



Asamblea General

Distr. GENERAL

A/CN.9/458/Add.3

24 de febrero de 1999

ESPAÑOL

Original: INGLÉS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

32º período de sesiones

Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999

PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA

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

Informe del Secretario General

Adición

II. RIESGOS DEL PROYECTO Y RESPALDO PÚBLICO

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS	1-2	3
NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS	1-70	4
A. Observaciones generales	1-2	4
B. Los riesgos del proyecto y su distribución	3-24	4
1. Descripción general de las principales categorías de riesgos	6-15	5
2. Arreglos contractuales para la asignación de los riesgos así como para paliar sus efectos	16-24	7
C. Respaldo público	25-26	9
1. Consideraciones de política general relativas al respaldo público	27-29	10
2. Formas de respaldo público	30-56	11
D. Garantías dadas por instituciones financieras internacionales	57-67	18

1.	Garantías emitidas por instituciones multilaterales de crédito	58-62	18
2.	Garantías proporcionadas por el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones	63-67	19
E.	Garantías proporcionadas por instituciones bilaterales	68-70	20

RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

I. Riesgos del proyecto y asignación de los riesgos (véanse los párrs. 3 a 24)

1. El alcance y la índole de los riesgos asumidos por la sociedad del proyecto y la autoridad contratante, respectivamente, deberán ser definidos en el acuerdo de proyecto y la documentación conexas. El país anfitrión tal vez desee suprimir toda limitación legal o reglamentaria, que no sea necesaria, del margen otorgado a la autoridad contratante para convenir con la otra parte en una distribución de los riesgos que sea, a su juicio, la que mejor responda a las necesidades del proyecto.

2. Respaldo público (véanse los párrs. 25 a 56)

2. El país anfitrión tal vez desee definir legalmente las formas de respaldo financiero público que las autoridades estarán facultadas para otorgar.

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS

A. Observaciones generales

1. Los proyectos de infraestructura con financiación privada ofrecen la posibilidad de reducir la cuantía de fondos y otros recursos públicos que ha de destinarse a actividades de desarrollo y explotación de instalaciones de infraestructura. Esos proyectos permiten asimismo transferir al sector privado ciertos riesgos que de lo contrario recaerían sobre el erario público. La distribución usual de los riesgos entre las diversas partes que intervienen en estos proyectos es examinada a la luz de diversos factores, particularmente el interés público en el desarrollo de la infraestructura considerada y la magnitud del riesgo que hayan de asumir la sociedad del proyecto y otros inversionistas o prestamistas (y su solvencia financiera para asumir esos riesgos a un costo aceptable). Una distribución adecuada de los riesgos puede ser un factor esencial para reducir el costo del proyecto y garantizar el éxito de su ejecución. Por el contrario, una distribución inadecuada de los riesgos del proyecto podría comprometer la viabilidad financiera del proyecto o dificultar una gestión eficiente del mismo elevando así el costo del servicio prestado.

2. La Sección B del presente capítulo (véanse párrs. 3 a 24) describe en términos generales los principales riesgos que amenazan a los proyectos de infraestructura con financiación privada y examina someramente las soluciones contractuales habituales para la distribución de esos riesgos, y se insiste en la necesidad de que las partes gocen de la flexibilidad requerida para negociar una distribución equilibrada de los riesgos del proyecto. La Sección C (véanse párrs. 25 a 56) enuncia ciertos criterios de política general que las autoridades tal vez deseen tener en cuenta al definir el nivel de apoyo público directo que cabe otorgar a los proyectos de infraestructura como pudiera ser el grado de interés público en la ejecución de determinado proyecto y la necesidad de evitar que las autoridades asuman responsabilidades contingentes mal definidas o excesivas. La Sección C examina algunas medidas de apoyo adicionales a las que se puede recurrir en programas públicos de promoción de la inversión privada en el desarrollo de la infraestructura, sin preconizar ninguna de ellas en particular. Por último, las secciones D (véanse párrs. 57 a 67) y E (véanse párrs. 68 a 70) describen en términos concisos los tipos de garantías y las medidas de apoyo que podrán negociarse con instituciones financieras bilaterales e internacionales.

B. Los riesgos del proyecto y su distribución

3. Tal como se utiliza en el presente capítulo, la noción de “riesgos del proyecto” está referida a aquellas circunstancias que, al entender de las partes, pudieran tener un efecto negativo sobre el beneficio que habrían previsto obtener del proyecto. Aun cuando puedan producirse hechos que supongan un grave riesgo para la mayoría de las partes (por ejemplo, la destrucción física de la instalación por un desastre natural), los riesgos de cada una de las partes variarán según cuál sea su función en el proyecto.

4. La expresión “asignación de los riesgos” alude a la determinación de cuál de las partes debe soportar las consecuencias de que ocurran ciertos hechos que hayan sido definidos como riesgos del proyecto. Por ejemplo, si la sociedad del proyecto está obligada a entregar la instalación de infraestructura a la autoridad adjudicadora con ciertos elementos del equipo en estado de funcionamiento, la sociedad del proyecto está asumiendo el riesgo de que el equipo entregado no alcance los niveles de rendimiento acordados. De materializarse ese riesgo, cabe prever las siguientes consecuencias para la sociedad del proyecto: exigibilidad de su responsabilidad por incumplimiento de una obligación contractual dimanante del acuerdo de proyecto o de la legislación aplicable (por ejemplo, el deber de indemnizar a la autoridad contratante por toda demora en la puesta en funcionamiento de la instalación); pérdidas financieras (p.ej., la pérdida de ingresos imputable a la demora en la puesta en marcha de la instalación); o ciertos gastos adicionales (p.ej., de reparación o sustitución del equipo defectuoso).

5. La parte que haya de asumir determinado riesgo podrá adoptar medidas preventivas para limitar la probabilidad de ese riesgo, así como medidas para ampararse, total o parcialmente, contra sus consecuencias. Esas medidas se suelen de calificar como “mitigadoras del riesgo”. En el anterior ejemplo, la sociedad del proyecto examinaría cuidadosamente la fiabilidad de los proveedores de equipo y de la tecnología propuesta. La sociedad del proyecto podrá exigir que sus proveedores de equipo proporcionen una garantía independiente del funcionamiento de su equipo. El contrato de suministro tal vez obligue al proveedor a pagar una pena contractual o una suma convenida a la sociedad del proyecto por las consecuencias de toda deficiencia de su equipo. En algunos casos, tal vez sea aconsejable concertar una serie más o menos compleja de arreglos contractuales que permitan mitigar las consecuencias de determinado riesgo del proyecto. Por ejemplo, la sociedad del proyecto podría combinar las garantías aportadas por el proveedor del equipo con algún seguro comercial que cubriera algunas de las consecuencias de una interrupción imputable a algún defecto del equipo.

1. Descripción general de las principales categorías de riesgos

6. A título ilustrativo, se da en los párrafos siguientes una visión general de las principales categorías de riesgos del proyecto y se esbozan algunas de las soluciones contractuales utilizadas para distribuir o mitigar esos riesgos. El lector que desee profundizar en este tema debe consultar otras fuentes de información, como las Directrices para el desarrollo de instalaciones de infraestructura mediante proyectos de construcción-explotación-traspaso (CET), preparada por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial.

a) Perturbación del proyecto por hechos que están fuera del control de las partes

7. Las partes han de prever el riesgo de que el proyecto sea perturbado por algún hecho extraordinario no previsto que esté fuera de su control y que puede tener causas naturales, tales como inundaciones, tormentas o terremotos, o causas humanas, tales como guerras, disturbios o agresiones terroristas. Esos hechos extraordinarios o imprevistos pueden ocasionar una interrupción provisional de la ejecución del proyecto o del funcionamiento de la instalación que dé lugar a demoras o a pérdidas de ingresos o de otra índole. Ciertos acontecimientos graves pueden dañar físicamente la instalación o destruirla de modo irreparable.

b) Perturbación del proyecto por actos adversos de las autoridades (“riesgo político”)

8. La sociedad del proyecto y los prestamistas deben prever el riesgo de que la ejecución del proyecto se vea perturbada por actos de la autoridad contratante, de algún otro organismo público o incluso del poder legislativo. Esos riesgos suelen denominarse “riesgos políticos” y pueden ser divididos en tres grandes categorías: riesgos políticos “tradicionales” (por ejemplo, nacionalización de los bienes de la sociedad del proyecto o aumento de la carga fiscal que hagan peligrar la amortización de la deuda de la sociedad del proyecto o la recuperación del capital invertido); riesgos de índole reglamentaria (como sería la introducción de normas más severas para la prestación del servicio o la apertura del sector a la competencia); y riesgos “cuasi comerciales” (p. ej., incumplimientos de la autoridad contratante o interrupciones del proyecto imputables a cambios en las prioridades o planes de esa autoridad). Además de los riesgos políticos imputables al país anfitrión, se ha de considerar también la eventualidad de ciertos riesgos políticos que pueden dimanar de actos de un gobierno extranjero, tales como bloqueos, embargos o medidas de boicot comerciales impuestas por las autoridades públicas de los países de origen de los inversionistas.

c) Riesgos de construcción o de explotación

9. Los principales riesgos de la etapa de construcción que deben prever las partes son los siguientes: imposibilidad total de completar la instalación o imposibilidad de completarla para la fecha prevista (riesgo de terminación de las obras); incumplimiento del presupuesto inicial de obras (riesgo presupuestario de la construcción); e incumplimiento de los parámetros técnicos de la instalación acabada (riesgo de funcionamiento). Durante la fase de explotación las partes deben prever, a su vez, el riesgo de que la instalación no funcione con la eficiencia requerida

para alcanzar o mantener las cifras de producción previstas (riesgo de explotación); o que los costos de explotación excedan de lo previsto (costo de explotación excedentario). Cabe señalar que los riesgos de las etapas de construcción y de explotación afectarán no sólo a la sociedad del proyecto sino también a la autoridad contratante y a los usuarios del país anfitrión que pueden verse gravemente afectados por toda interrupción de ciertos servicios o suministros necesarios.

