

FILE COPY

NACIONES
UNIDAS

A



Asamblea General

GENERAL

A/CN.9/414
3 de marzo de 1995

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
28º período de sesiones
Viena, 2 a 26 de mayo de 1995

POSIBLE LABOR FUTURA

Proyectos de construcción, explotación y traspaso

Nota de la Secretaría

ÍNDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN	1-2	2
I. EL CONCEPTO DE CONSTRUCCIÓN, EXPLOTACIÓN Y TRASPASO	3-10	2
II. PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS CET	11-13	4
A. Marco jurídico inadecuado	14-23	4
B. Aspectos relativos a la contratación pública	24-35	6
C. Complejidad en la contratación pública	36-46	9
III. CONCLUSIÓN	47-51	11

INTRODUCCIÓN

1. Durante el Congreso sobre Derecho Mercantil Internacional que se celebró en Nueva York en mayo de 1992, en el marco del 25º período de sesiones de la Comisión, se propuso que la Comisión considerara la posibilidad de iniciar actividades en el ámbito de la financiación de proyectos de "construcción, explotación y traspaso" (en adelante denominados "proyectos CET"). Posteriormente, en su 26º período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí una nota sobre su posible labor futura (A/CN.9/378) en que la Secretaría informó a la Comisión de que estaba siguiendo la evolución de los trabajos de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) relativos a la preparación de "directrices para la elaboración, negociación y contratación de proyectos CET". En el 27º período de sesiones de la Comisión, la Secretaría presentó una nota en la que informó a la Comisión de los progresos realizados en la elaboración de las Directrices de la ONUDI (A/CN.9/399) y sugirió posibles esferas en las que la Comisión podría centrar sus trabajos futuros. La Comisión puso de relieve la importancia del concepto CET y pidió a la Secretaría que presentara una nota a la Comisión en su 28º período de sesiones sobre su posible labor futura en relación con los proyectos CET.

2. La preparación de las Directrices de la ONUDI está actualmente en una fase avanzada. Se espera que el texto definitivo de las Directrices se publique en abril de 1995. La Secretaría de la CNUDMI ha seguido atentamente la labor realizada sobre las Directrices, en particular sobre los aspectos relacionados con la posible labor futura de la Comisión. Las Directrices tienen la finalidad de describir los principales problemas de interés público que los Estados deben afrontar al decidir la eventual ejecución de proyectos CET o las modalidades de ejecución. Las Directrices comienzan con un capítulo en que se presenta el concepto CET y en que se examinan también los diversos factores que deben tener presentes los gobiernos antes de decidirse a ejecutar un proyecto mediante CET; los capítulos que siguen abordan las principales cuestiones que se plantean en relación con los proyectos CET, como el papel del gobierno, el análisis financiero, la explotación y el mantenimiento, y el traspaso de la propiedad. Dado que las Directrices abarcan el tema de CET en su totalidad, no tratan con mucho detalle las cuestiones examinadas en la presente nota (véase también el párrafo 51 *infra*).

I. EL CONCEPTO DE CONSTRUCCIÓN, EXPLOTACIÓN Y TRASPASO

3. Esencialmente, CET es una forma de financiación de proyectos en que el gobierno otorga a un consorcio privado (en adelante denominado "la empresa titular del proyecto") una concesión para desarrollar un proyecto durante un período determinado. El consorcio se encarga de la construcción del proyecto, lo explota y administra durante varios años, se resarce de los gastos de la construcción y restabiliza su inversión con cargo a los ingresos generados por la puesta en marcha y la explotación comercial del proyecto. Al concluir el período de la concesión, se traspasa el proyecto al gobierno. Si bien la denominación general empleada para este tipo de proyectos es la de "construcción, explotación y traspaso", se emplean también otras denominaciones para designar este método de financiación de proyectos como las de "construcción, posesión, explotación y traspaso" (CPET), "construcción, posesión, arriendo y traspaso" (CPAT) y "construcción, arriendo y traspaso" (CAT). Si bien estas diversas denominaciones denotan ciertas diferencias estructurales entre algunos de los proyectos, todos ellos tienen en común los elementos básicos de una concesión pública para la ejecución y explotación de un proyecto con financiación del sector privado.

4. En este sistema, el reembolso de los préstamos eventualmente contraídos para ejecutar el proyecto no suele estar garantizado por el gobierno del país anfitrión sino que depende de los ingresos generados por el proyecto. A diferencia de lo que ocurre en la financiación de proyectos tradicionales, donde el propietario (el gobierno) garantiza el reembolso de los créditos, en el caso de los proyectos CET la empresa titular del proyecto se encargará de negociar las garantías de reembolso a los acreedores del proyecto. Los préstamos se negociarán en función del rendimiento previsto del proyecto. El gobierno anfitrión obtiene así una serie

de ventajas. Concretamente, al no requerirse fondos directos del presupuesto público, se aliviará así la carga crediticia del sector público. Por otra parte, con la financiación privada, es el sector privado el que generalmente deberá hacer frente a los riesgos financieros, industriales y de otra índole. Además, dado que el proyecto es construido y, durante el período de la concesión, explotado por la empresa titular del proyecto, el gobierno se beneficia de la experiencia del sector privado para la explotación y administración de esos proyectos.

