



# Asamblea General

Distr. general  
19 de febrero de 2019  
Español  
Original: inglés

## Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

52º período de sesiones

Viena, 8 a 26 de julio de 2019

### **Alianzas público-privadas (APP): Propuestas de actualización de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada* (Introducción revisada)**

#### Nota de la Secretaría

#### Índice

|  | <i>Página</i> |
|--|---------------|
| Introducción e información general sobre las APP .....                                   | 2             |
| A. Introducción .....  | 2             |
| 1. Organización y alcance de la <i>Guía</i> .....  | 3             |
| 2. Terminología utilizada en la <i>Guía</i> .....  | 4             |
| B. Información general sobre las APP .....   | 7             |
| 1. Política sobre inversión privada e infraestructura .....                              | 8             |
| 2. Reestructuración de los sectores de la infraestructura .....                          | 9             |
| 3. Formas de participación del sector privado en proyectos de infraestructura .....      | 13            |
| 4. Estructuras y fuentes de financiación de los proyectos de infraestructura .....       | 14            |
| 5. Principales partes involucradas en la ejecución de proyectos de infraestructura ..... | 17            |



## Introducción e información general sobre las APP<sup>1</sup>

### A. Introducción

1. Las respectivas funciones de los sectores público y privado en el desarrollo de las infraestructuras ha evolucionado considerablemente a lo largo del tiempo. Los servicios públicos como el alumbrado público de gas, la distribución de electricidad, la telefonía, la telegrafía, los ferrocarriles de vapor y los tranvías eléctricos datan del siglo XIX. El sector privado financió muchos de los primeros proyectos de carreteras o canales, y se registró un rápido desarrollo de la financiación internacional de proyectos, incluidas las ofertas de bonos internacionales para financiar ferrocarriles u otras obras de infraestructura importantes.

2. Sin embargo, durante la mayor parte del siglo XX, la tendencia mundial se orientó hacia el desarrollo de infraestructuras y otros servicios por el sector público. Con frecuencia las empresas explotadoras de infraestructura se nacionalizaron o fueron objeto de fusiones y adquisiciones para reducir la competencia. En muchos países, la prestación de servicios públicos por empresas privadas requería una licencia o concesión de la administración pública. El grado de apertura de la economía mundial también se retrajo durante ese período. La explotación del sector de la infraestructura siguió estando en manos de empresas privadas solo en un número relativamente reducido de países, a menudo con poca o ninguna competencia. En muchos países, la primacía del sector público en la prestación de servicios de infraestructura quedó consagrada en la Constitución.

3. La tendencia inversa hacia la participación del sector privado y la competencia en los sectores de la infraestructura se inició a comienzos de la década de 1980. Entre los factores determinantes de esa tendencia se cuentan las importantes innovaciones tecnológicas; el elevado nivel de endeudamiento y las fuertes restricciones presupuestarias que limitan la capacidad del sector público para satisfacer las crecientes necesidades en materia de infraestructura; la expansión de los mercados de capitales internacionales y locales, con el consiguiente mejoramiento del acceso a la financiación privada, y el creciente número de experiencias internacionales satisfactorias en lo que respecta a la participación privada y la oferta competitiva en materia de infraestructura. Muchos países aprobaron nuevas leyes, no solo para regular esas operaciones, sino también para modificar la estructura del mercado y las políticas sobre competencia de los sectores en que tales operaciones se realizaban.

4. El objetivo de la presente *Guía* es ayudar a la creación o la adaptación de un marco jurídico que facilite la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura pública mediante alianzas público-privadas (“APP”) con miras a mejorar la eficiencia y calidad de la infraestructura y los servicios públicos. El asesoramiento que se proporciona en la *Guía* tiene por objeto lograr un equilibrio entre la facilitación de las APP y la protección del interés público. En la *Guía* se examinan ciertas cuestiones fundamentales de interés público, que son reconocidas por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, pese a las numerosas diferencias de política y de tratamiento legislativo.

5. Las citadas cuestiones de interés público tienen que ver, por ejemplo, con la continuidad de la prestación de servicios públicos; la sostenibilidad a largo plazo y la asequibilidad de los proyectos; las normas de protección del medio ambiente, sanidad,

---

<sup>1</sup> En la sección B se ofrece información general básica sobre las cuestiones que se examinan en la *Guía* desde una perspectiva legislativa. Para obtener información normativa y técnica detallada, se recomienda especialmente al lector consultar las publicaciones de otras organizaciones internacionales, como las *Directrices para el desarrollo de la infraestructura mediante proyectos de construcción-explotación-traspaso (CET)*, preparadas por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (publicación de la ONUDI, núm. de venta: UNIDO.95.6.S); la *Public-Private Partnerships Reference Guide — Version 3*, preparada por el Banco Mundial y sus asociados (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial, 2017), y las *Recommendations of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*, OCDE, mayo de 2012.

seguridad y calidad; la equidad de los precios cobrados al público; el trato no discriminatorio de los clientes o usuarios; la divulgación de información completa sobre la explotación de las infraestructuras; la flexibilidad necesaria para responder a los cambios de las condiciones, que incluyen la ampliación del servicio para satisfacer el aumento de la demanda y la revisión periódica de las condiciones contractuales; la rendición de cuentas de los responsables de la adopción de decisiones, y la supervisión de la ejecución de los proyectos. A su vez, las cuestiones que preocupan fundamentalmente al sector privado suelen ser, entre otras, la estabilidad del entorno jurídico y económico del país anfitrión; la transparencia de las leyes y reglamentos y la previsibilidad e imparcialidad de su aplicación; la exigibilidad de los derechos de propiedad, y las garantías de que la propiedad privada será respetada y no podrá ser vulnerada sino por motivos de interés público y únicamente contra pago de indemnización, y la libertad de las partes para pactar condiciones comerciales que garanticen un rendimiento razonable del capital invertido, proporcional a los riesgos asumidos por los inversionistas privados. La *Guía* no ofrece un conjunto único de soluciones modelo para atender esas preocupaciones, sino que ayuda al lector a evaluar los diferentes enfoques posibles y a elegir el más adecuado en el contexto nacional o local.

## 1. Organización y alcance de la *Guía*

6. La *Guía* brinda asesoramiento y recomendaciones legislativas en forma de notas en las que se analizan las principales cuestiones financieras, regulatorias, legales y de otra índole que se plantean en torno al tema considerado. Las notas van seguidas, según proceda, de disposiciones legislativas modelo, que constituyen ejemplos de la forma en que el legislador podría plasmar ese asesoramiento y las recomendaciones de la *Guía* en un texto legislativo. Se aconseja al usuario que lea las disposiciones legislativas modelo junto con las notas, que proporcionan información básica para una mejor comprensión.

7. En las disposiciones modelo se tratan cuestiones que deberían abordarse en las leyes que se refieran específicamente a las APP. No se tratan otros ámbitos del derecho que, como se indica en la *Guía*, también tienen repercusiones en las APP. Además, la implementación satisfactoria de las APP normalmente requiere diversas medidas que van más allá del establecimiento de un marco legislativo apropiado, como estructuras y prácticas administrativas adecuadas, capacidad de organización, conocimientos técnicos, recursos humanos y financieros apropiados y estabilidad económica. Si bien algunas de esas cuestiones se mencionan en las notas, no se tratan en las disposiciones modelo.

8. La finalidad de la *Guía* es que la utilicen las autoridades y los órganos legislativos nacionales como obra de consulta al preparar nuevas leyes o revisar la idoneidad de las existentes. Con ese fin, la *Guía* ayuda a determinar qué ámbitos del derecho son los más pertinentes para las APP y examina el contenido de aquellas leyes que contribuirían a atraer capital privado, tanto nacional como extranjero. En la *Guía* se mencionan brevemente otros ámbitos del derecho, por ejemplo, la promoción y protección de las inversiones, el régimen de la propiedad, las garantías mobiliarias, las normas y procedimientos en materia de adquisición forzosa de propiedad privada, el derecho contractual general, el régimen de los contratos públicos y el derecho administrativo, el derecho tributario y las leyes de protección del medio ambiente y protección del consumidor (véase el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. ...), que podrían promulgarse específicamente con respecto a las APP o que deberían tenerse en cuenta al establecer un marco legislativo o reglamentario para las APP. La *Guía* no tiene por finalidad ofrecer asesoramiento para la redacción de acuerdos de implementación de las APP. Sin embargo, en ella sí se tratan algunas cuestiones contractuales (por ejemplo, en el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, y el cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada”, párrs. ...) en la medida en que se refieren a asuntos que tal vez convendría abordar en la legislación.

