



Asamblea General

Distr. GENERAL

A/CN.9/438/Add.3
23 de diciembre de 1996

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

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

PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE FINANCIACIÓN PRIVADA

Borradores de capítulo para una guía jurídica sobre proyectos de infraestructura
de financiación privada

Informe del Secretario General

Adición

Capítulo V. MEDIDAS PREPARATORIAS

Índice

Sección	Párrafos	Página
A. Emplazamiento del proyecto	1-23	2
1. Adquisición de terrenos para la construcción de la obra	1-15	2
2. Derecho de paso y otras servidumbres	16-23	5
B. Forma jurídica del concesionario	24-37	7
1. El concesionario como consorcio	24-28	7
2. El concesionario como entidad jurídica independiente	29-37	8
C. Aprobaciones y licencias	38-44	11

A. Emplazamiento del proyecto

1. Adquisición de terrenos para la construcción de la obra

1. Una de las medidas preparatorias más importantes para la ejecución de un proyecto de infraestructura es la adquisición de terrenos y otros bienes necesarios para la construcción de la obra de infraestructura. Es frecuente que la autoridad pública anfitriona facilite ese terreno, pero también es cierto que son los patrocinadores del proyecto los que en ocasiones han de comprarlo. En uno y otro caso, el derecho interno del lugar puede facilitar de modo notable la adquisición de los terrenos que haga falta, agilizando de este modo la ejecución del proyecto.

2. Cuando se haya de construir una obra de infraestructura en terrenos de propiedad pública, o cuando se haya de modernizar o rehabilitar una obra de infraestructura ya existente (como sucede en proyectos de “modernización - explotación-traspaso” o de “rehabilitación-explotación-traspaso”), la autoridad pública anfitriona se encargará normalmente, en su calidad de propietaria de ese terreno o de esa obra, de ponerla a disposición de la empresa del proyecto. La autoridad pública anfitriona podrá o bien transferir la propiedad de ese terreno o de esa obra a la empresa titular del proyecto o retener la propiedad y conceder a la empresa del proyecto un derecho a utilizar ese terreno o esa obra, conforme será examinado más adelante en el capítulo VI, “El acuerdo del proyecto” [aún no redactado].

3. En algunos países se ha reglamentado pormenorizadamente todo lo relativo a la preservación y protección de los bienes públicos, habiéndose previsto procedimientos y permisos especiales para la transferencia de su titularidad a entidades privadas o para la concesión a entidades privadas de algún derecho de uso o explotación sobre esos bienes. Cualquiera que sea la decisión que adopte el Estado anfitrión sobre la propiedad de la obra de infraestructura que vaya a ser construida, modernizada o rehabilitada, sería conveniente que el derecho interno facultara a la autoridad adjudicadora del proyecto para transferir o poner a disposición de la empresa titular del mismo todo terreno u obra de infraestructura existente que se requiera para la ejecución del proyecto.

4. Tanto si la obra de infraestructura ha de ser devuelta a la autoridad adjudicadora como si ha de quedar permanentemente en manos de la empresa titular del proyecto, las partes pueden tener interés en determinar el valor y el estado de conservación de ese terreno o de esas obras en el momento en que se efectúe su entrega a la empresa del proyecto. Por ello, además de aquellos aspectos que serán normalmente abordados en el acuerdo del proyecto (p. ej., trámites de entrega, documentación requerida, derechos de timbre), tal vez sea conveniente disponer legalmente que se ha de inspeccionar, medir y demarcar todo terreno o toda obra que se vaya a transferir a la empresa titular del proyecto o que vaya a ser puesta a su disposición. A título de ejemplo, cabría redactar una disposición que facultara además a la autoridad competente para transferir el terreno a la empresa del proyecto, en términos como los siguientes:

1. El órgano administrativo competente estará facultado para poner a disposición del concesionario los terrenos, las obras u otros bienes que se requieran para la ejecución del proyecto por el período de la concesión.
2. En el acuerdo del proyecto se pormenorizará el procedimiento que ha de seguirse para la inspección, demarcación y valoración de esos terrenos, edificios o demás bienes y para dejar constancia del estado en que se encuentren con anterioridad a su entrega al concesionario.

