



Asamblea General

Distr. GENERAL
A/CN.9/444/Add.3
6 de abril de 1998
ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
31º período de sesiones
Nueva York 1º a 12 de junio de 1998

PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA

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

Informe del Secretario General

Adición

Capítulo II. ESTRUCTURA Y REGULACIÓN DEL SECTOR*

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Recomendaciones relativas a la legislación	-	3
Notas sobre las recomendaciones relativas a la legislación	1-95	7
A. Estructura y competitividad del mercado	1-13	7
1. Elementos para el análisis de los mercados de infraestructura	3-4	7
2. Libertad competitiva y monopolios	5-9	7
3. Amplitud de la competencia en diversos sectores	10-13	9

* La Secretaría desea expresar su agradecimiento al Departamento de Desarrollo del Sector Privado del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial) por haber contribuido al contenido del presente proyecto de capítulo.

ÍNDICE (continuación)

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
B. Medidas legislativas para introducir reformas sectoriales	14-40	10
1. Supresión de barreras y obstáculos jurídicos	15-16	10
2. Reestructuración de los sectores de infraestructura	17-31	10
3. Medidas de transición	32-35	14
4. Control de los monopolios residuales	36-40	15
C. Reglamentación de los servicios de infraestructura	41-95	16
1. Observaciones generales	41-48	16
2. Reglas de índole sustantiva	49-63	18
3. Órganos reguladores	64-82	21
4. Proceso regulatorio y procedimientos a seguir	83-95	25

RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN

Estructura e índole competitiva del mercado

- 1) Al idear programas para fomentar la inversión privada en el desarrollo y la explotación de infraestructuras, conviene reconsiderar las hipótesis que sirvieron de base para el establecimiento de monopolios estatales, con miras a:
 - a) Determinar las actividades que reúnen las características de un monopolio natural, y
 - b) Determinar la viabilidad y conveniencia de abrir otros sectores o subsectores a la competencia (véanse párrs. 1 a 13).

Supresión de toda barrera u obstáculo jurídico

- 2) La apertura de los sectores de infraestructura a la competencia y participación del sector privado supone la eliminación de toda regla que prueba la participación privada o la entrada de nuevos competidores y la supresión de todo otro impedimento jurídico a la participación competitiva en ese sector (véanse párrs. 15 a 16).

Reestructuración de los sectores de infraestructura

- 3) Al formular la política de competitividad comercial para cada sector en particular de la infraestructura es aconsejable considerar la conveniencia de separar la prestación propiamente dicha de los servicios de infraestructura de la explotación de la infraestructura física subyacente, así como el costo que ello ocasionaría (véanse párrs. 18 a 21).

Medidas de transición

- 4) De no ser aconsejable abrir un sector de golpe a la infraestructura, la normativa aplicable podrá conceder derechos exclusivos provisionales, limitar el número de concesionarios o imponer otras restricciones a la libre competencia. Deberá limitarse al mínimo la duración y el alcance de esas restricciones. Cabe prever una revisión periódica de esas restricciones para cerciorarse de que persisten las circunstancias que justificaron su introducción (véanse párrs. 33 a 34).
- 5) Cuando la reforma requiera la reestructuración o la privatización de la empresa pública que actualmente presta el servicio público, es aconsejable suprimir, sus monopolios o derechos exclusivos con anterioridad a la privatización, o restringir su alcance o duración (véase párr. 35).

Control de todo monopolio residual

- 6) Cuando esté restringido el derecho a prestar determinado servicio, es aconsejable adjudicar las licencias o concesiones correspondientes por licitación competitiva y exigir que toda licencia o concesión exclusiva sea de cuando en cuando renovable mediante concurso de licitación. La duración del plazo entre la licitación inicial y su renovación deberá fijarse a la luz de la magnitud de la inversión requerida y demás riesgos que ha de soportar el licenciatario o concesionario (véanse párrs. 37 a 38).
- 7) De ser económica y técnicamente viable, puede ser conveniente dividir el territorio de todo monopolio residual en regiones más pequeñas (véase párr. 40).

Condiciones para la adjudicación de licencias y concesiones

- 8) Cuando sea libre la entrada en el mercado, es posible que la función de la autoridad licenciante se limite a determinar que los nuevos competidores cumplen con los requisitos básicos para prestar el servicio. Cuando sea limitado el número de competidores, es aconsejable adjudicar la licencia o licencias ofrecidas por algún procedimiento de selección competitiva (véase párr. 50).

Reglamentación de acceso e interconexión

- 9) Los proveedores de un servicio deberán tener derecho a utilizar la infraestructura de la empresa gestora de la red en condiciones que no sean menos favorables a las que esa empresa otorga a sus propios servicios o a todo otro proveedor competitivo (véanse párrs. 51 a 54).

Reglamentación del precio o del beneficio obtenible

- 10) Cuando impere un monopolio de hecho o cuando el mercado no sea auténticamente competitivo, es aconsejable introducir algún mecanismo de reglamentación del precio o del beneficio obtenible (véanse párrs. 55 a 56).
- 11) Podrá limitarse la reglamentación del precio a los segmentos no competitivos del mercado, dejando libre el precio de los segmentos no competitivos. Es aconsejable que la ley se limite a enunciar los principios inspiradores de la política de precios y deje la puesta en práctica de esos principios al órgano regulador del sector o a las condiciones enunciadas en la licencia o concesión. Conviene prever un mecanismo para revisar de la tarifa de precios (véase párr. 57).

Subvenciones y universalidad del servicio público

- 12) Cuando el proveedor de un servicio haya de prestar determinados servicios sin remuneración o a un precio inferior al costo, tal vez se hayan de encontrar otras formas de remuneración directa (véase párr. 62).

Normas de buena ejecución

- 13) Los proveedores de servicios deberán satisfacer ciertas normas técnicas y propias de ese servicio, que deberán ser definidas con el debido detalle en los decretos de aplicación, las concesiones, las licencias u otros documentos (véase párr. 63).

Independencia y autonomía de los órganos reguladores

- 14) Es aconsejable que toda función regulatoria que pueda aún tener la empresa proveedora de un servicio público sea separada de las funciones de explotación retirando toda función regulatoria que pueda aún tener la empresa gestora del servicio para encomendarla a un órgano jurídico y legalmente independiente (véanse párrs. 67 a 69).
- 15) Se aconseja además otorgar al órgano regulador un grado de autonomía suficiente para que sus decisiones sean adoptadas por razones técnicas más que políticas (véanse párrs. 70 y 71).

Competencia sectorial de los órganos reguladores

- 16) Se recomienda examinar las posibles ventajas y desventajas, ya sea de costos o de otra índole, que pueda tener el organizar la función regulatoria sobre una base sectorial o transectorial (véanse párrs. 72 y 73).

Mandato de los órganos reguladores

- 17) Se aconseja que al establecer un órgano regulador se fijen algunos de los objetivos generales de su función (p. ej. fomentar la competitividad comercial, proteger los intereses de los usuarios, satisfacer la demanda, dotar de mayor eficiencia al sector o a las empresas gestoras de servicios públicos, asegurar su viabilidad financiera, salvaguardar los intereses del público o la buena ejecución del servicio, y proteger los derechos de los inversionistas) (véase párr. 74).

Atribuciones de los órganos reguladores

- 18) La norma legal aplicable deberá precisar si las atribuciones de los órganos reguladores son propiamente decisorias o consultivas. Deberán delimitarse claramente las atribuciones del órgano regulador de las de otros órganos o entidades públicas (véanse párrs. 75 a 78).

Composición del órgano regulador

- 19) Cuando se constituya el órgano regulador en forma de comisión, es tal vez aconsejable asignarle un número reducido de miembros (véase párr. 80).
- 20) Tal vez sea conveniente que intervengan diversas instituciones en el proceso de designación de los miembros de la comisión reguladora y que se exijan ciertos requisitos profesionales mínimos para acceder a ese cargo, así como el que no haya ningún conflicto de intereses incompatible con el ejercicio de esta función (véase párr. 81)

Publicidad obligatoria de ciertos datos

- 21) Tal vez sea conveniente definir por ley ciertas obligaciones de la empresa gestora de un servicio público, como la obligación de facilitar al órgano regulador datos exactos y oportunos sobre el funcionamiento de la empresa, otorgando al órgano regulador el derecho de controlar la observancia de ciertas obligaciones, mediante facultades como la de instituir indagaciones y auditorías, que podrán ser de observancia y de resultados, la de sancionar a toda empresa que no colabore con el órgano regulador, la de ordenar o conminar (al menos la de entablar el procedimiento al efecto), y la de imponer sanciones a la empresa que no informe como es debido (véanse párrs. 84 a 86).

Procedimiento a seguir

- 22) La ley debe exigir que sea publicado el procedimiento regulador en términos objetivos y claros. Debe exigirse que toda decisión regulatoria sea motivada y sea publicada o puesta al alcance de los interesados por algún otro medio (véanse párrs. 87 y 88).
- 23) El proceso regulatorio preverá alguna fase consultiva de la adopción de decisiones o recomendaciones importantes. En aras de una mayor transparencia, tal vez convenga publicar o poner a disposición del público las observaciones o recomendaciones emanadas del proceso consultivo (véase párr. 89).

Sanciones

- 24) Cabe conferir por ley al órgano regulador ciertas facultades administrativas, como las de modificar la licencia, concesión o autorización, o la de suspenderla o retirarla; la de imponer ciertas condiciones contractuales obligatorias para las empresas gestoras de servicios públicos (p.ej., en el acuerdo de acceso interconexión). La de obligar a una empresa demasiado importante de un sector a fraccionarse; la de dictar órdenes a los proveedores de servicios públicos; la de imponer sanciones civiles o multas administrativas por toda demora en la introducción de una decisión del órgano, y la de entablar un procedimiento judicial (véase párr. 94).

Vía de recurso

- 25) Es aconsejable establecer una vía de recurso contra las decisiones del órgano regulador, tal vez convenga a limitar los motivos alegables para acudir a esa vía a fin de evitar la interposición de recursos frívolos o dilatorios (véase párr. 95).

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN

A. Estructura y competitividad del mercado

1. En la mayoría de los países que se han dotado recientemente de nuevas infraestructuras mediante el recurso a la financiación privada, los proyectos así financiados no son tan sólo una alternativa al modo tradicional de financiar la infraestructura pública, sino una herramienta importante para la satisfacción de las necesidades en materia de infraestructura. Por ello, las condiciones para la ejecución de cada proyecto en particular suelen ser definidas a la luz de la política global del gobierno del país anfitrión para ese sector de infraestructura. Entre los elementos esenciales de la política nacional para cada sector cabe citar el grado de competitividad que se desea dar al sector, la forma en que ha de estar estructurado y los mecanismos que se utilizarán para asegurar el buen funcionamiento del mercado o mercados de infraestructura.

2. Las políticas nacionales de fomento de la inversión privada en infraestructura suelen ir acompañadas de medidas destinadas a estimular la competencia entre las empresas proveedoras de servicios públicos o a evitar una explotación abusiva de toda situación de monopolio, cuando la competencia no sea viable. La competencia entre los proveedores ha sido un factor de reducción de costos y de elevación de la productividad en las inversiones de infraestructura, y ha estimulado el interés de la empresa proveedora por las necesidades de los usuarios. Es una tendencia a reducir los costos y mejorar la calidad de los productos y servicios es la razón por la que la competencia suele mejorar el clima comercial de todos los sectores de la economía, elevando así la competitividad del país. Se ha constatado que la participación privada fomenta la introducción de soluciones innovadoras y técnicas de gestión modernas. Cuando intervienen empresas extranjeras, esa participación puede contribuir de modo notable al aumento de la inversión directa extranjera y a la transferencia internacional de conocimientos técnicos.

