto la que concierte el acuerdo del proyecto y demás instrumentos contractuales en su propio nombre, y dispondrá su propio personal y cargos directivos. Además, una compañía del proyecto establecida como entidad jurídica independiente permite deslindar claramente los bienes, ingresos y obligaciones del proyecto de los de los accionistas de la compañía del proyecto, facilitando así las prácticas de contabilidad y de auditoría. La compañía del proyecto suele convertirse en el vehículo de recaudación de los medios financieros requeridos para complementar el capital social aportado por sus accionistas. Normalmente los accionistas optarán por un tipo de sociedad en la que su responsabilidad quede limitada al valor de sus acciones (tal como una sociedad anónima). En ocasiones, es posible que entre los accionistas de la compañía del proyecto figuren inversionistas “independientes” que por lo demás no participen en el proyecto (por lo general inversionistas institucionales, bancos de inversión, institutos de crédito bilaterales o multilaterales, y en ocasiones también la propia autoridad adjudicadora o una empresa de propiedad estatal). Las autoridades del país anfitrión estimulan a veces la participación de inversionistas del sector privado del propio país.

71. La compañía del proyecto será globalmente responsable por el proyecto y concertará ciertos arreglos contractuales con contratistas de obras, proveedores de equipo, la empresa de funcionamiento y mantenimiento y todo otro contratista que sea necesario para la puesta en práctica del proyecto. Al no tener habitualmente tratos con los accionistas individuales, la autoridad adjudicadora puede que exija a la compañía del proyecto diversos tipos de garantía por el cumplimiento de sus obligaciones a tenor del acuerdo del proyecto (véase capítulo VIII, “Demoras, defectos y otros incumplimientos”, ___).

c) Prestamistas

72. En las operaciones garantizadas tradicionales, los prestamistas acostumbran a fiarse de la solvencia global del prestatario y están protegidos contra el fracaso del proyecto a través de garantías otorgadas por los accionistas de la compañía del proyecto o por sus sociedades matrices. Se describe a veces esta forma de financiación como “financiación con el respaldo social de los accionistas” o “financiación con el respaldo financiero de los socios” para subrayar que las sumas que se tomen prestadas para financiar el proyecto pasarán a formar parte de la responsabilidad social de los accionistas de la compañía del proyecto. La financiación con respaldo de los socios de la compañía del proyecto será normalmente otorgada a prestatarios cuya solvencia sea tenida como suficientemente sólida para soportar el riesgo de un fracaso del proyecto. En la medida en que los prestamistas se sientan amparados contra este riesgo, todo prestatario solvente podrá obtener este tipo de préstamos en condiciones relativamente favorables.

73. Ahora bien, cuando se trata de proyectos en gran escala para la construcción de nuevas infraestructuras, los accionistas rara vez están dispuestos a garantizar las obligaciones de la compañía del proyecto. Por ello, esos proyectos suelen llevarse a cabo conforme a la modalidad de “financiación con respaldo del propio proyecto”, en la que el reembolso de los préstamos estará básicamente asegurado por los ingresos que reporte el proyecto. No habrá más garantía que esa, o de haber alguna será para cumplir ciertos riesgos limitados. A ese fin, se separarán los bienes e ingresos del proyecto, así como los derechos y obligaciones del mismo, para evaluarlos sin referencia alguna a personales de los accionistas de la compañía del proyecto.

74. Se dice que la financiación con respaldo del proyecto es una financiación “sin recurso” por ser imposible dirigir una demanda contra los accionistas de la compañía del proyecto. Ahora bien, rara vez los prestamistas se muestran dispuestos a aportar las grandes sumas requeridas para proyectos de infraestructura contra el respaldo únicamente de los bienes o del flujo de efectivo del proyecto. Los prestamistas tratarán de reducir su riesgo incorporando a la documentación del proyecto cierto número de arreglos de aval o garantía subsidiaria y otros medios de respaldo financiero aportados por los accionistas de la compañía del proyecto, la autoridad del país anfitrión, o incluso por algunos compradores o terceros interesados. Esta modalidad financiera suele designarse como financiación “con recurso limitado”.