9. La *Guía* abarca una amplia variedad de acuerdos de participación público-privada, en particular los que entrañan la obligación del socio privado de diseñar, construir,

mantener y explotar unas instalaciones o un sistema nuevos, o de rehabilitar, modernizar, ampliar, mantener y explotar unas instalaciones o un sistema que ya existen. Esas instalaciones o sistemas de infraestructura pueden ser explotados por el socio privado para prestar servicios u ofrecer bienes al público, pueden abrirse al uso público bajo el control del socio privado o pueden ser utilizados también por la administración pública para atender sus propias necesidades o como apoyo a la prestación de un servicio público. La *Guía* abarca tanto las APP en que el sector privado recupera su inversión mediante el precio que se cobra al público o a una autoridad pública (o a ambos) por el uso de las instalaciones o el sistema de infraestructura o por los servicios o bienes que genera, como las APP en que solo la autoridad contratante u otro organismo público paga por las instalaciones, los bienes o los servicios ofrecidos en virtud del contrato de participación público-privada. Si bien a veces se coloca en un mismo grupo a las APP y a otras operaciones orientadas a la “privatización” de funciones o bienes públicos, la *Guía* no se ocupa de las operaciones de “privatización” que no tienen que ver con el desarrollo y la explotación de infraestructura, instalaciones y servicios públicos. Además, en la *Guía* no se abordan proyectos de explotación de recursos naturales, como los proyectos de extracción de minerales, petróleo o gas en virtud de una “concesión”, “licencia” o “permiso” expedido por las autoridades públicas del país anfitrión.

## 2. Terminología utilizada en la *Guía*

10. En los párrafos que siguen se explica el significado y el uso de ciertas expresiones que aparecen con frecuencia en la *Guía*. En el caso de los términos que no se mencionan a continuación, por ejemplo, los términos de carácter técnico utilizados en textos financieros y de administración de empresas, se recomienda al lector consultar otras fuentes de información sobre el tema, como las *Directrices para el desarrollo de la infraestructura mediante proyectos de construcción-explotación-traspaso (CET)*, preparadas por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI)<sup>2</sup>.

### a) “Infraestructura pública” y “servicios públicos”

11. En la presente *Guía*, por “infraestructura pública” se entenderá toda instalación física que, directa o indirectamente, proporcione o albergue servicios esenciales para el público. En diversos sectores pueden encontrarse ejemplos de infraestructura pública en ese sentido, que incluyen distintos tipos de instalaciones, equipo o sistemas, como centrales eléctricas y redes de distribución de electricidad (sector de la electricidad); sistemas de comunicación telefónica local y de larga distancia y redes de transmisión de datos (sector de las telecomunicaciones); plantas de desalinización, plantas de tratamiento de aguas residuales, redes de distribución de agua (sector del agua); instalaciones y equipo de recolección y eliminación de desechos (sector de saneamiento), e instalaciones y sistemas físicos utilizados para el transporte público, como ferrocarriles urbanos e interurbanos, trenes subterráneos, líneas de autobuses, carreteras, puentes, túneles, puertos, compañías aéreas y aeropuertos (sector del transporte). El término “infraestructura” abarca también las instalaciones o sistemas —estén o no abiertos al público y sean o no accesibles para este— que la administración pública u otras autoridades públicas necesiten para sus propias funciones (juzgados, edificios de oficinas) o las instalaciones que alberguen servicios públicos como escuelas, centros de salud o centros penitenciarios.

12. Cada país debe determinar, como cuestión de orden público, qué infraestructuras serán públicas y cuáles serán privadas. En algunos países, por ejemplo, la administración pública es titular de los aeropuertos; en otros, estos son de propiedad privada, pero están regulados o sujetos a los términos de un acuerdo concertado con la autoridad pública competente. Los centros médicos y hospitalarios, así como las cárceles y los centros penitenciarios, pueden ser públicos o privados, en función de las preferencias de cada país. Con frecuencia, aunque no siempre, la explotación de la

<sup>2</sup> Publicación de la ONUDI, núm. de venta: UNIDO.95.6.S, en adelante “*las Directrices CET de la ONUDI*”.

infraestructura del sector eléctrico y de las telecomunicaciones está en manos de entidades privadas, pero la distribución sigue estando a cargo del sector público. En la *Guía* no se expresa opinión alguna sobre el criterio que debe seguir cada país.

13. Los conceptos de infraestructura pública y servicios públicos están bien establecidos en la tradición jurídica de algunos países, y a veces se rigen por un conjunto de leyes o normas específicas, normalmente denominado derecho administrativo (véase el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. ...). Sin embargo, en otros países, los servicios públicos, si bien están sujetos a una regulación especial, no son considerados intrínsecamente distintos de otros tipos de actividades empresariales. En la presente *Guía*, las expresiones “servicios públicos” y “proveedores de servicios públicos” no deberán interpretarse en el sentido técnico que pueda haberseles asignado en un ordenamiento jurídico determinado.

**b) “Alianza público-privada”, “(APP)” y expresiones conexas**

14. El término “alianza público-privada” (APP) se utiliza en la práctica para referirse a una gran variedad de acuerdos contractuales o empresas conjuntas a través de los cuales el sector público y el sector privado cooperan con un propósito común, y no existe una definición jurídica reconocida internacionalmente que abarque todas las posibles variantes. En la *Guía* se utiliza la expresión APP para referirse específicamente a los acuerdos a largo plazo concertados entre autoridades públicas y entidades privadas que contribuyan a la financiación privada de infraestructuras públicas en el sentido amplio indicado en el párr. ... *supra*.

15. Las APP no son una nueva categoría especial de contrato público. En realidad, pueden adoptar diversas estructuras contractuales conocidas (contratos de arrendamiento, concesiones, contratos de servicios, contratos llave en mano, contratos de diseño-construcción-financiación-explotación). Los acuerdos de participación público-privada a los que se refiere la *Guía* se pueden dividir en dos grandes categorías. En primer lugar, la *Guía* abarca las APP en que el socio privado explota la infraestructura y cobra un precio al público en virtud de una licencia o “concesión” (véase el párr. ...), otorgada por la administración pública (conocidas también como “APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión”). En segundo lugar, la *Guía* se refiere a las APP en que el socio privado lleva a cabo alguna labor en relación con una obra o instalación (diseño y construcción, reacondicionamiento, ampliación, mantenimiento o gestión, y toda otra contribución al respecto) o un sistema de servicios (información o telecomunicaciones, servicios al cliente), pero no cobra ninguna tasa directamente al público, sino que recibe pagos de la autoridad contratante u otro organismo público (“APP que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión”).

16. Esta última situación se asemeja a lo que en algunos ordenamientos jurídicos se conoce como “alianza para la realización de obras de infraestructura” o “contrato de participación”, un mecanismo innovador que permite la contratación de obras o servicios a cambio de pago durante la vigencia del contrato, sin un desembolso inicial de fondos públicos. En virtud de esos acuerdos, el socio privado normalmente se encarga de la financiación y construcción de una obra de infraestructura que, una vez terminada, transfiere a la autoridad contratante o a la entidad que esta designe. Esta modalidad se utiliza fundamentalmente para la construcción de instalaciones que albergarán un servicio público prestado directamente por la autoridad contratante, en tanto que el socio privado seguirá siendo responsable de la explotación y el mantenimiento de las instalaciones durante toda la vigencia del acuerdo de participación público-privada. Independientemente del tipo de acuerdo, en la *Guía* generalmente se hace referencia a la autoridad pública que celebra un acuerdo de participación público-privada como la “autoridad contratante” y a la entidad privada que lleva a cabo un proyecto de participación público-privada como el “socio privado”. El acuerdo entre la autoridad contratante y el socio privado, en el que se establecen el alcance y las condiciones del proyecto de participación público-privada, se denomina en la *Guía* el “contrato de participación público-privada”.

17. Cuando el contexto lo requiere, en la *Guía* se utiliza a veces el término “sociedad del proyecto” para referirse específicamente a una entidad jurídica independiente creada para llevar a cabo un proyecto de participación público-privada determinado.