5. La situación podría complicarse en el supuesto de adjudicarse unas nuevas obras de infraestructura que hayan de construirse sobre terrenos que, al no ser de propiedad pública, hayan de ser comprados a sus propietarios. El derecho interno suele disponer que en tales supuestos la administración pública se encargará de adquirir el terreno para ponerlo a la disposición del proyecto, pero en algunos casos son los patrocinadores del proyecto los que se encargan de la compra del terreno necesario.
6. La propia empresa titular del proyecto se encargaría, en cambio, de adquirir los terrenos cuando se trate de un proyecto que ella misma haya propuesto, sin haberle sido solicitado. Particularmente cuando se trate de obras de infraestructura de notable interés comercial, pero que no sean de prioridad pública, es probable que las autoridades del Estado anfitrión no se sientan obligadas a adquirir los terrenos para la empresa titular del proyecto. No obstante, las autoridades locales facilitarían notablemente los preparativos de la empresa titular del proyecto si la ayudan a obtener toda aprobación o licencia que sea requerida para adquirir la propiedad de esos terrenos, o si levantan toda restricción o prohibición, tal vez legal, que pueda haber contra la adquisición, por la empresa titular del proyecto, de la propiedad de esos terrenos.
7. En la mayoría de los casos la empresa titular del proyecto se mostrará, no obstante, reacia a hacerse cargo de la compra del terreno requerido por el proyecto. La empresa titular pudiera temer las demoras y gastos que ocasionaría el tener que negociar tal vez con un gran número de propietarios particulares y, como sucede en algunas partes del mundo, tener que efectuar un laborioso examen de la cadena de transferencia de la titularidad para cerciorarse así de la legitimidad del título de los propietarios actuales. Además, la publicidad dada a las obras de infraestructura previstas acostumbra a elevar el precio de los terrenos, con el resultado de que la empresa titular del proyecto se vería obligada a pagar un precio superior al previsto en su presupuesto inicial. De tratarse de proyectos solicitados por el Estado anfitrión, habrá además un interés público en evitar toda demora o costo innecesario a que pudiera dar lugar la adquisición de terrenos para las obras.
8. A fin de eliminar las dificultades anteriormente mencionadas, es probable que el Estado anfitrión se encargue de facilitar los terrenos requeridos para la ejecución del proyecto, ya sea por vía de compra o de expropiación. Ciertos países disponen de leyes especiales en materia de expropiación, que pudieran ser aplicables para la expropiación de los terrenos requeridos para proyectos de infraestructura de financiación privada. En algunos países el procedimiento de expropiación variará según cuál sea su finalidad. Aun cuando las condiciones y procedimientos aplicables en materia de expropiación varían mucho de un país a otro, en ese procedimiento suele haber dos fases bien definidas.
9. En una fase inicial se determinaría la necesidad de expropiar los terrenos requeridos y se daría a conocer a los propietarios reales o supuestos de esos terrenos la intención del Estado de proceder a su expropiación. En algunos países, tal vez sea obligatorio que la entidad adjudicadora intente comprar los terrenos de sus propietarios, antes de recurrir a ninguna medida de expropiación forzosa, mientras que en otros países puede que no existan esas limitaciones. En algunos países, la autoridad competente está obligada, por imperativo legal, a dar aviso de su intención de expropiar al propietario del terreno o al público en general, mediante un acto público previsto al efecto. Ese acto se designa de diverso modo en los diversos ordenamientos jurídicos, llamándose en alguno de ellos “declaración de utilidad pública”, pero en la presente publicación será denominado en adelante “orden de expropiación”.
10. Esa medida va seguida a menudo de una segunda fase, en la que se evalúa la suma que se ha de pagar como compensación al propietario. En algunos países, la administración pública se hace cargo del procedimiento de expropiación en su totalidad, mientras que en otros países la segunda fase del procedimiento de expropiación ha de llevarse a cabo a través de los tribunales. A menudo los terrenos no serán de propiedad pública y la autoridad competente no podrá posesionarse de ellos sin haber pagado una compensación adecuada a los propietarios. Si embargo, en algunas circunstancias, tales como situaciones de urgencia o de necesidad pública apremiante, la ley prevé en algunos países que los tribunales, o la autoridad que sea competente en casos de expropiación, pueda

facultar a los poderes públicos para posesionarse inmediatamente de los terrenos tan pronto como se haya iniciado el debido proceso, pero exigiéndose a menudo que se deposite como garantía una suma que corresponda al valor de los bienes que se vayan a expropiar.

11. El derecho a expropiar ciertos bienes privados suele ser conferido únicamente a órganos de la administración pública, pero en algunos países se ha conferido también a entidades que no forman parte de la administración pública. Las leyes de algunos países autorizan a entidades no estatales a llevar a cabo ciertas actividades, tales como a empresas o concesionarios de servicios públicos (por ejemplo: compañías de ferrocarril, empresas eléctricas, compañías telefónicas), para poner en práctica ciertas medidas de expropiación de bienes privados que sean necesarias para el funcionamiento o la ampliación de los servicios que esas entidades prestan al público. Pero aun en estos casos suele requerirse alguna intervención de la autoridad competente. Por ejemplo, la ley tal vez exija la presentación de una orden de expropiación, mientras que el concesionario se hará cargo de las medidas subsiguientes de expropiación, así como del pago de la compensación debida a los propietarios.

12. La expropiación suele ser un procedimiento largo y complejo. Puede que hayan de intervenir autoridades de diversos ministerios o de diversos sectores de la administración pública. La demora puede ser aún mayor en países en los que la expropiación se hace a través de un procedimiento judicial. Por ello, tal vez convenga reconsiderar, por razones de interés público, el régimen aplicable a la expropiación, a fin de adecuarlo a las necesidades de los grandes proyectos de infraestructura y para comprobar si se dispone de un procedimiento ágil y poco costoso que salvaguarde como es debido los intereses legítimos de los propietarios.