10. Algunos de estos riesgos pueden ser imputables a la sociedad del proyecto o a sus contratistas o proveedores. Por ejemplo, el que el constructor se salga de presupuesto y demore la entrega de la instalación puede ser imputable a prácticas de construcción ineficientes, despilfarros, insuficiencia del presupuesto o falta de coordinación entre los contratistas. El que la instalación no satisfaga ciertos parámetros de funcionamiento puede ser, a su vez, imputable a defectos de diseño, falta de idoneidad de la tecnología o defectos del equipo entregado por los proveedores de la sociedad del proyecto. Los incumplimientos registrados durante la fase de explotación pueden, por su parte, ser imputables a defectos de mantenimiento de la instalación o a negligencia en la utilización del equipo mecánico. El costo excedentario de la explotación tal vez sea, a su vez, imputable a una gestión inadecuada.

11. Ahora bien, algunos de estos riesgos pueden también ser resultado de determinadas medidas adoptadas por la autoridad contratante, por otros organismos públicos o incluso por el poder legislativo del país anfitrión. Las deficiencias de funcionamiento o los costos excedentarios pueden ser imputables a la falta de idoneidad de las especificaciones técnicas que la autoridad contratante haya dado al concesionario durante la fase de selección. Ciertas demoras y gastos excedentarios pueden ser también imputables a determinados actos de la autoridad contratante posteriores a la adjudicación del proyecto (demoras en la obtención de permisos y autorizaciones, costos adicionales debidos a cambios en las especificaciones dimanantes de una planificación inadecuada, interrupciones ocasionadas por medidas de inspección o por demoras en la entrega de los terrenos donde se haya de edificar la instalación. Ciertas medidas legislativas o reglamentarias de carácter general, tales como normas de seguridad o laborales más severas, puede también elevar los costos de construcción o de explotación. Las metas convenidas en materia de producción pudieran no alcanzarse si las autoridades públicas incumplen alguna obligación de entrega de ciertos suministros necesarios (por ejemplo de energía o de gas).

d) Riesgos comerciales

12. Por “riesgos comerciales” se entiende la posibilidad de que el proyecto no pueda generar los ingresos previstos por alguna alteración de la demanda o del precio comercial de los bienes o servicios que genera. Toda alteración del precio o de la demanda puede menoscabar gravemente la capacidad de la sociedad del proyecto para atender al servicio de su deuda y puede comprometer la viabilidad financiera del proyecto.

13. Los riesgos comerciales varían notablemente según cual sea el sector considerado y el tipo de proyecto. Esos riesgos pueden considerarse como mínimos o moderados si la sociedad del proyecto goza de un monopolio sobre el servicio prestado o si suministra su producto a un solo cliente que ha contraído un compromiso permanente de compra (*off-take agreement*) del producto. Ahora bien, los riesgos comerciales pueden ser considerables en proyectos que dependan de ingresos dimanantes del mercado, particularmente si existen instalaciones o fuentes de suministro alternativas que dificulten una previsión fiable de la demanda o utilización del producto o servicio ofrecido. Esto puede ser un factor importante, por ejemplo, en un proyectos de carretera de peaje que haya de competir con carreteras que no cobren peaje. Al depender la demanda de la facilidad de acceso de su clientela eventual a las carreteras exentas de peaje suele ser difícil prever el rendimiento financiero del peaje, especialmente en zonas de gran densidad urbana que ofrezcan rutas alternativas o en las que siga construyendo y mejorando la red de carreteras. Además, se ha comprobado que la utilización de una carretera de peaje resulta muy difícil de prever en zonas donde no existan otras vías de peaje, al no existir en ellas ni historial ni punto de referencia comparativo de su utilización.

e) El riesgo cambiario y otros riesgos financieros

14. El riesgo cambiario alude a la variabilidad de las tasas o tipos de cambio, que puede tener un marcado influjo sobre el valor monetario en divisas de las corrientes financieras dimanantes del proyecto. Las tarifas y derechos cobrados a los usuarios o clientes locales serán normalmente abonados en moneda local, mientras que el servicio de la deuda y en ocasiones también el equipo o el combustible utilizado habrán de ser abonados en divisas. Ese riesgo puede ser considerable, al ser particularmente inestable el tipo de cambio imperante en muchos países en desarrollo. Además de las fluctuaciones del tipo de cambio, la sociedad del proyecto tal vez tropiece con un endurecimiento de la política de control de cambios o con un descenso de las reservas de divisas que limiten la disponibilidad local de la moneda extranjera requerida para el servicio de su deuda o para el reembolso de la inversión inicial.

15. Otro riesgo que debe considerar la sociedad del proyecto es la posibilidad de que la tasa o tipo de interés del capital se eleve, imponiendo al proyecto costos financieros adicionales. Este riesgo puede ser importante en proyectos de infraestructura en los que se suelen tomar prestadas grandes sumas, algunas de ellas con vencimientos lejanos concordados con la larga duración del proyecto. De ser necesario, se puede contraer la deuda a un interés fijo (p. ej. obligaciones de interés fijo) a fin de reducir el riesgo dimanante de la variabilidad de los intereses. Además, el paquete financiero puede conllevar ciertas salvaguardias contra el riesgo de un interés variable, por ejemplo, las permutas financieras de tipos o tasas de interés (*interest rate swaps*) o los topes de intereses (*interest rate caps*).

2. Arreglos contractuales para la asignación de los riesgos así como para paliar sus efectos

16. La distribución finalmente convenida de los riesgos entre la autoridad contratante y la sociedad del proyecto aparecerá reflejada en sus derechos y obligaciones recíprocos, enunciados en el acuerdo de proyecto. En otros capítulos de la *Guía* (véanse caps. IV, “El acuerdo de proyecto”, V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, y VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”). Las partes negociarán asimismo diversos otros acuerdos para mitigar o distribuir los riesgos que hayan de asumir (p. ej., acuerdos de préstamo; contratos de construcción, suministro de equipo, explotación y mantenimiento; acuerdos directos entre la autoridad contratante y los prestamistas; y compromisos de compra *-off-take agreements-* y de suministro a largo plazo, según los casos).

17. La orientación práctica impartida en algunos países al personal encargado de la negociación suele aludir a ciertos principios generales que deben respetarse en la distribución de los riesgos de un proyecto. Uno de esos principios es el de asignar cada riesgo a la parte que mejor pueda evaluarlo, controlarlo y prevenirlo o atajarlo. Otros principios preceptúan que el riesgo sea asignado a la parte que tenga mejor acceso a instrumentos de cobertura del riesgo o que pueda diversificarlo o mitigarlo a menor costo. En la práctica, no obstante, la asignación del riesgo suele hacerse en función de consideraciones de política general (p. ej., el interés público en el proyecto o la vulnerabilidad global de la autoridad contratante a resultas de su participación en diversos proyectos) y la fuerza negociadora relativa de las partes en la negociación. Además, para asignar los riesgos del proyecto es importante considerar si la parte a la que se asigna determinado riesgo posee la solvencia financiera requerida para soportar sus consecuencias de que el riesgo se materialice.

18. La sociedad del proyecto y sus contratistas suelen asumir los riesgos propios de la construcción y explotación de la infraestructura. Por ejemplo, se acostumbra a asignar los riesgos normales de la etapa de construcción al contratista de obras en el marco de un contrato de entrega llave en mano por el que el contratista asuma plena responsabilidad por el diseño y la construcción de la instalación a tanto alzado, para una determinada fecha y conforme a las especificaciones de funcionamiento estipuladas (véase cap. V, “Desarrollo y explotación de la infraestructura”). El contratista de obras estará normalmente obligado a pagar alguna pena o indemnización contractual por toda demora en la que terminación de la obra. Además, al contratista se le suele obligar a aportar una garantía de buena ejecución en forma de una garantía bancaria o de una caución. Se suele pedir también a cada uno de los proveedores de equipo que proporcione alguna garantía del buen funcionamiento de su equipo. La sociedad del proyecto acostumbra también a atenuar su propia exposición a los riesgos de explotación concertando un contrato de explotación y mantenimiento con una empresa que se comprometa alcanzar los resultados de explotación convenidos y se haga responsable de toda deficiencia de funcionamiento. En la mayoría de los casos, los arreglos

de este tipo suelen ser un requisito esencial para el éxito del proyecto. Los prestamistas buscarán, por su parte, amparo contra las consecuencias de sus riesgos exigiendo que se les ceda el producto del pago de toda caución emitida en garantía del cumplimiento del contratista.