**c) “Concesión” y expresiones conexas**

18. En muchos países, la prestación de un “servicio público” por una entidad distinta de una autoridad pública normalmente requiere un acto de autorización del órgano gubernamental competente. En las leyes nacionales se emplean distintas expresiones para definir esos actos de autorización, y en algunos ordenamientos jurídicos pueden utilizarse diversas expresiones para referirse a los distintos tipos de autorización. Entre los términos comúnmente empleados se cuentan “concesión”, “franquicia”, “licencia” o “arrendamiento” (“*affermage*” o “contrato de aparcería”). En algunos ordenamientos jurídicos, en particular los de inspiración romanista, ciertos tipos de proyectos de infraestructura se clasifican en categorías bien definidas (como “concesión de obras públicas” o “concesión de servicios públicos”). Cuando el contexto lo requiere, en la *Guía* se utiliza el término “concesión” para referirse en general a este acto de autorización, pero no en el sentido técnico que pueda habersele atribuido en un ordenamiento jurídico o derecho interno determinado.

19. Cuando el contexto lo requiere, en la *Guía* se utiliza el término “concesionario” para referirse específicamente a una entidad que ejecuta un proyecto de infraestructura con arreglo a una concesión otorgada por una autoridad pública del país anfitrión. En la presente *Guía* no se utilizan otras expresiones que tal vez se empleen en algunos ordenamientos jurídicos para referirse a ciertas formas de acuerdo de participación público-privada, como “acuerdo de concesión” o “contrato de concesión”.

**d) Referencias a autoridades nacionales**

20. En el sentido utilizado en la *Guía*, la expresión “administración pública” comprende las diversas autoridades públicas del país anfitrión a las que se han encomendado funciones ejecutivas o de formulación de políticas, en los planos nacional, provincial o local. La expresión “autoridades públicas” se utiliza para referirse, en particular, a entidades del poder ejecutivo o relacionadas con este. Las expresiones “poder legislativo” y “legislador” se utilizan concretamente en relación con los órganos que ejercen funciones legislativas en el país anfitrión.

21. La expresión “autoridad contratante” se emplea generalmente en la *Guía* para referirse a la autoridad pública del país anfitrión a la que incumbe la responsabilidad general del proyecto y en cuyo nombre se adjudica este. Esa autoridad puede ser nacional, provincial o local (véanse los párrs. ...).

22. La expresión “organismo regulador” se utiliza en la *Guía* para referirse a la autoridad pública a la que se ha conferido la facultad de dictar y hacer cumplir las normas y reglamentos que rigen el desarrollo y la explotación del proyecto. El organismo regulador puede ser establecido mediante una ley con la finalidad expresa de regular un sector determinado de la infraestructura pública.

**e) “Construcción-explotación-traspaso” y expresiones conexas**

23. Los diversos tipos de proyectos a que se hace referencia en la presente *Guía* como APP se dividen a veces en varias categorías, en función del tipo de participación del sector privado o del régimen de propiedad de la infraestructura de que se trate, por ejemplo, como se indica a continuación (véase también el análisis de las modalidades de participación del sector privado en las APP en los párrs. ...):

a) *Construcción-explotación-traspaso (CET)*. Se dice que un proyecto es de CET cuando la autoridad contratante selecciona a un socio privado para que financie y construya una infraestructura o un sistema de infraestructura y confiere a la entidad privada el derecho a mantener o explotar comercialmente dicha infraestructura o sistema durante cierto período, finalizado el cual se transfiere su propiedad a la autoridad contratante;

b) *Construcción-traspaso-explotación (CTE)*. Se dice que un proyecto es de CTE cuando la autoridad contratante selecciona a un socio privado para que planifique, financie, diseñe y construya una infraestructura o un sistema de infraestructura, que pasa a ser de propiedad de la autoridad contratante inmediatamente después de finalizada la obra, si bien el socio privado conserva el derecho a mantener y explotar la infraestructura o sistema durante un período determinado;

c) *Construcción-arrendamiento-explotación-traspaso (CAET) o “construcción-arrendamiento financiero-explotación-traspaso” (CAFET)*. Se trata de variantes de los proyectos de CET o de CTE en las que, además de las obligaciones y demás condiciones habituales de los proyectos de CET, el socio privado arrienda a la autoridad contratante los bienes físicos en que está situada la infraestructura durante la vigencia del acuerdo y se compromete a mantenerla y explotarla;

d) *Construcción-propiedad-explotación-traspaso (CPET)*. Se trata de proyectos en los que se contrata a un socio privado para que se encargue de la planificación, la financiación, el diseño, la construcción, la explotación y el mantenimiento de una infraestructura determinada, a cambio de lo cual podrá imponer el pago de derechos y otros cargos a los usuarios. En virtud de este acuerdo, la entidad privada es propietaria de la infraestructura y de sus bienes hasta que se traspasen a la autoridad contratante;

e) *Construcción-propiedad-explotación (CPE)*. Esta expresión se refiere a los proyectos en que el socio privado es el propietario permanente de la infraestructura en cuestión y no está obligado a traspasarla a la autoridad contratante.

24. Además de las siglas utilizadas para poner de relieve el régimen de propiedad de que se trata, pueden utilizarse otras para destacar una o varias de las obligaciones del socio privado. En algunos proyectos, las infraestructuras que ya existen se entregan a entidades privadas a efectos de su modernización o reacondicionamiento, explotación y mantenimiento, ya sea en forma permanente o por un período determinado. Dependiendo de si el socio privado será propietario de la infraestructura en cuestión, los acuerdos correspondientes podrán denominarse acuerdos de “reacondicionamiento-explotación-traspaso” (RET) o “modernización-explotación-traspaso” (MET) en el primer caso, o de “reacondicionamiento-propiedad-explotación” (RPE) o “modernización-propiedad-explotación” (MPE), en el segundo. A veces se utiliza la expresión “diseño-construcción-financiación-explotación” (DCFPE) para subrayar que el socio privado se encargará además de diseñar la infraestructura y de financiar su construcción.

## B. Información general sobre las APP

25. En la mayoría de los países que han construido nuevas infraestructuras mediante inversión privada, las APP son un medio importante para responder a las necesidades nacionales en materia de infraestructura. Entre los elementos esenciales de las políticas nacionales cabe citar el nivel de competencia requerido para cada sector de la infraestructura, la forma en que está estructurado el sector y los mecanismos utilizados para velar por el funcionamiento adecuado de los mercados de infraestructuras o servicios públicos. Las políticas nacionales de fomento de la inversión privada en infraestructuras suelen estar acompañadas de medidas destinadas a introducir la competencia entre los proveedores de servicios públicos o a impedir el abuso de condiciones monopolísticas cuando la competencia no es factible.

26. Al idear programas destinados a promover la inversión del sector privado en el desarrollo y explotación de la infraestructura y los servicios públicos, varios países han estimado conveniente analizar los contextos en los que se establecieron los monopolios del sector público, incluidas las circunstancias históricas y las condiciones políticas que condujeron a su creación, con miras a:

a) determinar qué actividades conservan aún las características de un monopolio natural; y

b) evaluar la viabilidad y la conveniencia de abrir a la competencia determinados sectores de la infraestructura.

## 1. Política sobre inversión privada e infraestructura

27. Las medidas que puedan ser necesarias para aplicar una política oficial orientada a promover la competencia en diversos sectores de la infraestructura dependerán esencialmente de la estructura del mercado. Los principales elementos que caracterizan a una estructura de mercado determinada son las barreras a la entrada de competidores de carácter económico, jurídico, técnico o de otra índole; el grado de integración vertical u horizontal; el número de empresas que operan en el mercado, y la disponibilidad de productos o servicios sustitutivos.

### a) Política de competencia y monopolios

28. El término “monopolio” en sentido estricto se refiere a un mercado con un solo proveedor. Sin embargo, el monopolio puro y la competencia perfecta son dos extremos de un espectro. La mayoría de los mercados de productos básicos o servicios se caracterizan por un grado de competencia que se encuentra entre esos dos extremos. En general, los monopolios pueden clasificarse como monopolios naturales, monopolios legales y monopolios de hecho; cada uno de ellos puede requerir un enfoque normativo diferente:

a) *Monopolios naturales*. Son actividades económicas que permiten a un solo proveedor abastecer a la totalidad del mercado a un costo inferior al de dos o más proveedores. Esta situación es típica de actividades económicas que entrañan grandes inversiones y costos fijos elevados, pero costos de producción decrecientes por cada unidad de servicios adicional (por ejemplo, un metro cúbico de agua) para atender un aumento de la demanda. Los monopolios naturales suelen requerir grandes cantidades de inversión fija inicial que hacen difícil que una nueva empresa, que no cuente con economías de escala comparables, pueda entrar al mercado y ofrecer precios inferiores a los de la empresa ya establecida;

b) *Monopolios legales*. Los monopolios legales se establecen por ley en sectores o actividades que pueden ser o no ser monopolios naturales. Los monopolios de esta última categoría existen únicamente porque se prohíbe la competencia. Las razones que han llevado a muchos países a establecer monopolios legales se han basado generalmente en la consideración de que no es posible atender adecuadamente las necesidades nacionales en materia de infraestructura, tanto en términos de calidad como de cantidad, si se deja la infraestructura al arbitrio del mercado libre;

c) *Monopolios de hecho*. Los monopolios de este tipo no son necesariamente producto de principios económicos básicos o de disposiciones legales, sino que simplemente pueden deberse a la ausencia de competencia, atribuible, por ejemplo, a la naturaleza integrada de la empresa de infraestructura y a su capacidad para controlar las instalaciones físicas esenciales con exclusión de otros proveedores.