5. Tradicionalmente, los contratos para la construcción de obras de infraestructura y de otra índole estipulan que al concluirse la construcción con arreglo al contrato de obras, la instalación pasará a manos del propietario. El propietario se encargará de la financiación y pagará a los contratistas con dinero prestado o con sus propios recursos. En este tipo de contratos, la obligación básica del contratista es construir y equipar la instalación objeto del contrato, mientras que la viabilidad económica y la rentabilidad del proyecto son de la incumbencia de su propietario. En cambio, en un proyecto CET, la empresa titular del proyecto no sólo deberá organizar la financiación sino también asegurar la rentabilidad del proyecto. Por consiguiente, la empresa titular del proyecto estará interesada en el diseño y la viabilidad de la instalación y en cerciorarse de que se den las condiciones legales y comerciales necesarias para construir y explotar la instalación de modo rentable y que esas condiciones seguirán siendo básicamente las mismas durante el período de la concesión.

6. Dos de los factores que pueden alargar y a menudo complicar las negociaciones son los arreglos financieros y contractuales. Con respecto a la financiación, los principales problemas obedecen a que, al carecer de garantías estatales, la empresa titular del proyecto y los acreedores tienen que buscar los medios para cubrir los riesgos conexos mediante seguros y diversas formas de garantías. Así pues, en los proyectos CET la repartición de los riesgos puede ser bastante compleja.

7. Respecto de los contratos, algunos de los problemas que se plantean obedecen al hecho de que en todo proyecto CET interviene normalmente un gran número de partes contractualmente vinculadas entre sí. Además del gobierno anfitrión y de la empresa titular del proyecto, las otras partes suelen ser los acreedores, la empresa de construcción y los proveedores de equipo, inversionistas independientes y los compradores o usuarios finales del producto del proyecto. En la mayoría de los casos, la empresa titular del proyecto será un consorcio de empresas de construcción, proveedores de equipo de ingeniería y otros inversionistas privados, además de la empresa explotadora del proyecto. Asimismo, pueden intervenir con aportaciones de capital inversionistas institucionales y organismos multilaterales de financiación del desarrollo.

8. Dado que el éxito de la ejecución de un proyecto CET depende de diversos aspectos novedosos, es importante contar con el apoyo del gobierno anfitrión. El gobierno anfitrión no sólo es quien ha de autorizar el proyecto sino que además será, llegado el momento, el propietario de la instalación. El gobierno debe supervisar la aplicación del acuerdo de concesión y, en algunos casos, podrá asumir alguna parte de la deuda o del capital social. A fin de conseguir una participación a largo plazo del sector privado, el gobierno debe garantizar una base política y unas condiciones jurídicas estables que propicien la inversión privada a largo plazo. En concreto, debe establecer un marco jurídico para las inversiones privadas y poner en marcha los mecanismos administrativos necesarios para que las aprobaciones, autorizaciones o licencias requeridas sean dadas con puntualidad, equidad y objetividad.

9. Debido a una serie de factores, entre ellos las ventajas antes mencionadas (párrafo 4), en muchos Estados se ha producido un aumento sustancial del número de proyectos CET en ejecución. El principal factor que ha promovido el interés en los proyectos CET es el potencial de movilización de recursos del sector privado para el desarrollo de la infraestructura sin necesidad de incrementar la deuda pública. Esta situación se da particularmente en un momento en que en todo el mundo va en aumento la privatización de diversos sectores que anteriormente estaban asignados al sector público y en que, al mismo tiempo, disminuyen los fondos públicos para el desarrollo de infraestructura. Otras ventajas son la mayor participación del sector

privado en la administración de la infraestructura pública, el mayor potencial para inversiones extranjeras directas y la oportunidad para los gobiernos de utilizar las instalaciones CET como punto de referencia para evaluar el rendimiento de proyectos similares del sector público.

10. Muchos de los proyectos CET ejecutados hasta la fecha han sido grandes proyectos de infraestructura, en particular en el campo de la generación de energía y los transportes (carreteras de peaje, puentes y ferrocarriles). No obstante, a medida que se va descubriendo el potencial de los proyectos CET, se propone que proyectos pequeños y medianos como los de tratamiento de aguas, hoteles e instalaciones médicas se ejecuten por CET.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS CET

11. Pese a las ventajas antes mencionadas y al potencial que existe para proyectos CET, diversos obstáculos jurídicos y prácticos pueden dificultar la ejecución de esos proyectos. Los obstáculos jurídicos pueden surgir cuando no existe un marco jurídico y normativo apropiado para atraer inversiones privadas a largo plazo hacia esos proyectos. Dado que los inversionistas privados y los proveedores de fondos soportan la mayor parte de los riesgos de los proyectos, necesitan una infraestructura jurídica que les permita obtener un rendimiento equitativo de sus inversiones y exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas por las diversas partes.

12. También pueden surgir obstáculos, por ejemplo, en materia de contratación pública. A diferencia de la práctica normal en la contratación pública para los proyectos tradicionales, en que el gobierno convoca a licitación sobre la base de un proyecto bien definido con especificaciones fijadas de antemano, en los proyectos CET la convocatoria a licitación puede preceder a toda labor de formulación. Si no existen directrices claras sobre los criterios de evaluación de las ofertas o propuestas que, con toda probabilidad, contendrán distintas soluciones para una serie de problemas, puede haber un proceso de licitación largo y, por lo tanto, costoso que puede poner en peligro la integridad del proceso de contratación pública. El gobierno también debe definir con claridad el modo en que deben tratarse las propuestas no solicitadas, ya que, en muchos casos, se alienta al sector privado a tomar la iniciativa en la determinación de proyectos.