75. Los riesgos a los que están expuestos los prestamistas en las operaciones de financiación de proyectos, sean éstas con recurso limitado o sin recurso, son muy superiores a los que se dan en operaciones garantizadas de tipo tradicional, y esos riesgos son aún mayores en el supuesto de proyectos de infraestructura en los que el valor de garantía de los bienes físicos involucrados (p. ej. una carretera, un puente o un túnel) rara vez cubrirá el costo financiero total del proyecto, al no haber un “mercado” en el que esos bienes puedan liquidarse. Ello afecta no sólo a las condiciones de los préstamos así otorgados (p. ej. el costo de la financiación con respaldo del proyecto suele ser mayor que el de financiación con el respaldo social de los accionistas), sino también a la composición del sindicato de prestamistas y a la función desempeñada por los prestamistas en la estructuración del proyecto.

76. Antes de consentir en financiar el proyecto, los prestamistas examinarán cuidadosamente las previsiones económicas y financieras del proyecto para cerciorarse de su viabilidad técnica y comercial. La atención de los prestamistas se centrará normalmente en la evaluación de los siguientes tipos de riesgo: *riesgos previos a la terminación de las obras*, es decir, el riesgo de que esas obras no se completen nunca o se completen con demora o a un costo superior al previsto; *riesgo de funcionamiento*, es decir, el riesgo de que la infraestructura no funcione con la eficiencia prevista; y *riesgo de mercado*, es decir, el riesgo de que el producto básico ofrecido o el servicio prestado no sea comercializable al precio y al volumen inicialmente previstos. Los bancos comerciales especializados en préstamos a cierto tipo de industrias suelen mostrarse reacios a asumir riesgos que no les son familiares y, por ejemplo, un prestamista a largo plazo quizá no tenga interés en prestar a corto plazo a obras de infraestructura. Por ello, en los proyectos en gran escala suelen intervenir distintos tipos de prestamistas en diversas fases del proyecto.

77. Los prestamistas suelen negociar con el consorcio del proyecto una estructuración del proyecto que permita limitar los riesgos a que están expuestos niveles aceptables. Por ejemplo, respecto de los riesgos previos a la terminación de las obras, los prestamistas examinarán cuidadosamente las prácticas de gestión, la pericia técnica y la solvencia financiera del contratista o contratistas de las obras y exigirán normalmente que suscriban una porción adecuada del capital social y presenten una garantía aceptable de cumplimiento (véase capítulo VI, “Etapa de construcción”, ___); capítulo VIII “Demoras, defectos y otros incumplimientos”, ___). Se adoptará un enfoque similar con respecto a los riesgos de explotación (véase capítulo VII, “Etapa de explotación”, ___); y capítulo VIII, “Demoras, defectos y otros incumplimientos”, ___). Lo que cabe considerar como protección aceptable contra los riesgos del mercado dependerá de la índole del producto que se vaya a vender o del servicio prestado. En proyectos de generación de energía, por ejemplo, los prestamistas tal vez se contenten con que una red distribuidora contraiga un compromiso en firme de comprar una cuantía mínima de energía (p. ej., mediante un acuerdo de “tomar o pagar”). Cuando los servicios se prestan directamente al público, los prestamistas estarán interesados en conocer los criterios para la determinación y el ajuste de los precios, así como los controles reglamentarios aplicables (véase capítulo VII, “Etapa de explotación”, ___). Examinarán además cuidadosamente las condiciones de la concesión otorgada a la compañía del proyecto (para averiguar si se trata de una concesión exclusiva o si la compañía ha de competir con otros proveedores del mismo servicio) (para lo relativo a la competencia comercial, véase capítulo II, “Estructura y reglamentación del sector”, ___); véase también capítulo IV, “Conclusión y condiciones generales del acuerdo del proyecto”, párrs. 17 a 21).

78. Se suelen negociar además acuerdos de garantía detallados con la compañía del proyecto y sus accionistas a fin de garantizar la prelación del pago de las deudas comerciales sobre los pagos a otros acreedores o sobre el pago de dividendos a los accionistas de la compañía del proyecto, así como el traspaso del control del proyecto a los prestamistas caso de que la compañía del proyecto incurra en incumplimiento.