13. En países en los que la ley ha previsto más de un procedimiento de expropiación, se ha estimado conveniente permitir que las expropiaciones requeridas para proyectos de infraestructura de financiación privada sean tramitadas por el más rápido de esos procedimientos, que suele ser el procedimiento especial aplicable en algunos países en los supuestos de expropiación por razones de urgencia o de necesidad pública apremiante. En algunos países, la ley permite además facultar al concesionario para llevar a cabo la expropiación, pero quedando la autoridad competente encargada de dar cumplimiento a los requisitos legales para la iniciación de un procedimiento de expropiación (véase el anterior párrafo 9). Puede ser ventajoso, tanto para el Estado anfitrión como para la empresa titular del proyecto, que se haga uso de esas facultades, especialmente en países en los que los tribunales son los que determinan la suma pagadera a los propietarios en compensación de los bienes expropiados, siempre que las partes en el acuerdo del proyecto estimen que el concesionario está en mejores condiciones que los órganos de la administración para llevar a cabo con celeridad los trámites de la expropiación. Las partes podrán convenir en que la empresa titular del proyecto asuma la totalidad del costo de la expropiación, o en que el Estado anfitrión asuma una parte de ese costo.

14. Medidas como las mencionadas en el párrafo anterior permitirán probablemente se dé comienzo a la ejecución del proyecto al poco tiempo de ser éste adjudicado, en vez de tener que esperar a que se haya dado una solución definitiva a la cuestión de la compensación que habrá de pagarse a los propietarios. Para ese fin, en aquellos países en los que la normativa aplicable al respecto permita adoptar esas medidas bastaría con que la norma especial destinada a los proyectos de infraestructura de financiación privada enuncie unas cuantas reglas básicas que remitan a la normativa ya existente, como puede verse ilustrado en las cuatro disposiciones siguientes:

1. Salvo de disponerse otra cosa en la presente norma, la expropiación de terrenos privados para la construcción de una obra de infraestructura, en el marco de lo dispuesto en la presente ley, deberá hacerse conforme al procedimiento previsto en [indíquese la norma aplicable al procedimiento de expropiación].

2. La autoridad competente de este Estado se encargará de emitir [la orden de expropiación] [y de adoptar toda otra medida que sea requerida con arreglo a la normativa aplicable en materia de expropiación].

3. La autoridad competente de este Estado podrá facultar al concesionario para dar curso a la expropiación, en cuyo caso [variante 1: el concesionario asumirá todos los gastos imputables al procedimiento de expropiación] [variante 2: deberán enunciarse en el acuerdo del proyecto las obligaciones respectivas de este Estado y del concesionario en lo relativo a los gastos imputables al procedimiento de expropiación], en los que estará incluida

la compensación a que dé lugar esa expropiación, así como los honorarios de la asistencia letrada y las costas procesales.

4. El tribunal o toda otra autoridad competente podrá autorizar al concesionario a posesionarse de los terrenos requeridos al efecto tan pronto como se dé apertura al procedimiento de expropiación [y deberá exigirle que deposite una suma que corresponda al valor de esos terrenos].

15. La titularidad del terreno expropiado suele conferirse al Estado anfitrión, aún cuando en algunos casos el Estado anfitrión podrá estar legalmente autorizado para convenir con la empresa titular del proyecto algún otro arreglo, habida cuenta de cuál haya sido su participación respectiva en los gastos de expropiación (véase capítulo VI, “El acuerdo del proyecto” [aún no redactado]).

2. Derecho de paso y otras servidumbres

16. Antes de adquirir terrenos para la construcción de la obra, tal vez sea preciso cerciorarse de que la empresa titular del proyecto tendrá acceso a esos terrenos en supuestos en los que el emplazamiento del proyecto requiera un derecho de tránsito a través de terrenos de terceros. Ese derecho de tránsito es conocido en el derecho interno bajo el término “derecho de paso”. La índole del proyecto puede ser tal que obligue a la empresa titular del proyecto a entrar en terrenos pertenecientes a terceros (p. ej., para colocar instalaciones fijas o cables o para prestar directamente servicios a sus clientes, como sucedería en el supuesto de una red distribuidora de agua, gas o electricidad). Esos derechos a utilizar la propiedad ajena o a colocar en ella alguna instalación son conocidos bajo el nombre de “servidumbres” o algún otro término de significado parecido. En adelante, los derechos de paso y toda otra servidumbre o derecho análogo serán designados por el término genérico de “servidumbre”.

17. Para que se pueda establecer una servidumbre, será preciso que el propietario dé su consentimiento, salvo que esa servidumbre tenga un fundamento legal. Por lo general, la empresa titular del proyecto adquirirá las servidumbres requeridas por alguna de las tres vías siguientes: la empresa la negociaría directamente con los propietarios de los terrenos afectados; la autoridad pública competente se encargará de expropiarla para transferirla a la empresa titular para los fines del proyecto; o la propia ley tal vez conceda esos derechos para los fines invocados por la empresa titular del proyecto.

18. En algunos casos, la autoridad pública competente pudiera desear que la propia empresa titular del proyecto se encargue de negociar las servidumbres requeridas con los propietarios. En ese caso, tal vez no sea preciso promulgar una norma legal al efecto, y las partes estipularán en el acuerdo del proyecto que la empresa titular se encargará de adquirir esos derechos. Ese procedimiento sería viable para proyectos en los que sólo se requieran servidumbres sobre un reducido número de propiedades adyacentes al emplazamiento del proyecto. Ahora bien, existen otros supuestos en los que ese procedimiento no resultaría ni rápido ni económico, especialmente cuando las necesidades del proyecto obliguen a negociar servidumbres con una multitud de propietarios. Por ello, puede ser conveniente que sea el Estado anfitrión el que se encargue de adquirir y de conceder a la empresa titular del proyecto las servidumbres requeridas.

