



Asamblea General

Distr. general
19 de febrero de 2018
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

51^{er} período de sesiones

Nueva York, 25 de junio a 13 de julio de 2018

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>
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 infraestructura	9
3. Formas de participación del sector privado en proyectos de infraestructura	12
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 alianzas público-privadas*

A. Introducción

1. La función de los sectores público y privado en el desarrollo de la infraestructura 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 importantes obras de infraestructura.

2. Sin embargo, durante la mayor parte del siglo XX, la tendencia mundial se orientó hacia la explotación pública de los servicios de infraestructura y otros servicios. 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 del Estado. El grado de apertura de la economía mundial también se retrajo durante ese período. La explotación del sector de infraestructura siguió estando en manos de empresas privadas solo en un número relativamente reducido de países, generalmente 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 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 materia de participación y competitividad del sector privado en el sector 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 los que se realizaban.

4. El objetivo de la presente *Guía* es ayudar a la creación o la adaptación de un marco jurídico favorable a la inversión privada en infraestructura y servicios públicos mediante alianzas público-privadas (“APP”). 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. Entre esas cuestiones de interés público se cuentan, por ejemplo, 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, seguridad y calidad; la equidad de los precios cobrados al público; el trato no discriminatorio de los

* 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 la que lleva por título *Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate Transfer (BOT) Projects*, preparada por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (publicación de la ONUDI, núm. de venta: UNIDO. 95.6.E) la *Public-Private Partnerships Reference Guide* — versión 3, preparada por el Banco Mundial y sus asociados (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial, 2017), la Recomendación del Consejo sobre los Principios de Gobernanza Pública de Asociaciones Público-Privadas, OCDE, mayo de 2012.

clientes o usuarios; la divulgación de información completa sobre la explotación de las obras de infraestructura; la flexibilidad necesaria para responder a los cambios de las condiciones, entre ellas, 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. Las cuestiones que preocupan fundamentalmente al sector privado, a su vez, son, en general, la estabilidad del entorno económico y jurídico del país receptor; la transparencia de las leyes y reglamentos y la previsibilidad e imparcialidad de su aplicación; la exigibilidad de los derechos de propiedad, y las seguridades 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 a 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 legislativo y recomendaciones en forma de notas en las que se presenta un análisis de las principales cuestiones financieras, reglamentarias, legales, de política general 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 mejorar la comprensión de aquellas.

7. En las disposiciones modelo se tratan cuestiones que deberían abordarse en leyes que se refieren 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 con éxito de las APP normalmente requiere diversas medidas que van más allá del establecimiento de un marco legislativo apropiado, tales 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 es que la *Guía* sea utilizada como referencia por las autoridades y los órganos legislativos nacionales al preparar nuevas leyes o revisar la idoneidad de las existentes. Con ese fin, la *Guía* ayuda a determinar cuáles 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 reales, las normas y procedimientos en materia de adquisición forzosa de propiedad privada, el derecho contractual general, el régimen de los contratos públicos y 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 regulatorio 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 se tratan efectivamente 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 una obra o un sistema de infraestructura nuevos, o de rehabilitar,

modernizar, ampliar, mantener y explotar una obra o sistema de infraestructura que ya existe. Esas obras 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 a 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 la obra o sistema de infraestructura, o por los servicios o bienes que genera, así 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 agrupa a los contratos de participación público-privada con otras operaciones orientadas a la “privatización” de funciones o bienes públicos, la *Guía* no se ocupa de las operaciones de “privatización” que no guardan relación con el desarrollo y la explotación de infraestructura, obras 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 receptor.

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 la publicación titulada *Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate Transfer (BOT) Projects*, preparada por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI)¹.

a) “Infraestructura pública” y “servicios públicos”

11. En la presente *Guía*, por “infraestructura pública” se entenderá toda obra o 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 energía eléctrica (sector de electricidad); sistemas de comunicación telefónica locales y de larga distancia y redes de transmisión de datos (sector de 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 de transporte). El término “infraestructura” abarca también las instalaciones o sistemas —estén o no abiertos al público y sean o no accesibles a 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 establecer qué infraestructura desea que sea pública y qué infraestructura sea privada de conformidad con su política interna. En algunos países, por ejemplo, el Estado es dueño de los aeropuertos; en otros, estos son de propiedad privada, pero están sujetos a reglamentación o 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 infraestructura de energía eléctrica y telecomunicaciones está en manos de entidades

