Naciones Unidas A/CN.9/471/Add.2

Asamblea General

Distr: general
6 de diciembre de 1999
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
33º período de sesiones
Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000

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

Informe del Secretario General

Adición

I. Marco legislativo e institucional general

Índice

	Párrafos	*Página*
Recomendaciones legislativas		3
Notas de las recomendaciones relativas a la legislación	1-53	5
A. Observaciones generales	1	5
B. Marco constitucional y legislativo	2-14	5
1. Principios rectores generales para un marco constitucional y legislativo favorable	3-6	5
2. El derecho constitucional y los proyectos de infraestructura con financiación privada	7-9	6
3. Legislación general sectorial	10-14	7
C. Alcance de las facultades para adjudicar concesiones	15-22	8
1. Organismos autorizados y campos de actividad pertinentes	16-18	8
2. Finalidad y alcance de las concesiones	19-22	9

V.99-90398

		Párrafos	*Página*
D.	Coordinación administrativa	23-29	10
	1. Coordinación de las medidas preparatorias	25-26	10
	2. Arreglos para facilitar la expedición de licencias y permisos	27-29	11
E.	Facultades para regular los servicios de infraestructura	30-53	12
	1. Competencia sectorial y mandato de las entidades reguladoras	33-35	13
	2. Mecanismos institucionales	36-38	13
	3. Atribuciones de las entidades reguladoras	39-42	14
	4. Composición, personal y presupuesto de la entidad reguladora	43-45	15
	5. Proceso regulatorio y procedimientos a seguir	46-48	16
	6. Recurso contra la decisión de una entidad reguladora	49-50	17
	7. Solución de controversias entre proveedores de servicios públicos	51-53	17

Recomendaciones legislativas

Se recomienda a los países anfitriones que deseen promover proyectos de infraestructura con financiación privada que incorporen a su legislación los siguientes principios:

Marco constitucional y legislativo (párrs. 2 a 14)

Recomendación 1. El marco legislativo e institucional para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada debería asegurar la transparencia, la equidad y la sostenibilidad a largo plazo de los proyectos. Convendría eliminar las restricciones de la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de infraestructuras.

Competencia para adjudicar concesiones (párrs. 15 a 22)

Recomendación 2. La ley debería especificar las autoridades públicas del país anfitrión (incluidas, en su caso, las autoridades nacionales, provinciales y locales) facultadas para concertar acuerdos con miras a la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada.

Recomendación 3. Los proyectos de infraestructura con financiación privada pueden incluir concesiones para la construcción y la explotación de infraestructuras y sistemas o el mantenimiento, la modernización, la expansión y la explotación de las infraestructuras y los sistemas existentes.

Recomendación 4. La ley debería especificar los sectores o tipos de infraestructuras respecto de los cuales puedan adjudicarse concesiones.

Recomendación 5. La ley debería especificar si una determinada concesión puede hacerse extensiva a toda la región que está bajo la jurisdicción de la respectiva autoridad contratante, a una subdivisión geográfica de la región o a un proyecto concreto, y si puede adjudicarse con o sin exclusividad, según el caso, de conformidad con las reglas y los principios de derecho, las disposiciones legislativas, las reglamentaciones y las políticas aplicables al sector pertinente. Podría facultarse conjuntamente a las autoridades contratantes para adjudicar concesiones que abarcaran más de una jurisdicción.

Coordinación administrativa (párrs. 23 a 29)

Recomendación 6. Deberían establecerse mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas responsables de la concesión de las aprobaciones, las licencias, los permisos o las autorizaciones necesarias para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada de conformidad con las disposiciones legislativas o administrativas que regularan la construcción y explotación de las infraestructuras del tipo pertinente.

Competencia para regular los servicios de infraestructura (párrs. 30 a 53)

Recomendación 7. La facultad de reglamentación de los servicios de infraestructura no debe conferirse a entidades que presten directa o indirectamente servicios de infraestructura.

Recomendación 8. La competencia de reglamentación debe conferirse a órganos funcionalmente independientes que dispongan de un nivel suficiente de autonomía que les

permita adoptar sus decisiones sin injerencias políticas ni presiones indebidas de los explotantes de las infraestructuras o de los proveedores de servicios públicos.

Recomendación 9. Las reglas que rigen los procedimientos de reglamentación deben hacerse públicas. Las decisiones de reglamentación deben explicar las razones en que se basan y deben ser accesibles a las partes interesadas mediante publicación u otros medios.

Recomendación 10. La ley debería establecer procedimientos transparentes en virtud de los cuales el concesionario pudiera solicitar la revisión de las decisiones de reglamentación por un órgano independiente e imparcial y que especificaran los motivos en que puede basarse una solicitud de examen, así como la posibilidad de revisión judicial.

Recomendación 11. En su caso, deben establecerse procedimientos especiales para tramitar las controversias entre proveedores de servicios públicos acerca de presuntas violaciones de las leyes y reglamentaciones que rijan el sector pertinente.