29. Los monopolios, aunque a veces se justifican por motivos jurídicos, políticos o sociales, pueden producir efectos económicos negativos. Un proveedor de servicios que opera en condiciones de monopolio normalmente podrá fijar precios superiores a los que cobraría en condiciones competitivas. El exceso de beneficios que se deriva de la ausencia de competencia implica una transferencia de riqueza de los consumidores a los productores. Se ha determinado también que los monopolios causan pérdidas netas a la economía en materia de bienestar social porque generan precios inflados a consecuencia de una producción artificialmente baja, una tasa de innovación reducida y esfuerzos insuficientes para reducir los costos de producción. Por otra parte, en particular en los sectores de la infraestructura, puede haber efectos secundarios en otros mercados. (Por ejemplo, la falta de competencia y eficiencia en el sector de las telecomunicaciones tiene repercusiones negativas que se traducen en un aumento de los costos para la economía en general.)

30. A pesar de sus efectos económicos negativos, los monopolios y otras barreras regulatorias a la competencia se han mantenido a veces cuando no se daban las condiciones necesarias para la existencia de un monopolio natural. Una de las razones aducidas para conservar los monopolios es que estos pueden utilizarse para promover determinados objetivos de política, como garantizar la prestación de servicios a ciertas regiones o a determinadas categorías de consumidores, a precios bajos o incluso inferiores al precio de costo. Entre los ejemplos de servicios cuyo precio tal vez no cubra los costos se cuentan los servicios vitales de telefonía, agua potable o electricidad, el transporte con descuento para ciertas categorías de viajeros (por ejemplo, escolares o personas de edad avanzada), así como otros servicios para usuarios rurales o de bajos ingresos. Un proveedor de servicios monopolísticos logra financiar la prestación de esos servicios mediante “subvenciones cruzadas” internas procedentes de otros servicios rentables prestados en otras regiones o a otras categorías de consumidores.

31. Otra razón citada a veces para conservar los monopolios legales en ausencia de condiciones para la existencia de monopolios naturales es la de hacer que el sector resulte más atractivo para los inversionistas privados. Los operadores privados pueden insistir en que se les concedan derechos exclusivos para prestar un servicio determinado a fin de reducir el riesgo comercial de su inversión. Sin embargo, tiene que haber un equilibrio entre ese objetivo y los intereses de los consumidores y la economía en su conjunto. En aquellos países en que se estime necesario conceder derechos exclusivos como incentivo para la inversión privada, tal vez sea aconsejable limitar la competencia, aunque solo en forma temporal (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 19 y 20).

#### **b) Margen para la competencia en diferentes sectores**

32. Hasta hace poco, en la mayoría de los sectores de la infraestructura prevalecían las condiciones de monopolio, ya fuera porque el sector era un monopolio natural o porque los obstáculos regulatorios u otras barreras para acceder al mercado u operar en él (por ejemplo, una estructura de integración vertical de los proveedores de servicios públicos) impedían una competencia efectiva. Sin embargo, algunos factores, como los avances tecnológicos y la innovación, la creciente necesidad de financiación de las infraestructuras, los limitados ingresos públicos y la necesidad de desarrollar y explotar las infraestructuras públicas con mayor eficiencia, han ampliado el posible margen para la competencia en los sectores de la infraestructura, lo que ha llevado a los legisladores y reguladores de la mayoría de los países a promover la competencia en varios de esos sectores mediante la aprobación de una legislación que prevé la abolición de los monopolios y otros obstáculos a la competencia, cambia la forma en que están organizados los sectores de la infraestructura y establece un marco regulatorio que fomenta una competencia efectiva. El sector de actividad, el tamaño del mercado y otros factores determinan en qué medida es posible una competencia significativa.

## **2. Reestructuración de los sectores de la infraestructura**

33. En muchos países, la participación del sector privado en el desarrollo de la infraestructura ha seguido a la introducción de medidas de reestructuración de sectores de la infraestructura. Las medidas legislativas se inician generalmente con la derogación de las normas que prohíben la participación del sector privado en la infraestructura y la eliminación de los demás obstáculos legales a la competencia que no puedan justificarse por razones de interés público. Sin embargo, cabe observar que la medida en que un sector determinado puede abrirse a la competencia es una decisión que se toma a la luz de la política económica general del país. Algunos países, en particular los países en desarrollo, pueden tener un interés legítimo en promover el desarrollo de algunos sectores de la industria local y decidir, por lo tanto, no abrir determinados sectores de la infraestructura a la competencia.

34. En las situaciones de monopolio resultantes de prohibiciones legales más que de principios económicos y tecnológicos básicos, la principal medida legislativa necesaria para introducir la competencia es la eliminación de los obstáculos legales existentes. Puede ser necesario reforzar esa medida estableciendo reglas sobre competencia (como

la prohibición de la colusión, los cárteles, la fijación de precios predatorios u otras prácticas comerciales desleales) y la supervisión regulatoria (véase el cap. I, “Marco jurídico e institucional general”, párrs. 37 a 57). En algunas actividades, sin embargo, tal vez no pueda lograrse una competencia efectiva mediante la simple eliminación de los obstáculos legislativos sin adoptar medidas legislativas destinadas a reestructurar el sector de que se trate. En algunos países, los monopolios se han mantenido solo durante el tiempo necesario para facilitar una transición gradual, más ordenada y socialmente aceptable de una estructura de mercado monopolística a una estructura de mercado competitiva.

**a) Desagregación de los sectores de la infraestructura**

35. La integración vertical u horizontal<sup>3</sup> de los agentes del mercado, como las empresas del sector de la infraestructura, pueden reducir notablemente la competencia en un mercado. Las empresas integradas pueden abusar de su posición en el mercado expulsando a los competidores del mercado o excluyendo de él a otras empresas. Los efectos anticompetitivos de esa situación se agravan con la presencia de elementos monopolísticos en algunos servicios de infraestructura, como la existencia de una única infraestructura ferroviaria o viaria. No obstante, al mismo tiempo, la integración también puede mejorar la eficiencia, de modo que puede fomentar la competencia. Así pues, suele ser necesario hacer un análisis económico en cada caso para determinar si un determinado tipo o nivel de integración es, en conjunto, favorable o perjudicial para la competencia. En cualquier caso, dada la dificultad para que determinados tipos de infraestructura permitan la competencia, en algunos países se ha estimado necesario separar el elemento monopolístico (por ejemplo, la red eléctrica utilizada para suministrar la electricidad) de los elementos competitivos en determinados sectores de la infraestructura (por ejemplo, la producción energética).

36. Sin embargo, los costos y beneficios de esos cambios deben examinarse cuidadosamente. Los costos pueden incluir los relacionados con el cambio en sí (por ejemplo, costos de transacción y de transición, incluidas las pérdidas sufridas por las empresas que pierden beneficios o posiciones protegidas como consecuencia del nuevo sistema) y los resultantes del funcionamiento del nuevo sistema, en particular los costos de coordinación más altos dimanantes, por ejemplo, de la planificación de una red más compleja, la normalización técnica o la reglamentación. Los beneficios, por otra parte, pueden incluir nuevas inversiones, servicios nuevos o mejores, más posibilidades de elección y costos económicos más bajos.

**b) Experiencia reciente en los principales sectores de la infraestructura**

*i) Electricidad*

37. Recientemente se han promulgado en varios países leyes de electricidad que requieren la desagregación del sector eléctrico mediante la separación de las actividades de generación, transmisión y distribución. En algunos casos el suministro se distingue además de la distribución, a fin de dejar solo la actividad monopolística (el transporte de electricidad de uso público por cable) en régimen de monopolio. En esos países, las empresas de transmisión y distribución no compran ni venden electricidad, sino que solo la transportan a una tarifa regulada. El comercio de electricidad se produce entre los productores o intermediarios, por una parte, y los usuarios, por la otra. En algunos de esos países, la competencia se limita a los grandes usuarios o se está introduciendo gradualmente.