19. En aquellos casos en los que el Estado anfitrión, o la propia empresa adquiera el emplazamiento del proyecto por vía de expropiación cabría resolver el problema de las servidumbres requeridas al tiempo que se procede a la expropiación de los terrenos del emplazamiento. Cabría por ello definir el alcance de la expropiación como referida no sólo a los terrenos del emplazamiento sino también a las servidumbres sobre otros terrenos que sean requeridas para la ejecución del proyecto.

20. La índole precisa de las servidumbres requeridas por la empresa del proyecto dependerá a menudo de la índole del proyecto. Cabe citar al respecto: el derecho a colocar señales indicadoras sobre terrenos adyacentes en el caso

de carreteras o ferrocarriles. El derecho a instalar postes y cables de alta tensión sobre terrenos de terceros para la distribución de electricidad; el derecho a instalar y mantener unidades de transformación y conmutación; el derecho a podar árboles que interfieran con líneas telefónicas tendidas sobre terrenos colindantes. En vista de la diversidad de servidumbres eventualmente requeridas para diversos proyectos, tal vez sea preferible que el Estado anfitrión no defina su alcance en términos demasiado precisos, dejando que ese alcance sea determinado para cada proyecto particular.

21. Un ejemplo de una autorización legal general dada para la constitución por expropiación de las servidumbres requeridas por el proyecto, sin limitar su alcance, sería la siguiente:

Además de los terrenos requeridos para la construcción de la obra, la autoridad competente [e l concesionario] podrá crear servidumbres en todo otro terreno donde sean requeridas ya sea para dar acceso al concesionario a la obra o ya sea para levantar, colocar y mantener sobre esos otros terrenos toda instalación o elemento auxiliar que pueda necesitarse para el funcionamiento de la obra y la prestación de sus servicios.

22. Otra posibilidad sería que la propia ley determine el tipo de servidumbre que ha de otorgarse a la empresa titular del proyecto, sin que ello requiera necesariamente la expropiación del terreno sobre el que se vaya a constituir esa servidumbre. Ello se conseguiría con una ley por la que el Estado anfitrión determine, por adelantado, las servidumbres requeridas por la empresa titular del proyecto. Por ejemplo, en una ley especial para el sector eléctrico cabría conceder las siguientes servidumbres:

El concesionario dispondrá de un derecho a tender cables para el trazado y la explotación de redes de distribución de energía sobre terrenos pertenecientes a terceros, para cuyo fin el concesionario estará facultado para:

- a) colocar cables subterráneos o suspendidos, así como para instalar estructuras de apoyo y equipo de transformación y conmutación;
- b) mantener, reparar o retirar cualquiera de las instalaciones arriba mencionadas;
- c) establecer una zona de seguridad a lo largo del tendido de sus cables subterráneos o suspendidos;
- d) eliminar obstáculos a lo largo del tendido de sus cables o que invadan la zona de seguridad.

23. No obstante, en algunos ordenamientos, la empresa titular del proyecto estaría obligada a pagar una indemnización al propietario, al igual que si hubiera procedido a una expropiación, en el caso de que la índole de la servidumbre establecida obstaculice de modo notable la utilización del terreno por su propietario.

B. Forma jurídica del concesionario

1. El concesionario como consorcio

24. La normativa interna relativa a los proyectos de infraestructura de financiación privada suele contener disposiciones relativas a la condición jurídica del concesionario y se ocupa de la cuestión de si el concesionario habrá de constituirse como entidad jurídica independiente o de si, por el contrario, cabe adjudicar el proyecto a una colectividad de patrocinadores agrupados en un consorcio del proyecto. En algunos países la normativa aplicable exige que la empresa titular del proyecto esté constituida en forma de entidad jurídica independiente (véase a continuación, la subsección 2), mientras que en otros países se puede adjudicar legalmente un proyecto a un consorcio formado por las empresas patrocinadoras del proyecto.

25. En la práctica comercial, se entiende por consorcio todo arreglo contractual por el que un grupo de empresas se comprometen a cooperar entre ellas para llevar a cabo un proyecto sin integrarse en una entidad jurídica independiente. En la industria de la construcción se suele formar consorcios para el desarrollo de grandes proyectos que requieren una base sólida de capital y conocimientos técnicos muy diversos. Los consorcios se consideran como arreglos meramente contractuales que no dan lugar al nacimiento de una personalidad jurídica propia. Ahora bien, no existe un régimen jurídico uniforme en materia de consorcios, por lo que el derecho interno los cataloga en diversas categorías contractuales. Por consiguiente, la condición jurídica de un consorcio, así como los derechos y obligaciones de sus miembros, pueden diferir de un ordenamiento jurídico a otro.