Notas sobre las recomendaciones relativas a la legislación

A. Observaciones generales

1. El establecimiento de un marco jurídico apropiado y efectivo es una condición indispensable para crear un entorno que favorezca la inversión privada en infraestructuras. Para los países que ya dispongan de ese marco jurídico, es importante asegurar que la ley sea suficientemente flexible y se adapte a la evolución de la situación en diversos sectores de infraestructuras. Este capítulo trata de algunas cuestiones generales que conviene que tengan en cuenta los órganos legislativos nacionales al crear o revisar el marco jurídico para los proyectos de infraestructura con financiación privada a fin de lograr los objetivos mencionados. En la sección B (párrs. 2 a 14) se enuncian consideraciones generales sobre el marco constitucional y legislativo; en la sección C (párrs. 15 a 22) se examina el alcance de las competencias para adjudicar concesiones de infraestructuras y servicios públicos; en la sección D (párrs. 23 a 29) se estudian posibles medidas para fomentar la coordinación administrativa; y en la sección E (párrs. 30 a 53) se examinan los arreglos institucionales y de procedimiento para la reglamentación de los sectores de infraestructuras.

B. Marco constitucional y legislativo

2. En esta sección se examinan los principios rectores generales en que puede inspirarse el marco jurídico para los proyectos de infraestructura con financiación privada. También se señalan las repercusiones que puede tener el derecho constitucional del país anfitrión en la ejecución de esos proyectos. Por último, esta sección se ocupa brevemente de las posibles decisiones sobre el nivel y el tipo de instrumento que tal vez convenga promulgar y su ámbito de aplicación.

1. Principios rectores generales para un marco constitucional y legislativo favorable

3. Al estudiar el establecimiento de un marco jurídico propicio o al determinar si el marco existente es adecuado, los legisladores deben tener en cuenta algunos principios generales que han servido de base para algunas medidas legislativas recientemente adoptadas en diversos países y que se examinan brevemente en los siguientes párrafos.

a) Transparencia

4. Un marco jurídico transparente se caracteriza por reglas claras y accesibles y por procedimientos eficientes para la aplicación de dichas leyes. Las leyes y los procedimientos administrativos transparentes crean previsibilidad, lo cual permite a los posibles inversionistas evaluar los costos y riesgos de su inversión y ofrecer así sus condiciones más ventajosas. Las leyes y los procedimientos administrativos transparentes también pueden fomentar un espíritu de apertura mediante disposiciones que requieran la publicación de las decisiones administrativas y la difusión de información de interés público. Son también una salvaguardia frente a las decisiones o medidas arbitrarias o indebidas que puedan adoptar la autoridad contratante o sus funcionarios y contribuyen así a promover la confianza en el programa de desarrollo de infraestructuras de un país. La transparencia de las leyes y de los procedimientos administrativos reviste especial importancia cuando se buscan inversiones extranjeras, ya que las empresas extranjeras pueden desconocer las prácticas que se siguen en el país para la adjudicación de proyectos de infraestructura.

b) Equidad

5. El marco jurídico es el medio por el cual los gobiernos regulan los servicios públicos y aseguran a sus ciudadanos la prestación de tales servicios y el medio por el cual los proveedores de servicios públicos y sus clientes pueden proteger sus derechos. Un marco jurídico equitativo debe tener en cuenta los intereses diversos (y a veces posiblemente encontrados) del gobierno, de los proveedores de servicios públicos y de sus clientes y debe tratar de compaginar equitativamente estos intereses. Las consideraciones comerciales del sector privado, el derecho de los usuarios a servicios adecuados, tanto en calidad como en precio, la responsabilidad del gobierno que debe asegurar la prestación continua de los servicios esenciales y su papel en la promoción del desarrollo nacional de infraestructuras son algunos de los intereses que merecen estar debidamente reconocidos por la ley.

c) Sostenibilidad a largo plazo

6. Un importante objetivo de la legislación nacional sobre desarrollo de infraestructuras es asegurar la prestación de los servicios públicos a largo plazo, prestando una atención cada vez mayor a la sostenibilidad ecológica. Si no se adoptan disposiciones adecuadas para la explotación y el mantenimiento de la infraestructura pública puede mermarse gravemente la eficiencia en todos los sectores de infraestructuras y ello puede ocasionar una reducción de la calidad de los servicios y un incremento de los costos para los usuarios. Desde una perspectiva legislativa, es importante asegurar que el país anfitrión disponga de la capacidad institucional necesaria para llevar a cabo las diversas tareas encomendadas a las autoridades públicas que se ocupan de los proyectos de infraestructura en todas sus fases de ejecución. Otra medida para fomentar la sostenibilidad a largo plazo de una política nacional de infraestructuras consiste en lograr un equilibrio correcto entre la competencia y el monopolio en la prestación de servicios públicos. La competencia puede reducir los costos globales y propiciar más instalaciones de apoyo para servicios esenciales. En ciertos sectores, la competencia ha contribuido también a incrementar la productividad de la inversión en infraestructuras, a que se tengan más en cuenta las necesidades de los clientes y a obtener una mayor calidad de los servicios públicos, mejorando así las condiciones y empresariales en todos los sectores de la economía.