13. Otro obstáculo para la ejecución de proyectos CET es la experiencia limitada, particularmente del gobierno, en la negociación simultánea con una pluralidad de partes, muchas de las cuales pueden tener relaciones contractuales entre sí. Si bien la mayoría de los contratos concertados para la ejecución de proyectos CET tal vez no planteen de por sí problemas novedosos, el contexto CET presenta algunos problemas, pues los diversos contratos deben encajar en un cuerpo contractual orgánico.

A. Marco jurídico inadecuado

14. Como ya se ha señalado anteriormente (párrafo 10), hasta la fecha el concepto CET se ha utilizado principalmente en la ejecución de proyectos de grandes infraestructuras, que suponen unos gastos sustanciales a cargo de inversionistas privados. Los fondos utilizados para la ejecución de los proyectos suelen obtenerse predominantemente mediante préstamos concedidos por bancos comerciales y otras instituciones financieras. No obstante, el reembolso de los fondos prestados y el pago de los rendimientos a los inversionistas por su capital social se efectúan en el transcurso de un largo período de tiempo. Por esta razón, los proveedores de fondos para el proyecto y los inversionistas en el capital social buscarán indicios claros de la intención del gobierno de promover las inversiones privadas a largo plazo y de proteger esas inversiones contra toda expropiación o nacionalización no indemnizada debidamente.

15. Uno de los medios por los que los gobiernos anfitriones pueden manifestar este propósito es ofreciendo un sólido marco jurídico que fomente la inversión privada y garantice la rentabilidad de la inversión. Este

marco jurídico consistirá principalmente en normas reguladoras de las inversiones y de otras cuestiones comerciales en general, que no estará necesariamente concebida para reglamentar específicamente los proyectos CET. La existencia de esa normativa general no sólo dará confianza a los inversionistas privados deseosos de intervenir en un proyecto CET, sino que además facilitará la negociación de proyectos concretos. Ello se debe a que, en ausencia de ese marco jurídico, las partes en un contrato CET insistirán en que ciertas cuestiones y garantías, que normalmente estarían reglamentadas, sean negociadas y debidamente resueltas en diversos contratos, lo cual puede complicar más el proceso de negociación.

16. La normativa de carácter general que será aplicable, en mayor o menor grado, a los proyectos CET se subdivide en dos categorías. En la primera categoría están aquellas normas principalmente orientadas a promover la inversión privada extranjera. Los aspectos de mayor interés, tanto para los patrocinadores de proyectos CET como para sus acreedores, son el régimen aplicable a la propiedad privada de terrenos y otros activos, a la repatriación de beneficios y a la convertibilidad de divisas. En la segunda categoría está el derecho comercial general del país anfitrión, en particular, todo lo relativo a la Constitución o formación de sociedades mercantiles, la legislación bursátil, así como un régimen liberal en materia de contratos comerciales y de procedimientos para la solución de diferencias. La existencia de tal legislación proporciona a los participantes en el proyecto CET una sólida base jurídica para su inversión y contribuye así a reducir los riesgos de la inversión y, a su vez, el costo del proyecto.

17. En algunos de los campos jurídicos mencionados se dispone ya de textos convencionales o consensuales armonizados, entre ellos algunos textos preparados por la Comisión, que sería aconsejable que los Estados adoptaran. Entre esos textos cabe citar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, de Obras y de Servicios.

18. Además de este marco jurídico general, se habrán de regular en muchos casos ciertos aspectos de los proyectos CET. Una normativa especialmente concebida para la ejecución de proyectos CET no sólo indicará claramente a los inversionistas potenciales que el gobierno está interesado en llevar a cabo esos proyectos, sino que además regularizará y facilitará la participación del sector privado en proyectos del sector público. Por ejemplo, tradicionalmente en la mayoría de los Estados la financiación y gestión de las obras públicas de infraestructura ha corrido a cargo, en gran medida, de instituciones del sector público que suelen actuar como monopolios. En la mayoría de esos casos, tal vez sea necesario proporcionar un marco legislativo para regular la participación del sector privado y, en particular, el derecho a cobrar al público por la utilización de la instalación que se construya o por su producto. En algunos Estados, puede ser necesario prever un marco normativo que rijta tales concesiones.

19. Los enfoques legislativos varían entre los Estados que han promulgado legislación para proyectos CET. En algunos Estados, la legislación CET sólo regula la ejecución de este tipo de proyectos en un determinado sector, por ejemplo, la generación de energía. Esa legislación suele contener disposiciones sobre: los aspectos del sector reglamentado que pueden entrar en el ámbito CET; el grado de participación gubernamental y las concesiones que puede hacer la administración pública a la empresa del proyecto (por ejemplo, derechos sobre terrenos); la emisión de aprobaciones; y la autorización para rentabilizar la inversión, pormenorizándose tal vez las tasas y recargos que podrá imponer la empresa titular del proyecto por la venta del producto final del proyecto. Esa legislación también contiene a veces disposiciones especiales sobre los procedimientos que deben seguirse en la adjudicación de contratos para los proyectos.

20. Otros Estados han adoptado legislación para reglamentar la ejecución de proyectos CET en general. Esta legislación no suele ser tan detallada como la legislación concebida para un determinado sector y difiere de un Estado a otro. Sin embargo, esa legislación se enfoca principalmente de dos modos. Según el primer enfoque, la legislación fija sólo parámetros generales con arreglo a los cuales los entes públicos pueden

negociar contratos CET. Este enfoque tiene la ventaja de ofrecer flexibilidad para negociar los contratos del modo que mejor se ajuste a las circunstancias concretas de cada proyecto. Esta legislación contiene habitualmente disposiciones como, por ejemplo, la autorización de concesiones al sector privado para proyectos CET; una indicación de los sectores en que pueden realizarse proyectos CET; y reglas generales sobre cómo reunir fondos y sobre incentivos que pueden concederse a las entidades deseosas de llevar a cabo proyectos CET, entre ellos diversas formas de desgravación fiscal. Algunas veces, este tipo de legislación contiene asimismo disposiciones sobre la contratación pública, concretamente sobre los métodos de convocatoria a licitación y de evaluación de ofertas o propuestas.

