



**Conferencia de las
Naciones Unidas sobre
Comercio y Desarrollo**

Distr.
GENERAL

TD/B/C.I/CLP/2
28 de abril de 2009

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO

Comisión de Comercio y Desarrollo

Grupo Intergubernamental de Expertos en

Derecho y Política de la Competencia

Décimo período de sesiones

Ginebra, 7 a 9 de julio de 2009

Tema 3 *a*) del programa provisional

Consultas y conversaciones relativas a los exámenes sobre derecho

y política de la competencia realizados por otros expertos,

examen de la Ley modelo y estudios relacionados con las

disposiciones del Conjunto de Principios y Normas

**MONOPOLIOS PÚBLICOS, CONCESIONES Y DERECHO
Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA**

Estudio de la secretaría de la UNCTAD

Resumen

Las concesiones de infraestructura han sido promovidas con el fin de modificar estructuras de mercado ineficaces, mejorar la eficiencia y reducir los gastos del presupuesto público. Se esperaba que las concesiones facilitarían el desarrollo económico y mejorarían el bienestar de los consumidores. Sin embargo, los países en desarrollo y las economías en transición han tenido experiencias contradictorias con las concesiones. A la vista de estos antecedentes, en el presente documento se analizan las concesiones desde la perspectiva de la política de competencia. Se examina en él en qué medida este tipo de contratos tiene posibilidades de contribuir al desarrollo económico y qué medidas es necesario adoptar para que tal cosa suceda. Como base para este documento se han utilizado las respuestas de los miembros a un cuestionario enviado por la secretaría de la UNCTAD. El documento empieza definiendo la función y la justificación de las concesiones. A continuación, se describen diferentes posibilidades de marco regulador, se exponen algunos efectos de las concesiones sobre el desarrollo económico y se abordan las formas de estimular la competencia, con inclusión del diseño, la adjudicación y el funcionamiento de las concesiones. Además, se revisa el papel de la autoridad responsable de la defensa de la competencia. Y el documento concluye preguntando cómo puede mejorar la experiencia de los países las concesiones.

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN.....	1 - 4	4
I. CONCESIONES Y DESARROLLO	5 - 62	4
A. Definición	5 - 11	4
B. Motivos para otorgar una concesión.....	12 - 18	7
C. Margo regulador de las concesiones.....	19 - 25	8
D. Influencia de las concesiones en el desarrollo económico	26 - 35	11
E. El papel del derecho y la política de competencia, y formas de estimular esta última	36 - 61	15
F. Papel de la reglamentación sectorial.....	62	22
II. ¿CÓMO PUEDE MEJORARSE LA "PRÁCTICA" DE LAS CONCESIONES? EXPERIENCIA ACUMULADA Y RETOS FUTUROS.....	63 - 65	23
<i>Referencias</i>		24

INTRODUCCIÓN

1. En los años ochenta, muchos países en desarrollo reformaron su economía para establecer una economía de mercado que funcionara correctamente y promoviera el desarrollo. La ampliación del alcance de la competencia entre actores privados incentiva las ganancias de eficiencia. Adoptar nuevas tecnologías y prácticas, e invertir en ellas, incentiva el desarrollo económico y aumenta el bienestar de la población. Una parte de las reformas consistió en someter sectores antes dominados por monopolios públicos a la competencia. Además de las privatizaciones clásicas, es decir, la transferencia de la propiedad de empresas estatales o de activos públicos al sector privado, se promovieron alianzas y asociaciones entre el sector público y el privado tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados, a fin de permitir que el sector público se beneficiara de los conocimientos prácticos, la experiencia y la fortaleza financiera de las empresas privadas. En muchas ocasiones se adjudicaron concesiones, que son una forma particular de asociación entre el sector público y el privado, para prestar servicios de infraestructura y explotar activos públicos.
2. Sin embargo, las concesiones no siempre respondieron a las expectativas. De hecho, la experiencia de la mayoría de los países en desarrollo y con economías en transición es contradictoria¹, y actualmente se consideran muchas de ellas un fracaso². Ese es el motivo de que, en algunos países latinoamericanos, donde se ha estudiado la experiencia a fondo, la prestación de algunos servicios en régimen de concesión se haya devuelto a empresas estatales. Por otro lado, la experiencia en otros casos ha sido buena.
3. Pocos son los que de esta experiencia contradictoria deducen que la economía de mercado basada en la competencia no es la solución correcta para los problemas económicos de los países en desarrollo. Más frecuente es que el fracaso de algunas concesiones se atribuya a la forma en que se otorgaron, dedicándose muchos esfuerzos a comprender mejor los motivos por los que no produjeron los resultados previstos.
4. En este documento se analizan las concesiones desde la perspectiva del derecho y la política de la competencia, en qué medida este tipo de contrato puede ayudar al desarrollo económico y cuáles son las medidas que es preciso adoptar para que así suceda.