26. En proyectos pequeños o a corto plazo con escasos patrocinadores, puede ser conveniente formar un consorcio del proyecto, ya que ello daría más flexibilidad a las relaciones mutuas de los patrocinadores y a las relaciones de todos ellos con sus socios comerciales que el marco de una empresa constituida en sociedad mercantil. Otra razón para no establecer una entidad jurídica independiente en el país anfitrión sería la de evitar el riesgo de doble tributación, en países que no tengan concertado un acuerdo bilateral contra la doble tributación con el país o los países con los que tengan su sede los inversionistas extranjeros. Ahora bien, para proyectos en gran escala y a largo plazo financiados con préstamos sin responsabilidad subsidiaria de terceros, un consorcio del proyecto no resultaría normalmente viable. Un consorcio no constituye un mecanismo ideal para la obtención de fondos prestados, ya que en muchos ordenamientos todo miembro del consorcio asumiría una responsabilidad residual e ilimitada por todas las obligaciones del consorcio. Además, el consorcio pudiera no tener acceso a los mercados financieros, ya que únicamente las sociedades legalmente constituidas están autorizadas para emitir títulos negociables y valores bursátiles como acciones, obligaciones y pagarés.

27. También desde la perspectiva del país anfitrión, sería normalmente preferible que los patrocinadores del proyecto establezcan una entidad jurídica independiente en el país (véase a continuación, la subsección 2). No obstante, puede haber supuestos en los que el Estado anfitrión desee retener la posibilidad de encomendar proyectos de infraestructura a un consorcio, según cuál sea la escala y la índole del proyecto, o a fin de que todos los patrocinadores sean solidariamente responsables del proyecto en su totalidad. En esos países convendría decidir la forma social que deberá adoptar el concesionario a la luz de las características de cada proyecto en particular o del tipo de infraestructura que se vaya a adjudicar. Convendría, por ello, facultar legalmente a la entidad adjudicadora para decidir, según cuáles sean las necesidades del proyecto, si desea adjudicar ese proyecto a un consorcio o a una entidad jurídica independiente constituida al efecto por los patrocinadores seleccionados. Caso de que la entidad adjudicadora considere que no es necesario que la empresa titular del proyecto se constituya en entidad jurídica independiente, la norma aplicable podría tratar de resolver las dificultades de coordinación a las que podría dar lugar el tener que tratar con un consorcio y aclarar cuáles serían las responsabilidades de sus miembros. La ley podría exigir, por ejemplo, que el consorcio designe a uno de sus miembros para tratar en nombre del proyecto con la autoridad pública competente, pero disponiendo al mismo tiempo que todos los miembros del consorcio serán solidariamente responsables ante la autoridad competente por la ejecución del proyecto. A título de disposición ilustrativa a este respecto cabe citar la siguiente:

1. Caso de permitirse que entidades en forma de consorcio presenten ofertas [propuestas], cabrá disponer en la convocatoria a licitación [en la solicitud de propuestas] que la entidad adjudicadora se reserva el derecho a exigir que todo consorcio, caso de ser seleccionado, deberá constituirse en forma de entidad jurídica independiente antes de que se proceda a la firma del acuerdo del proyecto.

2. Caso de no requerirse el establecimiento de una entidad jurídica independiente, la entidad adjudicadora deberá exigir que:

a) Se presente una prueba por escrito del acuerdo por el que la totalidad de sus miembros hayan constituido el consorcio; y

b) El consorcio nombra a uno de sus miembros como director del mismo, para que responda ante la entidad pública competente de la ejecución del proyecto.

3. El nombramiento de un director del consorcio no menoscabará la responsabilidad solidaria de los restantes miembros del consorcio ante la entidad pública competente por la ejecución y la explotación del proyecto. El acuerdo del proyecto deberá ser firmado por todos los miembros del consorcio.

28. Una disposición como la anteriormente citada tal vez ayude a poner en claro algunos de los aspectos problemáticos de encomendar la ejecución de un proyecto a un consorcio. Ahora bien, quedarían aún cuestiones por resolver en el acuerdo del proyecto, por lo que habrán de negociarse cláusulas pormenorizadas en las que se asegure tanto la coordinación entre los miembros del consorcio como el debido enlace con la autoridad adjudicadora y se aclaren las obligaciones y responsabilidades de cada uno de los miembros del consorcio en orden a la ejecución del proyecto¹.

2. El concesionario como entidad jurídica independiente

29. En la mayoría de los casos, la ley requiere que el concesionario sea una entidad jurídica independiente que ha de constituirse como tal antes de serle adjudicado el proyecto, o inmediatamente después. En ocasiones la ley enuncia requisitos más precisos como el de un capital mínimo, el tipo de sociedad a formar y la finalidad de la misma.

30. Una empresa titular del proyecto establecida como entidad jurídica independiente en el país anfitrión suele ser, por diversas razones, la estructura normal que se utiliza para proyectos de infraestructura. Es relativamente sencillo conferir todos los derechos, activos y obligaciones de un proyecto a una sola entidad jurídica independiente. En el marco de ese modelo, cabe limitar la intervención directa de otras partes como sería el caso de los patrocinadores del proyecto, y la empresa titular del proyecto concertaría el acuerdo del proyecto y todo instrumento requerido en su propio nombre y dispondría de su propio personal directivo y operacional. Una entidad jurídica independiente proporcionaría también un mecanismo para proteger los intereses del proyecto, que pudieran no coincidir necesariamente con los intereses particulares de cada uno de los patrocinadores del proyecto. Este aspecto puede ser particularmente importante para proyectos en los que los patrocinadores del proyecto hayan de suministrar porciones importantes de los servicios o suministros requeridos. Dado que una parte importante de las obligaciones y responsabilidades de la empresa titular del proyecto y en particular todas las que sean a largo plazo (acuerdo del proyecto, los acuerdos de préstamo y de garantía, los contratos de construcción), suelen convenirse en una etapa temprana, puede ser provechoso para el proyecto si dispone que una representación independiente de sus intereses durante la fase de negociación de esos instrumentos. Además, una empresa titular del proyecto establecida como entidad independiente permite distinguir claramente los activos, las ganancias y las responsabilidades del proyecto de los de las empresas patrocinadoras del proyecto facilitando así las tareas de contabilidad y auditoría.