21. Otro enfoque legislativo de la reglamentación general de proyectos CET consiste en establecer una normativa bastante completa sobre el modo en que puede ejecutarse un proyecto CET, dejando a las partes sólo la negociación de las condiciones detalladas para cada proyecto. Habitualmente, esa normativa contiene disposiciones que definen el contenido básico de las obligaciones contractuales para la ejecución de un proyecto, concretamente disposiciones sobre la duración máxima de las concesiones, el alcance del apoyo gubernamental posible, reglas detalladas sobre contratación pública, los medios para el reembolso de la deuda y la repatriación de los beneficios, y condiciones para la explotación y el traspaso del proyecto.

22. Las diferencias entre los enfoques legislativos y los distintos alcances de la normativa dictada parecen indicar que, en general, se ha procurado ante todo resolver los problemas a medida que se iban planteando, en vez de adoptar un enfoque globalizador encaminado a resolver todas las cuestiones que necesiten medidas legislativas para poder ejecutar debidamente proyectos CET. Concretamente, éste es el caso de la legislación encaminada a regular los proyectos CET sólo para un determinado sector. Si bien la legislación puede resultar de más fácil aplicación en un sector en que se prevean o planifiquen proyectos CET y en que los problemas sean claramente definibles, ello supone también que al ejecutar proyectos CET en otros sectores, habría que adoptar más legislación. Así pues, tal vez sería preferible promulgar legislación general sobre CET y regular por vía reglamentaria los aspectos peculiares de un sector que exijan legislación para ejecutar proyectos CET en dicho sector.

23. En la legislación encaminada a regular de modo general los proyectos CET, tal vez sea preferible legislar sobre el mayor número de cuestiones susceptibles de ser resueltas por vía legislativa. Esto es particularmente importante en los casos en que la infraestructura legal vigente no aborda globalmente estas cuestiones. Este enfoque tendría la ventaja de dar a las partes unos parámetros generales con arreglo a los cuales pudieran negociar los detalles contractuales de cada proyecto. No obstante, también debe darse cierta flexibilidad a las partes que negocian los contratos para que puedan tener en cuenta circunstancias particulares que se planteen en proyectos concretos.

B. Aspectos relativos a la contratación pública

24. Los gastos derivados de la contratación pública de bienes, de obras y de servicios para grandes instalaciones de infraestructura pueden ser considerables. Además, la mayoría de los proyectos tienden a ser bastante complejos en lo técnico y en los arreglos de financiación. Por consiguiente, los medios por los que se lleva a cabo la contratación pública son de vital importancia para lograr que el proyecto resulte económicamente viable, tenga un buen nivel de calidad y pueda concluirse con un costo razonable. No obstante, a causa de una serie de factores característicos de los proyectos CET, aumenta el riesgo de que la contratación pública se lleve a cabo de forma poco eficiente, lo cual puede hacer fracasar la ejecución de los proyectos.

25. Dadas las proporciones de la mayoría de los proyectos, la preparación de licitaciones para proyectos CET puede resultar difícil y costosa. Por esta razón, la mayoría de los posibles patrocinadores de proyectos preferirán no participar en un proceso de contratación pública, a menos que tengan la seguridad de que el proceso será justo y transparente. Al mismo tiempo, en proporción a la importancia del proyecto, el gobierno

trata normalmente de conseguir el proyecto que sea más viable económicamente y que ofrezca las mejores condiciones, objetivos que son más fáciles de lograr en un proceso de contratación pública abierto, equitativo y competitivo en que los candidatos que aspiran a patrocinar el proyecto ofrezcan sus mejores condiciones.

26. En la contratación pública para los proyectos ordinarios de obras, el gobierno determina normalmente el proyecto, convoca a licitación sobre la base de especificaciones bien definidas, y evalúa las ofertas en función de criterios establecidos y previamente revelados. En cambio, en los proyectos CET, el gobierno tratará normalmente de obtener la máxima innovación del sector privado en el diseño y la gestión del proyecto, por lo que, en muchos casos, no estará en condiciones de formular una única lista de especificaciones que pudieran constituir la base común para la evaluación de las ofertas o propuestas. Además, aun en los casos en que fuera posible definir los parámetros del proyecto, puede ocurrir que los licitadores potenciales ofrezcan soluciones técnicas distintas a las previstas por el gobierno. Además, dado que la empresa titular del proyecto se encarga de la financiación, tendrá interés en que el proyecto sea eficiente en relación con los costos y deseará, por lo tanto, intervenir en la formulación del proyecto. Por consiguiente, la licitación abierta y competitiva basada en especificaciones similares y previamente definidas puede ser de difícil realización.

27. En vista de ello, los gobiernos pueden ver en las negociaciones con los contratistas una alternativa a la licitación competitiva y un medio para obtener las mejores condiciones. No obstante, el gobierno no está siempre en condiciones de preparar directrices pertinentes que sirvan de base para las negociaciones. Ello puede suponer largas negociaciones, a veces con múltiples contratistas al mismo tiempo, y por tanto un mayor riesgo de abusos y de que el proceso de contratación pública pierda integridad. Así pues, es importante que el gobierno establezca directrices claras y transparentes para que la contratación pública se base en métodos competitivos, transparentes y objetivos, y que evite negociaciones no estructuradas. Por su parte, la entidad adjudicadora debería tener un sistema claro para comparar y evaluar las ofertas y propuestas cuya formulación y cuyas especificaciones técnicas pueden ser considerablemente distintas.