I. CONCESIONES Y DESARROLLO

A. Definición

5. Por motivos políticos o legales, no siempre es factible la privatización total de las empresas públicas³. En ese caso, se puede recurrir a las concesiones para permitir la prestación de servicios públicos por empresas privadas, sirviéndose para ello muchas veces de propiedades públicas.

¹ Compárense las respuestas de la Argentina, Malawi y Chile al cuestionario de la UNCTAD.

² Social Watch (Control Ciudadano) (2003); Estache, A. *et al.* (2007), pág. 22.

³ Banco Mundial (1995a).

6. En el presente documento el término "concesión" tiene el siguiente significado:

El reconocimiento a una empresa privada del derecho a prestar un servicio de infraestructura determinado y obtener ingresos por ello. El concesionario generalmente adquiere la posesión de los activos públicos correspondientes (pero por lo general la propiedad sigue siendo del Estado) y los utiliza para ofrecer el producto o servicio de que se trate de conformidad con las cláusulas del contrato⁴.

7. Las concesiones atribuyen con frecuencia el riesgo operativo y financiero al concesionario. Como ejemplo típico de proyectos para los que puede utilizarse una concesión cabe citar la construcción y explotación de grandes infraestructuras como puertos, aeropuertos o carreteras de peaje. Con frecuencia el inversor privado financia total o parcialmente la infraestructura que posteriormente gracias a la concesión podrá utilizar, y cobrar por ello. Como alternativa, el concesionario puede hacerse cargo de la explotación de una infraestructura ya existente. La distribución del riesgo entre el concesionario, el gobierno y los consumidores viene determinada también por los reglamentos que posteriormente se aprueben.

8. Como muestra el cuadro que figura a continuación, entre 1996 y 2006 la inversión extranjera directa en las industrias de infraestructura de los países en desarrollo y en transición adoptó predominantemente la forma jurídica de una concesión.

Cuadro 1

Principales formas jurídicas de los compromisos de inversión extranjera directa en las industrias de infraestructura de las economías en desarrollo y en transición, por sectores, 1996-2006

Sector	Forma jurídica de inversión extranjera directa en industrias de infraestructura (porcentaje del número de proyectos)			
	Concesiones	IED en procesos de privatización	IED en nuevas instalaciones	Contratos de gestión y arrendamiento
Transporte	86	7	1	6
Agua	70	5	0	25
Energía	62	26	10	2
Telecomunicaciones	16	16	67	1
Infraestructura de cualquier tipo	62	16	16	6

Fuente: Cálculos de la secretaría de la UNCTAD, basados en la información de la base de datos PPI (participación privada en infraestructura) del Banco Mundial. Véase UNCTAD (2008), pág. 107.

⁴ OCDE (2007).

9. Aparte de los servicios de infraestructura, las concesiones pueden tener también por objeto el derecho a utilizar recursos naturales. La forma predominante de participación de empresas transnacionales en la extracción minera de metales en países en desarrollo es la de las concesiones⁵. En cambio, las concesiones no tienen el mismo peso en las industrias del petróleo y el gas ya que la mayor parte de la producción petrolera, después de las nacionalizaciones de los años cincuenta a setenta, es atribuible a empresas estatales⁶. Además, la forma contractual predominante de participación privada en la producción de petróleo y gas son los acuerdos de reparto de la producción, más que las concesiones^{7, 8}.

10. Las concesiones de infraestructura plantean unos problemas de competencia distintos de los que plantean las concesiones para la explotación de recursos naturales. Los mercados tienen unas dimensiones geográficas distintas: el mercado de servicios de infraestructura tiene un ámbito local o regional, mientras que los mercados de productos básicos por lo general tienen dimensiones mundiales. En consecuencia, las concesiones de infraestructura tienen unas repercusiones en la oferta de dimensión local mientras que las repercusiones de las concesiones para la explotación de recursos naturales sólo se hacen sentir localmente si los productos básicos en cuestión se utilizan también en la economía local y no existe una competencia exterior efectiva. Además, los servicios de infraestructura constituyen muchas veces monopolios naturales, lo que quiere decir que si una empresa asume toda la producción del mercado el coste será menor⁹. Dadas estas diferencias, el presente documento se centra en las concesiones de infraestructura. Sin embargo, cuando procede se hace referencia también a las concesiones en sectores extractivos.