19. La autoridad contratante deberá en principio asumir aquellos riesgos que dependan de sus propios actos, como pudiera ser algún defecto de las especificaciones técnicas que se hayan dado durante el proceso de selección o toda demora imputable para que la autoridad contratante no haya entregado puntualmente los suministros convenidos. Cabe también que la autoridad contratante asuma las consecuencias de toda perturbación imputable a actos de gobierno, como pudiera ser el prometer indemnización a la sociedad del proyecto por toda pérdida de ingresos imputable a alguna medida de control de precios (véase cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___). Si bien cabe mitigar los riesgos políticos del proyecto mediante la adquisición de un seguro que los cubra, tal vez no sea posible obtener ese seguro para el país destinatario del proyecto, al menos a un precio aceptable. Por ello, es posible que los inversionistas y prestamistas acudan a la autoridad competente para obtener alguna garantía de que no se expropiará o nacionalizará el proyecto y de que de adoptarse esa medida se indemnizará debidamente a la sociedad del proyecto (véase párr. 45). Los inversionistas y prestamistas deberán decidir, a la luz de su evaluación del riesgo político del país anfitrión, si participan o no en el proyecto en ausencia de esas garantías o promesas.

20. La mayor parte de los riesgos del proyecto mencionados en los párrafos anteriores corresponden en mayor o menor medida a la esfera de control de una u otra de las partes. Ahora bien, existe una amplia gama de riesgos que dimanen de hechos sobre los que ninguna de las partes tiene control alguno o que son atribuibles a actos de terceros, por lo que será preciso examinar algún otro principio para la asignación del riesgo.

21. Por ejemplo, la documentación financiera suele prever una tasa de interés flotante, que ampara al prestamista del riesgo de no poder acogerse a una elevación del tipo de interés, pero frente al cual la sociedad del proyecto deseara ampararse mediante acuerdos de permuta financiera de intereses (*swap agreements*) que permitan anclar los intereses abonables a un tipo de interés fijo a largo plazo. Es posible que la sociedad del proyecto crea que puede traspasar este riesgo, junto con el riesgo de inflación, a los clientes o usuarios finales del servicio prestado mediante elevaciones del precio cobrado aun cuando ello no sea tal vez posible por la situación del mercado o la imposición de medidas del control de precios. La estructura de la tarifa negociada por la sociedad del proyecto con la autoridad contratante determinará hasta qué punto la sociedad del proyecto podrá evitar estos riesgos o si es de prever que deberá absorber algunos de ellos (véase capítulo IV “Acuerdo de proyecto”, ___).

22. Otra categoría de riesgos que cabe asignar de una u otra forma son ciertos acontecimientos anómalos, como sería el riesgo de guerra, de disturbios civiles, de desastres naturales y otros acontecimientos que estén totalmente fuera del control de las partes. En los proyectos de infraestructura de tipo tradicional efectuados por cuenta del sector público, la entidad pública interesada suele asumir, por ejemplo, el riesgo de que la instalación sea destruida por algún desastre natural o eventos similares en la medida en que esos riesgos no sean asegurable. En los proyectos de infraestructura con financiación privada es posible que la autoridad pública interesada prefiera que sea la sociedad del proyecto la que asuma este riesgo. Ahora bien, es posible que, a la luz de su evaluación de los riesgos de determinado país, el sector privado no se muestre dispuesto a asumir estos riesgos. Por ello, en la práctica no existe una solución general aplicable a esta categoría de riesgos y es frecuente que se concierten arreglos especiales para cada uno de ellos. Por ejemplo las partes pueden convenir en que de producirse algunos de estos acontecimientos la parte afectada quedaría exenta de las consecuencias de un incumplimiento del acuerdo de proyecto y se preverán, sin duda, soluciones contractuales, como sería la prórroga del contrato para compensar por toda demora ocasionada por los acontecimientos o incluso alguna forma de pago directo en circunstancias especiales, para paliar algunas de las consecuencias adversas (véase cap. V. “Desarrollo y explotación de la infraestructura”, ___). Esos arreglos pueden ser complementados por seguros comerciales que la sociedad del proyecto deberá tomar siempre que su costo sea aceptable (véase cap. IV, “El acuerdo de proyecto”, ___).

23. Tal vez se haya de negociar también algún arreglo especial para asignar los riesgos comerciales. Proyectos como los de telecomunicaciones móviles suelen tener un potencial relativamente alto de recuperación directa del capital invertido y en la mayoría de los casos está previsto que la sociedad del proyecto lleve a cabo el proyecto sin compartir esos riesgos con la autoridad contratante y sin recabar respaldo público. En otros proyectos de infraestructura, tales como los de generación de energía, la sociedad del proyecto puede recurrir a arreglos contractuales con la autoridad contratante o alguna otra entidad pública para reducir su grado de exposición a los riesgos comerciales, negociando por ejemplo compromisos de compra (*off take agreements*) a largo plazo que garanticen la salida del producto o servicios ofrecido a un precio convenido. Los pagos pueden efectuarse en función del consumo efectivo o de la disponibilidad del servicio, o de ambos factores a la vez, y la tarifa aplicable suele estar indizada o sujeta a algún otro mecanismo que proteja el valor real del precio cobrado de todo aumento del costo de explotación de una instalación en proceso de envejecimiento (véase también el cap. IV, “El acuerdo de proyecto”, ___). Por último, hay ciertos proyectos dependientes de una fuerte inversión con un potencial de recuperación de la misma relativamente lento, tales, las redes de suministro de agua y ciertas carreteras de peaje, que el sector privado tal vez se muestre reacio a llevar a cabo sin compartir de algún modo los riesgos con la autoridad contratante, por ejemplo a través de alguna forma de garantía de un ingreso fijo o de retribución de la capacidad de utilización convenida con independencia de su utilización efectiva (véase también cap. IV, “El acuerdo de proyecto”, ___).

24. De lo anterior se desprende que las partes deberán tener en cuenta una amplia gama de factores al decidir como se han de asignar los riesgos del proyecto. Aun cuando la autoridad competente debe impartir ciertas orientaciones generales a los negociadores que vayan a actuar en nombre de autoridades contratantes, definiendo, por ejemplo, ciertos principios orientadores para la asignación de los riesgos, no suele ser aconsejable limitar legalmente el margen de negociación de las partes para buscar de común acuerdo una distribución equilibrada de los riesgos del proyecto conforme a las necesidades particulares de cada proyecto.

C. Respaldo público

25. En la anterior sección se hizo ver la diversidad de enfoques contractuales a los que las partes pueden recurrir para distribuir y mitigar los riesgos del proyecto. Es posible, no obstante que esos arreglos no ofrezcan siempre el clima de seguridad requerido por los inversionistas privados para participar en proyectos de infraestructura con financiación privada. Es posible que se requiera cierto respaldo público para atraer a la inversión privada hacia los proyectos de infraestructura en el país anfitrión.

26. Ese respaldo público puede adoptar diversas formas. Por lo general, cabe calificar de respaldo público toda medida adoptada por las autoridades para mejorar las condiciones de inversión en proyectos de infraestructura. Desde esa perspectiva, la promulgación de un marco legislativo que faculte a las autoridades públicas para adjudicar proyectos de infraestructura con financiación privada o que defina claramente la competencia de los diversos órganos facultados para negociar proyectos de infraestructura y darles seguimiento (véase cap. I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, ___) puede constituir un factor de respaldo público importante para la ejecución de proyectos de infraestructura. Ahora bien el término “respaldo público” se utiliza en la *Guía* con un sentido más restringido para referirse a ciertas medidas especiales, en su mayoría de índole financiera o económica, que las autoridades públicas competentes podrán adoptar para mejorar las condiciones de ejecución de determinados proyectos o para facilitar la asunción por la sociedad del proyecto de ciertos riesgos que superen o excedan del alcance normal de los arreglos contractuales convenidos entre la autoridad contratante y la sociedad del proyecto para la asignación de los riesgos del proyecto. Las medidas de respaldo público que en ocasiones se otorgan son normalmente parte integrante de programas públicos destinados a atraer la inversión privada hacia proyectos de infraestructura.