¹ Publicación de la ONUDI, núm. de venta UNIDO.95.6.E, en adelante *UNIDO BOT Guidelines*.

privadas, pero la distribución sigue estando a cargo del sector público. En la *Guía* no se expresa opinión alguna sobre qué criterio 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 varios otros países los servicios públicos, además de estar sujetos a reglamentación especial, no se consideran intrínsecamente distintos de otros tipos de actividades. 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) “Alianzas público-privadas”, “(APP)” y expresiones conexas

14. El término “alianza público-privada” (APP) se utiliza en la práctica para referirse a una gran variedad de arreglos contractuales o empresas conjuntas a través de las 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 infraestructura pública 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 “alianzas público-privadas 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 de infraestructura o instalación (diseño y construcción, renovación, ampliación, conservación o gestión, y toda otra contribución al respecto) o un sistema de servicios (información o telecomunicaciones, servicios al cliente), pero no proporciona servicios al público, y recibe pagos directamente de la autoridad contratante u otro organismo público (“alianzas público-privadas 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, la que luego transfiere, una vez terminada, a la autoridad contratante o a la entidad que esta designe. Esta modalidad se utiliza con más frecuencia para la construcción de una instalación que albergará 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 la instalación 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 APP como el “socio privado”. El acuerdo entre la autoridad contratante y el socio privado, en el que se establece el alcance y las condiciones del proyecto de APP 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 APP determinado.

c) “Concesión” y términos conexos

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 y en algunos ordenamientos jurídicos se emplean distintas expresiones para definir esos actos de autorización; pueden utilizarse diversas expresiones para significar distintos tipos de autorización. Entre los términos comúnmente empleados se cuentan “concesión”, “franquicia”, “licencia” o “arrendamiento” (“*affermage*”). En algunos ordenamientos jurídicos, en particular los de inspiración romanista, ciertos tipos de proyectos de infraestructura se clasifican en categorías bien definidas (tales 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 tener en algún 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 receptor. Otras expresiones que tal vez se empleen en algunos ordenamientos jurídicos para referirse a ciertas formas de acuerdo de participación público-privada, tales como “acuerdo de concesión” o “contrato de concesión”, no se utilizan en la presente *Guía*.

d) Referencias a autoridades nacionales

20. En el sentido utilizado en la *Guía*, la expresión “administración pública” comprende las diversas autoridades públicas del país receptor 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 de la rama ejecutiva de la administración pública, o relacionadas con esta. Las expresiones “poder legislativo” y “legislador” se utilizan concretamente en relación con los órganos que ejercen funciones legislativas en el país receptor.

21. La expresión “autoridad contratante” se emplea generalmente en la *Guía* para referirse a la autoridad pública del país receptor 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 de infraestructura pública determinado

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

23. Los diversos tipos de proyectos a que se hace referencia en la presente *Guía* como proyectos de las 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 trata, 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 obra o sistema de infraestructura y confiere a la entidad privada el derecho a mantenerlo o explotarlo comercialmente durante cierto período, finalizado el cual se transfiere la propiedad de la infraestructura 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 obra o sistema de infraestructura, la que pasa a ser de propiedad de la autoridad contratante inmediatamente después de

terminada, pero el socio privado conserva el derecho a mantener y explotar la infraestructura 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 obra de 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 obra de 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 obra 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 obra 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 la infraestructura, pueden utilizarse otras para destacar una o más de las obligaciones del socio privado. En algunos proyectos, las obras de infraestructura 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 obra de infraestructura, 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” (DCFE) para subrayar que el socio privado se encargará además de diseñar la obra y de financiar su construcción.

