CONNEX
Contract Negotiation Support

CLAUSE INSIGHTS

Tener o no tener:
argumentos a favor de las cláusulas de blindaje en contratos de PPP

Co-funded by the European Union

german cooperation
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

Implementado por
giz Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Una cooperación de desarrollo con el sector privado suele ser un acuerdo contractual de larga duración entre una entidad pública (gubernamental) y una parte privada. En una cooperación de desarrollo con el sector privado, la parte privada se compromete a entregar un bien y/o servicios públicos y accede a recuperar su inversión ya sea mediante pagos por parte de la entidad pública o de los usuarios y usuarias de los bienes o servicios a lo largo de la duración del proyecto.

Los contratos de PPP se han convertido en un mecanismo extendido que permite a los Gobiernos colaborar con el sector privado en el desarrollo de infraestructuras. Están cobrando especial impulso en países africanos, dado que muchos Gobiernos afrontan graves dificultades financieras derivadas de la letal dupla formada por la pandemia de COVID-19 y la actual guerra entre Rusia y Ucrania. Siendo muchos los países, incluidos los de África, que tratan de impulsar su recuperación económica y sus esfuerzos de crecimiento, las cooperaciones de desarrollo con el sector privado proporcionan una solución viable para la realización continuada del desarrollo de infraestructuras.

LA CLÁUSULA DE BLINDAJE:

Al seleccionar socios para las cooperaciones de desarrollo con el sector privado, los Gobiernos tienen gran interés en asegurarse de elegir socios con un historial fiable de entrega de proyectos a gran escala. Sin embargo, siendo realistas, no es práctico esperar que tales socios permanezcan en el proyecto a lo largo de toda su duración, ya que las cooperaciones de desarrollo con el sector privado pueden prolongarse durante períodos de tiempo considerables, en ocasiones incluso más de 30 años. De hecho, es un modelo de negocio propicio para que los inversores más optimistas se anticipen y reduzcan los riesgos de los proyectos hasta la fase posterior a la construcción, para acto seguido vender su participación. Teniendo esto en cuenta, es importante que los Gobiernos establezcan marcos realistas que ayuden a atraer inversiones creíbles y protegerlas de la salida prematura de un inversor, pero que al mismo tiempo reconozcan que los inversores no están ligados indisolublemente por tiempo indefinido y permitan cierta flexibilidad en cuanto a la propiedad.

A este respecto, las cláusulas de blindaje en los contratos de PPP son cruciales, en particular en contextos africanos donde los riesgos de los proyectos, las incertidumbres y los factores políticos pueden plantear retos considerables para la compleción con éxito de proyectos de infraestructura. Por regla general, una cláusula de blindaje está incluida entre las disposiciones sobre cambio de propiedad de una PPP, tal como se ilustra en el siguiente ejemplo:

"Cambio de propiedad

6.1 Notificación

A reserva de la cláusula 6.2, si se produce cualquier cambio de propiedad de la Empresa del proyecto, la Empresa del proyecto estará obligada a informar al Órgano de Contratación en un plazo de diez (10) días hábiles sobre cualquier cambio propuesto a este respecto o, en el caso de una empresa que cotice en una bolsa de valores reconocida, en la fecha en la que la Empresa del proyecto habría razonablemente adquirido conocimiento de tal cambio, en caso de que este se produzca más adelante.

6.2 Restricciones de transferencias

6.2.1 Se aplicarán las siguientes restricciones:

(a) En el caso de un Miembro principal, este no podrá reducir su participación en la Empresa del proyecto mediante transferencia por debajo de un veintiséis por ciento (26 %) durante el periodo de blindaje.

(b) En el caso de una empresa emergente ciudadana, esta no podrá reducir su participación en la Empresa del proyecto por debajo de un cinco por ciento (5 %) antes de la fecha de compleción final.

(c) Cualquier cambio de propiedad que se produzca como consecuencia de

(i) la concesión o ejecución de garantía a favor de los prestamistas prioritarios sobre o en relación con cualesquiera de las acciones de la Empresa del proyecto, a menos que el Órgano de Contratación haya aprobado un documento otorgando garantía sobre cualesquiera acciones (dicha aprobación no podrá ser denegada o demorada sin motivo justificado); o bien

(ii) cualquier cambio en la propiedad legal o la titularidad efectiva de cualesquiera acciones u otros valores negociados públicamente que se produzca en una bolsa de inversión o de valores reconocida que afecte al accionista de la Empresa del proyecto; o bien

(iii) cualquier transferencia de acciones de la Empresa del proyecto por su accionista a una filial del accionista en cuestión (empresa matriz) o a un fondo relacionado; no se considerará a los efectos del apartado (a) anterior.