2. El derecho constitucional y los proyectos de infraestructura con financiación privada

7. El derecho constitucional de diversos algunos países recoge generalmente la obligación del Estado de asegurar la prestación de servicios públicos. Algunos enumeran los sectores de servicios e infraestructura que corresponden al Estado, mientras que otros encomiendan la tarea de determinar dichos sectores al legislador. En algunas constituciones nacionales la prestación de determinados servicios públicos queda reservada exclusivamente al Estado o a entidades públicas especialmente creadas para este fin. Sin embargo, en otras se autoriza al Estado a que adjudique concesiones a entidades privadas para el desarrollo y la gestión de obras de infraestructura y la prestación de servicios públicos. En algunos países se limita la participación de extranjeros en determinados sectores, o se exige que el Estado participe en el capital de las empresas que prestan servicios públicos.

8. Es importante que los países que desean promover la inversión privada en obras de infraestructura revisen las normas constitucionales existentes a fin de determinar posibles limitaciones para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada. En

algunos países se ha demorado la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada por incertidumbres sobre la autoridad del Estado para adjudicarlos. A veces, el temor de que dichos proyectos puedan contravenir normas constitucionales sobre monopolios estatales o sobre la prestación de servicios públicos ha suscitado causas judiciales, que han afectado negativamente a la ejecución de los proyectos.

9. Es además importante tener en cuenta las normas relativas a la propiedad de los terrenos o las instalaciones de infraestructura. En el derecho constitucional de algunos países se limita la propiedad privada de tierras y de ciertos medios de producción. En otros países se reconoce la propiedad privada, pero la constitución establece que todos o determinados tipos de infraestructuras son propiedad del Estado. Prohibiciones y limitaciones de esta índole pueden obstaculizar la ejecución de proyectos que supongan el traspaso de la gestión, o de la gestión y la propiedad, de una infraestructura al sector privado (véase también el capítulo IV, "Desarrollo y explotación de infraestructuras", párrs. 23 a 29).

3. Legislación general sectorial

10. La legislación desempeña a menudo una función central en el fomento de las inversiones privadas en proyectos públicos de infraestructura. La ley suele entrañar un compromiso político, otorga derechos concretos y puede representar una importante garantía de estabilidad del régimen jurídico y regulatorio. En la mayoría de los países la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada fue de hecho precedida de medidas legislativas que establecían las normas generales con arreglo a las cuales se adjudicaban y ejecutaban esos proyectos.

11. En algunos países, el derecho constitucional o la práctica legislativa pueden requerir la promulgación de normas especiales para determinados proyectos. En otros países que cuentan con una arraigada tradición en la adjudicación al sector privado de concesiones para la prestación de servicios públicos, la legislación general faculta al gobierno para adjudicar al sector privado cualquier actividad del sector público que tenga un valor económico que permita su gestión por entidades privadas. Una legislación habilitadora general de este tipo de proyectos sienta las bases para dar un tratamiento uniforme a cuestiones que sean comunes a proyectos con financiación privada de diversos sectores de infraestructuras.

12. No obstante, por su propia naturaleza una legislación de carácter general no suele prestarse para regular todas las cuestiones peculiares de cada sector. Incluso en países que ya cuentan con legislación general para los aspectos comunes a todos los sectores se ha observado que la legislación sectorial suplementaria permite al legislador formular reglas que tengan en cuenta la estructura del mercado en cada sector de infraestructuras (véase *supra* "Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada", párrs. 21 a 46). Conviene señalar que en muchos países se promulgaron esas normas especiales en momentos en que una parte importante, o incluso la totalidad, de la infraestructura nacional estaba en manos de monopolios estatales. Es aconsejable que los países interesados en promover la inversión del sector privado en infraestructura examinen la normativa sectorial existente a fin de comprobar su idoneidad para proyectos de infraestructura con financiación privada.

13. Una legislación sectorial puede desempeñar además un papel importante en el establecimiento de un marco jurídico para regular cada sector de la infraestructura (véase *infra*, párrs. 30 a 53). La orientación legislativa es particularmente útil para los países que

se encuentran en una fase inicial de creación o desarrollo de una normativa interna de rango reglamentario. Con esa legislación se tiene la seguridad de que el poder de las autoridades para dictar reglamentos no es ilimitado, ya que en su ejercicio se habrán de respetar los parámetros que fija la ley. No obstante, en general no es aconsejable promulgar disposiciones legislativas rígidas o excesivamente detalladas para regular los aspectos contractuales de la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada, que en la mayoría de los casos se adaptarían mal a la larga duración de esos proyectos (véanse también los capítulos IV, "Desarrollo y explotación de infraestructuras", y V, "Duración, prórroga y cancelación del acuerdo de proyecto").

14. Muchos países han utilizado legislación para establecer los principios generales de la organización de los sectores de la infraestructura y el marco normativo básico, institucional y regulatorio. Puede, no obstante, que la ley no sea el mejor instrumento para fijar requisitos técnicos y financieros detallados. Muchos países han preferido promulgar reglamentos con normas más pormenorizadas para ejecutar las disposiciones generales de las leyes nacionales sobre esa clase de proyectos. Los reglamentos resultan más fáciles de adaptar a un cambio en el entorno, tanto si el cambio es consecuencia de la transición hacia normas basadas en el mercado como si obedece a acontecimientos externos, como nuevas tecnologías o distintas condiciones económicas o de mercado. Sea cual fuere el instrumento utilizado, son indispensables la claridad y la predecibilidad.