79. En la modalidad de financiación con respaldo del propio proyecto se utilizan como garantía las hipotecas, los gravámenes fijos o flotantes sobre todos los bienes del proyecto y la cesión de los futuros créditos dimanantes de la explotación del proyecto. Los prestamistas suelen exigir además el depositario automático de una parte convenida de las rentas fijas del proyecto en una cuenta bloqueada. Los acuerdos de préstamo dan, a menudo, al prestamista el derecho a nombrar un reemplazante de la compañía del proyecto, caso de incurrir ésta en incumplimiento o de mostrarse incapaz de proseguir con la explotación de la infraestructura. Cuanto mayor sea la cuantía global de las garantías que el derecho interno del país anfitrión permita estipular, mayor será la probabilidad de que el proyecto consiga financiación en términos favorables (véase capítulo I, “Consideraciones legislativas de carácter general”, párr. 18 a 19; y capítulo IV, “Conclusión y condiciones generales del acuerdo del proyecto”, párrs. 39 a 45).

80. Con miras a evitar las disputas que pudieran resultar caso de adoptar diversos prestamistas medidas contradictorias o las disputas entre los prestamistas sobre el reembolso de sus respectivos préstamos, al ir a aportar fondos a grandes proyectos los prestamistas acostumbran a negociar entre sí un “acuerdo entre acreedores”. El acuerdo entre acreedores suele contener cláusulas en las que se regula el desembolso de los pagos en régimen de prorrateo o con un cierto orden de prelación entre los mismos, se enuncian las condiciones para declarar los supuestos de incumplimiento y para acelerar el vencimiento de los créditos, y se prevé la coordinación de las medidas de ejecución de las garantías otorgadas por la compañía del proyecto.

d) Instituciones financieras internacionales y organismos de crédito a la exportación

81. Las preocupaciones de las instituciones financieras internacionales y de los organismos de crédito a la exportación suelen ser del mismo orden que las de otros prestamistas del proyecto. Además, esas entidades estarán particularmente interesadas en velar por que la ejecución y explotación del proyecto no contradigan los objetivos de la política seguida por esas instituciones y organismos. Las instituciones financieras internacionales se interesan cada vez más por el eventual impacto ambiental de los proyectos de infraestructura y su sostenibilidad a largo plazo.

82. Los métodos y procedimientos a seguir para la selección del concesionario serán asimismo cuidadosamente examinados por toda institución financiera internacional que vaya a otorgar un préstamo a un proyecto. Muchas instituciones financieras regionales y mundiales y muchas entidades bilaterales de financiación del desarrollo han formulado directrices u otro tipo de requisitos para la contratación de bienes o servicios con los fondos que ella suministre. Esas instituciones y entidades suelen exigir que el proceso de adjudicación sea conforme con sus directrices o requisitos, pese a toda diversidad eventual del régimen interno de la contratación pública. Esta obligación suele ser enunciada con los formularios uniformes de sus acuerdos de préstamo (véase capítulo III “Selección del concesionario”, párr. 17).

c) Otros proveedores de capital

83. Entre los proveedores de capital, que no sean ni bancos comerciales ni instituciones financieras internacionales, cabe citar a los “inversionistas institucionales” tales como compañías de seguros, fondos mutuos, fondos de pensión o fondos de inversión. Estos inversionistas suelen supeditar su inversión a que se les reconozca cierta prelación para el reembolso de su capital y sus intereses, o la prioridad del pago de sus dividendos sobre la distribución de dividendos a los accionistas de la compañía del proyecto, y obtienen a menudo el derecho a que se les presenten periódicamente informes y estados financieros. Los inversionistas institucionales, que posean obligaciones o acciones preferentes de la compañía del proyecto, gozarán de los derechos que les reconozca el derecho interno del país donde esté radicada la compañía del proyecto o donde las acciones u obligaciones hayan sido emitidas, que puede incluir cualquiera de los siguientes: el derecho a hacerse representar colectivamente por un agente; el derecho a ser consultado y a dar o denegar su aprobación a cierto tipo de cambios en los estatutos de la compañía del proyecto; el derecho a ser tenido al corriente de ese tipo de cambios hasta haber sido reembolsado; un derecho preferencial a participar en la distribución de activos excedentarios.

f) Proveedores y contratistas de obras

84. La responsabilidad de diseñar la instalación y supervisar todas sus etapas de construcción hasta que queda terminada recae en el contratista o los contratistas de obras, a los que interesa principalmente finalizar las obras en el plazo estipulado y de acuerdo con el presupuesto y los requisitos técnicos convenidos. En general, se exigirá al contratista de obras que indemnice a los demás miembros que participan en el consorcio del proyecto por toda pérdida dimanante de un incumplimiento del contratista⁸.