---

<sup>3</sup> La integración vertical es el control común de dos empresas que se encuentran en diferentes niveles de la cadena de producción (por ejemplo, un fabricante de equipo eléctrico y una empresa que realiza labores de ingeniería e instala redes eléctricas). La integración horizontal es la fusión de empresas que operan en el mismo nivel de la cadena de producción, como dos empresas de transporte.

38. En los casos en que los países han optado por abrir a la competencia los sectores de la electricidad y el gas, la nueva legislación aprobada ha organizado la nueva estructura del mercado y ha establecido la medida en que este se ha de desagregar (lo que a veces incluye el número de proveedores de servicios públicos que se deben crear a partir del monopolio existente) o ha eliminado los obstáculos a la entrada de nuevos proveedores. Las mismas leyes de energía han establecido también normas específicas sobre competencia, ya sea estructurales (por ejemplo, la prohibición de la propiedad cruzada entre empresas pertenecientes a diferentes segmentos del mercado, como las empresas de producción, transmisión y distribución, o de venta y distribución de gas y electricidad) o de comportamiento (por ejemplo, normas sobre el acceso de terceros o sobre la prohibición de alianzas o de otros acuerdos colusorios). Para lograr que funcionen los nuevos mercados de la energía, se han establecido nuevas instituciones y mecanismos reguladores, como fondos comunes de energía, mecanismos de despacho u organismos reguladores de la energía. Por último, junto con esos cambios, ha sido necesario modificar otros aspectos de las leyes y políticas de energía, incluidas las normas que rigen los mercados del petróleo, el gas, el carbón y otras fuentes de energía.

ii) *Agua y saneamiento*

39. La reforma de la estructura del mercado que se ha introducido más comúnmente en el sector del agua y el saneamiento es la desagregación horizontal. Algunos países han creado varios servicios de abastecimiento de agua donde anteriormente existía uno solo. Esto es una práctica particularmente común, aunque no exclusiva, de los países con redes separadas que no están interconectadas o lo están solo escasamente. En la práctica, se ha comprobado que la desagregación horizontal facilita la comparación del desempeño de los proveedores de servicios.

40. Algunos países han invitado a inversionistas privados a abastecer de agua a granel a un servicio público o a construir y explotar plantas de tratamiento o de desalinización del agua, por ejemplo. En el marco de esa desagregación vertical, los servicios privados (y las inversiones separadas que requieren) se suministran normalmente por contrato a una empresa de servicio público y no modifican fundamentalmente la naturaleza monopolística de la estructura del mercado, pues las plantas no suelen competir entre sí y, por lo común, no se les permite eludir al servicio público para abastecer a los clientes. Varios países han introducido la competencia en el suministro y transporte de agua a granel; en algunos casos, existen activos mercados de agua. En otras partes, la competencia se limita a la costosa agua embotellada o transportada en camiones y a los pozos privados.

iii) *Transporte*

41. En las medidas de reestructuración adoptadas en diversos países se hace una distinción entre infraestructuras de transporte y servicios de transporte. Las infraestructuras pueden tener a menudo características de monopolio natural, mientras que los servicios son generalmente competitivos. La competencia en los servicios de transporte debería considerarse no solo dentro de una sola modalidad, sino también entre las distintas modalidades, ya que trenes, camiones, autobuses, compañías aéreas y buques suelen competir por los pasajeros y la carga.

42. Con respecto a los ferrocarriles, algunos países han optado por una separación entre la propiedad y la explotación de la infraestructura (por ejemplo, vías férreas, sistemas de señalización y estaciones ferroviarias), por una parte, y los servicios de transporte por ferrocarril (por ejemplo, pasajeros y carga), por la otra. En esos sistemas, la ley no permite que el explotador de la vía férrea explote también los servicios de transporte, cuya explotación está en manos de otras empresas, las cuales compiten con frecuencia entre sí. Otros países han permitido a empresas integradas explotar la infraestructura y los servicios, pero han hecho valer los derechos de acceso de terceros a la infraestructura, derechos que a veces se denominan “derechos de utilización de vía”. En esos casos, las empresas de transporte, ya se trate de otra compañía ferroviaria o de una empresa de servicios de transporte, tienen derecho de acceso a la vía férrea en

determinadas condiciones y la empresa que controla la vía tiene la obligación de permitir tal acceso.

43. En muchos países, los puertos se administraban hasta hace poco como monopolios del sector público. Al abrir el sector a la participación del sector privado, los legisladores han considerado diferentes modelos. Con arreglo al sistema de puerto arrendador, la autoridad portuaria se encarga de la infraestructura y de la coordinación general de las actividades portuarias; sin embargo, no presta servicios a los buques ni a las mercancías. Con arreglo al sistema de puerto de servicio, una misma entidad se encarga de la infraestructura y los servicios. Puede ser más fácil establecer y mantener la competencia entre los proveedores de servicios (por ejemplo, remolque, estiba y almacenamiento) en el sistema de puerto arrendador.

44. A veces es necesario modificar también la legislación que rige los aeropuertos, para permitir la inversión privada o la competencia entre aeropuertos o dentro de estos. También puede ser necesario examinar detenidamente las vinculaciones entre la explotación del aeropuerto y el control de tráfico aéreo. Dentro de los aeropuertos, muchos países han abierto a la competencia los servicios de asistencia en tierra, abastecimiento de comida y bebida y otros servicios prestados a los aviones, así como los servicios a los pasajeros, como tiendas al por menor, restaurantes y estacionamientos, entre otros. En algunos países se ha confiado a una nueva empresa explotadora la construcción y explotación de una nueva terminal de un aeropuerto existente, creando así una competencia entre terminales. En otros casos se han construido nuevos aeropuertos con arreglo a un proyecto de construcción-explotación-traspaso (CET) y se han traspasado los aeropuertos que ya existían a propietarios privados.

**c) Medidas de transición**

45. La transición de monopolio a mercado competitivo exige una gestión prudente. Algunos factores políticos, sociales o de otra índole han llevado a algunos países a adoptar un enfoque gradual y escalonado a este respecto. Debido a que la tecnología y otras fuerzas externas están en constante evolución, algunos países han adoptado reformas sectoriales que pueden acelerarse o ajustarse para tener en cuenta el cambio de circunstancias.

46. Algunos países han estimado que no se debe introducir la competencia de inmediato. En esos casos, la legislación ha previsto derechos de exclusividad temporales, la limitación del número de proveedores de servicios públicos u otras restricciones a la competencia. Esas medidas tienen por objeto dar al titular tiempo suficiente para prepararse para la competencia y ajustar sus precios y, al mismo tiempo, ofrecer al proveedor de servicios públicos incentivos adecuados para la inversión y la expansión de sus servicios. Otros países han adoptado disposiciones que requieren la revisión periódica de esas restricciones (en el momento de examinar los precios, por ejemplo), a fin de determinar si siguen existiendo las condiciones que las justificaban cuando se introdujeron.

47. Otra medida de transición, al menos en algunos países con proveedores de servicios públicos de titularidad estatal, ha sido la reestructuración o privatización del proveedor de los servicios. En la mayoría de los países en que se han privatizado las empresas estatales proveedoras de servicios públicos, la liberalización ha acompañado o precedido en general a las privatizaciones. Algunos países han actuado de otro modo y han privatizado empresas con derechos de exclusividad considerables, con frecuencia para aumentar los beneficios de la privatización. Sin embargo, les ha resultado difícil y a veces muy costoso eliminar, restringir o reducir en una etapa posterior los derechos exclusivos o monopolios que protegían a los proveedores privados o privatizados de servicios públicos.

### 3. Formas de participación del sector privado en proyectos de infraestructura

48. Las APP pueden adoptar diversas formas, que varían desde proyectos de infraestructura de propiedad y explotación públicas hasta proyectos plenamente privatizados. La idoneidad de una variante específica para un tipo dado de infraestructura o servicio es una cuestión que deberá considerar la administración pública teniendo en cuenta las necesidades nacionales de desarrollo de las infraestructuras y los servicios y una evaluación de las formas más eficientes de desarrollar y explotar determinados tipos de infraestructuras y servicios. En un sector determinado, puede utilizarse más de una opción.