31. Un asunto que suele abordarse en las leyes relativas a proyectos de infraestructura de financiación privada es el de la magnitud del capital social de la empresa titular del proyecto que habrá de ser suscrito y desembolsado

¹ Puede verse un breve examen de la contratación de obras con un grupo de empresas no integrado en la entidad con personalidad propia en la Guía Jurídica para los Contratos de Obras (capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación", párrs. 9 a 16). Algunas de las cuestiones mencionadas en ese capítulo son también aplicables, con ligeras variantes, a la negociación de proyectos de infraestructura de financiación privada, y en particular a los siguientes puntos: cómo superar la dificultad de entablar una acción, caso de producirse una controversia, contra patrocinadores del proyecto que se encuentren en diversos países; cómo redactar una cláusula para la solución de controversias en términos que permitan resolver una controversia entre la autoridad adjudicadora y varios o la totalidad de los miembros del consorcio ante un mismo tribunal judicial o arbitral; cómo estructurar las garantías de buena ejecución que hayan de ser dadas por terceros y las garantías de calidad que hayan de dar los propios miembros del consorcio; cuáles son los acuerdos auxiliares que tal vez deba concertar la autoridad adjudicadora; cuáles son los reglamentos de índole imperativa aplicables en el derecho interno a un acuerdo con un concesionario que no haya formado una sociedad legalmente constituida.

para su establecimiento. El país huésped tiene un interés legítimo en requerir que el capital social sea suficiente para asegurar la solvencia financiera de la empresa titular del proyecto y su capacidad para cumplir con sus obligaciones. Esos intereses se verían atendidos si se exige un capital mínimo para el establecimiento de la empresa titular del proyecto. En algunos países, la propia ley se ocupa de este aspecto, al fijar una suma al respecto o señalar un porcentaje del costo total del proyecto como capital mínimo de su empresa titular. En otros países, la ley no dice nada al respecto y la entidad adjudicadora ha de decidir la cuestión, a menudo a través de negociaciones con los patrocinadores del proyecto.

32. La inversión total necesaria así como la proporción ideal entre el endeudamiento y el capital social de la empresa varían de un proyecto a otro, por lo que no será fácil fijar una suma o un porcentaje que resulte adecuado para todos los supuestos. Por ello, fijar legalmente un capital mínimo para toda empresa, que vaya a llevar a cabo un proyecto de infraestructura en el país, puede resultar un requisito excesivamente rígido. Un enfoque más flexible sería el de fijar los requisitos a la luz de las circunstancias de cada proyecto o tipo de infraestructura. Cuando la entidad adjudicadora pueda estimar por adelantado el presupuesto total del proyecto, cabría indicar en la convocatoria a licitación o en la solicitud de propuestas el capital mínimo requerido para el establecimiento de la empresa titular del proyecto. Cuando no sea viable estimar por adelantado el costo del proyecto, o cuando el Estado anfitrión prefiera negociar la cuantía o la proporción del capital social de la empresa que habrán de tomar los patrocinadores del proyecto, la entidad adjudicadora tal vez prefiera retener la flexibilidad requerida para determinar, según convenga, la cuantía del capital mínimo en el curso del proceso de selección. En países en los que el proyecto se haya de adjudicar por medio de alguna decisión formal del Estado anfitrión, como sería un decreto o un aviso de adjudicación (véase capítulo IV, “Selección de los patrocinadores del proyecto” [aún no redactado]), cabría indicar en esa decisión el capital mínimo requerido para constituir la empresa titular del proyecto.

33. Además de la cuestión del capital mínimo, el derecho interno puede que regule la forma en que habrá de organizarse la empresa titular del proyecto. La normativa interna de algunos países tal vez requiera que la empresa titular del proyecto se constituya de determinada manera mientras que en otros países tal vez no haya dispuesto nada al efecto. En casos en los que se considere importante especificar la forma social que ha de adoptar la empresa titular del proyecto, sería conveniente no perder de vista el interés de los patrocinadores del proyecto en limitar su responsabilidad a la cuantía de su inversión. A fin de evitar toda responsabilidad subsidiaria por el pago de las deudas de la empresa titular del proyecto, los patrocinadores del proyecto preferirán normalmente establecer la empresa titular del proyecto como una sociedad de responsabilidad limitada, como pudiera ser una sociedad anónima. Todo patrocinador del proyecto se mostrará reacio a llevar a cabo un proyecto en el que haya de asumir una responsabilidad ilimitada por las deudas que contraiga la empresa titular del proyecto.

34. Cabría redactar una disposición para resolver las cuestiones examinadas en los párrafos anteriores en términos como los siguientes:

1. El licitador [oferente] ganador deberá establecer la empresa, con la que se concertará el acuerdo de proyecto, dentro de un plazo de [...] días a partir de la fecha en que se adjudique la concesión.
2. El capital mínimo, la forma y la duración de la empresa titular del proyecto deberán ser conformes a lo que se haya dispuesto al efecto en la convocatoria a licitación [en la solicitud de propuestas] [en el aviso de adjudicación de la concesión].