28. Otro factor que complica el proceso de contratación pública es el hecho de que no siempre está claro hasta qué punto el costo de un proyecto debe ser un criterio por el que se guíen los gobiernos para evaluar las ofertas, habida cuenta de que el gobierno no aporta la financiación. En cierto modo, los financiadores y explotadores del proyecto son los más interesados en que los costos del proyecto sean razonables. Pero como el gobierno, es al fin y al cabo, el propietario del proyecto y como el costo del proyecto repercute en las tasas o tarifas impuestas a los usuarios finales del producto del proyecto, el gobierno querrá cerciorarse de que el proyecto está bien formulado y de que sus costos son razonables. Este hecho y la circunstancia de que la entidad adjudicadora tal vez no esté en condiciones de formular una lista única de especificaciones suelen acarrear algún tipo de negociación en el proceso de contratación pública.

29. El otro aspecto en que la contratación pública para proyectos CET difiere sustancialmente de la contratación pública para proyectos ordinarios de obras es el componente de financiación. Normalmente, la estructuración apropiada del conjunto de arreglos financieros es el aspecto más difícil, y habitualmente el más importante, de un proyecto CET. Los posibles acreedores de fondos para un proyecto necesitarán tener la seguridad de que habrá una fuente segura de ingresos que cubrirán la deuda y los gastos de explotación del proyecto y que proporcionarán un beneficio justo a los inversionistas de capital social. Al margen de las condiciones encaminadas a asegurar la viabilidad económica del proyecto, los mecanismos de seguridad destinados a cubrir y repartir los diversos riesgos pertinentes forman parte del conjunto de arreglos financieros.

30. Pese a que corresponde a la empresa titular del proyecto reunir los fondos, el gobierno tendrá interés en asegurar un conjunto de arreglos financieros atractivos, ya que repercutirán en la viabilidad económica general del proyecto. Por consiguiente, en la mayoría de los casos, el gobierno tratará de que las condiciones financieras atractivas formen parte de los criterios de evaluación. Sin embargo, desde la perspectiva de la

contratación pública, a veces no está clara la importancia que el gobierno otorga a la estructura del conjunto de arreglos financieros como criterio de evaluación, ya que el gobierno no garantiza el reembolso de los préstamos. Además, a causa de los frecuentes cambios de las condiciones en los mercados financieros, la mayoría de los acreedores no pueden comprometerse a cumplir determinadas condiciones de financiación durante un largo período sin un contrato vinculante. Sin embargo, el gobierno, que es en definitiva el propietario del proyecto, debe proteger sus intereses asegurando la viabilidad financiera a largo plazo del proyecto.

31. En cuanto a la fase de explotación del proyecto, en la mayoría de los casos el explotador de la instalación será parte de la empresa titular del proyecto. En algunos casos, sin embargo, es posible que la empresa titular del proyecto celebre un contrato de explotación con un operador independiente. Desde el punto de vista de la contratación pública, este contrato no plantearía necesariamente problemas al gobierno, pues el gobierno está interesado en lograr las condiciones más beneficiosas en la fase de explotación, por ejemplo, en la transferencia de tecnología y en el mantenimiento, y estas condiciones pueden definirse y cuantificarse claramente de antemano e incorporarse a los criterios de evaluación. No obstante, los intentos de asegurar beneficios óptimos suelen dar lugar a negociaciones sobre las condiciones de la fase de explotación, lo cual no sólo alarga el proceso de contratación pública sino que también puede dar pie a abusos.

32. Otro problema que se plantea en la contratación pública para proyectos CET es el de las propuestas no solicitadas. A diferencia de lo que ocurre con los proyectos de obras tradicionales en que el gobierno determina y fija los parámetros para los proyectos, en los proyectos CET se suele alentar al sector privado a que proponga posibles proyectos. Esta práctica es ventajosa para el gobierno, ya que fomenta la innovación y la financiación a cargo del sector privado en terrenos en que el gobierno tal vez no podría emprender actividades contando únicamente con sus propios recursos. La posibilidad de hacer propuestas no solicitadas también es beneficiosa para el sector privado, pues ya no tiene que estar pendiente de que el gobierno formule posibles proyectos. Sin embargo, desde la perspectiva de la contratación pública, con las propuestas no solicitadas el gobierno pierde los beneficios de la competencia en la contratación pública, ya que el principal incentivo para quienes formulan las propuestas es lograr que se les conceda el proyecto. Así pues, los gobiernos se enfrentan al dilema de cómo ofrecer incentivos adecuados para alentar las propuestas no solicitadas, propiciando al mismo tiempo condiciones adecuadas de competencia en el proceso de contratación pública.

33. Uno de los medios para abordar muchos de los problemas que se plantean en la contratación pública para proyectos CET es una legislación moderna de la contratación pública que promueva los objetivos de competencia, equidad e integridad y que maximice la economía y la eficiencia en el proceso de contratación pública. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios constituye un modelo internacionalmente aceptado para este tipo de legislación moderna sobre la contratación pública. En la Ley Modelo se enuncian los procedimientos para distintos métodos de contratación pública que dan a las entidades adjudicadoras la capacidad para seleccionar proveedores y contratistas en diversas circunstancias a fin de atender las diversas necesidades de contratación pública. Algunos de estos métodos y procedimientos de contratación pública pueden ser aplicables en el contexto de los proyectos CET. Por ejemplo, la licitación en dos etapas y la solicitud de propuestas son métodos que permiten solicitar distintas ofertas o propuestas.