85. Con frecuencia una o varias de las empresas que concluyen los contratos con la compañía del proyecto para la construcción de la infraestructura o la provisión de equipo son también miembros del consorcio del proyecto. Esta situación conlleva el riesgo de que los proveedores del equipo o los contratistas de obras puedan tratar de conseguir contratos en condiciones preferentes. Esta es una de las razones de que algunas entidades adjudicadoras insistan en el derecho de examinar o aprobar las condiciones de dichos contratos (véase el capítulo VI, “Etapa de construcción”, ____).

g) Empresa encargada de la explotación y el mantenimiento

86. La explotación y el mantenimiento de infraestructura puede llevarla a cabo la propia compañía del proyecto o ser encomendada a un contratista o grupo de contratistas. Entre todas las empresas privadas que son partes en un proyecto, las que intervienen en la explotación de la infraestructura son las que participan durante más tiempo en

⁸ Sobre las acciones que podrán entablarse y las soluciones contractuales que cabe prever para los supuestos de incumplimiento por parte del contratista, véase la *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Construcción de Instalaciones Industriales*, págs. 191 a 204 y págs. 208 a 222.

el proyecto. En particular, la empresa gestora estará en una situación especial, ya que su función gestora de la infraestructura la pondrá en relación directa con los clientes y expondrá su labor a la censura del público. Por ello, el punto de vista de la empresa gestora con respecto a la evaluación de la viabilidad y rentabilidad económica y financiera del proyecto puede diferir del punto de vista de los demás miembros del consorcio del proyecto y, por tanto, puede ser importante obtener la opinión de la que vaya a ser gestora de la infraestructura en las primeras fases del proyecto, por ejemplo incluyendo a dicha empresa entre los accionistas de la compañía del proyecto.

87. En los casos en los que se encomienda la explotación y el mantenimiento de la infraestructura a un contratista o los métodos de remuneración pueden variar del pago de un precio a tanto alzado a métodos de determinación del precio en función del costo y de una rentabilidad adicional al costo, en los que la porción variable de la remuneración, que exceda del resarcimiento de los costos, puede ser una cantidad fija, un porcentaje de los costos o una participación en los ingresos del proyecto. También es frecuente una combinación de cualesquiera de estos métodos. Desde el punto de vista de la compañía del proyecto, en la mayoría de los casos son preferibles los contratos que determinan la remuneración en función de su buena ejecución a los que la determinan en función de una rentabilidad adicional al costo. En general, la compañía del proyecto establecerá algún tipo de mecanismo de control sobre la gestión de la infraestructura (por ejemplo, derechos de auditoría y de censura de cuentas) a fin de cerciorarse que los costos operacionales se mantienen en la medida de lo posible dentro de los cálculos iniciales. De establecerse un techo a la recuperación de costos, se interesará también a la empresa gestora en su reducción.

88. La buena gestión de la empresa encargada de la explotación y el mantenimiento deberá regirse normalmente por normas de calidad impuestas por diversas fuentes, como los reglamentos aplicables, el acuerdo del proyecto, el contrato de explotación y mantenimiento o las instrucciones y directrices emitidas por la entidad reguladora competente. Además tal vez sean aplicables otros requisitos de derecho laboral o de protección del medio ambiente. Generalmente se exige a la empresa gestora que aporte otras garantías, tales como garantías independientes (o garantías pagaderas a su reclamación), avales de ejecución del contrato o de buena gestión u otras cauciones, y que negocie y mantenga una cobertura de seguros adecuada, que incluya un seguro de accidentes, de indemnización laboral, de daños ambientales y de responsabilidad frente a terceros.