11. En algunos sistemas jurídicos el término "concesión" se utiliza también para designar la licencia administrativa que permite dedicarse a ciertos tipos de actividades empresariales que exigen un control específico por parte del Estado, por ejemplo, la venta minorista de bebidas alcohólicas en Finlandia¹⁰. En el presente documento no se hace referencia a este tipo de concesión.

⁵ UNCTAD (2007b), págs. 161 y 125.

⁶ UNCTAD (2007b), pág. 125.

⁷ UNCTAD (2007b), pág. 104.

⁸ En los acuerdos de reparto de la producción, los riesgos se distribuyen de forma diferente que en las concesiones. UNCTAD (2007b), pág. 160.

⁹ El monopolio natural es un fenómeno económico. Se contrapone al monopolio legal, situación que se produce cuando el derecho a excluir la presencia de rivales en el mercado deriva de una disposición legal. Si existe un monopolio natural, la competencia puede disminuir la eficiencia de la producción.

¹⁰ Respuesta de Finlandia al cuestionario de la UNCTAD.

B. Motivos para otorgar una concesión

1. Modificar estructuras de mercado ineficientes

12. En los sectores caracterizados por la existencia de un monopolio público y el fracaso de la gestión estatal, se puede otorgar una concesión para eliminar la ineficiencia de esa estructura de mercado. Las concesiones múltiples pueden promover la entrada en el mercado de operadores privados que compiten entre sí, como ha ocurrido en varios mercados de telecomunicaciones. Es posible que sea necesario acompañar las concesiones múltiples de mecanismos que garanticen de forma efectiva el acceso a la infraestructura, y quizá de incentivos para duplicar algunas infraestructuras. Estas medidas pueden facilitar que la estructura del mercado evolucione hacia la competencia.

13. En cambio, si la concesión para explotar una infraestructura ya existente se otorga a una sola empresa, el monopolio público puede transformarse simplemente en un monopolio privado. No obstante, aun suponiendo que la infraestructura sea un monopolio natural, todavía podría someterse a la competencia. Un ejemplo sería una carretera de peaje paralela a otra carretera.

14. Si la industria es un monopolio natural, es posible que la promoción de la competencia no incentive la eficiencia productiva y que el resultado sea, en cambio, la concurrencia de pequeñas empresas ineficientes¹¹. Sin embargo, cuando el abastecimiento de cada una de las regiones constituye un monopolio natural, puede ser mejor que haya varios monopolios naturales adyacentes y no un solo monopolio natural unificado, porque de este modo resultará más fácil regularlos.

2. Aumentar la eficiencia de los operadores

15. Las concesiones se otorgan muchas veces porque se espera que un operador privado gestione su empresa con mayor eficiencia de costos que el Estado. Se considera que las empresas privadas, que operan en el mercado movidas por el objetivo de obtener beneficios, tienen más experiencia en la optimización del gasto, la mejora de los servicios y la innovación. Algunos estudios muestran que, por término medio, las empresas privadas obtienen mejores resultados en los países en desarrollo y que es más probable que realicen las inversiones necesarias si no son entidades públicas¹². Si las economías de costos se trasladan al consumidor y se amplía la cobertura de los servicios, tanto los consumidores como las empresas salen beneficiados. Además, las concesiones contribuyen al desarrollo económico de un país y al bienestar de los consumidores. Sin embargo, existe el riesgo inherente de que los operadores privados no trasladen al consumidor las economías de costos ni amplíen la cobertura de los

¹¹ Sin embargo, es posible que, aunque se trate de un monopolio natural, sea más eficiente que haya dos o más competidores si, en caso contrario, la empresa que lo explota sería muy poco eficiente.

¹² Guasch, J. L. (2004), pág. 1. Sri Lanka respondió al cuestionario de la UNCTAD indicando que las concesiones en el sector del petróleo habían tenido un resultado positivo. Según algunos autores, los datos empíricos y los debates teóricos no permiten afirmar que el sector privado es más eficiente que el sector público; véase Hall, D. y Lobina, E. (2005).

servicios, movidos por el deseo de aumentar los beneficios. Normalmente el contrato de concesión o la reglamentación de ésta deben resolver esta cuestión e incentivar además la eficiencia.