35. En la normativa aplicable de algunos países se delimita el alcance de las actividades de la empresa titular del proyecto exigiendo, por ejemplo, que las actividades de la empresa titular del proyecto queden circunscritas al desarrollo y la explotación de un determinado proyecto. Esas restricciones favorecerían la finalidad de asegurar la transparencia de las cuentas del proyecto y la integridad de sus activos, al segregar los activos, los beneficios y las responsabilidades de cada proyecto de los activos, los beneficios y las responsabilidades de otros proyectos o de otras actividades que no guarden relación con el proyecto. Ese requisito facilitaría también la evaluación del rendimiento

de cada proyecto al no poderse ocultar las pérdidas o beneficios de un proyecto con las pérdidas o beneficios de otros proyectos o actividades, compensando unos con otros. Ahora bien, el Estado anfitrión pudiera tener interés en reservarse la posibilidad de integrar varios proyectos bajo una misma gestión, por ejemplo, caso de adjudicarse a una misma empresa otro proyecto, complementario del primero, a través de un proceso de selección independiente del primero. Cabría redactar una disposición que enunciara ese requisito, pero permitiera algunas excepciones en términos como los siguientes:

La finalidad de la empresa titular del proyecto deberá limitarse a la ejecución y explotación del proyecto para el que le haya sido adjudicada la concesión. De no disponerse otra cosa en la convocatoria a licitación [en la solicitud de propuestas] deberá establecerse una empresa separada para cada proyecto.

36. El Estado anfitrión pudiera tener interés en que los estatutos y reglamentos internos de la empresa titular del proyecto sean un fiel reflejo de las obligaciones que la empresa haya contraído en el acuerdo del proyecto, o en que esas normas internas no obstaculicen la ejecución del proyecto. Por el lo, cabría disponer legalmente que no se podrán modificar los estatutos y los reglamentos internos de la empresa titular del proyecto sin recabar la autorización previa de la autoridad competente en el Estado anfitrión. Al exigir la aprobación oficial para toda modificación eventual de los estatutos y reglamentos internos de la empresa titular del proyecto, conviene ponderar el peso relativo de l interés público representado por el Estado y la necesidad de que la empresa titular del proyecto disponga de l a flexibilidad requerida para cumplir con su cometido comercial. La gestión cotidiana del proyecto pudiera verse dificultada si se ha de recabar rutinariamente el visto bueno previo de las autoridades para introducir pequeños cambios en normas relativas a los asuntos internos de la empresa. Una posible solución sería la de limitar la facultad de la autoridad nacional competente para oponerse a una enmienda propuesta a aquellos casos en los que l a modificación se refiera a disposiciones que se consideren de importancia vital para la empresa (p.ej., el volumen del capital, las clases de acciones y sus privilegios, el procedimiento a seguir en caso de liquidación) y que sería n especificadas en el acuerdo del proyecto. Como ejemplo de una disposición legal al efecto cabe citar la siguiente:

El estatuto y los reglamentos internos de la empresa titular del proyecto y toda enmienda que se desee introducir en los mismos no serán válidos sin la aprobación previa de la autoridad competente, que se considerará otorgada caso de no haber sido denegada antes de transcurridos [...] días. La autoridad competente podrá denegar su aprobación a toda enmienda relativa a una disposición esencial del estatuto y de los reglamentos internos [, conforme a lo dispuesto en el acuerdo del proyecto], cuando se estime que esa enmienda sería contraria al interés público.

37. El Estado anfitrión puede tener un interés legítimo en que los patrocinadores iniciales del proyecto mantengan el compromiso que hayan contraído con el proyecto a lo largo de la vida del mismo y en que esos patrocinadores no sean sustituidos por entidades desconocidas para el Estado anfitrión. Por ello, requerir legalmente que, al igual que en los puntos anteriormente mencionados, toda transferencia de acciones de la empresa titular del proyecto, que conlleve un derecho de voto, sólo podrá hacerse una vez obtenida la aprobación previa del Estado anfitrión.

C. Aprobaciones y licencias

38. En algunos países, la entrada en vigor del acuerdo del proyecto puede estar supeditado a la aprobación de la autoridad gubernamental competente o de la cámara legislativa del país, o puede requerir incluso la promulgación de alguna ley especial. Respecto de cierto tipo de proyectos puede que se requiera la aprobación de órganos estatales de diverso rango. El tiempo requerido para la obtención de esa aprobación puede variar mucho de un país a otro y en algunos casos puede ser considerable, especialmente cuando el órgano o la autoridad competente que haya de dar su aprobación no haya participado desde el principio en la preparación y negociación del proyecto.