C. Alcance de las facultades para adjudicar concesiones

15. La ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada puede requerir la promulgación de leyes o reglamentos especiales que autoricen a los órganos del Estado a encomendar la prestación de servicios públicos a entidades privadas. La promulgación de una autorización legal expresa puede ser un factor importante para reforzar la confianza de los inversionistas eventuales, nacionales o extranjeros, en la política nacional de promoción de la inversión del sector privado en infraestructura. En los siguientes párrafos se examinan los elementos centrales de la facultad de adjudicación de concesiones para proyectos de infraestructura con financiación privada.

1. Organismos autorizados y campos de actividad pertinentes

16. En algunos ordenamientos, la responsabilidad del gobierno en la prestación de servicios públicos no puede ser delegada sin autorización legal previa. Para los países que deseen atraer la inversión privada hacia la infraestructura es especialmente importante que la ley defina claramente la autoridad para encomendar a entidades que no sean las autoridades del país anfitrión el derecho a prestar determinados servicios públicos. Esa disposición general puede tener particular importancia en los países en los que los servicios públicos son monopolio del Estado o donde se prevé hacer que entidades privadas presten ciertos servicios que solían ser gratuitos para el público (véase también el capítulo IV, "Desarrollo y explotación de infraestructuras", párrs. 37 y 38).

17. Si se adopta legislación general, conviene también que en ella se indique claramente cuáles son las autoridades públicas o los escalones administrativos competentes para adjudicar los proyectos de infraestructura y para actuar como autoridades contratantes. A fin de evitar demoras innecesarias, es particularmente aconsejable disponer de reglas que permitan averiguar qué personas u oficinas tienen competencia para comprometerse en nombre de la autoridad contratante (y, en su caso, de otras autoridades públicas) en las distintas fases de negociación y para negociar el acuerdo del proyecto. Es útil considerar

la amplitud de poderes requerida por las autoridades que no sean las de la administración central para llevar a cabo proyectos que sean de su competencia. Para los proyectos en que intervengan oficinas u organismos de distintos ámbitos de gobierno (por ejemplo, de ámbito nacional, provincial o local), cuando no sea posible determinar de antemano todos los organismos y oficinas pertinentes, conviene adoptar otras medidas para asegurar una coordinación adecuada entre esas entidades (véanse más adelante los párrs. 23 a 29).

18. Para mayor claridad, es aconsejable precisar en la legislación general los sectores en que se pueden adjudicar concesiones. Cuando ello no sea factible o conveniente, la ley podría especificar las actividades que no puedan ser objeto de concesión (por ejemplo, las relativas a la defensa nacional o la seguridad).

2. Finalidad y alcance de las concesiones

19. Puede ser útil que la ley defina la naturaleza y la finalidad de los proyectos de infraestructura con financiación privada para los que pueden adjudicarse concesiones en el país anfitrión. Un posible criterio sería definir las diversas categorías de proyectos según la amplitud de los derechos concedidos y las obligaciones asumidas por el concesionario (por ejemplo, "construcción-explotación-traspaso", "construcción-propiedad-explotación", "construcción-traspaso-explotación" y "construcción-traspaso"). Pero, dada la gran variedad de planes que pueden entrar en juego en conexión con las inversiones privadas en infraestructura, quizá resulte difícil proporcionar definiciones exhaustivas de todos ellos. Otra posibilidad sería que la ley dispusiese en general que pueden adjudicarse concesiones con la finalidad de encargar a una entidad, privada o pública, la obligación de llevar a cabo obras de infraestructura y prestar otros servicios públicos, a cambio del derecho a cobrar un precio por la utilización de las instalaciones o los locales o por el servicio o los bienes que genera, u otro pago o remuneración convenido en otras partes. La ley podría además aclarar que pueden adjudicarse concesiones para la construcción y la explotación de una nueva instalación o un nuevo sistema de infraestructura o por el mantenimiento, la reparación, el reacondicionamiento, la modernización, la ampliación y la explotación de instalaciones y sistemas de infraestructura ya existentes, o únicamente para la gestión y la prestación de un servicio público.

20. Otra cuestión importante es la naturaleza de los derechos conferidos al concesionario, concretamente la cuestión de si el derecho a prestar el servicio es exclusivo o si el concesionario se enfrentará con la competencia de otros proveedores de instalaciones o servicios de infraestructura. La exclusividad puede referirse al derecho a prestar un servicio en una región geográfica en particular (por ejemplo, una empresa municipal de abastecimiento de agua potable) o abarcar todo el territorio de un país (por ejemplo, una empresa nacional de ferrocarriles); puede tener relación con el derecho a suministrar un tipo particular de bienes o servicios a un cliente en concreto (por ejemplo, un generador de energía que sea el proveedor regional exclusivo de un transmisor y distribuidor de electricidad) o a un grupo limitado de clientes (por ejemplo, una compañía nacional de comunicaciones telefónicas a larga distancia que proporcione conexiones con empresas telefónicas locales).

21. La decisión de conceder derechos exclusivos a cierto proyecto o categoría de proyectos debe adoptarse a la luz de la política del país con respecto al sector de que se trate. Como antes se analizó, el ámbito de competencia varía considerablemente en diferentes sectores de la infraestructura. Mientras que algunos de ellos, o sus elementos, presentan las características de monopolios naturales, en cuyo caso la competencia abierta no suele ser una posibilidad económica viable, otros sectores de la infraestructura han sido

abiertos con buen éxito a la libre competencia (véase “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, párrs. 28 y 29).