34. En la licitación en dos etapas, la entidad adjudicadora, durante la primera etapa, convoca a licitación con el único propósito de formular las especificaciones técnicas y de calidad de un determinado proyecto. A continuación, la entidad adjudicadora puede celebrar entonces negociaciones con los contratistas que han presentado ofertas con miras a concertar una única lista de especificaciones. En la segunda etapa, la entidad adjudicadora convoca a licitación sobre la base de la lista única de especificaciones resultante de la primera etapa. El otro método enunciado en la Ley Modelo que es apropiado para la contratación pública de proyectos

CET es la solicitud de propuestas, que es también un medio para solicitar diversas propuestas técnicas, que ofrece al mismo tiempo una estructura para la comparación y evaluación objetivas. Según este método, la entidad adjudicadora solicita propuestas sobre el mejor método para atender sus necesidades y celebra negociaciones con los contratistas que han presentado propuestas, tras lo cual pueden presentar sus mejores ofertas definitivas. A continuación, la entidad adjudicadora evalúa las propuestas sobre la base de los criterios previamente revelados y concede un contrato al autor de la propuesta que más se ajuste a las necesidades de la entidad adjudicadora.

35. No obstante, a fin de abordar algunos de los problemas característicos de la contratación para proyectos CET, sería útil que los gobiernos recibieran orientación sobre la manera de llevar a cabo la contratación pública para proyectos CET fomentando la competitividad, la equidad y la integridad en el proceso. Esta orientación tendría en cuenta algunos de los aspectos peculiares de los proyectos CET, como la dificultad que puede experimentar la entidad adjudicadora para establecer un criterio común para comparar ciertos aspectos de las ofertas o propuestas, alentando al mismo tiempo las innovaciones por parte del sector privado. Sería particularmente útil conocer algunas soluciones prácticas sobre el modo de evitar negociaciones no estructuradas con múltiples partes, que es el problema que puede dar lugar a abusos y hacer perder la confianza de los contratistas en el proceso de contratación pública. Con respecto a las propuestas no solicitadas, sería útil proporcionar orientación sobre posibles modos de compaginar las ventajas de las propuestas de proyectos formuladas por el sector privado con las ventajas de una contratación pública competitiva.

C. Complejidad en la contratación pública

36. Los proyectos CET también difieren sustancialmente de los proyectos tradicionales de obras en lo relativo a los arreglos contractuales. En los proyectos ordinarios de obras en los que interviene un gobierno, la principal parte en los contratos para la ejecución del proyecto es, desde el punto de vista del país anfitrión, el gobierno. Los contratos de financiación con los acreedores y los contratos de obras con contratistas son los principales contratos. Así pues, las principales partes en los contratos de ejecución de un proyecto de esta índole son normalmente el gobierno, los acreedores y el contratista. En la mayoría de los casos, los arreglos financieros que debe concertar el gobierno están jurídicamente disociados del contrato de obras, cuyos efectos terminan al concluir el proyecto. El reembolso de los fondos puede prolongarse durante un largo período, pero habitualmente no depende de si la instalación construida resulta rentable.

37. La principal característica de los proyectos CET, que los diferencia de la contratación pública tradicional de obras, es el gran número de partes que intervienen en la ejecución del proyecto y la interrelación contractual entre muchas de ellas. Además, la mayoría de estas relaciones contractuales son de larga duración. Los principales contratos en un proyecto CET característico son el acuerdo sobre el proyecto, el acuerdo sobre la empresa conjunta o el consorcio, el contrato de obras, el contrato de suministro de equipo, el contrato de explotación y mantenimiento y los contratos que forman el conjunto de arreglos financieros, entre ellos los contratos de seguros y otros acuerdos sobre garantías. Por consiguiente, las negociaciones para convenir todos los arreglos contractuales pueden ser complejas y requerir mucho tiempo, lo cual hace aumentar a su vez el costo del proyecto y el riesgo de que fracase.

38. Si bien los arreglos contractuales concretos varían de un proyecto a otro, el contrato fundamental en los proyectos CET es el acuerdo de concesión o el acuerdo sobre el proyecto entre el gobierno y la empresa titular del proyecto. En ese acuerdo se enuncian las principales condiciones de la concesión, como su duración, la cantidad y el método de pago para el producto final del proyecto, las condiciones de rendimiento, el alcance del monopolio concedido a la empresa titular del proyecto, y los términos y condiciones para la explotación y el mantenimiento de la instalación y de su traspaso al gobierno al concluir el período de concesión. Cuando la infraestructura legal vigente no resuelva adecuadamente ciertas cuestiones como la repatriación de los beneficios o ciertos incentivos fiscales, estas cuestiones serán tratadas en el acuerdo sobre

el proyecto. Si bien las partes en el acuerdo son el gobierno y la empresa titular del proyecto, algunas de las otras partes que intervienen en el proyecto tendrán interés en las condiciones del contrato. Por ejemplo, a los proveedores de fondos y a la empresa explotadora les interesará la duración y los términos exactos de la concesión, pues ambas cosas incidirán en los reembolsos de los préstamos y en las condiciones relativas al período de explotación.