1. Consideraciones de política general relativas al respaldo público

27. En la práctica, la decisión de respaldar la ejecución de un proyecto dependerá del interés económico o social que pueda tener el proyecto y de que ese interés sirva para justificar el respaldo público que se vaya a otorgar. La

autoridad competente tal vez juzgue que el sector privado no puede por sí solo financiar determinados proyectos a un costo aceptable. Es posible que también se estime que determinados proyectos no se llevarán a cabo si no se mitigan algunos de sus riesgos mediante medidas de apoyo. La prontitud de los inversionistas y prestamistas privados para comprometerse en proyectos a largo plazo en determinado país dependerá no sólo de su evaluación de los riesgos del proyecto, sino también de la confianza que les inspiren las condiciones que el país anfitrión ofrezca para la inversión en general y más concretamente para la inversión en el sector de la infraestructura. Los inversionistas privados acostumbran a otorgar particular importancia a determinados factores como el régimen económico del país considerado y el grado de estructuración de su mercado así como el mayor o menor éxito que haya tenido el país en años recientes en la puesta en marcha de proyectos de infraestructura con financiación privada.

28. Ello significa que cierto número de países han adoptado un enfoque flexible frente a la cuestión del respaldo público a este tipo de proyectos. En algunos países, se ha promulgado un marco legislativo que adapta el nivel y el tipo de respaldo otorgable a las necesidades concretas de los diversos sectores de infraestructura. En otros países se ha optado por facultar legalmente a la autoridad competente para otorgar ciertos tipos de garantías o medidas de apoyo cuando a su leal saber y entender las circunstancias del caso lo hagan aconsejable. Ahora bien, la autoridad competente del país anfitrión deberá velar por que el nivel y el tipo de apoyo otorgado a un proyecto no le obligue a asumir obligaciones ilimitadas o mal definidas, ya que de otorgar garantías excesivas a determinado proyecto, podría encontrarse más adelante en la imposibilidad de otorgar el debido respaldo a otros proyectos de mayor interés público.

29. Cabe mejorar la eficiencia de los programas de respaldo público a la inversión privada en proyectos de infraestructura mediante la introducción de técnicas de presupuestación adecuadas de las medidas de respaldo público otorgadas que permita una estimación correcta del costo total de todas las formas de respaldo público. Por ejemplo, la garantía pública de los préstamos suele ser menos costosa que la garantía comercial de esos préstamos. Esa diferencia (una vez deducidos los derechos e intereses abonables por la sociedad del proyecto) suponen un costo financiero para la administración pública y una subvención pública otorgada a la sociedad del proyecto. Ahora bien, la garantía pública de los préstamos no suele anotarse como gasto, salvo que sea reclamado el pago de la garantía. Al no consignarse el monto efectivo de la subvención pública otorgada se da la impresión errónea de que el costo de la obligación contraída con la garantía del préstamo es inferior al de la concesión de una subvención directa. Por idéntica razón, el costo financiero y económico de las exenciones fiscales otorgadas al proyecto serán menos visibles y transparentes que otras formas de subvención pública directa. Por todas estas razones, los países que deseen montar programas de respaldo público para los proyectos de infraestructura con financiación privada deben idear métodos especiales para calcular el costo presupuestario de ciertas medidas de exoneración fiscal o de préstamo y de garantías de préstamo otorgadas por entidades públicas en los que se tenga en cuenta el valor actualizado de su futuro costo o de la pérdida de futuros ingresos.

2. Formas de respaldo público

30. La posibilidad de obtener respaldo público directo, ya sea en forma de garantías financieras, préstamos públicos o fuentes de ingreso aseguradas, puede ser un factor importante para la estructuración financiera del proyecto. En los párrafos siguientes se describen brevemente ciertas formas de respaldo público autorizadas por el derecho interno de algunos países y se examinan los supuestos legislativos de algunas de ellas, sin preconizar el empleo de ninguna de ellas en particular.

31. Por lo general, además de las medidas administrativas y presupuestarias que pudieran ser necesarias para asegurar el cumplimiento de ciertos compromisos públicos a lo largo de la vida del proyecto, sería aconsejable que el poder legislativo considerara la conveniencia de que la ley autorice expresamente ciertas formas de respaldo público. De estimarse aconsejable prever ciertas medidas de respaldo público es importante que el legislador tenga presente las obligaciones internacionales de su país en materia de integración económica regional y liberalización comercial, que pudieran restringir el margen de las entidades públicas de los Estados partes en esos acuerdos para

aportar su respaldo financiero a las sociedades que operen en sus territorios. Además, cuando una autoridad pública desee aportar su respaldo a la ejecución de algún proyecto de infraestructura, deberá hacerlo saber en el momento oportuno a todo participante en el concurso que se organice (véase capítulo III, “Selección del concesionario”, ___).

a) *Préstamos públicos y garantías públicas de ciertos préstamos*

32. En algunos casos, se autoriza por ley a los órganos de la administración pública a otorgar préstamos a la sociedad del proyecto sin interés o a un interés inferior al del mercado para reducir el costo financiero del proyecto. Conforme a ciertos regímenes de contabilidad, algunos préstamos públicos sin interés pueden ser anotados como ingresos en las cuentas de la sociedad del proyecto, mientras que las sumas abonadas para su amortización serían anotadas a título de costos y serían deducibles a efectos fiscales. Además, los préstamos públicos subordinados ayudan a mejorar las condiciones financieras del proyecto al complementar el capital prestado por entidades comerciales sin competir con él para su reembolso. Los préstamos ofrecidos a la sociedad del proyecto tal vez se ofrezcan a todas las sociedades que trabajen en un determinado sector o únicamente a título de asistencia provisional a la sociedad del proyecto en el supuesto que se materialicen ciertos riesgos. El importe total de ese préstamo pudiera estar limitado a determinada suma o a un porcentaje del coste total del proyecto.

33. Además de esos préstamos públicos, el derecho interno de algunos países faculta a la autoridad contratante o a otras entidades públicas a otorgar una garantía del reembolso del préstamo tomado por la sociedad del proyecto. Las garantías así otorgadas ampararían a los prestamistas (y, en algunos casos, a los inversionistas también) contra el incumplimiento eventual de la sociedad del proyecto. Por no suponer un desembolso inmediato de fondos públicos, la autoridad o entidad pública competente tal vez juzgue que esas garantías son preferibles a un préstamo público directo. Ahora bien, esas garantías de préstamo pueden entrañar una responsabilidad eventual importante para la entidad pública que las otorga exponiéndola a un riesgo considerable, especialmente en el supuesto de que se declare la insolvencia total de la sociedad del proyecto. Ciertamente, de poco le serviría a la entidad pública afectada el poderse subrogar como titular en los derechos de los prestamistas contra una sociedad del proyecto declarada insolvente.

34. Por ello, además de adoptar medidas generales para reforzar la eficiencia de los programas de respaldo público (véase párr. 29), tal vez sea aconsejable introducir ciertas reglas que limiten la exposición del garante público de los préstamos. El régimen aplicable a las garantías de préstamo puede prever un tope máximo, tal vez expresado en forma de una suma fija o, de requerirse mayor flexibilidad, en forma de un porcentaje de la inversión total en determinado proyecto. Otra medida para limitar la responsabilidad eventual de la entidad garante puede ser la de definir las circunstancias en las que sean otorgables ese tipo de garantías, habida cuenta de los tipos de riesgos del proyecto que las autoridades públicas estén dispuestas a compartir. Por ejemplo, si las autoridades sólo desean cubrir los riesgos de perturbación temporal del proyecto imputables a hechos que estén fuera del control de las partes, las garantías otorgadas deberán limitarse al supuesto de que la sociedad del proyecto se encuentre temporalmente en la imposibilidad de atender al servicio de su deuda por haber sobrevenido ciertos hechos imprevistos del tipo descrito en el acuerdo que estén fuera del control de la sociedad del proyecto. Si las autoridades desean otorgar mayor protección a los prestamistas del proyecto, las garantías podrán cubrir el supuesto de la imposibilidad permanente de la sociedad del proyecto para reembolsar sus préstamos por alguno de los motivos previstos. En tales casos sería no obstante aconsejable no eliminar los incentivos que puedan tener los prestamistas para adoptar medidas que permitan que el proyecto prosiga, ya sea designando a otro concesionario adecuado o interviniendo a través de un agente por ellos designado para remediar el incumplimiento de la sociedad del proyecto (véase cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___). La reclamación del pago de las garantías públicas deberá hacerse en esos casos condicional a que los prestamistas hayan agotado todas las vías de remedio previstas en el acuerdo de proyecto, en sus acuerdos de préstamo o en sus acuerdos directos con la autoridad contratante, de haberse celebrado alguno. En todo caso, las garantías públicas que cubran totalmente a los prestamistas del riesgo de incumplimiento por la sociedad del proyecto son poco frecuentes en el contexto de los proyectos de infraestructura efectuados bajo la modalidad de financiación privada del proyecto.

b) Participación en el capital social

35. Otra forma de respaldo público adicional puede consistir en una participación pública directa o indirecta en el capital de la sociedad del proyecto. La participación pública en el capital social puede contribuir a obtener una relación más favorable entre el capital social y el capital adeudado al complementar el capital aportado por los patrocinadores privados del proyecto, especialmente en supuestos en los que la sociedad del proyecto no haya conseguido inversiones en su capital social de ciertas fuentes financieras importantes, como los fondos de inversión. La participación pública en el capital social puede ayudar a cumplir con otros requisitos legales del país anfitrión relativos a la composición del capital social de las sociedades locales. El derecho de sociedades de algunos ordenamientos jurídicos, o la legislación especial relativo a los proyectos de infraestructura, pudiera requerir una participación porcentual determinada de inversionistas locales en toda sociedad fundada en el país. Ahora bien, tal vez no sea siempre posible obtener la participación local requerida en condiciones aceptables para la sociedad del proyecto. Los inversionistas locales tal vez no estén interesados o carezcan de recursos financieros para invertir en grandes proyectos de infraestructura; y tal vez no deseen asumir determinados riesgos del proyecto, quizá por no estar familiarizados con ellos.