22. En consecuencia, es conveniente tratar de manera flexible la cuestión de la exclusividad. En lugar de excluir o prescribir las concesiones exclusivas, puede ser preferible que la ley autorice a la administración pública a adjudicar concesiones exclusivas siempre que existan razones de interés público que lo justifiquen, como en los casos en los que se otorga la exclusividad con el fin de garantizar la viabilidad técnica o económica del proyecto. Puede requerirse de la autoridad contratante que exponga las razones para estudiar la adjudicación de una concesión exclusiva antes de iniciar el procedimiento de selección del concesionario. Cabe complementar esa legislación general con leyes especiales para los diversos sectores, que regulen la cuestión de la exclusividad de manera adecuada para cada uno de ellos en particular.

D. Coordinación administrativa

23. Dependiendo de la estructura administrativa del país anfitrión, los proyectos de infraestructura con financiación privada pueden requerir la participación de varias autoridades públicas, a diversos niveles de la administración. Por ejemplo, la facultad reguladora o reglamentadora de la actividad pertinente puede competir total o parcialmente a una autoridad pública situada a distinto nivel que el encargado de prestar el servicio correspondiente. También puede ocurrir que tanto la función reguladora como la operativa correspondan a una sola entidad, pero que la función adjudicadora de contratos públicos corresponda a otra autoridad pública. Para los proyectos en los que hay inversión extranjera, puede también ocurrir que determinadas competencias específicas correspondan a un organismo encargado de aprobar las propuestas de inversión extranjera.

24. La experiencia internacional reciente ha demostrado que es útil encomendar a una dependencia central de la administración del país anfitrión la responsabilidad global de formular una política y de ofrecer orientación práctica sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. Esa dependencia central puede encargarse también de coordinar las aportaciones de las principales autoridades públicas con las que deba colaborar la compañía del proyecto. No obstante, se reconoce que puede ocurrir que en algunos países ese arreglo no resulte posible debido a su organización administrativa. Cuando no sea factible establecer esa dependencia central, cabe considerar otras medidas para asegurar un nivel adecuado de coordinación entre las diversas autoridades públicas interesadas, tal como se ha expuesto en los párrafos anteriores.

1. Coordinación de las medidas preparatorias

25. Una medida importante para asegurar la correcta ejecución de los proyectos de infraestructura con financiación privada es el requisito de que la autoridad pública competente realice una evaluación preliminar de la viabilidad del proyecto, en particular en los aspectos económicos y financieros, como las ventajas económicas previstas, los costos estimados y los ingresos que se prevé que reportará la explotación de la infraestructura y las repercusiones ecológicas del proyecto. En particular, en los estudios preparados por la autoridad contratante se deberán especificar claramente los resultados que se esperan del proyecto, justificar suficientemente la inversión, proponer una modalidad de participación del sector privado y describir una solución particular de los resultados exigidos.

26. Tras la determinación del futuro proyecto, la autoridad competente tendrá que concretar su prioridad relativa y asignar recursos humanos y de otro tipo para su ejecución. En ese momento, es aconsejable que la autoridad contratante examine los requisitos legales o reglamentarios para la explotación de instalaciones de infraestructura del tipo propuesto, a fin de precisar las principales autoridades públicas cuya colaboración sea necesaria para la ejecución del proyecto. Es también importante, en esta etapa, estudiar las medidas que puedan ser necesarias para que la autoridad contratante y las demás autoridades públicas que intervengan cumplan las obligaciones razonablemente previsibles en relación con el proyecto. Por ejemplo, puede que el gobierno tenga que adoptar disposiciones presupuestarias previas que permitan a la autoridad contratante o a otras autoridades públicas hacer frente a compromisos financieros a lo largo de varios ciclos presupuestarios, como los compromisos a largo plazo de adquirir el producto del proyecto (véase el capítulo IV, "Desarrollo y explotación de infraestructuras", párrs. 50 y 51). Asimismo, puede ser necesario adoptar una serie de medidas administrativas para poner en práctica ciertas formas de apoyo que se presten al proyecto, como exenciones tributarias y facilidades aduaneras (véase el capítulo II, "Riesgos del proyecto y respaldo público", párrs. 51 a 54), lo cual puede requerir un tiempo considerable.

2. Arreglos para facilitar la expedición de licencias y permisos

27. La legislación puede desempeñar un papel útil a la hora de facilitar la tramitación de las licencias y permisos que puedan necesitarse en el transcurso de un proyecto (tales como licencias conforme a la normativa sobre cambio exterior; licencias para la inscripción registral del concesionario; autorizaciones para el empleo de extranjeros; derechos de timbre e inscripción para la utilización o la propiedad de terrenos; licencias de importación de equipo y suministros; licencias de construcción; licencias de instalación de cables o conducciones; licencias para la puesta en funcionamiento de la instalación; asignación de frecuencias para las comunicaciones móviles). Las licencias o permisos necesarios pueden ser de la competencia de diversos órganos situados a diferentes niveles de la administración y el tiempo requerido para su obtención puede ser considerable, en especial cuando los órganos o dependencias competentes no hayan participado desde un principio en la concepción del proyecto ni en la negociación de sus condiciones. Todo retraso en la puesta en funcionamiento del proyecto de infraestructura al no disponerse de licencias o permisos por razones no imputables al concesionario puede provocar un incremento en el costo del proyecto y la elevación de su precio para los usuarios.