1. Elementos para el análisis de los mercados de infraestructura

3. La amplitud de la competencia varía considerablemente de un sector a otro de la infraestructura. Si bien en algunos sectores se han abierto plenamente a la competencia comercial, otros sectores constituyen monopolios naturales en los que no suele ser económicamente viable una apertura a la competencia (véanse párrs. 5 a 9). A fin de analizar la situación de monopolio (así como la presencia de un predominio de hecho) y para determinar el margen posible de competitividad, es preciso evaluar cuidadosamente cada mercado, habida cuenta, cuando así proceda, del grado de interconexión o de segmentación posible de ese mercado. Por ejemplo, en algunos países se ha emprendido una reforma conjunta del sector de la electricidad y del gas por ser esas dos fuentes de energía mutuamente sustituibles (y por ello competitivas) en muchas aplicaciones. Lo mismo cabe decir del mercado de transporte, donde a menudo compiten diversas formas de transporte como competirían, por ejemplo, entre sí, en el transporte de mercancías, empresas ferroviarias y empresas de transporte carretero, por mar y por aire, según sea el caso.

4. Las medidas requeridas para promover la competencia dependerán en cada sector de la infraestructura de la configuración del mercado (véanse párrs. 22 a 32). Los elementos típicos de la estructura de un determinado mercado son las barreras a la entrada de competidores (p. ej., económicas, legales, técnicas o de otra índole), su grado de integración vertical u horizontal, el número de empresas que en él compiten y la disponibilidad de productos o servicios sustitutivos. Todos estos elementos contribuyen a determinar la competitividad o no de un mercado. Por ello, su análisis es indispensable para la elaboración de una estrategia de intervención pública.

2. Libertad competitiva y monopolios

5. Al idear programas para promover la inversión privada en el desarrollo y la explotación de la infraestructura, algunos gobiernos han juzgado necesario revisar los supuestos que habían justificado el establecimiento de monopolios estatales a fin de a) determinar cuáles son las actividades que conservan sus características de monopolio natural, y b) evaluar la viabilidad y conveniencia de abrir a la competencia ciertos sectores de infraestructura.

6. En el sentido estricto el término monopolio designa la situación de un mercado con un único proveedor. Ahora bien, el monopolio absoluto y la competencia perfecta son los dos extremos entre los que se encuentran la mayoría de los mercados de bienes y de servicios, que gozan de un grado de competitividad real situado en algún punto o intermedio entre esos dos extremos. Los monopolios suelen poderse clasificar en monopolios naturales, monopolios legales y monopolios de hecho, y la política a seguir respecto de cada una de estas categorías puede ser diferente:

a) *Por monopolios naturales* se ha de entender aquellas actividades económicas que, por razón de su índole, se prestan a que un único proveedor abastezca al mercado a menor costo que dos o más proveedores. Esta situación suele darse en actividades económicas que suponen inversiones importantes y costos fijos elevados, pero cuyo costo por unidad adicional demandada del servicio o producto suministrado (por ejemplo, el metro cúbico adicional de agua) es decreciente. Los monopolios naturales se caracterizan por la magnitud de la inversión inicial requerida en capital fijo que dificulta la entrada en el mercado de toda nueva empresa que no disponga de las economías de escala requeridas para competir con el monopolio existente;

b) *Los monopolios de derecho* son creados por ley en supuestos que pueden ser o no ser de monopolio natural. En el segundo supuesto, el monopolio existiría únicamente por razón de estar prohibida la competencia. Muchos países establecieron monopolios de derecho por estimar que las necesidades nacionales de infraestructura no serían adecuadamente satisfechas, ni cualitativa ni cuantitativamente, de encomendarse la infraestructura al mercado y a la iniciativa privada;

c) *Los monopolios de hecho* no resultan necesariamente ni de imperativos económicos ni de la normativa en vigor, sino que dimanar simplemente de una ausencia de competidores, que puede ser resultado, por ejemplo, de la política integradora de la empresa gestora de la infraestructura o de su control efectivo de las instalaciones básicas requeridas para prestar el servicio.

7. Desde una perspectiva de interés público, los monopolios (de todo tipo) suscitan diversos problemas. Una empresa proveedora de servicios que funciona en régimen de monopolio puede normalmente fijar los precios. El excedente cobrado a resultas de la falta de competencia suele designarse por el término de “renta de monopolio”. Las rentas de monopolio suelen considerarse injustas, por suponer un enriquecimiento injusto del productor a costa de los usuarios. Además, las rentas de monopolio no suelen estar económicamente justificadas, ya que suponen una pérdida neta de bienestar en términos de rendimiento económico. Esta pérdida neta, designada en ocasiones por el término de “peso muerto”, resulta de tres factores principales:

a) Las rentas de monopolio se obtienen de una inflación de precio provocada por una insuficiencia artificial de la producción (ineficiencia estática);

b) La falta de competencia reduce el ritmo de innovación y no estipula la reducción de los precios de producción (ineficiencia dinámica); y

c) El monopolio puede tener, particularmente en los sectores de infraestructura, efectos secundarios sobre otros mercados (por ejemplo, la ineficiencia, por falta de competitividad del sector de las telecomunicaciones repercutirá normalmente en el resto de la economía, y puede elevar ciertos costos.

8. Pese a su efecto económico negativo se han mantenido a veces los monopolios y otras barreras reglamentarias en consecuencia de una situación natural de monopolio. Entre las razones que se aducen para mantener el monopolio es la de que sirven para fortalecer ciertos objetivos de la política estatal, tales como la prestación de servicios en determinadas regiones o a determinadas categorías de usuarios, a precio reducido o incluso por debajo de su costo real. Cabe citar como ejemplo de servicios en los que los precios no cubren el costo el de ciertas líneas telefónicas de interés social, servicios de distribución de agua o de energía, tarifas rebajadas de transporte para determinadas categorías de viajeros (p.ej., escolares, jubilados), así como otros servicios destinados a usuarios rurales o de rentas bajas. Una empresa proveedora de servicios monopolista puede financiar la prestación de esos servicios mediante “subvenciones internas” financiadas con cargo a otros servicios rentables que presta en otras regiones o a otras

categorías de usuarios. Ahora bien, la experiencia de algunos países demuestra que esas subvenciones internas pueden ser costosas y mal seleccionadas; además, suelen no ser transparentes y escapan a la atención de los mecanismos habituales de control presupuestario, lo que da margen para que se financien gastos que en condiciones normales serían justificadamente denegados. Algunos países han comprobado que otros instrumentos de política, como subvenciones directas pagaderas al proveedor de los servicios, se adaptan mejor a esos servicios y no dependen del mantenimiento de la situación de monopolio.

9. En ocasiones se aduce como razón para mantener un monopolio legal en situaciones que no son de monopolio natural la de que ese monopolio sirve para atraer a inversionistas privados hacia un sector importante. Es posible que una empresa gestora privada insista en que se le otorguen derechos exclusivos para prestar determinado servicio a fin de reducir el riesgo comercial de la operación. Ahora bien, se ha de sopesar ese interés comercial contra el interés de los consumidores y de la economía en su conjunto. Otras medidas, socialmente menos costosas, para que la operación resulte más atractiva a los inversionistas es la de introducir medidas destinadas a obtener una mayor transparencia y reducir toda incertidumbre dimanante del régimen reglamentario aplicable. Es aconsejable que los países que juzguen conveniente guardar derechos exclusivos como incentivo para atraer a la inversión privada, procuren dar a esa barrera comercial un carácter temporal (véase capítulo IV, “Conclusión y condiciones generales del acuerdo del proyecto”, párrs. 17 a 21).

3. Amplitud de la competencia en diversos sectores

10. Hasta hace poco predominaba en la mayoría de los sectores de infraestructura una situación monopolista que se debía algunas veces a que el sector constituía un monopolio natural y otras veces a barreras reglamentarias u otros factores (p.ej. la integración vertical de algunas empresas proveedoras de servicios públicos) que impedían toda competencia efectiva. Ahora bien, la rapidez de los avances tecnológicos han eliminado los supuestos económicos de algunos monopolios naturales. Dichos avances han desfasado en muchos casos la legislación vigente de lo que sería una estructura económicamente deseable del mercado. Ello ha impulsado a algunos países a abrir ciertos sectores de su infraestructura a la competencia comercial por medio de leyes que suprimen ciertos monopolios y otras barreras legales a la libertad comercial, modifican la organización de los sectores de infraestructura e introducen un marco reglamentario conducente a una competencia comercial efectiva. La viabilidad de una u otra solución dependerá de la índole del sector, del tamaño del mercado y de otros factores.

11. Por ejemplo, algunos países han introducido nuevos reglamentos en el sector de las telecomunicaciones para adaptarlo al rápido ritmo de innovación tecnológica en ese sector. La nueva tecnología de radiocomunicación no sólo ha permitido la introducción de servicios de telecomunicación móviles sino que está compitiendo cada vez más con las redes de instalación fija (por cable). Redes de fibra óptica y de televisión por cable, la transmisión de datos a través de cables conductores de energía, las redes de transmisión mundial por satélite, la creciente potencia de los medios informáticos, los avances en las técnicas de compresión de datos, la convergencia entre las redes de comunicación, de radiodifusión y de proceso de datos están contribuyendo al desmantelamiento de los monopolios y modalidades tradicionales de ciertos servicios de infraestructura. Estos y otros cambios han dado un perfil competitivo a los servicios de telecomunicación y son cada vez más los países que han abierto este sector a la competencia comercial, limitando únicamente el acceso a aquellos servicios que han de utilizar recursos públicos que, como la gama de frecuencias de radio, son por naturaleza escasos. A este respecto, conviene que la estructura del mercado y las reglas de la competencia comercial sean lo bastante flexibles para adaptarse a una tecnología evolutiva que reclama cada vez más la adopción de un marco jurídico neutral.

12. El sector de la energía, las turbinas de gas de ciclo combinado y otras tecnologías que permiten la generación eficiente de energía en pequeña escala y la normalización del equipo generador han impulsado a varios países a desmontar la estructura monopolista y de integración vertical del mercado interno de electricidad. Los avances del equipo informático y los nuevos programas de procesamiento de datos facilitan la distribución de energía a través de una red y la organización de agrupaciones de usuarios y otros mecanismos de acceso a la red y de comercialización de la electricidad. Al igual que los servicios de telecomunicación, la electricidad se está convirtiendo en un producto comercializable.

13. La tecnología es en muchos casos también el punto de partida de una situación evolutiva en el sector de transporte: la introducción de contenedores y otras innovaciones, tal como la comunicación por satélite que permite seguir el rastro a una remesa en cualquier parte del globo, ha tenido un profundo impacto sobre el transporte marítimo, las operaciones portuarias, y el transporte ferroviario y por carretera, al tiempo que ha favorecido el desarrollo del transporte intermodal. Ello ha permitido agilizar y abaratar el transporte y hacerlo más competitivo, eliminando los monopolios que a menudo predominaban en este sector.