#### a) Propiedad y explotación públicas

49. En los casos en que se considere conveniente la propiedad y el control públicos, se puede obtener financiación privada directa y la explotación de las infraestructuras y los servicios con arreglo a principios comerciales creando una entidad jurídica distinta controlada por la administración pública para que sea propietaria del proyecto y lo explote. Esa entidad puede administrarse como empresa comercial privada independiente, sometida a las mismas normas y principios comerciales que se aplican a las empresas privadas. Algunos países tienen una tradición bien asentada de explotación de infraestructuras mediante ese tipo de empresas. Abrir el capital de esas empresas a la inversión privada o utilizar la capacidad de esas empresas para emitir bonos u otros valores puede ofrecer una oportunidad para atraer la inversión privada en infraestructuras.

50. Otra forma de lograr la participación privada en las infraestructuras de propiedad y explotación públicas puede ser la negociación de “contratos de servicios”, en virtud de los cuales el explotador público contrata con el sector privado actividades concretas de explotación y mantenimiento. La administración pública puede encomendar también una amplia variedad de actividades de explotación y mantenimiento a una entidad privada que actúe en nombre de la autoridad contratante. En virtud de esa clase de acuerdo, denominado a veces “contrato de gestión”, la remuneración del explotador privado puede estar vinculada a su desempeño, generalmente mediante un mecanismo de participación en los beneficios, pero puede también basarse en el pago de una retribución fija, especialmente si las partes tienen dificultades para convenir en un mecanismo de evaluación del desempeño de la empresa explotadora aceptable para ambas.

#### b) Propiedad pública y explotación privada

51. Otra opción consiste en el traspaso de toda la explotación de las infraestructuras y los servicios públicos a entidades privadas. Una posibilidad es dar a la entidad privada, normalmente por cierto período, el derecho a utilizar una infraestructura determinada, prestar los servicios pertinentes y percibir los ingresos generados por esa actividad. La infraestructura puede existir ya o haber sido especialmente construida por la entidad privada de que se trate. Esa combinación de propiedad pública y explotación privada tiene las características esenciales de los acuerdos que en algunos ordenamientos jurídicos se denominan “concesiones de obras públicas” o “concesiones de servicios públicos”.

52. En otra forma de APP, la autoridad contratante selecciona a una entidad privada para que explote una infraestructura que ha sido construida por la administración pública o en su nombre, o cuya construcción se ha financiado con fondos públicos. En virtud de ese acuerdo, la empresa explotadora asume la obligación de explotar y mantener la infraestructura y se le concede el derecho a cobrar por los servicios que presta. En tal caso, la empresa explotadora asume la obligación de pagar a la autoridad contratante una parte de los ingresos generados por la infraestructura, que la autoridad contratante utilizará para amortizar los costos de construcción. Esos acuerdos se denominan en algunos ordenamientos jurídicos “arrendamientos financieros” o “*affermage*” (“contrato de aparcería”).

**c) Propiedad y explotación privadas**

53. Con arreglo al tercer enfoque, la entidad privada no solo explota la infraestructura, sino que es también propietaria de los bienes relacionados con ella. También en este caso puede haber diferencias sustanciales en la forma de tratar esos proyectos en la legislación nacional, por ejemplo, en cuanto a si la autoridad contratante conserva o no el derecho a reclamar la titularidad de la infraestructura o a asumir la responsabilidad de su explotación (véase también el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. 23 a 29).

54. Cuando una infraestructura se explota en virtud de una licencia pública, la propiedad privada de los bienes físicos (por ejemplo, una red de telecomunicaciones) con frecuencia puede separarse de la licencia para prestar servicios al público (por ejemplo, servicios de telefonía de larga distancia), en el sentido de que la licencia podrá ser retirada por la autoridad pública competente en determinadas circunstancias. Por lo tanto, la propiedad privada de la infraestructura en cuestión no entraña necesariamente un derecho indefinido a prestar el servicio.

55. También existen APP en las que se separa la gestión de la obra de infraestructura de la prestación de servicios al público. Esos tipos de APP se utilizan normalmente para la construcción, ampliación, reacondicionamiento o gestión de infraestructuras utilizadas en sectores no comerciales (es decir, no relacionados con el suministro remunerado de bienes y servicios al público), en relación con actividades públicas menos rentables. En esos acuerdos, la responsabilidad de la prestación del servicio público en sí no se delega en el socio privado, sino que sigue estando en manos de la autoridad contratante o de otra entidad pública. Como el socio privado no cobra una tasa o precio al público por el uso de la infraestructura, la única o principal fuente de remuneración proviene de la autoridad contratante u otra entidad pública.

**4. Estructuras y fuentes de financiación de los proyectos de infraestructura****a) El concepto de financiación en función del proyecto**

56. Los proyectos de participación público-privada a gran escala que implican la construcción de nuevas infraestructuras son ejecutados a menudo por sociedades nuevas constituidas expresamente con ese propósito por los promotores del proyecto. Esa entidad nueva, generalmente denominada “sociedad del proyecto”, pasa a ser el medio de recaudación de fondos para el proyecto. Debido a que la sociedad del proyecto carece de solvencia acreditada o de un balance establecido en el que los prestamistas puedan confiar, la modalidad de financiación preferida para el desarrollo de nuevas infraestructuras se denomina “financiación en función del proyecto”. En una operación de financiación en función del proyecto, se concederán créditos en la medida en que los prestamistas se conformen con recurrir principalmente al flujo de efectivo y a los ingresos del proyecto como fuentes de los fondos con los que se reembolsarán los préstamos solicitados por la sociedad del proyecto. O bien no hay más garantías, o bien las que existen cubren únicamente ciertos riesgos limitados. Por esa razón, los activos y los ingresos del proyecto, así como los derechos y las obligaciones que guardan relación con él, se estiman en forma independiente y se separan estrictamente de los activos de los accionistas de la sociedad del proyecto.

57. Se dice que la financiación en función del proyecto se caracteriza también por ser una financiación “sin recurso”, debido a que no cabe recurrir a los accionistas de la sociedad del proyecto. En la práctica, sin embargo, los prestamistas rara vez están dispuestos a comprometer las grandes sumas que necesitan los proyectos de infraestructura únicamente sobre la base de los flujos de efectivo o los activos previstos del proyecto. Los prestamistas pueden reducir su riesgo incorporando a los documentos del proyecto una serie de acuerdos de garantía secundaria o suplementaria y otros medios de respaldo crediticio aportados por los accionistas de la sociedad del proyecto, la administración pública, los compradores u otros terceros interesados. Esta modalidad se denomina comúnmente “financiación con recurso limitado”.

**b) Fuentes de financiación de los proyectos de infraestructura**

58. Las fuentes de financiación distintas de la financiación pública tradicional están desempeñando un papel cada vez más importante en el desarrollo de las infraestructuras. En los últimos años, las inversiones en nuevas infraestructuras de varios países han incluido proyectos cuyas fuentes de financiación han sido exclusiva o predominantemente privadas. Los dos tipos principales de financiación son la financiación mediante el endeudamiento, que consiste normalmente en préstamos obtenidos en los mercados comerciales, y la inversión en participaciones de capital. Sin embargo, hay otras fuentes de financiación.

*i) Capital social*

59. Son los propios promotores del proyecto u otros inversionistas individuales interesados en adquirir acciones de la sociedad del proyecto los que proporcionan en primer lugar el capital social de las APP. Sin embargo, ese capital generalmente representa solo una parte del costo total de un proyecto de infraestructura. A fin de obtener préstamos comerciales o tener acceso a otras fuentes de financiación para satisfacer las necesidades de capital del proyecto, los promotores de este y otros inversionistas individuales se ven obligados a ofrecer prioridad de pago a los prestamistas y otros proveedores de capital y aceptar, por lo tanto, que su propia inversión solo se pague una vez se haya reembolsado a esos otros proveedores de capital. Por consiguiente, los promotores de los proyectos son los que normalmente asumen el mayor riesgo financiero. Al mismo tiempo, son los que obtendrán la mayor proporción de los beneficios del proyecto una vez pagada la inversión inicial. Tanto los prestamistas como la administración pública suelen ver con agrado que los promotores del proyecto inviertan fuertes sumas en capital social, ya que esos fondos ayudarán a reducir la carga del servicio de la deuda sobre el flujo de efectivo de la sociedad del proyecto y servirán de garantía del compromiso de esas empresas con el proyecto.