6.2.2 El Órgano de Contratación responderá a cualquier solicitud de consentimiento presentada por la Empresa del proyecto conforme a la cláusula 6.2 en un plazo de veinte (20) días hábiles. Los motivos por los cuales el Órgano de Contratación podrá decidir denegar su consentimiento a cualesquiera de estos cambios son la incapacidad de la Empresa del proyecto para demostrar, a satisfacción del Órgano de Contratación (actuando bajo el asesoramiento del Certificador independiente), que (i) la situación financiera, empresarial, técnica y legal de la Empresa del proyecto o del accionista relevante en caso de cumplimiento de obligaciones de dicho accionista no empeorará como consecuencia de dicho cambio; y (ii) se satisfacen los criterios de interés nacional.

6.3 Persona prohibida

6.3.1 Si cualquier accionista se convierte en persona prohibida, el Órgano de Contratación podrá enviar a la Empresa del proyecto un requerimiento instándola a transferir las acciones de la persona prohibida a otro accionista o a una tercera parte aprobada por el Órgano de Contratación de conformidad con esta cláusula 6.3 en un plazo de treinta (30) días hábiles desde la recepción de dicho requerimiento.

6.3.2 Si la Empresa del proyecto no atiende el requerimiento del Órgano de Contratación dentro del plazo especificado, el Órgano de Contratación podrá rescindir este contrato mediante la emisión de un aviso de rescisión por motivos distintos al incumplimiento, de conformidad con la cláusula 39.7."

JUSTIFICACIÓN

Para empezar, las disposiciones de blindaje garantizan que ambas partes asuman con el proyecto un compromiso a un plazo suficientemente largo. Esto proporciona certeza y **estabilidad para los proyectos**, aumenta la confianza de las partes interesadas y puede, a su vez, conducir a una mayor rentabilidad para el sector privado y, mediante la continuidad, contribuir a un clima de inversión más atractivo.

Asimismo, aseguran **mejores resultados en términos de la realización del proyecto**. La adjudicación de cualquier contrato de necesidad a largo plazo significativo requiere un proceso de evaluación exhaustivo, que incluye confirmaciones relativas al análisis de la relación costo-beneficio, la situación financiera, los conocimientos técnicos, el historial demostrado, etc., de los miembros del consorcio inversor. Por consiguiente, sería decepcionante —casi engañoso— concebir un escenario donde se permita un cambio de la composición del consorcio inversor incluso antes de que el proyecto comience o pueda ejecutarse.

Desde la perspectiva del riesgo, las cláusulas de blindaje ayudan a **mitigar riesgos del proyecto**, al reducir las probabilidades de que los miembros del consorcio iniciales busquen salidas tempranas debido a cambios en las condiciones del mercado. Fuerzan a dichos inversores a invertir en la diligencia debida, la determinación del alcance, la gestión de riesgos y el mapeo del proyecto desde el principio, sabiendo que no habrá una salida fácil una vez se haya firmado el contrato de PPP.

Asimismo, las cláusulas de blindaje **promueven la eficiencia en la ejecución del proyecto**, ya que las partes pueden centrarse en entregar infraestructuras de calidad sin renegociaciones ni disrupciones frecuentes. Cualquier sugerencia de cambio de la composición del consorcio inversor puede dar lugar a un largo proceso de diligencia debida y a renegociaciones de condiciones, todo lo cual puede traducirse en costos mayores e imprevistos, retrasos del proyecto y, en casos extremos, en la rescisión prematura del contrato.

Otro aspecto a destacar es el hecho de que, incluso en la fase durante la cual los miembros del consorcio iniciales tienen derecho a vender una participación, muchos países tienen normativas que les obligan a mantener una participación mínima durante un período prolongado, para facilitar la transferencia de conocimientos desde el promotor inicial. Esto se debe a que el grupo inicial de promotores poseerá a menudo algún conocimiento especializado o "institucional" que es crucial para el éxito

del proyecto, y, por lo tanto, debe mantenerse involucrado hasta que exista la certeza de que los nuevos inversores podrán gestionar el proyecto por sí solos.

Por último, ante la creciente relevancia que están adquiriendo las cuestiones de personas políticamente expuestas, partes sancionadas y entidades incluidas en listas de sanciones, no se puede subestimar lo importante que es para los Gobiernos conocer a las contrapartes de sus proyectos. De hecho, muchos países están implantando actualmente reglas sobre beneficiarios efectivos, que exigen la declaración completa de las partes involucradas en contratos significativos. Esto confiere a las disposiciones de blindaje una importancia aún más crucial como herramienta que permite a los Gobiernos examinar y aprobar sus contrapartes contractuales a lo largo de la duración del proyecto.

Por otro lado, podría argumentarse que estas cláusulas restringen la capacidad de los consorcios de vender sus inversiones en los proyectos, y a su vez esto puede disuadir a algunos inversores de participar en dichos proyectos, limitando así el contingente de inversores que los Gobiernos pueden atraer o con los que pueden colaborar.

Asimismo, las cláusulas de blindaje complican el proceso de salida del proyecto para los miembros del consorcio, con la consiguiente posibilidad de aparición de dificultades legales y logísticas. Por regla general, una salida estaría sujeta a la consecución de determinados hitos del proyecto, al consentimiento de la contraparte gubernamental y a la demostración de que la nueva parte privada inversora posee una capacidad similar o superior a la del actual miembro del consorcio, entre otros requisitos. Esto puede disuadir a miembros del consorcio de participar en proyectos futuros o reducir su entusiasmo por la colaboración a largo plazo.