B. Medidas legislativas para introducir reformas sectoriales

14. Muchos países han descubierto que la introducción de la participación privada en el sector de la infraestructura ofrece una oportunidad única para revisar el marco reglamentario y la estructura de mercado actualmente imperantes. Esta reforma suele iniciarse por la abolición de toda norma legal o reglamento que prohíba la participación del sector privado en la infraestructura y por la supresión de todo impedimento legal a la competencia comercial. Además, casi siempre que se ha decidido abrir determinado sector de infraestructura a la competencia comercial, se han introducido previa o simultáneamente cambios en la estructura del mercado o en las reglas de la competencia comercial ¹.

1. Supresión de barreras y obstáculos jurídicos

15. Las situaciones de monopolio que no son, o han dejado de ser, el resultado de ciertos supuestos básicos tecnológicos o económicos, sino que resultan de prohibiciones jurídicas, son las más sencillas de reformar. La apertura de estas actividades a la competencia es relativamente sencilla y tal vez no requiera la reestructuración de la empresa que actualmente gestiona ese servicio público monopolista. La principal medida necesaria es la eliminación de las barreras jurídicas, que tal vez deba ser reforzada por reglas protectoras de la competencia (tales como la prohibición de colusiones, cárteles, la fijación predatoria de precios u otras prácticas comerciales desleales) y por ciertas medidas de supervisión pública (véanse párrs. 41 a 95).

16. En cierto número de actividades no es posible sin embargo, obtener una competencia efectiva eliminando meramente las barreras legales sin complementar esas medidas con una reestructuración legal del sector considerado. En algunos países, se han mantenido provisionalmente los monopolios con miras a facilitar una transición gradual, y más ordenada y socialmente aceptable hacia una estructura competitiva del mercado.

2. Reestructuración de los sectores de infraestructura

17. Aun en ausencia de barreras jurídicas o económicas, la integración vertical u horizontal de las empresas gestoras de la infraestructura puede impedir toda competencia efectiva. Las empresas que gozan de una estructura integrada tienden a veces a extender su monopolio en un mercado o en un segmento de mercado a otros mercados o segmentos de mercado para extraer rentas monopolistas en esos mercados también. La separación del factor de monopolio (la red física en muchas redes de distribución) de los elementos competitivos de un sector puede obligar a fragmentar o desarticular un complejo de actividades vertical u horizontalmente integradas. Esa fragmentación facilitará la reglamentación de los segmentos monopolistas residuales de menor complejidad. Cabe señalar que muchas opciones de desarticulación funcional de un servicio sólo son posibles desde hace poco y son resultado de avances tecnológicos.

a) Desarticulación o fragmentación vertical y horizontal

18. La desarticulación vertical se consigue separando las actividades de suministro o preliminares de un servicio de la prestación o producto final de ese servicio, por ejemplo, separando en el sector de la energía la generación de

¹ Véase *World Development Report 1994. Infrastructure for Development*, Banco Mundial, Washington, D.C., 1994, particularmente su capítulo 3 "Using markets in infrastructure provision" (págs. 52 a 72).

electricidad de su transmisión o de su distribución y suministro. Lo esencial consiste en separar los componentes o instalaciones esenciales de una red de los segmentos competitivos o comerciales.

19. La fragmentación horizontal sucede cuando se dividen una o varias actividades paralelas de un monopolio de servicios públicos entre distintas empresas que tal vez compitan directamente entre sí en el mercado (como sucede cada vez más a menudo en el sector de la generación de energía) o tal vez retienen en situación de monopolio un territorio más pequeño (como sucede en el sector de la distribución de energía eléctrica). Cabe referir la fragmentación horizontal a la distribución entre varias entidades de una única actividad o de un único segmento (como en los ejemplos dados del sector de la energía) y a la organización por separado de un solo servicio sucedáneo en uno o más mercados (como en el supuesto de la separación de los servicios de telefonía celular de los servicios de telefonía por cable, por ejemplo).

20. Los servicios de infraestructura tienden, en general, a ser competitivos, mientras que su infraestructura física subyacente presenta a menudo caracteres monopolistas. Separando la prestación del servicio de su infraestructura física ha permitido a muchos países diseñar soluciones nuevas y más eficientes para algunos sectores. La fragmentación de un monopolio permite introducir elementos competitivos en aquellos segmentos del sector que no sean un monopolio natural. Las actividades monopolistas restantes deberán ser ejercidas por una sola empresa (p.ej. de red ferroviaria o de líneas de alta tensión para la transmisión de energía eléctrica) cuyas actividades deberán ser reglamentadas por razón de su índole monopolista. El recurso a la fragmentación de un conjunto operacional integrado permite que el Estado o el órgano regulador competente adopten diferentes dispositivos y soluciones para las actividades que son de índole competitiva y para las que constituyen un monopolio natural.

21. Ahora bien, se han de evaluar cuidadosamente los costos y beneficios de esos cambios. Entre los costos cabe citar los costos relacionados con el propio cambio (por ejemplo, costos de la operación fragmentadora y costos de transición, incluidos los costos incurridos por empresas que pierdan beneficios o una situación protegida como resultado del nuevo arreglo) y los costos resultantes de la gestión del nuevo sistema, en particular costos de coordinación más elevados (p. ej., una planificación de la red y una reglamentación y normalización técnica más complejas). Entre los beneficios cabe citar, por el contrario, la entrada de nuevas inversiones, la renovación o mejora de los servicios, la diversificación de la oferta y la reducción de los costos. Tanto los costos como los beneficios dependerán de cómo se lleva a cabo la transformación de la infraestructura considerada.

b) Experiencia reciente en sectores de infraestructura importantes

i) Telecomunicaciones

22. La desarticulación o fragmentación de servicios no ha sido demasiado frecuente en el sector de las telecomunicaciones. En algunos países, se ha separado los servicios internacionales de los servicios locales; los primeros se han abierto a la competencia mientras que los segundos siguen siendo explotados en general en forma de monopolios. En algunos de estos países, se ha modificado esta tendencia al permitirse que la compañía telefónica local preste servicios de larga distancia y que los operadores de larga distancia presten servicios locales, todo ello en un marco competitivo. En el sector de las telecomunicaciones es frecuente que se imponga imperativamente la libertad de acceso, permitiéndose que la empresa gestora tradicional siga prestando servicios en régimen de competencia con otras empresas, reteniendo su control sobre ciertos elementos esenciales de la red.

ii) Electricidad

23. Las nuevas reglamentaciones del sector eléctrico suelen reclamar la desarticulación del sector de la energía mediante la separación de la generación de energía de su transmisión y distribución. En algunos casos, el suministro se separa de la distribución para que únicamente el segmento monopolista (es decir, la transmisión por cable de la electricidad con destino al público) en régimen de monopolio. En esos países, las empresas de transmisión y distribución ni compran ni venden energía sino únicamente la transportan con arreglo a una tarifa remuneradora reglamentaria. El comercio de la electricidad se negocia entre los productores o ciertos intermediarios por una parte

por una parte y los usuarios por otra. En algunos de estos países, la negociación competitiva del suministro está limitada a los grandes usuarios o se está introduciendo gradualmente.

24. Los países que han optado por abrir a la competencia los sectores del gas y de la energía han introducido o nuevos reglamentos para estructurar de nuevo el mercado, en los que se determina el grado de apertura del mercado o de fragmentación del monopolio (especificándose en ocasiones el número de proveedores del servicio público que han de reemplazar al monopolio) o se han levantado las barreras que impedían el ingreso de nuevas empresas en el sector. Esa misma reglamentación de la energía ha introducido nuevas reglas protectoras de la competencia, ya sea estructurales (por ejemplo prohibiendo la concentración en las mismas manos de participaciones en el capital de empresas situadas en diversos segmentos del mercado, tales como empresas de producción, de transmisión o de distribución, o empresas de distribución o venta de gas y de electricidad) o de comportamiento (por ejemplo, garantizando el acceso de terceros, prohibiendo toda colusión o alianza en perjuicio de terceros). Se han introducido nuevas instituciones y mecanismos regulatorios, tales como sindicatos de energía, mecanismos de expedición o entidades reguladoras con miras a facilitar el funcionamiento del nuevo mercado de la energía. Por último, ha habido que enmendar, en relación con estos cambios, otros aspectos de la política y de la normativa en materia de energía, y en particular la reglamentación de los mercados de hidrocarburos, de gas, de carbón y de otras fuentes de energía.

iii) Redes de distribución de agua y de alcantarillado

25. La reforma estructural del mercado más usual en el sector de suministro de agua corriente y alcantarillado es la fragmentación horizontal. Algunos países han creado varias empresas distribuidoras de agua en territorios donde antes existía una sola. Esta solución se da a menudo, pero no exclusivamente, en países con redes separadas escasas o nulamente interconectadas. Una de las ventajas de esa fragmentación es que permite comparar los resultados de los diversos proveedores del servicio.

26. Algunos países han invitado a los inversionistas privados a suministrar, por ejemplo, agua a granel a una red pública de distribución o a construir y explotar de plantas desalinadoras o plantas de tratamiento de agua. En esa desarticulación vertical, los servicios privados (con su correspondiente inversión) suelen ser prestados por contrato a un servicio público y no modifican en sí la índole monopolista de la estructura del mercado: esas plantas de propiedad privada no suelen competir entre ellas y no pueden normalmente saltarse al servicio público para suministrar directamente a los usuarios. Ahora bien, ello no siempre es así ya que en algunos países esos mismos servicios se suministran en un contexto competitivo. Algunos países han abierto las operaciones de transporte y suministro de agua a granel a la competencia privada, y en algunos casos puede hablarse de un mercado dinámico de suministro de agua. En otras partes, la competencia en ese sector está limitada al suministro de agua de pozos privados o de agua embotellada o transportada en camiones cisterna para su venta a precio elevado.

27. Cabe compartimentalizar el sector de evacuación de desechos sólidos en segmentos de recolección, de distribución y transbordo, de transporte, de vertido controlado, incineración o eliminación por algún otro sistema, y de reciclaje. Las autoridades públicas han conseguido también abrir este sector a la competencia desarticulando unas de otras las diversas actividades que lo componen. La dimensión del mercado es un parámetro clave para determinar la viabilidad de abrir este sector a la competencia y el grado de fragmentación deseable.

iv) Transporte

28. Se hace cada vez más la distinción entre infraestructura de transporte y servicios de transporte. Si bien la infraestructura de transporte constituye a menudo un monopolio natural, los servicios suelen ser competitivos. Esa competencia debe ser organizada no sólo en el interior de cada modalidad de transporte sino entre unas modalidades y otras, de modo que compitan entre sí para el tráfico de pasajeros y de carga los servicios ferroviarios, los transportistas de carga por carretera, los autobuses, las líneas aéreas y las compañías navieras.