39. Al no disponer los proveedores de fondos de ninguna vía de recurso ante la administración pública en caso de fracasar los proyectos (financiación sin vía alguna de recurso), aparecen ciertos factores que suelen complicar las negociaciones de los contratos que forman parte del conjunto de arreglos financieros. La financiación sin vía alguna de recurso impone a los proveedores de fondos y a la empresa titular del proyecto un mayor riesgo que en el caso de los proyectos tradicionales de obras. Así pues, la mayoría de los factores problemáticos guardan relación, en mayor o menor grado, con la cuestión de la repartición de los diversos riesgos entre las partes. Uno de los principales factores es que los acreedores requerirán a la empresa titular del proyecto y también al gobierno garantías de que el proyecto será financieramente viable a largo plazo y de que, por tanto, podrán reembolsarse los fondos prestados.

40. Estos compromisos pueden garantizarse de diversos modos, según la naturaleza del proyecto. Por ejemplo, el gobierno puede garantizar los ingresos en concepto de peajes de carreteras y puentes y comprometerse a un nivel mínimo de tráfico por debajo del cual la empresa titular del proyecto quedaría exenta de ciertas obligaciones. Esto puede suponer, por ejemplo, la posibilidad de prorrogar la concesión o de conceder una nueva financiación para compensar el déficit de ingresos que mermaría la capacidad de servicio de la deuda. En el caso de proyectos CET de centrales eléctricas suelen garantizarse ingresos adecuados mediante un contrato a largo plazo con una entidad estatal que compra la energía. Así pues, si bien estos contratos pueden estar disociados de los contratos de financiación entre los acreedores y la empresa titular del proyecto, son indispensables para formar el conjunto de arreglos financieros y, por lo tanto, los acreedores y los inversionistas de capital social tienen interés en lo que estos contratos estipulan.

41. Otro de los medios con los que los acreedores suelen protegerse es la negociación de un conjunto de garantías que asegura que el reembolso de los préstamos tiene prioridad sobre otras reclamaciones de liquidez del proyecto, también en caso de incumplimiento o fracaso del proyecto. Esta garantía suele estructurarse mediante diversos mecanismos por los que se establecen cuentas en terceros Estados en las que se depositan los ingresos y a las que los acreedores de proyectos CET tienen acceso prioritario, la asignación de ciertos contratos a fiduciarios que los administran en nombre de los acreedores, y el establecimiento del derecho de los acreedores a tomar posesión del proyecto en caso de incumplimiento grave por parte de la empresa titular del proyecto. La elaboración de un conjunto de arreglos en los que los acreedores tengan confianza puede ser una tarea difícil, en particular en los Estados que carecen de mercados muy desarrollados de capital y de valores.

42. Al no disponer de vía alguna de recurso frente a la administración pública, los proveedores de fondos y la empresa titular del proyecto deben buscar medios para cubrir otros riesgos conexos entre los que cabe destacar el riesgo del país (riesgo político) y el riesgo monetario (derivado principalmente de la inflación y de la depreciación de la moneda). Dado que esos riesgos escapan al control de la empresa titular del proyecto y de los acreedores, intentarán atenuar algunos de estos riesgos logrando que las entidades de crédito para la exportación apoyen parte de la financiación garantizando los pagos de las exportaciones realizadas en la ejecución del proyecto. Los organismos multilaterales de financiación del desarrollo como el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo han cubierto los riesgos de inversión, por ejemplo, a través del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, dependiente del Banco Mundial, o entidades similares. La participación de instituciones multilaterales puede también incrementar la confianza de los posibles proveedores de fondos.

43. Algunos de los riesgos de los proyectos CET son similares a los de los proyectos ordinarios de obras. Por ejemplo, para la fase de obras, el riesgo de conclusión de los trabajos suele cubrirse mediante un contrato de entrega llave en mano con fecha firme entre la empresa titular del proyecto y un contratista, que suele estar respaldado por garantías de buena ejecución. Además, las compañías de seguros cubren algunos de los riesgos comunes (por ejemplo, la responsabilidad de terceros). En algunos de los mercados de seguros desarrollados pueden cubrirse también algunos riesgos característicos de los proyectos CET, como el riesgo de déficit de liquidez.

44. A pesar de las técnicas mencionadas de la gestión de riesgos financieros, algunos factores prácticos pueden complicar considerablemente las negociaciones sobre la gestión de los riesgos de proyectos CET. Entre estos factores cabe mencionar el hecho de que todas las partes principales tendrán interés en cómo se reparten los diversos riesgos y por lo tanto desearán participar en todas las negociaciones. En muchos casos, la situación se complica con la falta de experiencia en la negociación con una pluralidad de partes sobre estos aspectos de los proyectos CET. A consecuencia de ello, puede ocurrir que las partes adopten posturas poco realistas en la repartición de los riesgos y que, por una parte, el sector privado, en particular los proveedores de fondos, traten de reducir sus riesgos a niveles mínimos y, por otra, los gobiernos traten de conseguir que el sector privado cargue con todos los riesgos.

45. Además de los contratos que forman parte del conjunto de arreglos financieros, hay otros contratos en que las tres partes principales, es decir, el gobierno, los acreedores y la empresa titular del proyecto, tienen un interés común. Un ejemplo de este tipo de contratos es el contrato de explotación y mantenimiento. En algunos casos, la empresa titular del proyecto celebrará un contrato con un explotador independiente para administrar la fase de explotación del proyecto. No obstante, aun cuando las partes en el contrato sean la empresa titular del proyecto y la de explotación, los acreedores desearán conocer las cláusulas del contrato para cerciorarse de que el proyecto se administra sobre una base económicamente viable y con beneficios adecuados. El gobierno también deberá asegurarse de que en el contrato se tienen debidamente en cuenta sus intereses, por ejemplo, en lo relativo a la transferencia de tecnología y al buen mantenimiento técnico de la instalación para garantizar que ésta sea traspasada en buenas condiciones técnicas al concluir el período de concesión. Los intereses de estas otras partes que tal vez no sean directamente partes en el contrato pueden complicar aún más el proceso de negociación del contrato.