36. La participación pública pudiera conllevar ciertos riesgos que convendría que las autoridades del país examinaran antes de asumirlos. En particular, existe el riesgo de que esa participación sea entendida como una garantía pública dada a todas las partes, incluso a terceros, de que el Estado respaldará plenamente el proyecto o lo asumirá eventualmente a costo del erario público si la sociedad del proyecto se declara insolvente. De no desearse otorgar esa garantía implícita, convendría aclarar debidamente los límites de la participación pública en el proyecto (p. ej., mediante disposiciones contractuales que exoneren a la administración pública de suscribir acciones adicionales en el supuesto de que la sociedad del proyecto desee ampliar el capital).

c) Subvenciones

37. En algunos países se recurre a la subvención del precio o de la tarifa aplicable para complementar los ingresos de la sociedad del proyecto cuando la rentabilidad del proyecto desciende por debajo de cierto nivel mínimo. Los servicios prestados por la sociedad del proyecto pueden no ser rentables en algunas zonas por razón de la baja demanda o de los elevados gastos de explotación de la zona o por obligarse a la sociedad del proyecto a prestar sus servicios a ciertos segmentos de la población a un precio reducido. En esos casos la legislación de algunos países faculta a las autoridades para subvencionar a la sociedad del proyecto con miras a que pueda prestar sus servicios a un precio reducido.

38. Esas subvenciones suelen efectuarse mediante pagos directos a la sociedad del proyecto, ya sea mediante pagos globales o mediante pagos calculados expresamente para complementar los ingresos de la sociedad del proyecto. En este segundo supuesto las autoridades deberán introducir mecanismos destinados a verificar la exactitud de los pagos de subvención efectuados a la sociedad del proyecto, mediante, por ejemplo, prácticas de auditoría o de publicación de datos financieros estipuladas en el acuerdo de proyecto. La alternativa a estas prácticas sería la de permitir que la sociedad del proyecto subvencione sus operaciones en zonas menos rentables con el ingreso reportado por otras operaciones más rentables. Esto puede hacerse combinando en una misma concesión zonas de explotación más rentables con otras menos rentables, o concediendo a la sociedad del proyecto la explotación comercial de alguna actividad auxiliar más rentable (véanse los párrs. 54 a 56).

39. Ahora bien, es importante que el poder legislativo examine las repercusiones prácticas y los eventuales inconvenientes jurídicos de las subvenciones otorgadas a la sociedad del proyecto. Por ejemplo, esas subvenciones suelen falsear la libre competencia y las leyes protectoras de la libre competencia comercial suelen prohibir la concesión de subvenciones o de otras formas de ayuda financiera directa que no sean expresamente autorizadas por una ley especial.

d) *Garantías estatales*

40. En los proyectos de infraestructura con financiación privada se utiliza a veces el término “garantías estatales” para referirse a dos tipos de garantías públicas otorgadas por el país anfitrión. El primer tipo se refiere a las garantías dadas por el país huésped como cobertura de un incumplimiento eventual de las obligaciones asumidas por la autoridad contratante en el acuerdo de proyecto. Una segunda categoría de garantías se refiere a las garantías dadas a la sociedad del proyecto de que las autoridades no obstaculizarán el ejercicio de ciertos derechos que le hayan sido otorgados en el acuerdo de proyecto o que estén reconocidos en la legislación del país, por ejemplo, su derecho a repatriar los beneficios al completarse la vida del proyecto. Cualquiera que sea la forma que adopten las garantías públicas, es importante que la administración pública y el poder legislativo ponderen debidamente la capacidad de la administración pública para evaluar y gestionar eficientemente su propia exposición a los riesgos del proyecto y para determinar el nivel de responsabilidades directas o contingentes que podrá normalmente asumir.

i) *Garantías de cumplimiento del contrato por la autoridad contratante*

41. Cabe recurrir a las garantías públicas de cumplimiento en supuestos en los que la autoridad contratante sea una entidad jurídica autónoma cuya actuación contractual no comprometa directamente al erario público. Esas garantías pueden otorgarse en nombre del erario público o de una institución financiera pública del país anfitrión. Puede que adopten también la forma de garantías emitidas por instituciones financieras internacionales con el respaldo de una contragarantía pública interna (véanse párrs. 57 a 67). Las garantías públicas son un medio adecuado para amparar a la sociedad del proyecto contra las consecuencias del incumplimiento por la autoridad contratante o por algún otro organismo público de alguna obligación importante contraída en el acuerdo de proyecto. Cabe citar como modalidades más usuales de este tipo de garantías las siguientes:

a) *Garantías del compromiso de compra* (“Off take guarantees”). En virtud de estas garantías, el erario público se compromete a pagar los bienes y servicios suministrados por la sociedad del proyecto a entidades públicas. Estas garantías suelen darse respecto de las obligaciones de pago dimanantes de compromisos de “compra” (“off-take” agreements) en el sector de la generación de energía (véase cap. IV, “El acuerdo de proyecto”, ___), ya que pueden ser particularmente importantes cuando el principal o único cliente de la sociedad del proyecto sea un monopolio público. Este tipo de garantía inspirará una confianza aún mayor a la sociedad del proyecto y a los prestamistas cuando haya sido suscrita por alguna institución financiera internacional (véanse párrs. 61 y 66);

b) *Garantías de suministro*. Es posible que se le den además a la sociedad del proyecto garantías de suministro para ampararla de las consecuencias de algún incumplimiento por una entidad pública de su obligación de suministrar ciertos bienes o servicios que sean requeridos para el funcionamiento de la instalación (combustible, electricidad o agua, por ejemplo) o para garantizar el pago de toda indemnización estipulada al respecto en el acuerdo de suministro;

c) *Garantías generales*. Estas garantías tienen por objeto proteger a la sociedad del proyecto contra todo incumplimiento de la autoridad contratante, y no contra el incumplimiento de alguna obligación expresamente señalada. Aun cuando estas garantías generales del cumplimiento no sean muy frecuentes, se dan de hecho casos en los que la sociedad del proyecto y los prestamistas las consideran como un requisito indispensable para emprender la ejecución del proyecto. Cabe citar el supuesto de que una autoridad contratante contraiga responsabilidades financieras eventuales de una magnitud superior a la solvencia que se le conoce, como puede suceder cuando un municipio o alguna otra entidad local autónoma otorgan una concesión importante. Las garantías del erario público pueden ser convenientes para garantizar el cumplimiento de cierto tipo de prestaciones, por ejemplo, cuando el Estado se compromete a suplir a una entidad contratante en el cumplimiento de determinadas prestaciones (por ejemplo la entrega de un lugar adecuado para la eliminación de subproductos).

42. Por lo general, conviene no sobrevalorar la suficiencia de las garantías dadas por el Estado para amparar a la sociedad del proyecto de las consecuencias de un incumplimiento por parte de la autoridad contratante. Salvo cuando tienen por objeto garantizar alguna prestación específica, las garantías del Estado suelen desempeñar una función supletoria. Por ello, es posible que no sean un sustituto adecuado de los remedios contractuales contra un eventual incumplimiento por parte de la autoridad contratante (véase cap. IV “El acuerdo de proyecto”, __). Cabe utilizar diversos tipos o combinaciones de remedios contractuales para diversos supuestos de incumplimiento, por ejemplo, el pago de una suma convenida por incumplimiento de ciertas prestaciones y elevaciones de tarifa o prórrogas del contrato en el supuesto de demoras en la ejecución del proyecto imputables a actos de la autoridad contratante. Además, a fin de limitar la exposición del erario público y de disminuir la probabilidad de que se reclame el pago de la garantía, sería aconsejable prever medidas que estimulen a la autoridad contratante a cumplir con sus obligaciones dimanantes del acuerdo de proyecto o a esforzarse por controlar las posibles causas de incumplimiento. Entre esas medidas cabe citar la estipulación explícita de un derecho de subrogación del garante contra la autoridad contratante en el supuesto de un incumplimiento o la creación de mecanismos de control interno que hagan responder a la autoridad contratante o a sus agentes de todo incumplimiento por negligencia injustificable o descuido de sus obligaciones a tenor del acuerdo de proyecto que pueda dar lugar a la reclamación del pago de una garantía del Estado.

ii) *Garantías contra ciertos actos adversos de las autoridades públicas*

43. A diferencia de las garantías de cumplimiento, que protegen a la sociedad del proyecto de las consecuencias de algún incumplimiento de la autoridad contratante, las garantías aquí previstas son contra los actos o medidas de toda otra autoridad pública del país anfitrión que sean contrarios a los derechos de la sociedad del proyecto o que dificulten notablemente por algún otro concepto la puesta en práctica del acuerdo de proyecto. Esas garantías suelen denominarse “garantías contra riesgos políticos”.