La restricción de la transferencia de acciones también reduce la liquidez del mercado, lo cual dificulta a los miembros del consorcio la monetización de sus inversiones según sus necesidades. Esta falta de liquidez puede afectar a la viabilidad financiera y al atractivo de un proyecto.

CONCLUSIÓN

En resumidas cuentas, las cláusulas de blindaje tienen ventajas e inconvenientes, pero las primeras parecen superar a los segundos si se formulan cuidadosamente las cláusulas para alcanzar un equilibrio entre la necesidad de certeza, estabilidad y retención de conocimientos técnicos y la de flexibilidad y atractivo para los inversores.

También cabe señalar que, en una cooperación de desarrollo con el sector privado, los intereses y objetivos de los actores de los sectores público y privado a menudo son divergentes, en particular en lo que atañe a los aspectos financieros del proyecto. Por un lado, el objetivo del sector público es asegurar el desarrollo óptimo de infraestructuras y bienes públicos y la prestación eficiente de servicios públicos. Por otro lado, el objetivo del sector privado es maximizar los beneficios y obtener un rendimiento de la inversión. Así pues, para garantizar el éxito de una cooperación de desarrollo con el sector privado debe existir un equilibrio entre tales intereses a menudo contrapuestos.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, puede concluirse que las cláusulas de blindaje son un elemento imprescindible en los contratos de PPP, en particular a la hora de garantizar la eficiencia, la sostenibilidad, la gestión de riesgos y la transferencia de conocimientos, entre otros aspectos. En consecuencia, los Gobiernos e inversores deberían adoptar un enfoque matizado, que evalúe factores y objetivos específicos del proyecto, para formular cláusulas de blindaje equilibradas que tengan en cuenta los intereses tanto a corto como largo plazo de Gobiernos e inversores, promoviendo al mismo tiempo los objetivos globales del proyecto.

Eniye Ogbebor es responsable sénior de programa legal en el International Senior Lawyers Project (ISLP). Su trabajo se centra en crear programas de desarrollo de capacidades para clientes gubernamentales del ISLP en el Sur global en lo relativo a cooperaciones de desarrollo con el sector privado (PPP, por sus siglas en inglés) y otras áreas temáticas. Es miembro de Oxford Policy Fellowship y anteriormente trabajó como asesora en materia legal y de políticas en el Departamento de PPP del Ministerio de Finanzas de Zambia, donde asesoró sobre diversos proyectos de PPP en los sectores viario, energético, hídrico y de tecnologías de la información y la comunicación (TIC). La Sra. Ogbebor es abogada cualificada en Nigeria y profesional de PPP certificada, y tiene un máster en Derecho Empresarial Internacional por la University of London.

Beatrice Nyabira es la responsable del área de Proyectos, Energía y Reestructuración en el despacho de abogados DLA Piper Africa (IKM Advocates) en Kenya y es voluntaria del ISLP. Con más de dieciocho (18) años de experiencia, ha representado a clientes a lo largo de toda la cadena de valor, incluyendo entidades del sector público, prestamistas comerciales y patrocinadores de proyectos en PPP, infraestructura, energía y contratación pública. Su alcance transfronterizo abarca 21 jurisdicciones en África. Es una antigua integrante del comité de peticiones relativas a PPP (PPP Petitions Committee) de Kenya y una líder de pensamiento en el ámbito de las infraestructuras.

El artículo anterior representa los puntos de vista de la propia autora y no refleja de ningún modo las opiniones de la Unidad de Asistencia de CONNEX, su Junta Directiva, su Comité Consultivo, su personal o sus entidades financiadoras.

Pie de imprenta:

Esta publicación se ha realizado con el apoyo financiero de la Unión Europea y del Ministerio Federal de Cooperación Cooperación Económica y Desarrollo. Su contenido es responsabilidad exclusiva de la GIZ y no refleja necesariamente la opinión de la UE o del Ministerio Federal el Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo.

Deutsche Gesellschaft für
Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH
Oficinas registradas
Bonn y Eschborn, Alemania

Friedrich-Ebert-Allee 32+36
53113 Bonn, Alemania
T +49 228 44 60-0
F +49 228 44 60-17 66

Dag-Hammarskjöld-Weg 1–5
65760 Eschborn, Alemania
T +49 61 96 79-0
F +49 61 96 79-11 15

E info@giz.de
I www.giz.de

Contacto:
CONNEX Support Unit
Potsdamer Platz 10
10785 Berlin, Alemania
E support@connex-unit.org
I www.connex-unit.org

Diseño:
DIAMOND media GmbH, Neunkirchen-Seelscheid

Fotografías:
GIZ

Noviembre de 2023

¿Es usted un organismo público interesado en hablar confidencialmente sobre los servicios de apoyo a la negociación de CONNEX? Hablemos...

support@connex-unit.org

www.connex-unit.org