h) Compañías de seguros

89. Los proyectos de infraestructura con financiación privada conllevan una serie de riesgos tanto durante la construcción como durante la explotación del proyecto, riesgos que tal vez ni la compañía del proyecto, ni la autoridad adjudicadora, ni los prestamistas ni los contratistas puedan asumir. Por tanto, negociar una cobertura de seguros adecuada contra tales riesgos es un factor esencial para la viabilidad de un proyecto de infraestructura con financiación privada. En general un proyecto de infraestructura necesitará un seguro de accidentes que cubra la obra y el equipo, un seguro de responsabilidad frente a terceros, y un seguro de indemnización a los trabajadores. Cabe citar también los seguros de suspensión del negocio, de suspensión del flujo de efectivo, y de excedente en los costos. Estos tipos de seguros se consiguen normalmente en el mercado comercial de seguros, aunque tal vez sea limitada la cobertura comercial obtenible contra ciertos riesgos de fuerza mayor (por ejemplo: guerra, disturbios, vandalismo, terremotos o huracanes). El mercado privado de seguros juega un papel cada vez mayor en la cobertura contra ciertos tipos de riesgo político, como la invalidación unilateral del contrato, el incumplimiento de obligaciones contractuales o la reclamación indebida de garantías independientes por una entidad estatal. Cabe también obtener garantías contra ciertos riesgos políticos de instituciones financieras internacionales como el Banco Mundial, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), la Corporación Financiera Internacional, los bancos de desarrollo regional o los organismos de crédito a la exportación.

i) Expertos y asesores independientes

90. Los expertos y asesores independientes desempeñan un papel importante en las diversas etapas del desarrollo de proyectos de infraestructura con financiación privada. Las empresas con mayor experiencia acostumbran a complementar su propia experiencia técnica contratando los servicios de expertos y asesores externos, tales como expertos financieros, consultores internacionales externos o ingenieros consultores. Los expertos y asesores independientes pueden también prestar servicios a la autoridad competente del país anfitrión a la hora de diseñar estrategias sectoriales para el desarrollo de infraestructuras y de elaborar un marco legal y reglamentario apropiado. Además, los expertos y asesores independientes pueden ayudar a esa autoridad en la preparación de estudios de viabilidad y otros estudios preliminares, la formulación de solicitudes de oferta o de especificaciones y condiciones contractuales uniformes, la evaluación y comparación de propuestas y la negociación del acuerdo del proyecto.

91. Los bancos de negocios y de inversión actúan con frecuencia como asesores de los consorcios interesados en un proyecto, no sólo en la estructuración de su base financiera sino también en la formulación del proyecto, actividad que, si bien es fundamental para la financiación del proyecto, difiere notablemente de ella. Asimismo, pueden prestar servicios de asesoramiento a la autoridad competente en la búsqueda de soluciones a los problemas jurídicos, económicos, financieros y ambientales que surgen en las fases preliminares de los proyectos de infraestructura.

92. Además de las entidades privadas, hay una serie de organizaciones intergubernamentales (p. ej. la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial o las Comisiones Económicas Regionales de las Naciones Unidas) e instituciones financieras internacionales (p. ej. el Banco Mundial o los bancos de desarrollo regional) que cuentan con programas especiales que les permitan prestar este tipo de asistencia técnica ya sea directamente a la autoridad del país anfitrión, ya sea ayudándola en la selección de asesores calificados.

5. Etapas de la ejecución

93. Dependiendo del tipo de infraestructura, las etapas que atraviesa un proyecto de infraestructura con financiación privada pueden incluir la determinación inicial del proyecto y la selección del concesionario, la conclusión del acuerdo del proyecto y de la documentación conexas, la ejecución de las obras de construcción o modernización para la explotación de la obra de infraestructura y tal vez el traspaso del proyecto a la autoridad del país anfitrión. En los párrafos siguientes se describen brevemente las diversas etapas por las que atraviesa un proyecto de infraestructura con financiación privada que conlleva la construcción de una nueva infraestructura y que se lleva a cabo según la modalidad de “financiación con respaldo del proyecto”. Estas etapas pueden no figurar necesariamente en otros tipos de proyectos, o se pueden desarrollar de forma diferente.

a) Identificación del proyecto

94. Una de las primeras medidas que adopta la autoridad del país anfitrión ante una propuesta de proyecto de infraestructura es realizar una evaluación preliminar de su viabilidad, en particular de sus aspectos económicos y financieros como las ventajas económicas previstas, los costos estimados y los ingresos que se prevé que reportará la explotación de la infraestructura. También es importante en esta etapa evaluar la viabilidad técnica del proyecto, así como sus consecuencias ambientales. Las conclusiones preliminares a las que llegue esa autoridad en esta etapa serán un factor decisivo en la determinación del tipo de participación del sector privado que se buscará para la puesta en práctica del proyecto, por ejemplo, si la infraestructura va a ser propiedad estatal y será explotada a título provisional por una entidad privada, o si la infraestructura será propiedad de la entidad privada que se encargue de su explotación. La modalidad de participación del sector privado elegida repercutirá en una serie de cuestiones jurídicas que la ley normalmente regula, tales como la propiedad de la infraestructura y de los bienes conexos y la adquisición de terrenos (véase el capítulo IV, “Conclusión y condiciones generales del acuerdo del proyecto”, párrs. 8 a 12).