B. Información general sobre las APP

25. En la mayoría de los países que han construido nuevas obras de infraestructura mediante inversión privada, las APP son un medio importante para responder a las necesidades nacionales de infraestructura. Son elementos esenciales de las políticas nacionales el nivel de competencia requerido para cada sector de infraestructura, la forma en que está estructurado el sector y los mecanismos utilizados para velar por el funcionamiento adecuado de los mercados de infraestructura o servicios públicos. Las políticas nacionales de fomento de la inversión privada en infraestructura suelen estar acompañadas de medidas destinadas a introducir la competencia entre los proveedores de servicios públicos o a impedir el abuso de condiciones monopolísticas en que 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 supuestos en los que se basó el establecimiento de los monopolios del sector público, incluidas las circunstancias históricas y las condiciones que condujeron a su creación, con miras a:

a) Determinar cuáles 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 infraestructura dependerán esencialmente de la estructura existente del mercado. Los principales elementos que caracterizan a una estructura de mercado determinada son las barreras de carácter económico, jurídico, técnico o de otra índole a la entrada de competidores, 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 a 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 suficientemente a las necesidades 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 pueden no ser necesariamente producto de principios económicos básicos o de disposiciones legales, sino simplemente de 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. Aunque a veces se justifican por motivos jurídicos, políticos o sociales, los monopolios 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 infraestructura, se pueden producir 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 reglamentarias 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 de teléfono, agua potable o electricidad de supervivencia, el transporte con descuento para ciertas categorías de viajeros (por ejemplo, escolares o personas de edad), 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 los 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. xx).

b) Margen para la competencia en diferentes sectores

32. Hasta hace poco, en la mayoría de los sectores de infraestructura prevalecían las condiciones de monopolio, ya sea porque el sector era un monopolio natural o porque los obstáculos reglamentarios u otros factores (por ejemplo, una estructura de integración vertical de los proveedores de servicios públicos) impedían una competencia efectiva. Sin embargo, los rápidos avances tecnológicos y la innovación han ampliado el posible margen para la competencia en los sectores de 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 adopción de legislación que prevé la abolición de los monopolios y otros obstáculos a la competencia, cambia la forma en que están organizados los sectores de infraestructura y establece un marco regulatorio que promueve una competencia efectiva. La medida en que es posible una competencia significativa depende del sector de actividad, el tamaño del mercado y otros factores.

2. Reestructuración de los sectores de infraestructura

33. En muchos países, la participación privada en el desarrollo de la infraestructura ha seguido a la introducción de medidas de reestructuración de los sectores de infraestructura. Las medidas legislativas se inician generalmente con la derogación de las normas que prohíben la participación privada en la infraestructura y la eliminación de todos 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 su 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 confabulación, los cárteles, la fijación abusiva de precios u otras prácticas comerciales injustas) y la supervisión reglamentaria (véase el cap. I, “Marco jurídico e institucional general”, párrs. ...). En una serie de 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 infraestructura

35. La experiencia de algunos países ha demostrado que las empresas de infraestructura integradas vertical u horizontalmente pueden impedir una competencia eficaz. Las empresas integradas pueden tratar de extender su poder de monopolio en un mercado o segmento de mercado a otros, a fin de obtener ventajas de monopolio también en esas actividades. Por ello, algunos países han considerado necesario separar el elemento monopolista (como el soporte físico de muchas redes) de los elementos competitivos, en determinados sectores de infraestructura. En general, los servicios de infraestructura tienden a ser competitivos, mientras que la infraestructura física subyacente tiene a menudo características de monopolio.

36. La separación de las actividades competitivas de las monopolísticas puede requerir a su vez la desagregación de las actividades integradas vertical u horizontalmente. La desagregación vertical se produce cuando se separan las etapas iniciales de los procesos de producción de las posteriores; por ejemplo, la separación de las actividades de producción, de las actividades de transmisión, distribución y suministro en el sector de la energía. Normalmente el objetivo es separar los segmentos indisociables de la red o infraestructura de los competitivos. La desagregación horizontal se produce cuando una o más actividades paralelas de un proveedor monopolístico de servicios públicos están divididas entre empresas independientes, que pueden competir directamente entre sí en el mercado (como ocurre cada vez con más frecuencia con la producción de energía) o conservar un monopolio sobre un territorio más reducido (como puede ocurrir con la distribución de la energía). La desagregación horizontal se refiere tanto a una sola actividad o segmento que se divide (como en los ejemplos del sector de la energía) como a actividades sustitutivas que se organizan separadamente en uno o más mercados (por ejemplo, como en el caso de la separación de los servicios de telefonía celular de los de telefonía de línea fija).

37. 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 plan, 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 infraestructura

i) Electricidad

38. Recientemente se han promulgado en varios países leyes de electricidad que requieren la desagregación del sector de la energía, 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 sujeta a reglamentación. El comercio de electricidad se produce entre los productores o intermediarios, por una parte, y los usuarios, por la otra. En algunos de los países interesados, la competencia se limita a los grandes usuarios, o se está introduciendo gradualmente.