28. Por tanto, es aconsejable prever desde el principio todo lo relativo a las licencias y permisos requeridos para el proyecto considerado a fin de evitar demoras en la fase de ejecución. Una medida posible para coordinar mejor la emisión de licencias y permisos puede ser la de encomendar a un solo órgano la tarea de recibir las solicitudes de licencias y permisos, transmitirlas a los organismos competentes y controlar la emisión oportuna de todas las licencias y permisos indicados en la convocatoria del concurso en la solicitud de propuestas y de toda nueva licencia que introduzca algún reglamento posterior. Cabría asimismo facultar a los organismos competentes para emitir licencias y permisos provisionales y que el mero transcurso de un plazo convalidaría, caso de no ser denegados por escrito.

29. Cabe observar, sin embargo, que la distribución de las facultades administrativas entre los diversos niveles de la administración pública (por ejemplo, local, regional y central) reflejan muchas veces principios fundamentales de la organización política del país. Por consiguiente, hay casos en que la administración central no estaría en condiciones

de asumir la responsabilidad de la expedición de todas las licencias y permisos o confiar a un órgano único esta función coordinadora. En esos casos, es importante introducir medidas para prevenir la posibilidad de demoras que resultasen de esa distribución de las facultades administrativas, como por ejemplo, acuerdos entre la autoridad contratante y las demás autoridades públicas competentes para facilitar los procedimientos para un determinado proyecto u otras medidas encaminadas a asegurar la adecuada coordinación entre las diversas autoridades públicas interesadas y a hacer más transparente y eficiente el proceso de obtención de licencias. Además, la administración pública tal vez considere la posibiliad de prestar una garantía de que hará todo lo posible por ayudar al concesionario a obtener las licencias requeridas por la ley nacional, por ejemplo, proporcionando información y asistencia a los ofertantes acerca de las licencias que se requieren, así como en cuanto a los procedimientos y condiciones pertinentes. Desde un punto de vista práctico, además de la coordinación entre los diversos niveles de gobierno y las diferentes autoridades públicas, es preciso velar por la coherencia en la aplicación de los criterios para la expedición de licencias y por la transparencia del proceso administrativo.

E. Facultades para regular los servicios de infraestructura

30. La prestación de ciertos servicios públicos está sujeta en general a un régimen regulatorio especial, que puede consistir en normas sustantivas, procedimientos, instrumentos e instituciones. Este marco representa un importante instrumento para aplicar la política oficial en el sector de que se trate (véase "Introducción e información de antecedentes de proyectos de infraestructura con financiación privada", párrs. 21 a 46). Según sean la estructura institucional del país y la asignación de facultades entre diferentes niveles de gobierno, la legislación provincial o local puede regir ciertos sectores de la infraestructura, plenamente o en concurrencia con la legislación nacional.

31. La regulación de los servicios de infraestructura entraña una amplia gama de cuestiones generales o específicas de cada sector, que pueden variar considerablemente según la realidad social, política, jurídica, y económica de cada país anfitrión. Aunque se examine ocasionalmente algunas de las principales cuestiones en materia de regulación con que se tropieza en un contexto análogo en sectores diferentes (véase, por ejemplo, el capítulo IV, "Desarrollo y explotación de infraestructuras", párrs. 39 a 46 y 82 a 95), la *Guía* no se propone agotar las cuestiones jurídicas o normativas que plantea la regulación de diversos sectores de la infraestructura. El concepto de "entidades reguladoras" se refiere a los mecanismos institucionales necesarios para aplicar y supervisar las reglas que rigen las actividades de las empresas de infraestructuras. Dado que las reglas aplicables a la gestión de infraestructuras permiten a menudo cierta discrecionalidad, es necesario que exista un órgano encargado de interpretarlas y aplicarlas y de vigilar su cumplimiento, así como de imponer sanciones y de resolver las controversias que surjan sobre la aplicación de las reglas. Las tareas de regulación en sí y el alcance de la discrecionalidad permitida serán determinadas por las reglas pertinentes, que pueden variar ampliamente.

32. La *Guía* supone que el país huésped ha implantado las estructuras institucionales y burocráticas adecuadas y ha dispuesto los recursos humanos necesarios para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada. No obstante, como aportación para los órganos legislativos nacionales que examinen la necesidad y la conveniencia de crear entidades reguladoras que vigilen la prestación de servicios públicos, esta sección analiza algunas de las principales cuestiones institucionales y de procedimiento que pueden

plantearse al respecto. El análisis que figura en esta sección ilustra las diferentes opciones que se han utilizado en las medidas legislativas nacionales para configurar un marco regulatorio de los proyectos de infraestructura con financiación privada, pero la *Guía* no aboga con ello por el establecimiento de ningún modelo de estructura administrativa en particular. Puede obtenerse información práctica y asesoramiento técnico de las instituciones financieras internacionales que llevan a cabo programas para ayudar a sus países miembros en la creación de un marco regulatorio adecuado (como el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo).