44. Uno de los tipos de garantía previstos en el derecho interno son las denominadas garantías cambiarias (*foreign exchange guarantees*) que suelen cumplir tres funciones: garantizar la convertibilidad de las ganancias internas a una divisa extranjera; garantizar la disponibilidad de la divisa requerida; y garantizar la transferibilidad al extranjero de las sumas así convertidas. Ahora bien, la garantía cambiaria no suele tener por objeto amparar a la sociedad del proyecto y a los prestamistas contra las fluctuaciones cambiarias o devaluaciones comerciales que sean catalogables como riesgos normales del comercio. Las garantías cambiarias son habituales en los proyectos de infraestructura con financiación privada cuya realización obligue a contraer una deuda importante en moneda extranjera, especialmente en países cuya moneda no sea libremente convertible. En algunos países se ha previsto por ley que esas garantías pueden estar respaldadas por garantías bancarias emitidas a favor de la sociedad del proyecto.

45. Otro tipo importante de garantías son las emitidas para garantizar a la sociedad del proyecto y a sus accionistas contra la eventualidad de un expropiación sin la debida indemnización. Ese tipo de garantía se emitiría normalmente contra la confiscación de bienes de la sociedad del proyecto en el país anfitrión y contra la eventualidad de que la sociedad del proyecto sea nacionalizada, es decir, de que su capital social sea confiscado. Este tipo de garantía suele estar prevista en la legislación relativa a inversiones extranjeras directas y en los tratados bilaterales de amparo de las inversiones (cap. VIII, “Ley aplicable”, __).

e) *Exenciones fiscales y aduaneras*

46. Otro método por el que las autoridades del país anfitrión pueden respaldar la ejecución de proyectos con financiación privada puede ser la concesión de alguna exención, reducción o ventaja fiscal o aduanera.

47. Toda ventaja o exención fiscal típica suele incluir alguna exención del impuesto sobre la renta empresarial o de beneficios empresariales, o del impuesto patrimonial sobre la instalación, así como exenciones del impuesto sobre la renta dimanante de los intereses pagaderos por concepto de préstamos y de otras obligaciones financieras asumidas

por la sociedad del proyecto. En algunas leyes se faculta a la autoridad competente para eximir a todas las operaciones al servicio de proyectos de infraestructura con financiación privada del pago del impuesto del timbre o cargas similares. En algunos casos, la ley ha previsto algún régimen fiscal preferencial mientras que en otros dispone que la sociedad del proyecto gozará de los mismos beneficios fiscales normalmente otorgados a las inversiones extranjeras. A veces, la ventaja fiscal adoptará la forma de una tasa impositiva favorable, complementada por una exención fiscal durante los tres años iniciales del proyecto que se irá suprimiendo gradualmente. Esas exenciones y ventajas son a veces aplicables a los contratistas al servicio de la sociedad del proyecto, especialmente si se trata de contratistas extranjeros.

48. Otras medidas fiscales que se utilizan a veces para promover proyectos de infraestructura con financiación privada son las exenciones de ciertas medidas de retención fiscal que se otorgan, a veces, a los prestamistas extranjeros del proyecto. Conforme a muchos ordenamientos, todo interés, comisión y derecho pagaderos por el capital adeudado o tomado en préstamo que haya de abonar directa o indirectamente una sociedad constituida en el país, o que sean deducibles a efectos fiscales de los ingresos obtenidos en el país, serán tenidos por ingresos locales para fines fiscales. Por ello, tanto los prestamistas locales como los extranjeros de proyectos de infraestructura pueden estar sujetos al impuesto sobre la renta en el país anfitrión, que la sociedad del proyecto estaría obligada a retener de todo pago efectuado a los prestamistas extranjeros, dada su condición de no residentes en el país anfitrión. En la negociación entre la sociedad del proyecto y los prestamistas se acostumbra a abordar la cuestión de la cuantía abonable por los prestamistas a título de impuesto sobre la renta, lo que suele acarrear un costo financiero adicional para el proyecto. En algunos países, los órganos competentes están facultados para eximir de esas prácticas de retención fiscal a todo pago a no residentes que remunere actividades que promuevan o favorezcan el desarrollo económico o tecnológico del país anfitrión o que estén conceptuadas por algún otro concepto como actividades de interés público.

49. Se han introducido en algunos países reglas de contabilidad especiales para las empresas explotadoras de infraestructura en las que se tienen en cuenta las peculiaridades en materia de ingresos de los proyectos de infraestructura. Los proyectos de construcción de instalaciones de infraestructura, especialmente carreteras y otras infraestructuras de transporte, se caracterizan por un período de inversión relativamente breve, con un elevado costo financiero sin ingresos compensatorios, seguido por un período relativamente largo de ingresos crecientes y de costos financieros decrecientes y, en supuestos normales, de costos de explotación estables. Por consiguiente, de aplicarse reglas de contabilidad tradicionales, la estructura financiera peculiar de estos proyectos quedaría consignada en las cuentas de la sociedad del proyecto en forma de un período de resultados negativos continuos seguido por un largo período de beneficios netos. Ello podría tener consecuencias negativas, por ejemplo para la solvencia crediticia de la sociedad del proyecto durante la fase de construcción, sino que podría resultar también en una carga tributaria desproporcionada durante la fase de explotación del proyecto. A fin de evitar esa distorsión, algunos países han adoptado reglas de contabilidad especiales para las sociedades que llevan a cabo proyectos de infraestructura en las que se tiene en cuenta la probabilidad de que los resultados financieros de los proyectos de infraestructura con financiación privada sólo lleguen a ser positivos a mediano plazo. Esas reglas especiales acostumbran a autorizar a la empresa constructora de la infraestructura a aplazar parte del costo financiero acumulado durante la fase de déficit a años financieros subsiguientes, de conformidad con el calendario financiero previsto en el acuerdo de proyecto. Ahora bien, las reglas de contabilidad especiales no deben contravenir ningún precepto legal que prohíba la distribución de dividendos durante ejercicios financieros cerrados con resultados negativos.

50. Además de ventajas o exenciones fiscales, la legislación nacional a veces facilita la importación de equipo destinado a la sociedad del proyecto mediante exenciones de derechos de aduana. Esas exenciones se aplican típicamente al pago de derechos de importación sobre equipo, maquinaria, accesorios, materias primas y materiales importados al país para llevar a cabo estudios preliminares y para el diseño, la construcción y la explotación del proyecto de infraestructura. En el supuesto de que la sociedad del proyecto desee transferir o vender ese equipo importado en el mercado interno, suele ser necesario obtener la aprobación al respecto de la autoridad contratante y se habrán de pagar los correspondientes derechos de importación, impuestos sobre las ventas o demás impuestos

que hayan de pagarse con arreglo a las leyes del país. A veces la autoridad competente estará facultada para conceder una exención de derechos de aduana o para garantizar que no se elevarán los derechos de aduana en detrimento del proyecto.

f) Amparo de la competencia comercial

51. Otra forma de respaldo público puede ser la promesa otorgada de que no se construirá ningún proyecto de infraestructura competidora durante cierto período o que ninguna entidad pública competirá con la sociedad del proyecto, ni directamente ni a través de otro concesionario. Una promesa de este tipo sirve para garantizar que no se anularán durante la vida del proyecto los derechos de exclusividad otorgados al concesionario (véase cap. I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, __) no serán anulados durante la vida del proyecto. Tal vez la sociedad del proyecto y los prestamistas consideren esa protección contra la competencia comercial como una condición esencial para participar en el desarrollo de infraestructura en el país anfitrión. En algunos ordenamientos se dispone que la administración pública no facilitará ni prestará apoyo a ningún proyecto paralelo que pudiera competir con la sociedad del proyecto. En algunos casos, la ley contiene una promesa de que no se modificarán las condiciones de esa exclusividad en detrimento de la sociedad del proyecto sin el consentimiento de la sociedad del proyecto.