29. En el transporte ferroviario, se ha optado en algunos países por separar la propiedad y la explotación de la infraestructura (el tendido ferroviario, sistema de señalización y estaciones) de los servicios de transporte ferroviario

propriadamente dichos (es decir, transporte de pasajeros y de carga). En estos países, se prohíbe por ley que la empresa gestora del tendido ferroviario preste, a su vez, servicios de transporte, que son explotados por otras empresas en régimen, a menudo, de competencia unas con otras. En otros países se ha permitido que una empresa integrada siga operando no sólo la infraestructura sino también los servicios, pero dándose a otras empresas ciertos derechos de acceso que se denominan en ocasiones derechos de vía (“*trackage rights*”). En estos casos, las empresas de transporte, ya sea otra empresa ferroviaria o una empresa de servicios de transporte, tienen derecho a utilizar el tendido ferroviario en determinadas condiciones, y la empresa que controla la infraestructura ferroviaria de la red está obligada a darles acceso a esa red. Se están eliminando también gradualmente las barreras que impedían la inversión privada en este sector y su explotación por entidades privadas.

30. En muchos países, los puertos han sido administrados hasta hace poco como monopolios del sector público. Al abrir este sector a la participación privada, el legislador ha seguido más de un modelo. Con arreglo al sistema de empresa portuaria propietaria del puerto, la empresa gestora del puerto se encarga de la infraestructura del puerto y de la coordinación global de las operaciones portuarias, pero no presta ningún servicio directo ni a los buques ni a la mercancía en tránsito. Con arreglo al sistema de empresa portuaria de servicios, una misma entidad se encarga de la infraestructura y de los servicios. Es posible que sea más sencillo abrir a la competencia los diversos servicios (de remolcadores, de estibadores, y de almacén) con arreglo al sistema de empresa portuaria propietaria. Además de la competencia entre empresas de servicios que utilicen las mismas instalaciones o entre instalaciones competitivas situadas en un mismo puerto, es posible que haya una fuerte competencia entre diversos puertos. De hecho, un mismo territorio suele tener acceso a varios puertos, gozando así los expedidores de la posibilidad de escoger entre ellos. Un segundo tipo de reforma sectorial consistiría en estimular la competencia entre los puertos, ya sea fraccionando la competencia de la junta nacional de puertos, fortaleciendo las conexiones intermodales de los puertos más débiles o por otros medios. Las autoridades públicas de muchos países han descubierto que el fomentar la competencia entre los diversos puertos y en el interior de cada puerto contribuía a mejorar la calidad de los servicios prestados y reducía la necesidad de reglamentar esos servicios.

31. La normativa aplicable a los aeropuertos puede que haya de ser también modificada, ya sea para dar entrada a la inversión privada o para dar libre juego a la competencia comercial entre unos aeropuertos y otros o en el interior de un mismo aeropuerto. Tal vez se haya de reconsiderar cuidadosamente también las vinculaciones existentes entre los servicios de explotación de un aeropuerto y los servicios de control del tráfico aéreo. En el interior de los aeropuertos, muchos países han abierto a la competencia los servicios de entretenimiento, de cafetería y otros servicios prestados a las aeronaves, así como los servicios prestados a los pasajeros, tales como tiendas de venta al por menor, restaurantes, lugares de estacionamiento y otros servicios. En algunos aeropuertos, se ha encomendado a una nueva empresa gestora la construcción y explotación de una nueva terminal, suscitando así competencia entre las terminales. En otros países se han construido, en régimen CET, nuevos aeropuertos y se han traspasado los existentes al sector privado. Por último, muchos países han descubierto que la liberalización del transporte aéreo (rutas de aerolíneas) contribuye enormemente a elevar la demanda de servicios de aeropuerto y, por ende, a la viabilidad financiera de una explotación privada de los aeropuertos.

3. Medidas de transición

32. Cuando la reforma de un sector requiera la abolición previa de toda barrera legal de acceso al mismo, la separación de diversos segmentos del mercado o la aplicación de otras medidas o combinaciones de medidas, las autoridades públicas suelen prestar considerable atención al propio proceso de reforma. La apertura al mercado de un monopolio puede que haya de ser cuidadosamente orquestada. Factores políticos, sociales o de otra índole han impulsado a algunos países hacia una transición gradual o escalonada. Al suceder que la tecnología y otros factores externos están en continua evolución, algunos países han adoptado procesos de reforma sectorial de ritmo graduable a fin de poderlos ajustar a una situación evolutiva.

a) Supresión escalonada de las barreras de acceso

33. Algunos países han estimado que un monopolio no debe ser abierto de golpe a la competencia. Esos países han previsto por ello la concesión a título provisional de derechos exclusivos, la limitación del número de proveedores de un servicio público u otras restricciones igualmente provisionales a la competencia. El alcance o duración de esas restricciones deberán ser normalmente limitados al mínimo requerido (por lo general de alcance o duración inferiores a los de la licencia o concesión). La duración de las restricciones suele programarse de forma que la empresa gestora disponga de tiempo suficiente para ajustar sus tarifas y prepararse para la apertura del monopolio a la competencia, mientras que el alcance de las restricciones se calcula con miras a plan incentivos a la empresa gestora para invertir y para ampliar sus servicios. En algunos países, la normativa aplicable prevé la pérdida total o parcial de la protección o de los servicios de exclusividad si la empresa gestora del servicio público no cumple con las condiciones que le hayan sido impuestas en su licencia; por ejemplo, el proveedor de un servicio público perderá su exclusividad si no presta eficazmente ese servicio. Otros países han previsto en su normativa la revisión periódica de esas restricciones (p. ej., simultáneamente a toda revisión de tarifas) con miras a determinar si persisten las condiciones que justificaron su introducción.

34. La experiencia reciente del sector de las telecomunicaciones nos da ejemplos de este tipo de medidas de transición. En un buen número de países, la normativa más moderna de este sector ha abierto a la competencia la totalidad o la mayoría de sus segmentos. El legislador ha preferido a menudo escalar gradualmente la transición hacia un sector abierto de las telecomunicaciones rebajando o eliminando las barreras de acceso al mercado a lo largo de un período de tiempo que va, por lo general, de uno a siete años de duración. Los países que han optado por un enfoque gradual han iniciado a menudo el proceso liberalizando la venta de equipo de terminales (por ejemplo, teléfonos, modems, centralistas privadas), y han procedido después a dar entrada en el sector a uno o más proveedores de servicios móviles (por ejemplo, telefonía celular, contactores) y a liberalizar los servicios con valor añadido (por ejemplo correo electrónico, bases de datos informatizadas, correo vocal). A los pocos años, se abre a la competencia los servicios interurbanos e internacionales antes de liberalizarse de los servicios locales y del sector en su conjunto, infraestructura y servicios incluidos. Este enfoque tiene la ventaja de dar a la empresa gestora tradicional el tiempo de ajustar sus propios servicios al contexto competitivo y, en particular, de ajustar sus tarifas con miras a eliminar las subvenciones internas entre servicios. Cabe citar entre los costos de un proceso de transición el tiempo que habrá de transcurrir hasta que los usuarios empiecen a notar las ventajas de la competencia y la posible debilitación de los proveedores internos de servicios públicos frente a sus competidores extranjeros que funcionan en un entorno liberalizado. En este sentido, los reformadores iniciales gozarán probablemente de más tiempo para escalar su transición hacia un mercado competitivo que los reformadores tardíos.

b) Reestructuración y privatización

35. Otra medida de transición, a menos para los países que disponen de una red estatal de servicios públicos, ha sido la de reestructurar o privatizar a la empresa pública gestora del servicio público. Todas las formas de desarticulación vertical y de fragmentación horizontal requieren, por su propia índole, una reestructuración de la entidad gestora del servicio público. Además, la privatización de la empresa estatal gestora del servicio público suele ser considerada necesaria para que esa empresa pueda competir con eficacia y equidad frente a sus nuevos competidores privados. Pese a que el ritmo de la privatización y de la liberalización no han coincidido, cabe decir que la liberalización precede o acompaña a todo proceso de privatización. Algunos países han procedido a la inversa y han privatizado empresas gestoras que gozaban de importantes derechos exclusivos, con miras a elevar la rentabilidad de la privatización. A todos ellos les ha resultado, no obstante, difícil y, en ocasiones, muy costoso retirar, restringir o abreviar en fases posteriores los derechos exclusivos o monopolios que protegían a la empresa o empresas privadas o privatizadas.

4. Control de los monopolios residuales

36. De prevalecer una situación de monopolio natural y de no poderse introducir la competencia en el mercado (es decir, entre empresas que compiten por unos mismos clientes), muchos países han introducido un cierto grado de competencia por el mercado (véanse párrs. 37 a 39). Se ha conseguido asimismo introducir cierta competencia indirecta entre las empresas mediante un sistema de puntos de referencia (véase párr. 40). En algunos casos, la s

autoridades tal vez no puedan abolir algunas barreras jurídicas, fragmentar ciertos sectores integrados o adoptar otras medidas conducentes al establecimiento de un sector competitivo. En estos casos, es igualmente posible que la competencia *por* el mercado y la competencia indirecta sirvan para atenuar los costos dimanantes de una explotación en régimen monopolio.

a) Recurso a procedimientos de selección competitiva

37. La competencia por el mercado se consigue a través de un proceso competitivo para la selección de la compañía del proyecto entre varios consorcios que compiten para que se les adjudique el derecho a proporcionar el servicio de infraestructura (en el capítulo III, “Selección del concesionario” se examinan los métodos de selección). Con ello se reducen o eliminan las rentas de monopolio al invitar a diversas empresas a competir entre sí por la adjudicación de este derecho. Este proceso ha de estar abierto a la participación de empresas privadas, pero sin que sea preciso excluir del mismo a las empresas del sector público. Algunas autoridades de la administración local han adjudicado, por ejemplo, franquicias o concesiones para la recolección de desechos sólidos a la empresa pública que se encargaba de hacerlo o a sucesores de esa empresa al salir su oferta ganadora de las ofertas privadas presentadas al concurso. En esos casos, la amenaza de la adjudicación del servicio a una empresa privada sirvió de estímulo para que se introdujeran notables mejoras en la gestión de la empresa pública.

38. Cierta número de países exige por ley que toda licencia o concesión de derechos exclusivos haya de ser renovada por vía competitiva de cuando en cuando (véase, capítulo IX “Duración, prórroga y extinción anticipada”, ____). La duración del plazo entre la adjudicación inicial y su primera (y subsiguiente) renovación competitiva deberá fijarse a la luz del volumen de las inversiones y demás riesgos que haya de soportar el inversionista. Las licencias para la recolección de desechos sólidos, labor que no requiere fuertes inversiones en capital fijo, son adjudicables por períodos relativamente breves (por ejemplo, cada tres o cinco años) mientras que tal vez sea conveniente que esos períodos sean más largos para los contratos de distribución de agua o de energía, por ejemplo. En muchos países, esa readjudicación competitiva coincide con el término del contrato, mientras que en otros países la concesión será otorgable por un plazo largo (por ejemplo de 99 años), pero quedando sujeta a readjudicación periódica por concurso (por ejemplo, cada 10 ó 15 años). Conforme a este último sistema, adoptado por unos cuantos países, la concesión se ha de renegociar por primera vez antes de que el inversionista haya podido recuperar plenamente su capital invertido; en cuyo caso la empresa concesionaria tendrá ciertos derechos patrimoniales que habrán de serle compensados si no consigue ganar el nuevo plazo, en cuyo caso se le entregaría a esa empresa la totalidad o parte de la suma recaudada por concepto de adjudicación de la concesión. Esa renegociación competitiva periódica puede estimular fuertemente la buena gestión de la empresa proveedora del servicio público. Este sistema puede aumentar el riesgo a largo plazo de los inversionistas o prestamistas, pero puede proporcionarles también una opción de salida relativamente fácil.