*ii) Préstamos comerciales*

60. El capital obtenido en préstamo suele representar la principal fuente de financiación de las APP. Los mercados financieros proporcionan ese tipo de capital fundamentalmente por medio de préstamos concedidos a la sociedad del proyecto por bancos comerciales nacionales o extranjeros, que normalmente utilizan fondos procedentes de depósitos a corto y medio plazo remunerados por esos bancos a tasas de interés variables. En consecuencia, los préstamos concedidos por los bancos comerciales suelen estar sujetos a tasas de interés de ese tipo y, por lo general, tienen un plazo de vencimiento más corto que el período del proyecto. Sin embargo, si resulta viable y económico, teniendo en cuenta las condiciones de los mercados financieros, los bancos pueden preferir reunir y prestar fondos a medio y largo plazo a tasas de interés fijas, a fin de evitar exponerse a sí mismos y a la sociedad del proyecto a las fluctuaciones de las tasas de interés durante un largo período y, al mismo tiempo, reducir la necesidad de efectuar operaciones de cobertura de riesgos. Generalmente, los prestamistas otorgan préstamos comerciales a condición de que el pago de esos préstamos tenga prelación sobre el pago de cualquier otra obligación del prestatario. Por lo tanto, se considera que los préstamos comerciales son préstamos “no subordinados” o “privilegiados”.

*iii) Deuda “subordinada”*

61. El tercer tipo de financiación utilizado normalmente para esos proyectos son los préstamos “subordinados”, llamados también a veces capital “intermedio”. Esos préstamos tienen precedencia sobre el capital social dentro del orden de prelación de los pagos, pero están subordinados a los préstamos privilegiados. Esa subordinación puede ser general (es decir, de rango generalmente inferior al de cualquier crédito privilegiado) o específica, en cuyo caso en los acuerdos de préstamo se indica expresamente el tipo de deuda a la que están subordinados. Los préstamos subordinados suelen concederse a tasas fijas, normalmente superiores a las de los créditos privilegiados. Como instrumento adicional para atraer ese capital, o a veces como alternativa a la fijación de

tasas de interés más altas, se puede ofrecer a los que conceden préstamos subordinados la posibilidad de participar directamente en las ganancias de capital, mediante la emisión de acciones u obligaciones preferentes o convertibles, que a veces dan opción a suscribir acciones de la sociedad del proyecto a precios preferenciales.

iv) *Inversionistas institucionales*

62. Además de los préstamos subordinados otorgados por los promotores del proyecto o por instituciones financieras públicas, se puede obtener deuda subordinada de empresas de financiación, fondos de inversión, compañías de seguros, planes de inversión colectiva (por ejemplo, fondos mutuos), fondos de pensiones y otros inversionistas denominados “institucionales”. Esas instituciones disponen normalmente de grandes sumas para inversiones a largo plazo y pueden constituir una importante fuente de capital adicional para las APP. Los principales motivos para que acepten el riesgo de facilitar capital para proyectos de participación público-privada son la perspectiva de remuneración y el interés en diversificar la inversión.

v) *Financiación de los mercados de capitales*

63. También se recurre a los mercados de capitales para financiar proyectos de participación público-privada. Se pueden recaudar fondos colocando acciones preferentes, bonos y otros títulos negociables en una bolsa de valores reconocida. Por lo general, la oferta pública de títulos negociables requiere la aprobación de los organismos reguladores y el cumplimiento de los requisitos establecidos por la jurisdicción que corresponda, como los requisitos relativos a la información que debe facilitarse en el folleto de emisión y, en algunas jurisdicciones, la inscripción previa en un registro. Los bonos y otros títulos negociables pueden no tener otra garantía que el crédito general de la entidad emisora o pueden estar garantizados por una hipoteca u otro gravamen sobre un bien determinado.

64. Las empresas de servicios públicos existentes con un historial comercial establecido suelen tener mayor acceso a los mercados de capitales que las empresas especialmente constituidas para construir y explotar una infraestructura nueva, que carecen de la calificación crediticia requerida. De hecho, varias bolsas de valores exigen que la sociedad emisora tenga un historial establecido durante un período mínimo antes de que se le permita emitir títulos negociables.

vi) *Financiación por instituciones financieras islámicas*

65. Otro grupo de posibles proveedores de capital son las instituciones financieras islámicas. Esas instituciones operan conforme a normas y prácticas derivadas de la tradición jurídica islámica. Uno de los aspectos más destacados de las actividades bancarias realizadas conforme a esas normas es la ausencia de pago de intereses o la imposición de límites estrictos al derecho a cobrar intereses y, por consiguiente, el establecimiento de otras formas de compensación por el dinero prestado, como la participación en los beneficios o la participación directa de las instituciones financieras en los resultados de las operaciones de sus clientes. Como consecuencia de esas modalidades de funcionamiento, las instituciones financieras islámicas pueden mostrarse más dispuestas que otros bancos comerciales a considerar la posibilidad de participar directa o indirectamente en el capital social de un proyecto.

vii) *Financiación por instituciones financieras internacionales*

66. Las instituciones financieras internacionales también pueden desempeñar un papel importante como proveedores de préstamos, garantías o capital social a las APP. Varios proyectos han sido cofinanciados por el Banco Mundial, la Corporación Financiera Internacional o los bancos regionales de desarrollo, que promueven vigorosamente las APP como forma de llevar a cabo esos proyectos.

67. Las instituciones financieras internacionales también pueden desempeñar un papel fundamental en la formación de “consorcios” para la concesión de préstamos al proyecto. Algunas de esas instituciones tienen programas especiales de préstamos en

virtud de los cuales pasan a ser el único “prestamista oficial” de un proyecto, y actúan por cuenta propia o por cuenta de los bancos participantes y asumen la responsabilidad de tramitar los desembolsos de los participantes y de recaudar y distribuir posteriormente los pagos del préstamo recibidos del prestatario, ya sea en virtud de acuerdos expresos o sobre la base de otros derechos inherentes a su condición de acreedor privilegiado. Algunas instituciones financieras internacionales pueden proporcionar también capital social o capital intermedio, invirtiendo en fondos de los mercados de capitales especializados en valores emitidos por empresas de explotación de infraestructuras. Por último, las instituciones financieras internacionales pueden ofrecer garantías frente a diversos riesgos políticos, lo que puede facilitar a la sociedad del proyecto la tarea de recaudar fondos en el mercado financiero internacional (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 84 a 94).

viii) *Respaldo de los organismos de crédito a la exportación y de promoción de inversiones*

68. Los organismos de crédito a la exportación y de promoción de inversiones pueden respaldar el proyecto mediante préstamos, garantías o una combinación de ambas cosas. La participación de esos organismos puede presentar una serie de ventajas, como tasas de interés inferiores a las aplicadas por los bancos comerciales y préstamos a más largo plazo, a veces a tasas de interés fijas (véase el cap. II, “Planificación y preparación de los proyectos”, párrs. 95 a 97).

ix) *Financiación pública y privada combinadas*

69. Además de los préstamos y garantías concedidos por bancos comerciales y por instituciones financieras públicas nacionales o multilaterales, en algunos casos se han combinado fondos públicos con capital privado para financiar proyectos de participación público-privada. Esos fondos públicos pueden provenir de ingresos públicos o de deuda soberana. Pueden combinarse con fondos privados como inversión inicial o como pagos a largo plazo, o adoptar la forma de subsidios o garantías oficiales. Los proyectos de infraestructura pueden ser copatrocinados por la administración pública, a través de la participación de esta en el capital social de la sociedad del proyecto, reduciendo así la cuantía de capital social y de capital tomado en empréstito que habrá de obtenerse de fuentes privadas (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 54 a 83).

## 5. Principales partes involucradas en la ejecución de proyectos de infraestructura

70. Las partes en un proyecto de participación público-privada pueden variar considerablemente, en función del sector de que se trate, la modalidad de participación del sector privado y los acuerdos que se suscriban para financiar el proyecto. En los párrafos que siguen se describen las partes principales que intervienen en la ejecución de un proyecto típico de participación público-privada que implica la construcción de infraestructuras nuevas y que se lleva a cabo con arreglo a la modalidad de “financiación en función del proyecto”.

### a) Autoridad contratante y otras autoridades públicas

71. En la ejecución de una APP suelen intervenir varias autoridades públicas del país anfitrión, a nivel nacional, provincial o local. La autoridad contratante es el principal órgano encargado del proyecto dentro de la administración pública. Además, la ejecución del proyecto puede requerir la participación activa (por ejemplo, para expedir licencias o permisos) de otras autoridades distintas de la autoridad contratante, situadas en el mismo nivel o en niveles diferentes de la administración pública. Esas autoridades desempeñan una función esencial en la ejecución de las APP.