52. Con este tipo de promesas legales es probable que se consolide en ciertos casos la confianza de los patrocinadores del proyecto y de sus prestamistas en que se respetarán los supuestos básicos de la concesión del proyecto. Ahora bien, esas promesas pudieran limitar la capacidad de las autoridades para responder en función del interés público al eventual aumento de la demanda del servicio cuya explotación se concede o para poner dicho servicio alcance de nuevas categorías de usuarios. Es por ello importante examinar cuidadosamente los intereses de las diversas partes afectadas por estas concesiones. Por ejemplo, la tarifa requerida para una explotación rentable de una carretera de peaje puede superar la capacidad de pago del sector de usuarios de menores ingresos. Por ello, es probable que la autoridad contratante desee mantener abierta una carretera sin peaje como posible alternativa de la nueva carretera de peaje. Ahora bien, si esa autoridad contratante decide mejorar o modernizar la carretera sin peaje, desviará hacia ella una parte del tráfico de la carretera de peaje construida por la sociedad del proyecto, con la consiguiente merma de ingresos. Lo mismo sucedería si las autoridades deciden abrir el mercado de servicios telefónicos a larga distancia a la competencia comercial (véase “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, __). Esa decisión podría, sin duda, reducir notablemente la remuneración prevista por toda sociedad concesionaria en ese sector.

53. Por lo general, pudiera ser ventajoso facultar a la autoridad competente para, cuando así convenga, dar las seguridades debidas de que los derechos de exclusividad de la sociedad del proyecto no se verán afectados por una alteración subsiguiente de la política gubernamental sin una compensación adecuada. Ahora bien, tal vez no sea aconsejable dar rango legal a esas promesas si con ello se elimina la posibilidad de que la política pública en ese sector pueda cambiar, por ejemplo, con miras a abrirlo a la competencia o a construir una infraestructura paralela. Las consecuencias eventuales de ese cambio de política para la sociedad del proyecto deben ser resueltos por las partes en cláusulas contractuales relativas al cambio eventual de las circunstancias del proyecto (véase cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, __). Sería particularmente aconsejable que la autoridad contratante esté debidamente facultada para negociar con la sociedad del proyecto la indemnización del perjuicio o pérdida que pueda ocasionarle todo proyecto de infraestructura competidora que emprenda ulteriormente la autoridad contratante o por toda otra medida pública que menoscabe la exclusividad de los derechos concedidos a la sociedad del proyecto.

g) Fuentes de ingresos auxiliares

54. Una forma adicional de apoyo para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada es la de permitir a la sociedad del proyecto diversificar sus inversiones mediante concesiones adicionales para la prestación de servicios auxiliares o la explotación de otras actividades. En algunos casos, cabría utilizar esas fuentes

adicionales de ingresos como subvención que se otorga a la sociedad del proyecto en el marco de una política de reducción o control del precio cobrado por el servicio principal prestado. Si esas actividades auxiliares son lo bastante rentables, contribuirán a reforzar la viabilidad financiera del proyecto principal: el derecho a cobrar peaje sobre un puente existente puede, por ejemplo, servir de incentivo para la construcción de un nuevo puente de peaje. Ahora bien, no debe exagerarse la importancia relativa de esas fuentes auxiliares de ingresos.

55. A fin de que la sociedad del proyecto pueda emprender esas actividades auxiliares, tal vez sea necesario promulgar leyes que faculten a la autoridad competente para otorgar a la sociedad del proyecto el derecho a utilizar terrenos de propiedad pública para los fines de esas actividades (p. ej., terrenos adyacentes a una carretera para la construcción de zonas de servicios). De desearse controlar el desarrollo o la expansión eventual de esas actividades auxiliares, convendría disponer que la sociedad del proyecto deberá someter a la aprobación de la autoridad contratante toda ampliación importante de las instalaciones que utilice para esas actividades auxiliares.

56. En algunos ordenamientos jurídicos, ciertos tipos de fuentes auxiliares de remuneración ofrecidas por la administración pública pueden ser consideradas como una concesión independiente de la concesión principal, por lo que es aconsejable valorar el alcance de toda limitación de la libertad de la sociedad del proyecto para concertar contratos de explotación de instalaciones auxiliares (véase cap. IV, “El acuerdo del proyecto”, ___).

D. Garantías dadas por instituciones financieras internacionales

57. Además de las garantías públicas directamente ofrecidas por la administración pública del país anfitrión, tal vez se ofrezcan garantías de instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones y bancos de desarrollo regionales. Esas garantías suelen amparar a la sociedad del proyecto contra ciertos riesgos políticos pero en algunos supuestos pueden garantizar también contra el incumplimiento del acuerdo de proyecto, por ejemplo, cuando la sociedad del proyecto suspende el servicio de su deuda como resultado del incumplimiento de una obligación de la autoridad contratante.

1. Garantías emitidas por instituciones multilaterales de crédito

58. Además de sus préstamos a los gobiernos y a entidades financieras públicas de los países, las instituciones multilaterales de crédito, como el Banco Mundial y los bancos de desarrollo regionales, han creado programas para otorgar préstamos al sector privado. A veces actúan también como garantes de los préstamos comerciales otorgados a proyectos tanto del sector público como del sector privado. En la mayoría de los casos las garantías emitidas por estas instituciones están a su vez respaldadas por una contragarantía pública del país anfitrión.

59. Las garantías otorgadas por estas instituciones multilaterales de crédito tienen por objeto mitigar aquellos riesgos de incumplimiento de las obligaciones contractuales de un Estado soberano o de ciertos préstamos de vencimiento tardío que los prestamistas privados tal vez no estén dispuestos a asumir o que les sea difícil evaluar. Por ejemplo, las garantías otorgadas por el Banco Mundial sirven normalmente de cobertura contra determinados riesgos (garantías de riesgo parcial) o contra el riesgo crediticio total de una determinada etapa del período de financiación (la garantía de crédito parcial), como puede verse brevemente descrito a continuación. La mayor parte de los bancos de desarrollo regionales ofrecen garantías en condiciones similares a las ofrecidas por el Banco Mundial.

a) Garantías de riesgo parcial

60. Una garantía de riesgo parcial cubre determinados riesgos dimanantes del incumplimiento de prestaciones contractuales prometidos en nombre de un Estado soberano o determinados supuestos de fuerza mayor de índole política. Esas garantías responden del pago del servicio de la deuda que haya sido interrumpido por incumplimiento de alguna prestación contractual prometida por un Estado soberano o sus organismos. La cobertura que ofrecen

puede extenderse a diversos supuestos de incumplimiento, como sería la no introducción del marco reglamentario convenido, o de la tarifa de precios convenida, la interrupción de determinados suministros, como pudiera ser el de combustible a una empresa generadora de energía; el impago de determinados productos, como pudiera ser la electricidad comprada por un servicio público o el agua comprada a granel por una distribuidora pública local; la falta de indemnización por demoras o interrupciones del proyecto imputables a medidas públicas o a sucesos políticos; demoras imputables a medidas de la administración pública; y modificaciones adversas de la política o de los reglamentos aplicables en materia de cambios.

61. Cuando las instituciones de crédito multilaterales participan en la financiación de un proyecto, proporcionan a veces apoyo en forma de una renuncia a proceder judicialmente contra la sociedad del proyecto por todo incumplimiento que sea imputable a la materialización de un riesgo político. Por ejemplo, una institución de crédito multilateral que haya recibido de la sociedad del proyecto una garantía de terminación del proyecto no reclamará su pago si ese incumplimiento es imputable a la materialización de un riesgo político.

b) Garantías de crédito parcial

62. Las garantías de crédito parcial suelen ser dadas a prestamistas del sector privado cubiertos por una contragarantía pública. Suelen garantizar la parte de la financiación cuya fecha de vencimiento sea posterior al plazo de reembolso normal de los préstamos otorgados por prestamistas privados. Esas garantías suelen ser otorgadas a proyectos con participación privada cuya viabilidad financiera dependa de préstamos a largo plazo. Una garantía de crédito parcial suele prorrogar el vencimiento de los préstamos y cubre todos los supuestos de impago correspondientes a la porción designada del plazo total previsto para el servicio de la deuda.