39. En los casos en que los países han optado por abrir a la competencia los sectores de la energía y el gas, las nuevas disposiciones legislativas adoptadas han organizado la nueva estructura del mercado, y establecido la medida en que el mercado 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 han 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, 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, prohibición de alianzas o de otros acuerdos colusorios). Para lograr que funcionen los nuevos mercados de 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, conjuntamente con esos cambios, ha sido necesario modificar otros aspectos de las leyes y políticas de energía, incluidas las normas que gobiernan los mercados del petróleo, el gas, el carbón y otras fuentes de energía.

ii) *Agua y saneamiento*

40. 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.

41. Algunos países han invitado a inversionistas privados a abastecer de agua a granel a un servicio público o a construir y explotar plantas de depuración 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*

42. En las medidas de reestructuración adoptadas en diversos países, se hace una distinción entre infraestructura de transporte y servicios de transporte. La primera puede 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 dentro de las distintas modalidades, ya que trenes, camiones, autobuses, compañías aéreas y buques suelen competir por los pasajeros y la carga.

43. 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, sea que 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.

44. En muchos países, los puertos se administraban hasta hace poco como monopolios del sector público. Al abrir el sector a la participación privada, 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. La competencia entre los proveedores de servicios (por ejemplo, remolque, estiba y almacenamiento) puede ser más fácil de establecer y mantener en el sistema de puerto arrendador.

45. Tal vez sea necesario modificar también la legislación que rige los aeropuertos, ya sea para permitir la inversión privada o bien 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 manipulación, comida y bebida y otros servicios prestados a los aviones, así como los servicios a los pasajeros, como tiendas al por menor, restaurantes, estacionamientos, y otros. En algunos países, la construcción y el funcionamiento de una nueva terminal en un aeropuerto existente se ha confiado a un nuevo explotador, creando así una competencia entre terminales. En otros casos, los nuevos aeropuertos se han construido con arreglo a un proyecto de construcción-explotación-traspaso (CET) y los existentes se han traspasado a propietarios privados.

c) Medidas de transición

46. La transición de monopolio a mercado competitivo exige una gestión prudente. 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.

47. Algunos países han estimado que la competencia no se debe introducir 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.

48. Otra medida de transición, al menos en algunos países con proveedores de servicios públicos de propiedad del Estado, ha sido la reestructuración o privatización del proveedor titular de los servicios. En la mayoría de los países en que los proveedores de servicios públicos de propiedad del Estado se han privatizado, 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

49. Las asociaciones público-privadas 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 la infraestructura y los servicios y una evaluación de las formas más eficaces de desarrollar y explotar

determinados tipos de instalaciones y servicios de infraestructura. En un sector determinado, puede utilizarse más de una opción.

a) Propiedad y explotación públicas

50. En los casos en que se considere conveniente la propiedad y el control públicos, se puede obtener financiación privada directa y la explotación de la infraestructura 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 obras de infraestructura mediante ese tipo de empresas. Abrir el capital de esas empresas a la inversión privada o utilizar la capacidad de una empresa de esa índole para emitir bonos u otros valores puede ofrecer una oportunidad para atraer la inversión privada en obras de infraestructura.

51. Otra forma de lograr la participación privada en la infraestructura 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 arreglo, 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 del explotador aceptable para ambas.

b) Propiedad pública y explotación privada

52. Otra opción consiste en el traspaso de toda la explotación de las instalaciones y servicios de infraestructura públicos a entidades privadas. Una posibilidad es dar a la entidad privada, normalmente por cierto período, el derecho a utilizar una instalación 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 arreglos que en algunos ordenamientos jurídicos se denominan “concesiones de obras públicas” o “concesiones de servicios públicos”.

53. Otra forma de alianza público-privada se da cuando la autoridad contratante selecciona a una entidad privada para que explote una instalación 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 arreglo, el explotador 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, el explotador asume la obligación de pagar a la autoridad contratante una parte de los ingresos generados por la infraestructura, los que la autoridad contratante utilizará para amortizar los costos de construcción. Esos arreglos se denominan en algunos ordenamientos jurídicos “arrendamientos” o “affermage” (aparcerías).

c) Propiedad y explotación privadas

54. Con arreglo al tercer enfoque, la entidad privada no solo explota las instalaciones, sino que es también propietaria de los bienes relacionados con ellas. 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).