95. En los proyectos en los que se traspasa al sector privado un servicio público de propiedad estatal, puede que la autoridad del país anfitrión haya de adoptar una serie de medidas preparatorias adicionales para que una empresa privada pueda hacerse cargo de su explotación, tales como la reestructuración de la empresa gestora conforme a principios comerciales o la abolición de monopolios legales.

96. Tras la identificación del futuro proyecto, la autoridad competente tendrá que establecer su prioridad relativa y asignar recursos humanos y de otro tipo para su ejecución. En ese momento es aconsejable que esa autoridad examine los requisitos legales o reglamentarios para la explotación de instalaciones de infraestructura del tipo propuesto a fin de identificar los principales órganos públicos cuya aprobación, licencia o autorización se ha de obtener, o que habrán de intervenir de alguna otra forma en el proyecto. Según la importancia y prominencia que se asigne al proyecto, la autoridad del país anfitrión tal vez desee designar, en esa etapa, una dependencia u organismo que se encargue de coordinar la información procedente de otras dependencias y organismos interesados y de supervisar la emisión de licencias y aprobaciones (para el examen ulterior de este tema, véase el capítulo I *infra*, “Consideraciones legislativas de carácter general”, párrs. 22 a 27).

97. Asimismo tal vez la autoridad competente del país anfitrión haya de presupuestar por adelantado ciertas sumas que le permitan hacer frente a unos compromisos financieros que se extienden a lo largo de varios ciclos presupuestarios, tales como compromisos a largo plazo para la compra de los servicios prestados por el proyecto (p. ej. acuerdos del tipo “tomar o pagar”) u otras formas de financiación que se presten al proyecto (véase el capítulo V, “Financiación pública”, ___).

b) Selección del concesionario

98. Una vez que se ha identificado un proyecto, se han evaluado su viabilidad financiera y técnica, y se ha confirmado la necesidad o conveniencia de su financiación privada, la autoridad del país anfitrión pasará a seleccionar al concesionario. Para los proyectos que conllevan la construcción de una infraestructura nueva, el método de selección incluye a menudo ofertas competitivas presentadas por un número seleccionado de candidatos que cumplen con los requisitos de calificación previa necesarios.

99. La confianza de todo consorcio interesado en un proyecto en su viabilidad y su decisión eventual de invertir el tiempo y los fondos requeridos para la preparación de una oferta dependerá a menudo de cómo perciba el régimen aplicable al proceso de selección. Los consorcios interesados en un proyecto pueden sentirse reacios a participar en un proceso de selección que les parezca poco claro o engorroso. Por tanto, es aconsejable que los países, que deseen atraer inversiones del sector privado hacia su infraestructura, adopten procedimientos de contratación que optimicen la economía y eficiencia, así como la transparencia del proceso de selección, y ofrezcan a todos los consorcios interesados la seguridad de un trato justo y equitativo.

100. Cualquiera que sea el método que elija la autoridad adjudicadora, el proceso de selección de los proyectos de infraestructura es a menudo complejo y puede requerir un tiempo considerable y suponer un costo importante para los consorcios interesados en el proyecto, aumentando así el costo total del proyecto. Es importante asegurarse de que los documentos que se remiten a los consorcios interesados son lo bastante claros y contienen todos los elementos necesarios para la preparación de sus ofertas, al tiempo que minimizan los riesgos de reclamaciones o controversias. La normativa aplicable puede jugar un papel importante al proporcionar un marco claro para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada. (Véase capítulo III, “Selección del concesionario”).