1. Competencia sectorial y mandato de las entidades reguladoras

33. Cabe organizar la función regulatoria sobre una base sectorial o transsectorial. 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 (por ejemplo, una entidad reguladora común del gas y la energía, o de los aeropuertos y las líneas aéreas). Otros países han estructurado su dispositivo reglamentario sobre una base transsectorial, 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. En algunos países, la competencia de las entidades reguladoras puede abarcar varios sectores de una determinada región.

34. Las entidades reguladoras cuya competencia se limita a un sector particular suelen fomentar el desarrollo de personal técnico especializado en ese sector específico. La regulación especial de un sector puede facilitar el desarrollo de normas y prácticas ajustadas a las necesidades de los interesados. Pero, la decisión entre regulación especial por sectores y la que abarca todos ellos depende en parte de la capacidad regulatoria del país. Países con pericia y experiencia limitadas en materia de regulación de infraestructuras pueden estimar preferible reducir el número de estructuras independientes y tratar de conseguir economías de escala.

35. 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 las entidades reguladoras, 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 las entidades reguladoras y para establecer ciertas prioridades entre objetivos en ocasiones contrapuestos. La claridad del mandato puede dar mayor autonomía y credibilidad a la entidad reguladora.

2. Mecanismos institucionales

36. Existe una variada gama de mecanismos institucionales para la regulación de los diversos sectores de la infraestructura. Si bien hay países que encomiendan la función regulatoria a los órganos de la administración (por ejemplo, los ministerios o departamentos interesados), otros países han preferido establecer entidades reguladoras autónomas, independientes del poder político. Algunos países han decidido someter ciertos sectores de la infraestructura a una regulación autónoma e independiente, dejando otros para la administración ministerial. A veces, las facultades pueden ser también compartidas entre una entidad reguladora autónoma y la administración, como ocurre con frecuencia

respecto de las licencias. Desde un punto de vista legislativo, es importante configurar disposiciones institucionales para las funciones regulatorias que garanticen a la entidad reguladora un nivel adecuado de eficiencia, teniendo en cuenta la tradición política, jurídica y administrativa del país.

37. La eficiencia del régimen regulatorio es, en muchos casos, función de la objetividad con que se adopten las decisiones en la materia. Esto requiere, a su vez, que las entidades reguladoras sean capaces de adoptar decisiones sin injerencia ni presiones impropias de los explotantes de infraestructura y proveedores de servicios públicos. Con ese fin, las disposiciones legislativas de varios países requieren que el proceso de elaboración de decisiones regulatorias sea independiente. Para alcanzar el deseado nivel de independencia, es aconsejable separar las funciones regulatorias de las operativas, eliminando las funciones regulatorias que aún queden en manos de los proveedores de servicios públicos, y confiarlas a una entidad jurídica y funcionalmente independiente. La independencia de la regulación se complementa con disposiciones para impedir conflictos de intereses, como prohibiciones al personal de la entidad reguladora de ejercer mandatos, aceptar regalos, celebrar contratos o tener ninguna otra relación (directamente o por conducto de familiares u otros intermediarios) con las empresas objeto de regulación, sus matrices o filiales.

38. Esto lleva a una cuestión conexa, a saber, la necesidad de reducir a un mínimo el riesgo de que las decisiones sean adoptadas o influidas por una entidad que sea además propietaria de empresas que operan en el mismo sector regulado, o por un órgano que actúe por motivos más políticos que técnicos. En algunos países se ha juzgado preciso dar a la entidad reguladora cierto grado de autonomía frente a los órganos políticos de gobierno. La independencia y la autonomía no deben estimarse sólo sobre la base de la posición institucional de la función regulatoria, sino también según su autonomía funcional (por ejemplo, la disponibilidad de recursos financieros y humanos suficientes para desempeñar correctamente sus cometidos).

3. Atribuciones de las entidades reguladoras

39. Las entidades reguladoras 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, se dotó inicialmente a las entidades reguladoras de poderes limitados que fueron luego ampliados a medida que las entidades fueron demostrando su profesionalidad 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.

40. Por ejemplo, en muchos países la selección de 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, el gobierno tal vez haya de obtener el dictamen previo de la entidad reguladora para poder adjudicar una concesión. Por el contrario, algunos países excluyen toda intervención directa de la entidad reguladora en el proceso de adjudicación por estimar que ello podría afectar al modo en el que desempeñan su función regulatoria respecto de la prestación del servicio de que se trate.

41. La competencia 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, puede ocurrir que una entidad reguladora esté facultada para supervisar el precio de la empresa titular del servicio público o dominante en el sector, pero que se deje a toda nueva empresa competidora en libertad para fijar sus precios.

42. La entidad reguladora suele tener que pronunciarse sobre asuntos como los siguientes: funciones propiamente normativas (por ejemplo, reglas para el otorgamiento de concesiones de licencias y condiciones para la certificación del equipo), la adjudicación efectiva de concesiones; 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 del precio; la autorización de subvenciones, exenciones u otras ventajas que pudieran distorsionar la competencia en el sector; sanciones; y la solución de controversias.