39. El hacer que las empresas compitan por el propio mercado es una solución a la que cabe recurrir no sólo cuando el mercado constituye un monopolio natural, sino cuando ciertas limitaciones de recursos (por ejemplo, la banda de frecuencias de radio) o decisiones de política gubernamental limitan el número de concesiones o licencias disponibles, creándose así un potencial de rentas de “escasez”. Si la autoridad competente decide, por ejemplo, adjudicar únicamente dos o tres licencias de red celular, se utilizará una misma vía para seleccionar a cada licenciataria, aun cuando en estos casos la licencia no suele ser exclusiva o, de serlo, esa exclusividad será normalmente provisional, de modo que la autoridad adjudicadora podrá emitir otras licencias algunos años más tarde.

b) División geográfica de los monopolios residuales

40. La fragmentación geográfica ha permitido a las autoridades públicas crear las condiciones para una competencia indirecta o “de punto de referencia” (“*benchmark*”), en la que los concesionarios no compiten sobre un mismo territorio pero la entidad reguladora dispone de ciertos puntos de referencia para comparar los resultados de las diversas empresas gestoras (cada una con su respectivo monopolio regional) a fin de valerse de esa información para el cumplimiento de su función regulatoria (véase capítulo VIII, “Etapa de explotación”, ____). De este modo, un órgano regulador al que se le confiere autoridad sobre varios concesionarios que actúan en el mismo

sector (algunos de los cuales podrían ser de propiedad y gestión pública) estará en mejores condiciones para cumplir con su función regulatoria. En general, los órganos reguladores disponen de precios internacionales que les sirven de punto de referencia para evaluar los costos y resultados de las empresas que han de supervisar. Esos puntos de referencia internos o internacionales pueden constituir un potente incentivo indirecto para las empresas gestoras de un monopolio. En ocasiones, se utilizan esos precios de referencia para fijar la tarifa aplicable al servicio.

C. Reglamentación de los servicios de infraestructura

1. Observaciones generales

41. La función regulatoria o reglamentadora supone una serie de elementos bien distintos entre los que cabe citar: reglas sustantivas y procesales, instituciones reguladoras y dispositivos regulatorios. En cada país, el marco reglamentario de cada sector, en el que se definen los derechos y obligaciones de los proveedores y usuarios de l servicio, del órgano regulador y de la autoridad adjudicadora, es el resultado de la acción conjunta de todos estos elementos. Según cuál sea el país y según cuál sea su sistema político o jurídico, este marco se regirá por normas de derecho convencional internacional, de rango constitucional o legal, y de decretos del ejecutivo, reglamentos, y decisiones de los órganos reguladores, jurisprudencia de los tribunales, licencias, concesiones, contratos u otros instrumentos jurídicos.

a) Contexto histórico

42. En muchos países, se reglamentó inicialmente la infraestructura para evitar abusos de proveedores monopolistas y cárteles de servicios públicos que trataban de maximizar sus ingresos reduciendo sus prestaciones y elevando sus precios por encima del nivel social y económicamente deseable. Las autoridades adoptaron diversos métodos para controlar estas tendencias monopolistas. En algunos casos, se encomendó desde un principio a una empresa pública la gestión del servicio de infraestructura de tipo monopolista (o se nacionalizó esa empresa). La propiedad estatal o municipal de un servicio era vista como una garantía contra ciertos abusos y como una protección de los intereses de los usuarios; la reglamentación se ejercía en estos casos por medio de público de la propiedad pública del servicio. En otros países y sectores, la empresa gestora de la infraestructura era o siguió siendo una empresa privada. A fin de controlar sus operaciones y de evitar estrategias de mercado y prácticas de fijación de precios de signo monopolista, las autoridades públicas establecen a menudo órganos reguladores de carácter general (p. ej. *antitrust*) o por sectores. Las primeras comisiones reguladoras fueron establecidas hacia mediados del siglo XIX.

43. La corriente hacia una mayor participación del sector privado y un mercado más abierto ha sido complementada y reforzada por una tendencia hacia una reglamentación menos intrusiva de la empresa gestora del servicio público (ya sea de propiedad pública o privada). Conscientes de que presiones políticas oportunistas obstaculizan a menudo la competencia en este sector y de que otras intervenciones reglamentarias no redundan siempre en provecho del público, las autoridades de muchos países han limitado su propia discrecionalidad (a menudo por vía contractual) y han optado por el establecimiento de mecanismos reguladores autónomos e independientes, que están menos expuestos a presiones de tipo político. En aquellos casos en que se han introducido con éxito, estas reformas han disminuido los riesgos de los inversionistas privados y, de ese modo, los costos financieros de la infraestructura.

b) Objetivos de la reglamentación

44. Las principales metas de la reglamentación son la de promover la eficiencia y la libre competencia, la de mitigar y corregir en la medida de lo posible las deficiencias del mercado, y en general la de proteger a los usuarios de todo abuso eventual de un proveedor de servicios públicos monopolista o dominante y la de proteger a los inversionistas de toda medida arbitraria del poder público. Las medidas regulatorias suelen estar justificadas por situaciones en las que los mecanismos del mercado por sí solos no darían el resultado social apetecible. La reglamentación puede servir no sólo para controlar el poder del monopolio (o su posición dominante en el mercado),

sino también para hacer valer consideraciones ambientales, de seguridad, de salud pública y de otra índole. Estas preocupaciones no suelen ser privativas ni de la infraestructura ni del sector privado, sino que forman parte del marco reglamentario o regulatorio global de la actividad económica.

45. La índole de la reglamentación varía notablemente según cuales sean las características del sector. En los monopolios naturales, la reglamentación se ocupa primordialmente de que el nivel de los servicios prestados y su precio sean socialmente aceptables, limitando en particular las oportunidades de la empresa gestora para agenciarse una renta de monopolio. Cuando el sector sea en su conjunto monopolista, el control del precio suele desempeñar una función esencial. Cuando uno o más segmentos del sector son de índole monopolista y el resto de índole competitiva, tal vez se haya de prestar particular atención a la libertad de acceso de competidores a los segmentos monopolistas.

46. Otro factor importante será la intensidad de la reforma que se haya introducido o se piense introducir en el mercado. Todo cambio de la estructura del mercado, así como la apertura de sectores de la infraestructura a la competencia o participación del sector privado, es algo que requiere la introducción de nuevos reglamentos o instituciones. En los sectores que se encuentran en fase de transición hacia un mercado competitivo, la reglamentación se ocupa primordialmente de gestionar la transición con miras a garantizar la apertura efectiva del mercado. Una vez que un sector o segmento pasan a ser competitivos (como ha sucedido con el servicio de telecomunicaciones en algunos países), puede suceder que los reglamentos propios del sector sean derogados en favor del régimen competitivo general aplicable a la mayoría de los sectores de la economía. Los reglamentos y las instituciones creadas por el legislador suelen tomar en consideración esos factores. Se necesita cierta flexibilidad para esa adaptación a la situación evolutiva del sector considerado.

c) Los costos y ventajas de la reglamentación

47. La reglamentación de la infraestructura es una tarea compleja que requiere considerables recursos. El proceso de reforma es relativamente nuevo para muchos países y cabe sacar enseñanzas de la experiencia de aquellos países que ya han introducido reformas reglamentarias.

48. Conviene, en primer lugar, sopesar los costos y ventajas de la reglamentación. Si bien una reglamentación eficaz puede facilitar la transición hacia un mercado competitivo, y proteger a los consumidores e inversionistas, esa reglamentación no deja de tener sus costos. Entre los costos directos de la reglamentación se han citado los costos del propio dispositivo regulatorio y los costos inherentes a la observancia de los reglamentos por las empresas reglamentadas. Los costos indirectos de la reglamentación pueden ser incluso mayores. La reglamentación puede crear en el mercado distorsiones que sean más graves que los defectos que trata de remediar. Ello puede ser imputable a alguna insuficiencia de la información de que disponga el órgano regulador, a la influencia de grupos de intereses sobre el proceso regulatorio o a la falta de competencia profesional o de experiencia del personal encargado de ese proceso (que tal vez se deben parte a la insuficiencia de recursos o de financiación destinados a este fin), así como a la falta de flexibilidad de los reglamentos y procedimientos aplicables o a reglas sustantivas obsoletas o inadecuadas. Por último, a medida que un sector se orienta hacia una estructura de mercado competitivo va desapareciendo la necesidad de una reglamentación especial de ese sector.

2. Reglas de índole sustantiva

49. Cabe dividir las intervenciones de tipo regulatorio en dos grandes categorías. La primera categoría abarca las diversas medidas que preceden a la concesión de la licencia o concesión; cabe citar entre ellas la reglamentación y reforma del sector, y la dirección del proceso de selección hasta la adjudicación de la licencia o concesión. La segunda categoría corresponde a toda intervención regulatoria posterior a la adjudicación de la licencia o concesión. En los párrafos siguientes se examinan brevemente algunas de las cuestiones regulatorias más importantes con las que se tropieza en contextos similares de diversos sectores, incluida la reglamentación de la entrada o salida de los competidores, interconexiones sectoriales, precios (tarifas), subvenciones y prestación de servicios de utilidad general, de buena calidad y buen funcionamiento.

a) Condiciones para la adjudicación de licencias y concesiones

50. En la raíz misma de la organización de un sector de infraestructura se encuentran la reglas de acceso al sector y de abandono eventual del mismo. Esas reglas pueden dar libertad de acceso al sector o a un segmento del mismo a todo proveedor eventual del servicio o pueden limitar ese acceso a un número taxativo de empresas proveedoras fijado por la autoridad competente con arreglo a un sistema de licencias o concesiones. Cuando se ha decretado la libertad de acceso al sector, como sucede en el sector de los servicios de telecomunicaciones o de la generación de energía en un número cada vez mayor de países, la función de la autoridad licenciadora puede que se limite a la comprobación de que toda nueva empresa en el sector cumple con los requisitos legales mínimos para la prestación de ese servicio. En algunos países, bastará con que la nueva empresa presente una declaración para que pueda comenzar a prestar el servicio, a menos que la autoridad licenciadora exprese su disconformidad en el plazo aplicable al efecto (por ejemplo, en el plazo de un mes). De haberse limitado el número de empresas que podrán prestar el servicio, la autoridad licenciadora suele estar obligada por ley a organizar un concurso para la adjudicación de la licencia o licencias ofrecidas (véase capítulo III, “Selección del concesionario”).

b) Interconexión y reglamentación de acceso

51. En el supuesto de redes de servicios, tales como el transporte ferroviario, las telecomunicaciones, el suministro de gas o de energía, es posible que la empresa gestora del servicio público, tradicional o dominante en el sector, trate de proteger su posición o de limitar el acceso de terceros a la red, que suele ser el segmento monopolista en esas industrias. A fin de abrir ese sector a la competencia, toda tentativa de reforma o reglamentación del mismo deberá dar imperativamente acceso a la red a toda empresa que sea nueva en el sector. En algunos casos, esas reglas de libertad de acceso han sido complementadas por medidas de fragmentación vertical del sector (véanse párrs. 18 a 21), mientras que en otros se han introducido esas reglas para fomentar la competencia en sectores que seguían estando total o parcialmente integrados.