39. Toda demora en poner un proyecto de infraestructura en funcionamiento puede comprometer su viabilidad financiera o causar considerables pérdidas a sus patrocinadores. Cuando el costo financiero adicional no pueda ser recuperado elevando las tarifas o cobrando precios más elevados, la empresa titular del proyecto podrá dirigirse al

Estado anfitrión para obtener alguna medida de reparación o apoyo. En ambos casos, la consecuencia pudiera ser un aumento en el costo del proyecto y en el precio cobrado a sus usuarios. La denegación posible de la aprobación definitiva del proyecto, o de alguna licencia sin la que el proyecto no pueda llevarse a término, tendría consecuencias aún más graves para los patrocinadores del proyecto. Para cuando el acuerdo del proyecto se ha firmado, los patrocinadores del mismo habrán tenido que dedicar mucho tiempo e invertir sumas considerables de dinero en el proyecto (p. ej., preparando estudios de viabilidad y de ingeniería, así como diseños y otros documentos técnicos; preparando documentos de licitación y participando en el proceso de licitación; preparando y negociando préstamos y la documentación contractual; contratando servicios de asesoramiento y consultoría).

40. Con miras a agilizar estos asuntos y evitar toda demora contraproducente en el calendario del proyecto, en algunos países la normativa pertinente en vigor confiere los poderes requeridos para vincular al Estado anfitrión a una autoridad expresamente designada al efecto, de modo que el acuerdo del proyecto entrará en vigor al ser firmado por esa autoridad o al completarse ciertas formalidades, como pudiera ser su publicación en la gaceta oficial. En países en los que esa simplificación de los trámites no sea factible, o en los que se requiera la aprobación definitiva de alguna otra autoridad, sería conveniente buscar la manera de evitar que esos requisitos de aprobación sirvan para disuadir a algunos patrocinadores serios de presentar su candidatura para llevar a cabo proyectos en ese país. Es importante no perder de vista que el riesgo de que un proyecto sea frustrado por falta de aprobación puede ser demasiado grande para los patrocinadores eventuales del proyecto, por lo que es posible que se solicite al Estado anfitrión que dé alguna garantía suficiente a los patrocinadores del proyecto y a los prestamistas contra ese riesgo. En algunos países que exigen requisitos de este tipo, la autoridad adjudicadora se compromete, a veces, en el acuerdo del proyecto a indemnizar a los patrocinadores del mismo por todos los gastos en que hayan incurrido y a reembolsarles sus préstamos pendientes, caso de ser denegada la aprobación definitiva de ese proyecto.

41. Además de las aprobaciones requeridas para la entrada en vigor del acuerdo del proyecto, el desarrollo y la explotación de proyectos de infraestructura suele conllevar la obtención de determinados permisos o licencias que se necesitan con arreglo al derecho interno del país para determinadas actividades (tales como exenciones de la reglamentación aplicable en materia de divisas; licencias para la fundación de la sociedad titular del proyecto; permisos para la contratación de extranjeros; derechos de timbre y de inscripción en un registro para obtener la propiedad o el usufructo de un terreno; licencias de importación de bienes de equipo y suministros; permisos de construcción; licencias para la instalación de cables o conducciones de agua u otras sustancias; licencias para la explotación de la obra o instalación). Esas licencias y permisos pueden ser de la competencia de diversos órganos situados en diversas ramas o sectores de la administración pública y su obtención pudiera llevar mucho tiempo.

42. Algunos países han descubierto las ventajas de coordinar la tramitación de las licencias requeridas en una etapa temprana de la ejecución del proyecto, identificando por adelantado los permisos y licencias que se requerirán para llevar a cabo proyectos en determinados sectores y disponiendo que la entidad adjudicadora concierte con los órganos que se encarguen de conceder los permisos o licencias requeridos para la actividad que se vaya a encomendar a la empresa titular del proyecto cuáles serán los trámites y los requisitos para la obtención de esas licencias antes de que se convoque a licitación. A continuación puede verse un ejemplo de lo que cabría disponer al efecto:

1. Antes de publicar la convocatoria a licitación [la solicitud de propuestas], la entidad adjudicadora deberá, en consulta, con las autoridades o entidades competentes, determinar las principales licencias requeridas para el proyecto y el órgano competente para otorgarla.
2. La lista de las licencias requeridas y de los órganos competentes para otorgarlas deberá ser dada a conocer con la convocatoria a licitación [con la solicitud de propuestas].

43. Cabría complementar la disposición anterior con otra que encomendara a un solo órgano la función de supervisar esas licencias, en términos como los siguientes:

1. [El] [La] [nombre del órgano designado al efecto] se encargará de recibir las solicitudes de licencia para transmitir las a la autoridad competente y de supervisar la emisión de todas las licencias consignadas como necesarias en la convocatoria a licitación y de toda otra licencia que sea requerida ulteriormente.

2. Se tendrá por otorgada toda licencia que no haya sido denegada por escrito en un plazo de [...] días a partir de la fecha en que se haya recibido la solicitud de la misma.

44. Ahora bien, puede haber casos en los que el Estado anfitrión, por razones constitucionales o de organización interna, pudiera no estar en condiciones de hacerse cargo de la tramitación de todas las licencias o de encomendar a un solo órgano la tarea de coordinación anteriormente descrita. Tal vez el Estado anfitrión desee considerar, en tales casos, la posibilidad de dar alguna seguridad de que hará, no obstante, lo posible por ayudar a la empresa titular del proyecto a obtener las licencias requeridas por el derecho interno, designando, por ejemplo, alguna autoridad u órgano que facilitaría a los patrocinadores del proyecto información y asistencia para la obtención de las licencias requeridas y, en particular, sobre los requisitos y trámites al respecto.