72. La autoridad contratante u otra autoridad pública suele definir el proyecto con arreglo a sus propias políticas de desarrollo de infraestructuras en el sector de que se trate y determina el tipo de participación del sector privado que permitiría explotar con más eficiencia la infraestructura en cuestión (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 5 a 18). A partir de ese momento, la autoridad contratante dirige el proceso que culmina en la adjudicación del contrato al socio

privado seleccionado (véase el cap. III, “Adjudicación del contrato”, párrs. 12 a 18). Además, durante todo el ciclo del proyecto, la administración pública tal vez tenga que prestar diversas formas de apoyo —legislativo, administrativo, reglamentario y a veces financiero— a fin de que la infraestructura se construya satisfactoriamente y se explote en forma adecuada (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...). Por último, en algunos proyectos la administración pública puede pasar a ser el propietario definitivo de la infraestructura.

**b) La sociedad del proyecto y los promotores del proyecto**

73. Las APP suelen ser ejecutadas por una empresa conjunta que comprende empresas de construcción e ingeniería y proveedores de equipo pesado interesados en pasar a ser los principales contratistas o proveedores del proyecto. En la presente *Guía* las empresas que participan en esa empresa conjunta se denominan “promotores” del proyecto. Esas empresas tendrán una participación intensiva en el desarrollo del proyecto durante su fase inicial, y su capacidad de cooperar entre sí y lograr la participación de otros socios fiables será esencial para la conclusión de la obra en plazo y en forma. Además, la participación de una empresa con experiencia en la explotación del tipo de infraestructura que se construirá es un factor importante para la viabilidad a largo plazo del proyecto. Cuando los promotores establecen una entidad jurídica independiente, como sucede en la mayoría de los proyectos (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...), pueden participar también en el proyecto otros inversionistas en el capital social (generalmente inversionistas institucionales, bancos de inversiones, instituciones de crédito bilaterales o multilaterales, y a veces la administración pública o una empresa pública) que no colaboran en alguna otra forma en él. La administración pública alienta en ocasiones la participación de inversionistas locales cuando se requiere que la sociedad del proyecto se constituya con arreglo a las leyes del país anfitrión (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...).

**c) Prestamistas**

74. Los riesgos a que están expuestos los prestamistas cuando se trata de financiación en función del proyecto, tanto si es financiación sin recurso como si es financiación con recurso limitado, son considerablemente superiores a los riesgos de las operaciones convencionales. Ello es aún más cierto cuando el valor de garantía de los bienes físicos de que se trata (por ejemplo, una carretera, un puente o un túnel) es difícilmente realizable, porque no hay un “mercado” en el que esos bienes puedan venderse fácilmente, o supone un obstáculo para la recuperación o readquisición de dichos bienes. Esa circunstancia afecta no solo a las condiciones en que se conceden los préstamos (por ejemplo, el costo normalmente más alto de la financiación en función del proyecto y las numerosas condiciones para la financiación), sino también a la disponibilidad de fondos, una cuestión práctica.

75. Debido a la magnitud de la inversión necesaria para un proyecto de participación público-privada, generalmente los préstamos se organizan en forma de préstamos “sindicados”, en los que uno o varios bancos asumen la dirección de la negociación de la documentación financiera en nombre de las demás instituciones financieras participantes, principalmente bancos comerciales. Normalmente, los bancos comerciales que se especializan en préstamos a determinados sectores no están dispuestos a asumir riesgos que no conocen (en el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 21 a 43, figura un análisis de los riesgos del proyecto y la asignación de riesgos). Por ejemplo, a los prestamistas a largo plazo tal vez no les interese conceder préstamos a corto plazo para financiar la construcción de infraestructuras. Por lo tanto, cuando se trata de proyectos a gran escala generalmente participan diferentes prestamistas en las distintas fases del proyecto. A fin de evitar las controversias que pudieran derivarse de la adopción de medidas contradictorias por los distintos prestamistas o las controversias entre los prestamistas por el pago de sus préstamos, los prestamistas que conceden préstamos para proyectos de envergadura a veces lo hacen con arreglo a un acuerdo de préstamo común. Cuando se conceden diversos créditos con arreglo a distintos acuerdos de préstamo, los prestamistas

habitualmente negocian lo que se denomina un “acuerdo entre acreedores”. Por lo general, el acuerdo entre acreedores contiene disposiciones que tratan de cuestiones como el desembolso de los pagos, a prorrata o con arreglo a un orden de prelación; las condiciones necesarias para declarar que ha habido incumplimiento y acelerar el vencimiento de los créditos, y la coordinación de la ejecución de las garantías otorgadas por la sociedad del proyecto. Este importante tema de los derechos otorgados al prestamista se examina también en el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, sección E (garantías reales), subsección 2 (garantías reales sobre activos intangibles), y en el cap. VII, “Otros ámbitos del derecho”, sección B, subsección 3.

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

76. Las instituciones financieras internacionales y los organismos de crédito a la exportación y de promoción de la inversión tienen problemas generalmente del mismo orden que los demás prestamistas del proyecto. Además, están especialmente interesados en que la ejecución del proyecto y su explotación no sean contrarias a determinados objetivos de política de esas instituciones y organismos. Las instituciones financieras internacionales están dando cada vez más importancia a las repercusiones ambientales de los proyectos de infraestructura y a su sostenibilidad a largo plazo. Los métodos y procedimientos aplicados para seleccionar al socio privado también serán examinados detenidamente por las instituciones financieras internacionales que concedan préstamos al proyecto. Muchas instituciones financieras mundiales y regionales y organismos nacionales de financiación del desarrollo han establecido directrices u otros requisitos que rigen la contratación pública con fondos facilitados por ellos, lo que se refleja normalmente en sus acuerdos de préstamo modelo (véase también el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. ..., y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública).

**e) Aseguradores**

77. Por lo general, un proyecto de infraestructura requerirá que se suscriban un seguro de daños que cubra la planta y el equipo, un seguro de responsabilidad civil y un seguro de accidentes laborales. Otros tipos de seguros son el seguro de interrupción de la actividad, el seguro de interrupción de los flujos de efectivo y el seguro de sobrecostos (véase el cap. IV, “Implementación de las APP; marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...). Normalmente, pueden contratarse esos tipos de seguro en los mercados comerciales, aunque tal vez sea difícil obtener seguros comerciales respecto de ciertos acontecimientos extraordinarios que escapan al control de las partes (por ejemplo, guerras, revueltas, vandalismo, terremotos o huracanes). El mercado de los seguros privados desempeña un papel cada vez más importante en la cobertura de determinados tipos de riesgos políticos, como la denuncia de contrato, el incumplimiento por una autoridad pública de sus obligaciones contractuales o la exigencia injusta de garantías independientes. En algunos países, los aseguradores ofrecen pólizas de seguro globales con el fin de evitar que ciertos riesgos no queden cubiertos debido a discrepancias entre las distintas pólizas de seguro. Además de los aseguradores privados, ciertas instituciones financieras internacionales como el Banco Mundial, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones y la Corporación Financiera Internacional, los bancos regionales de desarrollo o los organismos de crédito a la exportación y de promoción de inversiones pueden ofrecer garantías frente a los riesgos políticos (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 84 a 96).

**f) Expertos y asesores independientes**

78. Los expertos y asesores independientes desempeñan un papel importante en diversas etapas de las APP. Las empresas con experiencia suelen complementar sus propios conocimientos técnicos contratando los servicios de expertos y asesores externos, como expertos financieros, asesores jurídicos internacionales o firmas de arquitectos o ingenieros consultores. Los bancos mercantiles y de inversión actúan a

menudo como asesores de los promotores de proyectos para los acuerdos de financiación y la formulación del proyecto que se ha de ejecutar, actividad que, aunque esencial para la financiación del proyecto, es muy distinta de la financiación en sí. Los expertos independientes pueden asesorar a los prestamistas del proyecto, por ejemplo, evaluando los riesgos de este en el país anfitrión de que se trate. También pueden prestar asistencia a las autoridades públicas en la preparación de estrategias de desarrollo para determinados sectores de la infraestructura y en la formulación de un marco legal y reglamentario adecuado. Además, los expertos y asesores independientes pueden prestar asistencia a la autoridad contratante en la preparación de estudios de viabilidad y otros estudios preliminares, en la formulación de solicitudes de propuestas o de modelos de condiciones y especificaciones contractuales, en la evaluación y comparación de las propuestas o en la negociación del contrato de participación público-privada.

79. Además de las entidades privadas, varias organizaciones intergubernamentales (por ejemplo, la ONUDI y las comisiones regionales del Consejo Económico y Social) e instituciones financieras internacionales (por ejemplo, el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo) tienen programas especiales que les permiten prestar ese tipo de asistencia técnica directamente a la administración pública o ayudar a esta a encontrar asesores calificados.

---