52. Esas reglas de acceso suelen obligar a la empresa gestora de la red a otorgar acceso a la misma en condiciones equitativas que no sean ni técnica ni financieramente discriminatorias. Esa no discriminación supone que la nueva empresa podrá utilizar la infraestructura de la empresa dominante en el sector en condiciones que no sean menos favorables que las que esa empresa, gestora de la red, otorga a sus propios servicios o que las que otorga a otros competidores. Cabe observar, no obstante, que, por no citar más que un ejemplo, muchos regímenes de acceso a un oleoducto no exigen de la empresa gestora del oleoducto otorgue condiciones completamente idénticas a las empresas competidoras. Cabe condicionar de algún modo la obligación de acceso, limitándola, por ejemplo, a la capacidad sobrante o estipulando condiciones de acceso que sean razonables pero no necesariamente idénticas.

53. Por lo general, los órganos reguladores desearán que los precios de acceso a la red sean lo bastante elevados para incentivar la inversión en obras de mantenimiento y expansión de la infraestructura requerida y lo bastante bajos para estimular la entrada de competidores en el sector. Los precios de acceso a la red suelen calcularse en función de los costos de utilización de la misma. De prestar la empresa gestora de la red servicios en régimen de competencia con otras empresas de servicios, es probable que sea preciso desglosar sus actividades desde una perspectiva contable para determinar el costo efectivo de la utilización de la red o partes de la red por otras empresas proveedoras del servicio.

54. Las condiciones de acceso técnico a la red pueden ser igualmente importantes, y es posible que se haya de obligar a la empresa gestora de la red a adaptarla a ciertos requisitos que permitan dar acceso a la red a los nuevos proveedores del servicio. El acceso así otorgado podrá ser a la red en su conjunto o a las partes o segmentos monopolistas de la misma (denominados a veces segmentos esenciales o de estrangulamiento). Las autoridades de muchos países permiten que los proveedores del servicio construyan su propia infraestructura o utilicen alguna otra infraestructura, de haber alguna disponible. En esos casos el proveedor del servicio tal vez sólo necesite obtener acceso a una pequeña parte de la red, por lo que, en muchos reglamentos, se ha previsto que no se le pueda imponer una tarifa superior a la que corresponda a su utilización del sector de la red que necesite; ese sector podría ser, por

ejemplo, el circuito local de una red de telecomunicaciones, parte del tendido de una red de alta tensión para el suministro de electricidad, o una sección de la red viaria de una compañía de ferrocarril.

c) Reglamentación del precio y de los beneficios

55. Los reglamentos aplicables a los sectores de infraestructura incluyen, en la mayoría de los países, una reglamentación de la tarifa de precios o del margen de beneficio. Ello se debe a que, de prevalecer una situación de monopolio o de no ser el mercado propiamente competitivo, las grandes empresas dominantes en el sector pueden fijar precios demasiado elevados por sus servicios a fin de obtener beneficios excesivos o demasiado bajos (por un cierto período) a fin de ahuyentar a los competidores (precios predatorios o ventas en pérdida). La falta de competencia y una elevación excesiva del precio de los servicios de infraestructura pueden tener un efecto nocivo sobre el sector y sobre la economía nacional en su conjunto.

56. Los sectores de infraestructura actúan en mercados de estructura muy diversa y se prestan en mayor o menor medida a ser fragmentados o abiertos a la competencia. Los países limitan cada vez más la reglamentación del precio a los segmentos no competitivos del mercado, y de igual modo al libre juego del mercado a la determinación del precio de los segmentos competitivos. Por ejemplo, en algunos países se regula el precio del circuito telefónico local mientras que se deja al mercado la determinación del precio de la telefonía celular. En países en los que el transporte por carretera (o fluvial o de cabotaje) proporciona una competencia adecuada, es posible que los precios del transporte ferroviario se dejen igualmente sin reglamentar. Cuando una empresa presta servicios de precio reglamentado a lo largo del tiempo que presta servicios de precio no reglamentado, tal vez sea conveniente establecer salvaguardias que impidan que esa empresa subvencione internamente sus actividades competitivas con ingresos procedentes de sus actividades reglamentadas; para facilitar la vigilancia contra la práctica de esas subvenciones internas, se recurre frecuentemente a una separación contable de los distintos servicios o al establecimiento de una o más sucursales encargadas de las actividades competitivas o potencialmente competitivas. Más aún, en muchos países sólo se imponen precios máximos a los proveedores de servicios públicos en situación dominante (para impedir que abusen de esa situación) y no a las nuevas empresas que compiten en ese sector.

57. Muchos países han optado por limitarse a definir por ley los grandes principios inspiradores de su política de precios y delegar su puesta en práctica en el órgano regulador competente o en remitir al respecto a las condiciones a las que se supedita la licencia o concesión requerida para prestar el servicio. En otros países la propia ley determina la fórmula o baremo que ha de emplearse para calcular la tarifa. En general se busca equilibrar el interés de los usuarios con el de los inversionistas, así como el interés de los usuarios actuales con el de futuros usuarios. Por ejemplo, de mantenerse las tarifas demasiado bajas, la empresa gestora del servicio público se verá perjudicada, se ahuyentará a los inversionistas y se penalizará a los futuros usuarios que habrán de sufragar el costo de las inversiones diferidas. El baremo aplicable para la determinación de la tarifa debe ser estable y previsible, a fin de que los proveedores y los usuarios de servicios públicos puedan planificar su actividad respectiva.

58. Muchos proyectos de infraestructura requieren una fuerte inversión de capital con un período de amortización relativamente largo. No es posible establecer de una sola vez el baremo aplicable a la tarifa de precios, al ser muy probable que la tecnología, el tipo de cambio, el índice salarial, la productividad y otros factores varíen notablemente (y a menudo imprevisiblemente) a lo largo de ese período. Muchos países tienen previsto algún mecanismo para revisar el baremo de la tarifa. La revisión periódica (p. ej., cada cuatro o cinco años) de ese baremo equivale a menudo a una renegociación del contrato, efectuada a la luz de los intereses de los usuarios y de la economía en su conjunto, así como del interés de los inversionistas y de los prestamistas.

59. El legislador ha optado por diversos sistemas de control del precio, siendo los más usuales la regla de la rentabilidad y la regla de los límites de fluctuación del precio. En muchos países el régimen de la tarifa combina una y otra regla. Conforme a la regla de la rentabilidad, se permite que la empresa gestora del servicio de infraestructura obtenga un cierto rendimiento de su inversión, expresado por lo general en términos porcentuales. Cada año (o cada vez que el órgano regulador, la empresa gestora o alguna otra parte interesada juzgue que los precios reportan un rendimiento excesivo o demasiado bajo) el órgano regulador comparará los gastos del servicio público, determinará

en que medida está justificado que las inversiones efectuadas por la empresa sean incluidas en la base de cálculo de la tasa, y calculará los ingresos necesarios para cubrir los gastos autorizados y la tasa de rentabilidad convenida sobre la inversión. De conocerlo, los órganos reguladores suelen utilizar el tipo de interés del mercado, ajustado en función del riesgo, para determinar la tasa de rentabilidad deseable de las inversiones. Este sistema requiere una información detallada y una negociación pormenorizada (p. ej., sobre la asignación de los costos y su elegibilidad para figurar en la base de cálculo). Por otra parte, desincentiva a la empresa gestora del servicio público, ya que toda mejora de la eficiencia se reflejará al año siguiente en un descenso de la tarifa.

60. Conforme a la regla de los límites de fluctuación, se fija un baremo de precios para un cierto período (p.ej., de cuatro o cinco años). Se permite que los precios fluctúen cada año en el interior de los límites fijados por ese baremo. En algunos países, se calcula el baremo en función de diversos índices, mientras que en otros se utiliza un índice de precios al consumidor al que se resta un factor de productividad. De requerirse inversiones adicionales importantes, se incorporará un nuevo factor al cálculo del baremo para cubrir ese costo financiero adicional. El baremo tal vez sea aplicable a todos los servicios prestados por la empresa o a determinados servicios únicamente, utilizándose baremos diferentes para cada grupo o cesta de servicios. Los servicios prestados en un mercado competitivo no necesitan figurar en cesta alguna ni ser reglamentados, y se revisará de cuando en cuando la composición de la cesta a la luz de la evolución del mercado. En años recientes, se ha recurrido cada vez más a esta técnica de los límites de fluctuación, que es probable que estimule más a la empresa gestora del servicio público, ya que esta empresa podrá rentabilizar toda mejora de eficiencia durante todo el intervalo que medie hasta el próximo reajuste de baremos. En algunos países, la regla de los límites de fluctuación prevé un traspaso parcial al consumidor de los beneficios dimanantes de una mayor eficiencia. El reajuste periódico del baremo está, no obstante, basado en un cálculo de la rentabilidad que requiere una información tan detallada como la requerida para el anterior sistema, aunque su obtención puede escalonarse a intervalos más largos.

61. Otra técnica que se utiliza para la determinación del precio, o más a menudo para supervisar su nivel, es la de fijar el precio en función de algún valor de referencia o patrón de medida. Comparando los precios de un proveedor de servicios con los de otro y con ciertas pautas internacionales, el órgano regulador podrá juzgar si el ajuste de tarifas solicitado por la empresa gestora del servicio público es o no razonable. Cualquiera que sea la técnica seleccionada, se debe procurar que la complejidad del sistema de tarifas convenido no exceda de la capacidad administrativa de los que hayan de aplicar, supervisar y adaptar la tarifa.

d) Subvenciones y universalidad del servicio público

62. En muchos países, cierto tipo de servicios se han de prestar por ley aun cuando no sean remunerados o estén remunerados por debajo de su costo real. Cabe citar como ejemplo de servicios gratuitos los servicios de emergencia (p. ej., llamadas telefónicas a la policía o a los servicios de incendio o de ambulancia; la inspección de fugas de gas denunciadas o de líneas de alta tensión peligrosas). Entre los servicios cuyo precio pudiera no cubrir su costo, cabe citar los servicios de teléfono de interés social, algunas redes de suministro de agua o de energía, las tarifas de transporte con descuento para determinadas categorías de viajeros (p. ej., colegiales, jubilados), así como otros servicios para usuarios rurales o de bajos ingresos. Las empresas gestoras de servicios públicos pueden compensar estas cargas del servicio de diverso modo ya sea mediante subvenciones públicas, a través de fondos u otros mecanismos oficiales que se creen para compartir la carga financiera de este tipo de obligaciones entre todos los proveedores de servicios públicos, o a través de subvenciones internas con cargo a otras operaciones rentables del propio servicio público. La técnica de la subvención interna debe distinguirse de la práctica de fijación diferenciada del precio por la que diversas categorías de usuarios pagan diversos precios (calculados, por ejemplo, de la elasticidad de su demanda en función del precio), pero que requiere que el precio que se cobra a todos cubra, a l menos a corto plazo, el costo marginal del servicio. En este sentido, la diferenciación del precio puede ser un a práctica eficiente que no debe ser prohibida. La subvención directa otorgada por algún fondo u organismo público ofrece la ventaja de ser más transparente y más fácil de supervisar que las subvenciones internas.

e) Normas de buena ejecución

63. Las empresas gestoras de servicios reglamentados han de satisfacer ciertas normas técnicas y de buen a ejecución del servicio (véase capítulo VIII “Demoras, defectos u otras formas de incumplimiento”, __). Estas normas son a menudo demasiado pormenorizadas para figurar en la legislación del sector, por lo que se enunciarán en decretos de aplicación, concesiones, licencias u otros documentos. Cabe citar, por ejemplo, ciertos requisitos mínimos de interconexión para el funcionamiento de una red, normas de calidad (tales como de potabilidad y presión del agua), plazos límite de reparación, márgenes de tolerancia en materia de quejas o de averías, puntualidad de los servicios del transporte, continuidad del servicio así como normas sanitarias, de seguridad y ambientales. Es posible, no obstante, que la ley enuncie ciertos principios básicos para la redacción pormenorizada de las normas técnicas o exija respeto de las normas técnicas internacionalmente reconocidas.