55. Cuando las instalaciones se explotan 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 telefónicos 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 las instalaciones no entraña necesariamente un derecho indefinido a prestar el servicio.

56. También existen planes de APP que separan la gestión de las instalaciones de la prestación de servicios al público. Esos tipos de APP se utilizan normalmente para la construcción, ampliación, reacondicionamiento o gestión de instalaciones 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 un derecho o precio al público por el uso de las instalaciones, la única o la 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

57. Los proyectos de APP a gran escala que implican la construcción de nuevas obras de infraestructura son ejecutados a menudo por nuevas entidades sociales creadas expresamente con ese propósito por los promotores del proyecto. Esa nueva entidad social, 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 estado de situación establecido en el que los prestamistas puedan confiar, la modalidad de financiación preferida para el desarrollo de nueva infraestructura 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 fondos para el reembolso de los préstamos solicitados por la sociedad del proyecto. Otras garantías o bien no existen o cubren únicamente ciertos riesgos limitados. Por esa razón, los haberes 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 haberes de los accionistas de la sociedad del proyecto.

58. 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 bienes previstos del proyecto. Los prestamistas pueden reducir su riesgo incorporando a los documentos del proyecto una serie de arreglos de garantía secundaria o suplementaria y otros medios de respaldo crediticio aportados por los accionistas de la sociedad del proyecto o por la administración pública, los compradores u otros terceros interesados. Esta modalidad se denomina comúnmente “financiación con posibilidad de recurso limitado”.

b) Fuentes de financiación de los proyectos de infraestructura

59. Las fuentes de financiación distintas de la financiación pública tradicional están desempeñando un papel cada vez más importante en el desarrollo de infraestructura. En los últimos años, las nuevas inversiones en infraestructura de varios países han incluido proyectos con fuentes de financiación 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, las fuentes de financiación no se limitan a estas.

i) Capital social

60. 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. 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 después de efectuado el pago 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 esa sociedad con el proyecto.

ii) Préstamos comerciales

61. El capital obtenido en préstamo suele representar la principal fuente de financiación de las asociaciones público-privadas. Los mercados financieros proporcionan ese tipo de capital principalmente 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 mediano 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 mediano y largo plazo a tasas de interés fijas, a fin de evitar exponerse y exponer a la sociedad del proyecto durante un largo período a las fluctuaciones de las tasas de interés 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 cualquiera otra obligación del prestatario. Por lo tanto, se considera que los préstamos comerciales son préstamos “no subordinados” o “de rango superior”.

iii) Deuda “subordinada”

62. El tercer tipo de financiación utilizado normalmente para esos proyectos son los préstamos “subordinados”, llamados también a veces capital de “entrepiso”. Esos préstamos tienen precedencia sobre el capital social dentro del orden de prelación de los pagos, pero están subordinados a los préstamos de rango superior. 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

63. 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 APP son la perspectiva de remuneración y el interés en diversificar la inversión.

v) *Mercados de capitales*

64. También se recurre a los mercados de capitales para financiar proyectos de APP. 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

65. La posibilidad de acceso a los mercados de capitales suele ser mayor para los servicios públicos existentes con un historial comercial establecido que para las empresas especialmente creadas 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 algo de historial establecido durante un período mínimo antes de que se le permita emitir títulos negociables.

vi) *Financiación por instituciones financieras islámicas*

66. 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*

67. 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 por bancos regionales de desarrollo, que promueven vigorosamente las alianzas público-privadas como forma de llevar a cabo esos proyectos.

68. 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 en su propio nombre o por cuenta de los bancos participantes y asumen la responsabilidad de la tramitación de los desembolsos de los participantes, y de la posterior recaudación y distribución de 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 de “entrepiso”, invirtiendo en fondos de los mercados de capitales especializados en valores emitidos por empresas de explotación de infraestructura. Por último, las instituciones financieras internacionales pueden ofrecer garantías contra 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. ...).

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

69. 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 más bajas que las aplicadas por los bancos comerciales, y préstamos a plazo más largo, a veces a tasas de interés fijas (véase el cap. II, “Planificación y preparación de los proyectos”, párrs. ...).

ix) *Financiación pública y privada combinadas*

70. 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 nuevos proyectos. Esos fondos públicos pueden provenir de ingresos públicos o de empréstitos estatales. 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. ...).