c) Preparativos para la ejecución del proyecto

101. Tras la selección del concesionario tendrán que adoptarse una serie de medidas para iniciar la ejecución del proyecto. En el acuerdo del proyecto se definirán las obligaciones de las partes relativas a la ejecución del proyecto. Para proyectos tan complejos como los de infraestructura, no es infrecuente que transcurran varios meses de negociaciones antes de que las partes estén preparadas para firmar el acuerdo del proyecto. Hay una serie de factores que causan demoras en las negociaciones, como la inexperiencia de las partes, la falta de coordinación entre diversas entidades estatales, incertidumbres sobre el alcance del apoyo público, o dificultades en concertar garantías aceptables para los prestamistas⁹. La autoridad competente del país anfitrión puede realizar una contribución importante asegurando una coordinación adecuada entre todas las dependencias y entidades participantes, o determinando por adelantado los tipos de garantías y facilidades que puede proporcionar para la ejecución del proyecto (véase el capítulo V, “Respaldo público”, ____). Cuanto mejor comprendan las partes las cuestiones que se han de tratar en el acuerdo del proyecto, mayores serán las probabilidades de que la negociación del acuerdo del proyecto se lleve a cabo con éxito. Por el contrario, cuando queden importantes asuntos pendientes tras el proceso de selección y los negociadores dispongan de escasas directrices en cuanto al fondo del acuerdo del proyecto, habrá un riesgo considerable de que las negociaciones sean costosas y prolongadas.

102. Además de concluir el acuerdo del proyecto y de ultimar la documentación conexas, la compañía del proyecto concertará también acuerdos con los prestamistas para la obtención de créditos para la ejecución del proyecto y entablará relaciones contractuales con los contratistas y los proveedores. Asimismo, en el período inmediatamente posterior a la adjudicación del proyecto y durante los preparativos del inicio de la construcción se conciertan generalmente otros arreglos. En esta etapa la compañía del proyecto tal vez tenga también que traer al país el equipo y demás material, así como el personal necesario para la ejecución del proyecto. De necesitarse licencias, la autoridad del país anfitrión se encargará de evitar demoras innecesarias.

d) Etapa de la construcción

103. Una vez ultimados de manera satisfactoria los mencionados arreglos preliminares, pueden aportarse los fondos para la ejecución del proyecto e iniciarse las obras de construcción. Durante la etapa de construcción es cuando se realiza la mayor inversión en el proyecto, en un momento en el que la infraestructura aún no ha reportado ningún ingreso. Por tanto, la viabilidad financiera general del proyecto depende en gran medida de que la etapa de la construcción se lleve a cabo con éxito. Las demoras en la construcción y los excedentes eventuales en los costos son las dos grandes preocupaciones de las partes interesadas.

104. Desde la perspectiva de la autoridad del país anfitrión demorarse y exceder los costos conllevan también consecuencias políticas negativas y pueden minar la credibilidad de la política interna en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada. Generalmente la autoridad adjudicadora exige a la compañía del proyecto que asuma la responsabilidad total de la terminación de las obras en el plazo fijado. A su vez, la compañía del proyecto exigirá amparo en el evento de fuerza mayor y otras circunstancias eximentes, así como que le sean dadas seguridades de que no incurrirá en costos ni en responsabilidad adicionales por demoras resultantes de cambios que la autoridad adjudicadora solicite en el diseño o las especificaciones originales del proyecto. Por tanto, en el acuerdo del proyecto se estipularán una serie de cláusulas, a veces por imperativo legal, para resolver la problemática resultante de esas situaciones (véase el capítulo VIII, “Demoras, defectos y otros incumplimientos”, ____). Además, la autoridad adjudicadora y los prestamistas, querrán asegurarse de que la tecnología propuesta para la ejecución del proyecto está lo bastante ensayada y que su seguridad y fiabilidad están bien comprobadas. Se mostrarán, por ello cautelosos ante toda sugerencia de utilizar tecnologías nuevas o sin ensayar. En todo caso, es probable que hayan de efectuar una serie de ensayos previos a la aceptación definitiva de la obra de infraestructura.

⁹ Para un examen de los temas que influyen en la adopción de un acuerdo financiero, véase Corporación Financiera Internacional, *Financing Private Infrastructure*, Washington D.C., 1996, pág. 37.