3. Órganos reguladores

64. Las normas de rango legal por las que se rige la reglamentación de los sectores de infraestructura suelen contener reglas de carácter sustantivo y reglas de carácter institucional. Los reglamentos suelen ser dictados por diversos órganos para ser aplicados y supervisados por otros. El término “órgano regulador” se refiere a los mecanismos institucionales requeridos para aplicar y supervisar la observancia de las reglas de carácter sustantivo.

65. La intervención de esos órganos reguladores es necesaria por requerir normalmente el funcionamiento de la infraestructura que los reglamentos sean aplicados con cierto margen de discrecionalidad; es por ello preciso que alguien aplique esos reglamentos sustantivos, los interprete, supervise su observancia, imponga sanciones, y resuelva las controversias suscitadas por la buena o mala aplicación de esos reglamentos. La índole concreta de las tareas regulatorias y la discrecionalidad inherente a cada una de ellas serán determinadas por los propios reglamentos, que pueden ser muy diversos.

a) Gama de montajes institucionales

66. Existe una variada gama de mecanismos institucionales para la reglamentación de los sectores de infraestructura. Si bien muchos países suelen encomendar la función regulatoria a departamentos gubernamentales (como los ministerios interesados o departamentos de política de precios o de competitividad), la tendencia general es hacia el establecimiento de entidades reguladoras autónomas, independientes del poder político. En un mismo país la reglamentación de un determinado sector puede depender de una entidad independiente y autónoma mientras que otros sectores de la infraestructura son objeto de reglamentación ministerial. El poder reglamentador puede ser compartido entre una entidad reguladora autónoma y un órgano del poder político como sucede a menudo en lo relativo a la concesión de licencias.

b) Independencia y autonomía de las entidades reguladoras

67. Conviene que las entidades reguladoras estén aisladas y protegidas de toda presión indebida. Toda decisión regulatoria debe ser tomada sin interferencia alguna de la empresa gestora del servicio público. A ese fin, en muchos países se exige por ley la independencia del proceso regulatorio. La independencia y autonomía efectiva del órgano o entidad responsable reduce considerablemente los riesgos inherentes a todo proceso regulatorio y por consiguiente el costo de los servicios de infraestructura.

68. Un requisito primordial es la separación de la función regulatoria de toda función operacional, retirando toda función regulatoria que pueda haber sido conferida a la empresa gestora del servicio público para encomendarla a una entidad jurídica y funcionalmente independiente. Supuestos de confusión entre una función regulatoria y una función operacional son los que se dan cuando una empresa titular de un servicio público está habilitada para certificar el equipo que ha de emplearse en la red que administra o para imponer condiciones unilaterales de acceso a la red o de interconexión, o cuando la empresa gestora de un puerto asume el derecho de asignar los amarraderos a los buques que arriban a puerto.

69. Otro requisito esencial es el de asegurar la independencia total del órgano regulador respecto de la industria que ha de reglamentar. Esa independencia suele reforzarse con ciertas prohibiciones de que el personal del órgano regulador ocupe cargos, acepte regalos, celebre contratos o mantenga alguna otra relación (directa o a través de miembros de su familia u otros intermediarios) con las empresas cuya actividad haya de ser reglamentada, o con sus empresas matrices o filiales. Esta independencia es una condición para la credibilidad de la entidad reguladora. Supone asimismo que, para evitar conflictos de intereses, la función regulatoria deberá estar, especialmente en países y sectores en los que funcionen empresas estatales, libre de toda interferencia del poder político, igual que debe ser independiente de los propietarios de las empresas del sector.

70. Ello lleva a una cuestión relacionada, la de la autonomía de la entidad reguladora respecto de los poderes públicos. Esta autonomía puede ser necesaria para minimizar el riesgo de que las decisiones sean tomadas por un órgano que sea a la vez propietario de empresas que funcionan en el sector reglamentado, o bajo su influencia, o por un órgano que obre por razones más políticas que técnicas.

71. La independencia y autonomía no deben ser consideradas únicamente sobre la base de la situación institucional de la función regulatoria, sino también sobre la base de su autonomía funcional, que requiere que los órganos reguladores gocen de recursos humanos y financieros adecuados para desempeñar sus funciones con profesionalidad e integridad.

c) Atribuciones sectoriales de las entidades regulatorias

72. Cabe organizar la función regulatoria sobre una base sectorial o transectorial. Los países que han optado por un enfoque sectorial han decidido en muchos casos incluir en un solo marco reglamentario a más de un sector o subsector estrechamente vinculados entre sí, como sería el caso, por ejemplo, de las redes de telecomunicación, de televisión por cable y de radiodifusión, así como de las redes distribuidoras de gas y de energía, de los aeropuertos y las aerolíneas, o, desde una perspectiva más genérica, de varias modalidades de transporte mutuamente competitivas. Otros países han estructurado su dispositivo reglamentario sobre una base transectorial, en algunos casos con una única entidad reguladora para todos los sectores de infraestructura y en otros con una entidad encargada de los servicios públicos (agua corriente, energía, gas, telecomunicaciones) y otra para los medios de transporte.

73. La decisión en favor de uno u otro modelo puede depender en parte de la capacidad del dispositivo regulatorio del país; cuanto menor sea, mayor será la razón para reducir el número de estructuras independientes y buscar economías de escala. Cabe citar entre otras razones para optar por entidades multisectoriales la de la similitud de las cuestiones que se plantean en diversos sectores de infraestructura y la oportunidad de poder aplicar la enseñanzas adquiridas en un sector a otros sectores; la conveniencia de que se apliquen criterios coherentes a los diversos sectores; el alcance inicial y la secuencia del programa de reforma (de iniciarse por un solo sector, se suele establecer una entidad reguladora para ese solo sector); y su mayor capacidad de resistencia frente a las presiones de grupos de intereses sectoriales. Un posible inconveniente del establecimiento de entidades transectoriales es que esta estructura no favorece el desarrollo de conocimientos técnicos especializados (es decir, sectoriales).

d) Mandato de los órganos reguladores

74. La ley por la que se establece un dispositivo regulatorio suele señalar una serie de objetivos generales en los que deberá inspirarse la labor de los órganos reguladores, tales como los de fomentar la competitividad del servicio, proteger los intereses de los usuarios, satisfacer la demanda, estimular la eficiencia del sector o de las empresas gestoras de servicios públicos, velar por su viabilidad financiera, salvaguardar el interés público velando por la calidad y continuidad que debe caracterizar a todo servicio público, y proteger los derechos de los inversionistas. El tener uno o dos objetivos dominantes sirve para precisar el mandato de los órganos reguladores y para establecer ciertas prioridades entre objetivos en ocasiones contrapuestos. La claridad del mandato puede dar mayor autonomía y credibilidad al órgano regulador.

e) Atribuciones de los órganos reguladores

75. Los órganos reguladores pueden gozar de facultades decisorias, de facultades de asesoramiento activo o de facultades meramente consultivas, así como de una combinación de unas y otras según cual sea el objeto a regular. En algunos países, el legislador ha decidido dotar inicialmente a la entidad reguladora de poderes limitados para irlos aumentando a medida que la entidad fuera demostrando su profesionalismo y la independencia de sus intervenciones. El legislador especifica a menudo cuáles serán las facultades que competen a la administración pública y cuáles a la entidad reguladora. Se necesita claridad a este respecto a fin de evitar confusiones o conflictos innecesarios. Los inversionistas, así como los consumidores y demás partes interesadas, deben saber a quién acudir con sus solicitudes o quejas.

76. Por ejemplo, en muchos países la adjudicación de una licencia a una empresa gestora de un servicio público es un proceso en el que interviene una autoridad pública competente al respecto además de la propia entidad reguladora. Si la decisión de adjudicar un proyecto supone una decisión de carácter más político que técnico, como suele suceder en la privatización de empresas gestoras de infraestructura, la responsabilidad será, a menudo, en última instancia del propio gobierno. Ahora bien, si los criterios para la adjudicación son de índole más técnica, como suele suceder en el supuesto de un régimen liberal de adjudicación de licencias de servicios de telecomunicaciones o de generación de energía, muchos países suelen encomendar estas decisiones a una entidad reguladora independiente. En algunos casos, la autoridad pública competente tal vez haya de obtener el dictamen previo de la entidad reguladora para poder emitir una licencia. Por el contrario, algunos países excluyen toda intervención directa de la entidad reguladora en el proceso de adjudicación de licencias por razón de que juzgan de que ello podría afectar al modo en el que desempeñan su función regulatoria respecto de la empresa o empresas licenciatarias.

77. La competencia reglamentaria de la entidad reguladora suele abarcar todas las empresas que trabajan en el sector que tengan encomendado, sin distinción alguna entre las empresas públicas y las privadas. Algunos de los instrumentos o facultades regulatorios tal vez sean únicamente aplicables, a tenor de la ley, a las empresas gestoras de un servicio público que ocupen una posición dominante en el sector de que se trate. Por ejemplo, una entidad reguladora pudiera estar facultada para supervisar el precio de la empresa titular del servicio público o dominante en el sector, mientras que se deje a toda nueva empresa competidora en libertad para fijar sus precios.

78. La entidad reguladora suele tener que pronunciarse sobre asuntos como los siguientes: funciones propiamente normativas (por ejemplo, reglas para la concesión de licencias, condiciones para la certificación del equipo), la adjudicación de licencias, concesiones o autorizaciones; la modificación de esos instrumentos; la aprobación de ciertos contratos o decisiones propuestos por las entidades reglamentadas (por ejemplo, un calendario o un contrato de acceso a la red); la definición y supervisión de una obligación de prestar determinados servicios; la supervisión de las empresas gestoras de servicios públicos (en particular respecto de la observancia de las condiciones y normas técnicas de la licencia y las metas de ejecución); la determinación o el ajuste de la tarifa; la autorización de subvenciones, exenciones u otras ventajas que pudieran distorsionar la competencia en el sector; sanciones; y la solución de controversias.

f) Composición de la entidad reguladora y su personal

79. La confianza de los inversionistas y del público en el profesionalismo, la competencia, la eficiencia y la integridad de la función regulatoria dependen en gran medida de la entidad y del personal a los que se haya confiado esa función. La designación de la entidad reguladora y de su personal, así como sus calificaciones y su experiencia y las reglas por las que se ha de regir su actuación, son cuestiones cruciales a este respecto.