46. Los problemas predominantes que se plantean en el proceso contractual para proyectos CET no parecen guardar relación con el carácter excepcional de los distintos contratos, ya que la mayoría de estos tipos de contratos se han utilizado en la ejecución de proyectos tradicionales que no son de CET. Como orientación para las cuestiones contractuales que deben examinarse en el contexto de estos proyectos tradicionales puede consultarse, por ejemplo, la Guía Jurídica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales. Es, sin embargo, en el contexto de los proyectos CET, en que un gran número de contratos relacionados entre sí forman un amplio conjunto de arreglos contractuales, donde se plantean problemas de tipo práctico en el proceso de integración de los contratos. Por consiguiente, para que el proceso pueda concluir puntualmente y con éxito deben fijarse cuidadosamente los plazos, la prioridad y el modo en que deben llevarse a cabo las negociaciones.

III. CONCLUSIÓN

47. De lo expuesto en los párrafos anteriores se desprende que los gobiernos y otras partes contratantes que participan en la realización de proyectos CET podrían requerir asistencia sobre el modo de abordar algunos de los problemas jurídicos que podrían obstaculizar una ejecución económica y adecuada de los proyectos. Por lo tanto, la Comisión tal vez desee emprender el estudio de proyectos CET, en particular sobre la infraestructura jurídica, los medios de contratación pública y la celebración de contratos. Esta tarea podría consistir concretamente en la preparación de directrices para ayudar a los Estados a establecer un marco

jurídico propicio para la ejecución de proyectos CET, con orientación sobre los medios para llevar a cabo la contratación pública para proyectos CET de forma económica y eficiente. Con respecto a las cuestiones de contratación, la Secretaría realizaría además un estudio sobre los problemas experimentados en la contratación para proyectos CET, en el que se examinarían los medios por los que la Comisión podría actuar al respecto.

48. En las directrices para crear una infraestructura jurídica propicia podrían examinarse los tipos de legislación general sobre negocios, inversiones y comercio que constituirían una sólida base jurídica para ejecutar proyectos CET, junto con las disposiciones legales modelo que pudieran utilizar los Estados deseosos de preparar legislación específica para regular la ejecución de esos proyectos. Las disposiciones legales modelo para legislación específica sobre proyectos CET podrían tratar cuestiones como la base legal para otorgar una concesión, el alcance del posible apoyo gubernamental, el marco normativo para la gestión y explotación de proyectos CET y los eventuales incentivos que deseara dar el gobierno.

49. Con respecto a la contratación pública, podría orientarse a los gobiernos sobre la forma de llevar a cabo la contratación pública promoviendo al máximo la competencia y la transparencia y evitando que el modo en que se llevaran a cabo las negociaciones hiciera perder confianza en el proceso de contratación pública. Esta orientación podría abarcar la preparación del pliego de condiciones, la determinación de los criterios para la evaluación y los medios para llevar a cabo la evaluación en distintas circunstancias. Esta orientación podría proporcionarse mediante la preparación de una reglamentación modelo para la contratación pública o de pliegos de condiciones modelo para proyectos CET. También podría proporcionarse orientación sobre cómo abordar las ofertas o propuestas no solicitadas compaginando los intereses de los autores de estas ofertas o propuestas con la voluntad del gobierno de dar competitividad al proceso.

50. Respecto del proceso contractual, actualmente sería más útil que la Secretaría continuara supervisando y estudiando la evolución de los problemas contractuales para proyectos CET con miras a determinar el modo en que la Comisión podría actuar en esta esfera. Concretamente, la Secretaría tal vez podría preparar un suplemento sobre los contratos CET destinado a la Guía Jurídica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales, en el que se examinaran los mecanismos contractuales para proyectos CET y el modo en que cabría estructurar las disposiciones de los contratos principales en el contexto de los proyectos CET.

51. Se prevé que en las tres posibles esferas de actividad mencionadas, la labor de la Comisión esté organizada de tal modo que no duplique la labor ya realizada por la ONUDI en materia de proyectos CET. Por ejemplo, en las Directrices de la ONUDI, las cuestiones relativas al marco legislativo se examinan en un capítulo dedicado al apoyo gubernamental de la ejecución de proyectos CET. Si bien en ese capítulo se estudian las principales características de esa legislación y los problemas que pueden surgir al no existir un marco legislativo adecuado, queda por elaborar una amplia guía legislativa sobre los distintos aspectos que debería abarcar el marco jurídico y, en particular, posibles disposiciones modelo que pudieran incluirse en la legislación que reglamentara los proyectos CET. En las Directrices también se enuncian algunos de los problemas que se plantean en la contratación pública. A este respecto, tal como se propone en la presente nota, sería beneficioso que los Estados recibieran orientación práctica sobre el modo de evitar algunos de los problemas tratados. Con respecto a los contratos, las Directrices describen el contenido de algunos de los contratos, tratando más detalladamente los principales contratos, como el acuerdo relativo al proyecto. También en este aspecto, sería beneficioso que los Estados recibieran una orientación más amplia sobre los mecanismos contractuales para los proyectos CET y sobre los tipos de disposiciones de importancia fundamental para lograr un conjunto de arreglos contractuales equilibrados.