4. Composición, personal y presupuesto de la entidad reguladora

43. Al establecer una entidad reguladora, unos cuantos países han optado por una entidad reguladora 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 adopten decisiones regulatorias impremeditadas. Una entidad unipersonal puede, por el contrario, ser más rápida 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.

44. A fin de que la entidad reguladora 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 una entidad reguladora 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 entidad 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). La entidad reguladora 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 profesionalidad, ya sea directamente o previendo la contratación de asesores externos.

45. El disponer de fuentes de financiación estables, es decisivo para que una entidad reguladora funcione satisfactoriamente. 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 los proveedores de servicios públicos, 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. Pero esto puede crear un factor de incertidumbre que reste autonomía a la entidad.

5. Proceso regulatorio y procedimientos a seguir

46. El marco regulatorio requiere normalmente 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. 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 la equidad, imparcialidad y oportunidad de la actuación de la entidad reguladora. En aras de una mayor transparencia, debe exigirse por ley que esas reglas y procedimientos sean hechos públicos. Toda decisión regulatoria debe ser motivada y deberá ser publicada o puesta a disposición de los interesados por algún otro medio adecuado.

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

48. 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 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 antes de adoptar 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.

6. Recurso contra la decisión de una entidad reguladora

49. Otro importante elemento del régimen regulatorio del país anfitrión son los mecanismos por los cuales los proveedores de servicios públicos pueden solicitar la revisión de las decisiones regulatorias. Al igual que en todo el proceso regulatorio, es esencial que haya un alto nivel de transparencia y de credibilidad. A fin de tener credibilidad, la revisión debe encomendarse a una entidad que sea independiente de la entidad reguladora que adoptó la decisión inicial, así como de las autoridades políticas del país anfitrión y de los proveedores de servicios públicos.

50. La revisión de las decisiones de las entidades reguladoras suele ser competencia de los tribunales, pero en algunos ordenamientos jurídicos los recursos contra las decisiones de las entidades reguladoras son jurisdicción exclusiva de tribunales especiales competentes únicamente en cuestiones administrativas, que en algunos países no forman parte del sistema judicial. Si existen preocupaciones sobre el proceso de revisión (por ejemplo, sobre posibles demoras o sobre la capacidad de los tribunales para efectuar evaluaciones de cuestiones económicas complejas en el contexto de las decisiones regulatorias), las funciones de revisión pueden encomendarse a otro órgano, al menos en primera instancia, antes del recurso final ante los juzgados o tribunales administrativos. En algunos países, las solicitudes de revisión son examinadas por un órgano de supervisión independiente, intersectorial y de alto nivel. Hay también países en que las solicitudes de revisión son atendidas por un grupo integrado por personas con funciones judiciales y académicas especificadas. Por lo que respecta a los motivos en que puede basarse una solicitud de revisión, en muchos casos existen límites, en particular en lo referente al derecho del órgano de apelación, a sustituir la evaluación de los hechos efectuados por el órgano cuya decisión se revisa por su propia evaluación discrecional.

7. Solución de controversias entre proveedores de servicios públicos

51. Pueden surgir controversias entre concesionarios rivales (por ejemplo, dos empresas que administran sistemas de telefonía móvil) o entre concesionarios que prestan servicios en distintos ámbitos del mismo sector de infraestructuras. En esas controversias pueden alegarse prácticas comerciales inequitativas (por ejemplo, precios de *dumping*), prácticas no competitivas incompatibles con la política de infraestructuras del país (véase "Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada", párrs. 23 a 29) o el incumplimiento de determinadas obligaciones de los proveedores de servicios públicos (véase el capítulo IV, "Desarrollo y explotación de infraestructuras", párrs. 82 a 93). En muchos países se ha estimado necesario adoptar disposiciones legislativas a fin de establecer un marco apropiado para la solución de esas controversias.

52. En primer lugar, las diversas partes pueden no tener arreglos contractuales entre sí que prevean un mecanismo apropiado para la solución de controversias. Aun cuando fuera posible establecer un mecanismo contractual, al país anfitrión puede convenirle que las controversias relativas a ciertas cuestiones (por ejemplo, las condiciones de acceso a una determinada red de infraestructuras) sean dirimidas por un órgano específico a fin de que haya coherencia en la aplicación de las reglas pertinentes. Además, ciertas controversias entre proveedores de servicios públicos pueden referirse a cuestiones que, en virtud de la legislación del país anfitrión, no puedan resolverse mediante arbitraje.

53. La legislación nacional establece a menudo procedimientos administrativos para la tramitación de controversias entre proveedores de servicios públicos. Habitualmente, estos proveedores pueden presentar demandas ante la entidad reguladora u otra entidad gubernamental encargada de la aplicación de las reglas presuntamente violadas (por ejemplo, un órgano gubernamental encargado de velar por el cumplimiento de las leyes y reglamentaciones en materia de competencia), que en algunos países está facultada para dictar una decisión vinculante al respecto. Estos mecanismos, aun cuando sean vinculantes, no impiden necesariamente que las personas afectadas recurran a los tribunales, si bien en algunos ordenamientos jurídicos los tribunales pueden estar únicamente facultados para controlar la legalidad de la decisión (por ejemplo, la observancia de las garantías procesales) pero no las circunstancias que la acompañan.