2. Garantías proporcionadas por el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones

63. El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) ofrece seguros a largo plazo contra riesgos políticos para toda inversión nueva procedente de alguno de sus países miembros y destinada a cualquiera de sus países miembros en desarrollo que no sea el propio país de origen de la inversión. Entre los posibles beneficiarios de estas garantías figura también toda nueva inversión por concepto de expansión, modernización o reestructuración financiera de proyectos ya existentes, así como toda adquisición que entrañe la privatización de una empresa pública. Entre las formas de inversión extranjera para las que cabe solicitar estas garantías figuran las inversiones en el capital social, los préstamos de accionistas y las garantías emitidas por accionistas, con tal de que la duración de los préstamos o de las garantías de préstamo sea de al menos tres años. Los préstamos otorgados a prestamistas no relacionados con el proyecto son también asegurable, con tal de que se asegure al mismo tiempo una inversión en el capital social del proyecto. Otras formas de inversión asegurable son las operaciones de asistencia técnica, los contratos de gestión y los acuerdos de licencia con tal de que duren al menos tres años y que la remuneración del inversionista esté vinculada a los resultados de la explotación del proyecto. El OMGI asegura contra los siguientes riesgos: restricciones a la transferencia de divisas, expropiación, incumplimiento de contrato, guerra y disturbios civiles.

a) Restricciones a la transferencia de divisas

64. La finalidad de las garantías de la transferibilidad de divisas otorgadas por el OMGI es similar a la de las garantías cambiarias oficiales otorgadas por el Estado anfitrión (véase párr. 44). Esta garantía protege contra las pérdidas dimanantes de que el inversionista no consiga convertir ciertas sumas en moneda local (capital, intereses, beneficios, derechos de patente y de otras índole) en divisas para transferirlas fuera del país anfitrión. La cobertura de estas garantías asegura contra toda demora excesiva en la adquisición de divisas ocasionada por la intervención o la falta de intervención de las autoridades del país anfitrión, contra las modificaciones adversas en la normativa legal o reglamentaria aplicable en materia de cambios, así como contra el deterioro de las condiciones de conversión

o transferencia de la moneda local. La devaluación de la moneda no está cubierta. Al acusar recibo de la moneda local bloqueada de un inversionista, el OMGI pagará la indemnización convenida en la moneda de su contrato de garantía.

b) Expropiación

65. Esta garantía protege contra toda pérdida de la inversión asegurada que resulte de alguna medida pública del país anfitrión que reduzca o elimine los derechos de propiedad o de control del inversionista sobre la inversión asegurada. La cobertura de esta garantía se extiende no sólo a las medidas de nacionalización y confiscación inmediata sino también a otras formas de expropiación “gradual” consistentes en una serie de medidas cuyo efecto sea a la larga expropiatorio. La cobertura se otorga con carácter limitado para las medidas de expropiación parcial (p. ej., la confiscación de fondos o de activos tangibles). No están cubiertas las medidas que las autoridades del país anfitrión adopten de buena fe y sin carácter discriminatorio en el ejercicio de sus facultades regulatorias legítimas. En el supuesto de expropiación total de la inversión en el capital social, el OMGI pagará el valor contable neto de la inversión asegurada. En el supuesto de expropiación de fondos, el OMGI pagará la porción asegurada de los fondos bloqueados. Respecto de los préstamos y de las garantías de préstamo el OMGI pagará el principal no reembolsado del préstamo y todo interés vencido y no abonado. La indemnización será pagada al ceder el inversionista al OMGI su titularidad de la inversión expropiada (p.ej. sus acciones o participación en el capital social y la parte que le corresponda en un acuerdo de préstamo).

c) Incumplimiento de contrato

66. Esta garantía protege contra el incumplimiento o la repudiación por la autoridad contratante de un contrato con el inversionista. En el supuesto de presunto incumplimiento o de repudiación del contrato, el inversionista deberá poder acudir a algún procedimiento previsto en el contrato subyacente para la solución de la controversia (p. ej. arbitraje) a fin de que le sea adjudicada una indemnización. Si transcurrido un cierto plazo el inversionista no ha sido indemnizado o si no funciona el procedimiento previsto para la solución de la controversia por razón de las medidas adoptadas por las autoridades del país anfitrión, el OMGI abonará la indemnización.

d) Guerra y disturbios civiles

67. Esta garantía protege contra toda pérdida dimanante del daño ocasionado a los activos tangibles del inversionista, así como de su destrucción o desaparición, a raíz de acciones de guerra políticamente motivadas o de disturbios civiles en el país anfitrión, incluidos los actos perpetrados en el marco de una revolución, insurrección o golpe de Estado, así como los actos de sabotaje y terrorismo. Respecto de las inversiones en el capital social, el OMGI pagará la parte de esos activos que corresponda al inversionista, abonando sea su valor contable, sea su costo de sustitución, sea su costo de reparación, según cuál de estas soluciones suponga un menor desembolso. Respecto de los préstamos y garantías de préstamo, el OMGI abonará la parte asegurada del principal del préstamo y de los intereses no abonados a resultas del daño ocasionado al patrimonio del proyecto por las acciones de guerra o los disturbios civiles. Esta cobertura de los daños de guerra o de disturbios civiles se extiende además a los acontecimientos que, durante el período de un año, ocasionen una interrupción de alguna operación del proyecto que sea esencial para su viabilidad financiera global. Este tipo de pagos por interrupción del negocio se harán efectivos al ser dictaminado que la inversión constituye una pérdida total. En ese momento, el OMGI abonará el valor contable de la inversión total en el capital social que haya sido asegurada.

E. Garantías proporcionadas por instituciones bilaterales

68. Cabe obtener seguros contra ciertos riesgos políticos, comerciales y financieros, así como préstamos directos, de ciertas entidades públicas especializadas en la concesión de créditos a la exportación. Cierta número de países han establecido este tipo de organismos de crédito a la exportación para facilitar la exportación de bienes o servicios procedentes del país. Estos organismos actúan en nombre de la autoridad competente del país proveedor de los

bienes y servicios al proyecto. La mayoría de estos organismos de crédito a la exportación son miembros de la Unión Internacional de Aseguradores de Créditos e Inversiones (Unión de Berna) cuyos principales objetivos son los de promover la cooperación internacional y un clima favorable a la inversión; favorecer el establecimiento y la observancia de ciertos principios de buena gestión en la administración de los seguros de crédito a la exportación; y la introducción y el mantenimiento de cierta disciplina en las condiciones del crédito otorgado al comercio internacional.

69. Si bien esta forma de respaldo público difiere de un país a otro, los organismos de crédito a la exportación ofrecen normalmente dos tipos de cobertura comercial:

a) *Los seguros de crédito a la exportación.* La finalidad básica de los seguros de crédito a la exportación es la de garantizar el pago al vendedor en aquellos casos en los que se le permite al comprador extranjero aplazar su pago de los bienes o servicios exportados. Los seguros de crédito a la exportación pueden adoptar la forma de seguros de un “crédito de proveedores” o de seguros de un “crédito de compradores”. En el supuesto de un crédito de proveedores, el exportador y el importador convienen en ciertas condiciones comerciales que permiten el pago diferido de la mercancía mediante títulos negociables (p. ej. letras de cambio o pagarés) emitidos por el comprador. Una vez comprobada la solvencia comercial de la operación, la remuneración del exportador será asegurada por un organismo de crédito a la exportación de su país de origen. En el supuesto de un crédito de compradores, la obligación de pago del comprador será financiada por el banco del exportador, que será, a su vez, asegurado por un organismo de crédito a la exportación. Los créditos a la exportación suelen ser clasificados en créditos a corto plazo (con un plazo de reembolso normalmente inferior a dos años), créditos a mediano plazo (de dos a cinco años) y créditos a largo plazo (de cinco años o más). El respaldo oficial de los organismos de crédito a la exportación suele adoptar la forma de cobertura pura o neta (“*pure cover*”), que significa que el seguro o la garantía será otorgado al exportador o institución crediticia sin respaldo financiero alguno, pero puede adoptar también la forma de respaldo financiero (“*financing support*”), que se entiende como referido a los créditos directos otorgados al comprador extranjero, a la refinanciación y a toda otra forma de respaldo financiero reembolsable con intereses;

b) *Seguros de inversión.* Los organismos de crédito a la exportación tal vez ofrezcan la cobertura de un seguro contra ciertos riesgos políticos y comerciales ya sea directamente al beneficiario de un préstamo o al exportador. Entre los riesgos políticos y comerciales habitualmente cubiertos cabe citar los siguientes: la guerra, la insurrección y la revolución; la expropiación, la nacionalización y la confiscación de bienes; la no convertibilidad de la moneda; y la no disponibilidad de divisas. Los seguros de inversión otorgados por los organismos de crédito a la exportación suelen proteger contra los riesgos asegurados a los inversionistas en una sociedad de proyectos de infraestructura radicada en el extranjero, pero no a la sociedad del proyecto en sí. La cobertura del seguro de inversión tiende a ser extendida a una amplia gama de riesgos políticos. Los organismos de crédito a la exportación dispuestos a asegurar contra tales riesgos suelen exigir les sean facilitados ciertos datos sobre el ordenamiento jurídico del país anfitrión.

70. Las condiciones bajo las que los organismos de crédito a la exportación de los países miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ofrecen su respaldo financiero a título tanto de operaciones de crédito de proveedores como de operaciones de crédito de compradores han de ser conformes al arreglo OCDE sobre directrices para los créditos a la exportación con respaldo público (denominado en ocasiones “Consenso de la OCDE”). La finalidad principal de este arreglo es la de proporcionar un marco institucional adecuado que evite toda práctica de competencia desleal basado en el respaldo oficial otorgado a través de los créditos a la exportación. A fin de evitar subvenciones perturbadoras del mercado, el Arreglo regula las condiciones de los seguros, garantías o préstamos directos con respaldo público.

Nota

¹Publicación de la ONUDI, N° de venta UNIDO.95.6.E.9