80. Al establecer una entidad reguladora, unos cuantos países han optado por un órgano regulador unipersonal, mientras que otros han preferido establecer una comisión reguladora. Una comisión tal vez ofrezca mayores salvaguardias contra cierto tipo de influencias y presiones indebidas y puede limitar el riesgo de que se adopte n decisiones regulatorias impensadas. Un órgano unipersonal puede, por el contrario, ser más rápido en sus decisiones y la responsabilidad personal de su titular es relativamente sencilla de establecer. Para mejorar la gestión

del proceso decisorio de una comisión regulatoria, se procura que el número de sus miembros sea reducido (tres o cinco miembros son cifras habituales al respecto). A fin de evitar empates se procura que el número de sus miembros sea impar, aun cuando sea posible que el voto de su presidente sea decisorio en el supuesto de empate.

81. A fin de que el órgano regulador goce de más autonomía, suelen participar en su designación diversas instituciones; en algunos países, el Jefe del ejecutivo designa los miembros de la entidad reguladora entre los nombres de una lista presentada por el parlamento, mientras que en otros el poder ejecutivo los designa entre los nombres presentados por el parlamento, o por asociaciones de usuarios u otras entidades, o si los designa directamente, ese nombramiento estará sujeto a la aprobación del parlamento. Para ser miembro o titular de un órgano regulador suelen requerirse ciertas calificaciones profesionales mínimas, así como la ausencia de todo conflicto de intereses que pudiera descalificar a una persona para esa función. Los mandatos de los miembros de una comisión reguladora pueden estar escalonados a fin de impedir que todos los miembros sean renovados y nombrados por el mismo gobierno; ese escalonamiento favorece además la continuidad del proceso regulatorio. Los mandatos suelen ser por plazo fijo, pueden ser no renovables y podrán ser revocados antes de expirar el plazo del mandato por cierto número de razones (condena penal, incapacidad mental, grave negligencia o abandono del deber). Algunos requisitos son aplicables a todo el personal de la entidad reguladora. En muchos países la ley otorga condiciones favorables al personal del órgano regulador, incluida una remuneración adecuada a fin de atraer a una persona calificada y de reducir el riesgo de corrupción. El órgano regulador ha de actuar frente a contables y abogados experimentados y todo tipo de expertos que trabajan al servicio de la industria reglamentada, por lo que conviene dotarlo del mismo nivel de competencia, experiencia y profesionalismo, ya sea directamente o previendo la contratación de asesores externos. Se les permite a menudo asignar a peritos externos, en régimen de subcontratación, ciertas tareas regulatorias que no supongan la adopción definitiva de una decisión regulatoria.

g) Presupuesto de la entidad reguladora

82. El disponer de un personal y de un nivel de remuneración adecuados, así como de un presupuesto para capacitación y servicios periciales externos y de fuentes de financiación estables, son factores decisivos para el éxito de la labor de una entidad reguladora. En muchos países, el presupuesto de la entidad reguladora se financia con la imposición de una tasa o de algún otro derecho a la industria reglamentada. Esa tasa puede ser fijada en función del volumen de ventas o de facturación de las empresas reglamentadas, o ser cobrada como un derecho pagadero por la licencia, la concesión u otras autorizaciones requeridas. En algunos países, el presupuesto de la entidad se complementa en la medida necesaria por transferencias de índole presupuestaria aprobadas al efecto cada año, lo que no deja de ser un factor de incertidumbre que puede restar autonomía a la entidad reguladora.

4. Proceso regulatorio y procedimientos a seguir

83. Todo marco regulatorio requiere una cierta normativa procesal que habrá de ser respetada en el ejercicio de sus facultades por las instituciones que se encargan de las diversas funciones regulatorias.

a) Obligación de divulgar ciertos datos

84. A fin de que las entidades reguladoras puedan llevar a cabo sus funciones, la ley suele imponer a toda industria reglamentada ciertas obligaciones, en particular la obligación de facilitar al órgano regulador una información precisa y oportuna sobre las operaciones de la empresa, y suele dar a ese órgano ciertas facultades para imponer la observancia de esas obligaciones. Cabe citar al respecto la posibilidad de efectuar indagaciones y de ordenar auditorías, como sería, por ejemplo, una auditoría pormenorizada de resultados y de observancia de lo estipulado; así como la facultad de imponer sanciones a las empresas que no colaboren y de dictar órdenes conminatorias o, al menos, de entablar un procedimiento encaminado a la obtención de esa orden o de alguna sanción que imponga la prestación de esa información.

85. Las empresas cuyas actividades están reglamentadas suelen estar obligadas a llevar y tener disponibles ciertas cuentas y estados financieros, así como a llevar una contabilidad de costos debidamente desglosados que permitan

al órgano regulador evaluar por separado los diversos aspectos de las operaciones de la empresa. Las operaciones financieras entre la empresa y sus filiales serán también objeto de escrutinio, ya que una empresa gestora puede intentar transferir sus beneficios a negocios no reglamentados o a filiales extranjeras. Es posible que las empresas reglamentadas hayan de presentar también ciertos informes detallados de índole técnica o de resultados. Ahora bien, toda empresa reglamentada conocerá mejor su propia estructura de costos que la entidad reguladora y sólo estará obligada a suministrar aquellos datos que reglamentariamente le sean exigidos, pudiendo hacerlo en la manera que sea más compatible con sus propios intereses.

86. El fomentar la competencia comercial en un determinado sector de infraestructura puede ser un método de resolver el problema dimanante de esta asimetría básica de la información. Una de las ventajas de la competencia comercial es que proporciona a la entidad reguladora una multiplicidad de puntos de referencia y observaciones que la permitirán determinar si las ofertas o posiciones de una empresa reglamentada son razonables y conformes con el interés público. Los datos técnicos o de costos obtenidos de las empresas competidoras pueden servir de criterio para que, por ejemplo, el órgano regulador deniegue una elevación de la tarifa calculada en función de unos costos que sean superiores al promedio de la industria (véase capítulo VIII, “Etapa de explotación”, ____).

b) Procedimientos

87. La credibilidad del proceso regulatorio requiere transparencia y objetividad, con independencia de que la facultad regulatoria sea ejercida por un ministerio o departamento gubernamental o por una entidad reguladora autónoma. Las reglas y procedimientos deben ser objetivos y claros a fin de poder velar por su equidad e imparcialidad. En aras de una mayor transparencia, debe exigirse por ley que esas reglas y procedimientos sean publicados. Toda decisión regulatoria debe ser motivada y deberá ser publicada o puesta a disposición de los interesados por algún otro medio adecuado.

88. Algunos países exigen una transparencia, incluso mayor al requerir por ley que el órgano regulador publique un informe anual del sector con las decisiones adoptadas durante el ejercicio, las controversias resueltas, la forma en que se resolvieron, etc. Ese informe anual puede contener además las cuentas del órgano regulador y su verificación por un auditor independiente. En algunos países se exige además que ese informe anual sea presentado a una comisión parlamentaria.

89. Las decisiones regulatorias suelen afectar normalmente a los intereses de diversos grupos, y en particular a los intereses de la entidad proveedora del servicio público reglamentado, a sus competidores actuales o potenciales, y a los usuarios comerciales o no comerciales de ese servicio. En muchos países, el proceso regulatorio (ya sea ejercido por una entidad autónoma o por un ministerio) prevé la apertura de un procedimiento de consulta previa a la adopción de toda decisión o recomendación importante para el sector considerado. En algunos países esta consulta se tramita en forma de una audiencia pública y en otros se hace a través de documentos de encuesta en los que se pide a los grupos interesados que den a conocer sus observaciones. Algunos países han establecido también órganos consultivos, formados por los usuarios y las partes interesadas, cuya opinión debe recabarse cada vez que se adopte una decisión o recomendación importante. Para mayor transparencia, es posible que se hayan de publicar las observaciones, recomendaciones u opiniones formuladas durante el proceso de consulta.

c) Solución de controversias

90. La prestación de servicios de infraestructura puede suscitar desacuerdos o disputas, muchas de las cuales pueden ser de la competencia del sistema judicial; este sería el caso de una controversia entre la empresa gestora de un servicio público y sus proveedores o su personal. Lo mismo cabe decir de las controversias entre los proveedores y los usuarios de un servicio público, aun cuando los consumidores (o las asociaciones de consumidores) podrán a menudo, a título adicional, presentar sus quejas ante la entidad reguladora. La mayoría de las disputas que habrá de resolver la entidad reguladora será entre empresas proveedoras de un mismo servicio público, como sucedería, por ejemplo, de suscitarse disputas relativas al derecho de acceso a la red de infraestructura o de interconexión.

91. Otro tipo de conflicto que puede darse entre las empresas reglamentadas y el órgano regulador o los poderes públicos es el dimanante de toda modificación de la licencia o del baremo de precios. La propia entidad reguladora suele resolver esos conflictos pero su decisión podrá ser objeto de un recurso.

92. Además, la legislación sectorial, los tratados para la protección de inversiones, y los términos de la licencia o las estipulaciones contractuales regulan a menudo el derecho de los inversionistas a recurrir a un arbitraje comercial entre la autoridad pública y la entidad afectada si consideran que ha habido incumplimiento de contrato por parte de la autoridad pública involucrada (véase capítulo XI, “Solución de controversias”, ___).

93. Ya que cualquiera de estas controversias puede tener un impacto negativo sobre el funcionamiento de la empresa afectada y en vista de la índole pública de la mayoría de los servicios de infraestructura, muchas legislaciones (y licencias o contratos) han previsto mecanismos para que los desacuerdos puedan ser resueltos prontamente sin necesidad de recurrir a los tribunales, a la entidad reguladora o al arbitraje. Cabe citar al respecto la posibilidad de recurrir a un peritaje técnico, a la verificación o certificación de un tercero independiente, o a un comité u otro dispositivo permanente de conciliación.

d) Sanciones

94. En muchos países, la legislación confiere al órgano regulador ciertas facultades coercitivas o punitivas, como las de modificar, suspender o retirar la licencia, concesión o autorización otorgada, definir los términos de los contratos celebrados entre los proveedores de un servicio público (p. ej. acuerdos de acceso o de interconexión), poner en marcha la fragmentación de una empresa proveedora de un servicio público, la de dictar órdenes conminatorias o de otra índole a los proveedores de un servicio público dominante en el mercado, la de imponer sanciones civiles, particularmente por concepto de demora en la puesta en práctica de una decisión del órgano regulador, y la de entablar un proceso penal o de otra índole.

e) Vías de recurso

95. El legislador ha previsto a menudo ciertas vías de recurso contra las decisiones de una entidad reguladora. Las leyes de muchos países limitan, no obstante, los motivos que pueden dar lugar a un recurso a fin de no abrir puertas a la incertidumbre dejando interponer recursos cuya finalidad sea la de demorar los efectos de una decisión regulatoria. Se ha de buscar por ello el punto de equilibrio entre la protección de los intereses legítimos de las entidades que trabajan en una industria reglamentada y la credibilidad del propio sistema regulatorio. Es a menudo indispensable que la decisión cobre efecto con rapidez, como sucedería en el supuesto de que a una empresa competidora le fuera negado acceso a la red del servicio, poniéndola en riesgo inminente de quiebra, de no resolverse el conflicto rápidamente. Las decisiones deben recurrirse ante órganos que posean la pericia o los conocimientos técnicos necesarios para dictaminar en la materia. En algunos ordenamientos las empresas de servicios públicos pueden recurrir contra ciertas decisiones de la entidad reguladora ante la autoridad nacional protectora de la competencia comercial o ante tribunales administrativos o judiciales.