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

71. Las partes en un proyecto ejecutado mediante una APP pueden variar considerablemente, en función del sector de que se trate, la modalidad de participación del sector privado y los arreglos que se utilicen para financiar el proyecto. En los párrafos que siguen se describen las partes principales que intervienen en la ejecución de un proyecto típico de APP que implica la construcción de instalaciones de infraestructura nuevas y se ejecuta con arreglo a la modalidad de “financiación en función del proyecto”.

a) Autoridad contratante y otras autoridades públicas

72. En la ejecución de un proyecto de una APP suelen intervenir varias autoridades públicas del país receptor, 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 proyectos mediante una APP.

73. La autoridad contratante u otra autoridad pública normalmente individualiza el proyecto con arreglo a sus propias políticas de desarrollo de infraestructura en el sector de que se trate y determina el tipo de participación del sector privado que permitiría explotar con más eficiencia la instalación de infraestructura (véase el capítulo II, “Planificación y preparación de proyectos”, sección X, párrs. ...). A partir de entonces, 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 instalación 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 instalación de infraestructura.

b) La sociedad del proyecto y los promotores del proyecto

74. Los proyectos de infraestructura ejecutados mediante APP suelen ser llevados a cabo 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 serán esenciales para la conclusión satisfactoria de la obra. 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 del proyecto establecen una entidad jurídica independiente, otros inversionistas en el capital social que no colaboran en alguna otra forma en el proyecto (generalmente inversionistas institucionales, bancos de inversiones, instituciones de crédito bilaterales o multilaterales, y a veces la administración pública o una empresa pública) pueden participar también. La administración pública alienta a veces la participación de inversionistas locales cuando se requiere que la sociedad del proyecto se constituya con arreglo a las leyes del país receptor (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...).

c) Prestamistas

75. Los riesgos a que están expuestos los prestamistas cuando se trata de financiación en función del proyecto, tanto si es financiación sin posibilidad de recurso o con posibilidad de 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 cuando hay obstáculos para su recuperación o readquisición. 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, además, como cuestión de práctica, a la disponibilidad de fondos.

76. Debido a la magnitud de la inversión necesaria para un proyecto ejecutado por una APP, 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. 8 a 29, figura un análisis de los riesgos y la distribución de los proyectos). Por ejemplo, a los prestamistas a largo plazo tal vez no les interese conceder préstamos a corto plazo para financiar la construcción de obras de infraestructura. Por lo tanto, cuando se trata de proyectos en 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 a largo plazo a veces lo hacen con arreglo a un acuerdo de préstamo común. Cuando se conceden diversos servicios de crédito con arreglo a acuerdos de préstamo separados, 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 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

77. Las instituciones financieras internacionales y los organismos de crédito a la exportación y de promoción de la inversión tienen en general problemas del mismo orden que los demás prestamistas del proyecto. Además, están especialmente interesados en que la ejecución del proyecto y su explotación no sean contrarios 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 modelo sobre préstamos (véase también el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. ...); véase también la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

e) Aseguradores

78. Por lo general, un proyecto de infraestructura supondrá un seguro de daños que cubra la planta y el equipo, un seguro por daños a terceros y un seguro de indemnización laboral. Otros tipos de seguros son el seguro contra la cesación de negocios, el seguro contra la interrupción de los flujos de efectivo y el seguro contra sobrecostos (véase el cap. IV, “Implementación de las APP; marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. 119 y 120). Normalmente se dispone de esos tipos de seguro en los mercados comerciales, aunque tal vez sea difícil obtener seguros comerciales contra ciertos acontecimientos extraordinarios que escapan al control de las partes (por ejemplo, guerras, revueltas, vandalismo, terremotos o huracanes). El mercado privado de seguros 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 contra los riesgos políticos (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. 61 a 74).

f) Expertos y asesores independientes

79. Los expertos y asesores independientes desempeñan un papel importante en diversas etapas de las asociaciones público-privadas. 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 arreglos 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 éste en el país receptor de que se trate. También pueden prestar asistencia a las autoridades públicas en la preparación de estrategias de desarrollo para determinados sectores de infraestructura y en la formulación de un marco jurídico y regulatorio 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.

80. 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.