105. Normalmente, la compañía del proyecto determinará que los riesgos de demoras en la finalización y de excedentes en los costos corresponderán a los contratistas de obras y, a ese fin, el contrato de construcción será normalmente un contrato llave en mano a plazo y precio fijos con garantías de cumplimiento por parte de los contratistas. En el contrato se exige generalmente que el contratista de la construcción aporte garantías de que las obras de infraestructura se adecuarán a unos niveles de funcionamiento previamente determinados. La responsabilidad de los contratistas podrá seguir existiendo tras la fecha de finalización según se estipule en las condiciones del contrato o en las disposiciones legales aplicables. Asimismo se pide generalmente a los proveedores de equipo que den cumplidas garantías sobre la idoneidad de la tecnología que aportan.

e) Etapa de explotación

106. Una vez finalizadas las obras de la construcción, y recibida la autorización del Estado anfitrión para la explotación de la obra, comienza la etapa más larga del proyecto. Durante esta etapa la compañía del proyecto lleva a cabo la explotación y el mantenimiento de la obra de infraestructura y cobra de los usuarios sus ingresos. Las condiciones de explotación y mantenimiento de la obra, así como las normas de calidad y seguridad, se recogen a menudo en la legislación y se enuncian de forma detallada en el acuerdo del proyecto. Es posible, además, que se haya encomendado a un órgano regulador una función supervisora de la explotación de la infraestructura (véase el capítulo VII, “Etapa de explotación”, ___).

107. Para la compañía del proyecto, los ingresos reportados por la obra de infraestructura constituyen la única fuente de financiación para pagar sus deudas, recuperar sus inversiones y obtener beneficios. Por tanto, una de las principales preocupaciones de la compañía del proyecto durante la etapa de explotación es evitar en la medida de lo posible cualquier interrupción de la explotación de la infraestructura y protegerse contra las consecuencias de cualquiera de dichas interrupciones. En este sentido, los intereses de los prestamistas coincidirán normalmente con los de la compañía del proyecto. Para la compañía del proyecto será importante asegurar el suministro constante de los materiales y la energía requeridos para la explotación de la infraestructura. Asimismo, interesará a la compañía del proyecto que el ejercicio por parte de la autoridad adjudicadora de sus facultades de supervisión y reglamentadores ni perturbe ni interrumpa la explotación de la infraestructura, ni ocasione tampoco costos adicionales a la compañía del proyecto.

108. Asimismo la autoridad del país anfitrión tendrá interés en asegurar un suministro continuo de los bienes y servicios a los usuarios y clientes de la infraestructura. No obstante, al mismo tiempo, esa autoridad tendrá un interés legítimo en comprobar que la explotación y el mantenimiento de la infraestructura se están efectuando con arreglo a normas de calidad y seguridad y a las condiciones y reglamentos de explotación aplicables (véase el capítulo VII, “Etapa de explotación”, ___). Estos aspectos interesarán especialmente al gobiernos anfitrión en el caso de obras de infraestructura abiertas al público (como un puente o un túnel) o de carácter peligroso (como centrales eléctricas o redes de conducción de gas). La perspectiva particular de la autoridad pública, resultante de su responsabilidad política ante la población por la obra de infraestructura, puede llevar a conflictos o desacuerdos con la compañía del proyecto. De ello dimana la importancia de que se dicten reglamentos claros para la explotación de la obra de infraestructura, así como de prever una vía adecuada para resolver las controversias que puedan surgir entre la autoridad del país anfitrión y la compañía del proyecto en esa etapa del proyecto (véase el capítulo XI, “Solución de controversias”, ___).

f) Terminación del proyecto

109. A excepción de los supuestos en los que la obra de infraestructura vaya a ser propiedad de la compañía del proyecto permanentemente, ésta suele hacerse cargo las más de las veces de los proyectos de infraestructura con financiación privada por un cierto plazo. En algunos proyectos, cabe prorrogar el plazo del proyecto a favor de la misma compañía del proyecto; en otros casos la normativa en vigor exige que toda prórroga de la concesión sea

adjudicada en régimen de licitación pública (en el capítulo IX, “Duración, prórroga y terminación anticipada del acuerdo del proyecto”, ___ se tratan más detalladamente estas cuestiones). En algunos países existe la costumbre de adjudicar concesiones consecutivas de una misma infraestructura, de forma que los bienes se traspasan directamente de un concesionario a su sucesor.

110. No obstante, algunas autoridades adjudicadoras pueden tener interés en recibir la obra de infraestructura y todo el equipo y los bienes conexos al finalizar el plazo del proyecto CET. En tales casos, conviene que la autoridad del país anfitrión se cerciore de que se le traspasa tecnología moderna, de que el mantenimiento de la obra de infraestructura ha sido adecuado y que se ha adiestrado al personal nacional para proseguir con éxito la explotación de la infraestructura.

* * *