3. Reducir gastos en el presupuesto público

16. Un motivo para otorgar una concesión es reducir los gastos públicos en infraestructura y mantenimiento. Si el sector privado tiene más facilidad de financiación que el sector público, o el gobierno no puede comprometerse a mantener las partidas de infraestructura y mantenimiento, las concesiones pueden reducir el gravamen financiero y abrir paso a compromisos a largo plazo.

17. Los países en desarrollo tienen un déficit importante de inversiones en infraestructura. El Banco Mundial estima que los países en desarrollo invierten anualmente 3 a 4% de su PIB en infraestructura, incluido el mantenimiento, cuando se necesita una inversión de 7 a 9% para lograr un crecimiento económico y cumplir el objetivo de reducir la pobreza¹³. Los gobiernos tratan de colmar ese déficit financiero con fondos públicos e inversiones privadas, nacionales y extranjeras.

18. Las concesiones no siempre eliminan la dependencia del gasto público. Frecuentemente no es rentable ofrecer infraestructura a usuarios de zonas remotas o pobres, por lo que resulta necesario subvencionarla.

C. Marco regulador de las concesiones

1. Opciones legislativas

19. El marco jurídico de las concesiones puede adoptar diversas formas. Una opción es promulgar una ley que sea aplicable a las concesiones en todos los sectores industriales. Muchos países de Europa oriental y Asia disponen de una ley general de concesiones¹⁴. La segunda opción es no promulgar una ley dedicada específicamente a las concesiones sino introducir en otras leyes, como las de competencia, contratación pública o privatización¹⁵, o en la reglamentación de sectores específicos, disposiciones que regulen las concesiones. Por ejemplo, la Comunidad Europea no dispone de un marco legislativo específico para las concesiones en general. Existen algunas disposiciones que regulan tipos específicos de concesiones, por

¹³ UNCTAD (2008), pág. 92.

¹⁴ Según BERD (2005), pág. 13, en aquel momento disponían de una ley general de concesiones los siguientes países: Lituania, Bulgaria, Bosnia y Herzegovina, Macedonia, Moldova, Rumania, Serbia y Montenegro, Ucrania, Eslovaquia, la Federación de Rusia, Albania, Croacia, Hungría, Kirguistán, Letonia, Turkmenistán, Uzbekistán, Belarús, Georgia y Tayikistán.

¹⁵ Respuesta de Malawi al cuestionario de la UNCTAD. En la República de Corea, la Ley de participación privada en infraestructura establece el marco jurídico de las concesiones en el sector de la infraestructura; respuesta de la República de Corea al cuestionario.

ejemplo, las concesiones de obras¹⁶, a cuyo respecto la Ley de contratación pública de la Comunidad estipula que deben cumplirse ciertos requisitos de publicidad. En cambio, la adjudicación de concesiones de servicios¹⁷ no está regulada expresamente, por lo que se aplican los principios generales del derecho comunitario: transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo¹⁸.

20. México ha incluido disposiciones referentes a las concesiones en la regulación de algunos sectores. Por ejemplo, la Ley federal de radio y televisión de México¹⁹ regula las concesiones para la difusión de programas de radio y televisión. Igualmente, la Ley de caminos, puentes y autotransporte federal²⁰ incluye disposiciones referentes a las concesiones de infraestructura de transporte por carretera.

21. De no existir una ley específica ni disposiciones sectoriales que regulen las concesiones, es posible que las políticas industriales sean determinantes, como en el caso de Armenia²¹.

22. En el Proyecto de evaluación de las concesiones, del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD), 2005, se constataba que: "Por término medio, los países que no disponen de una ley de concesiones "respetan en general los principios del derecho de concesiones aceptados internacionalmente"²². Actualmente se tiende a establecer marcos legislativos para las concesiones. Según un estudio realizado en 2000 por la Organización de Cooperación y

¹⁶ El derecho comunitario define las concesiones de obras del siguiente modo: "La "concesión de obras públicas" es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio"; véase la Directiva N° 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, apartado 3) del artículo 1.

¹⁷ La legislación comunitaria define las concesiones de servicios del siguiente modo: "La "concesión de servicios" es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio"; véase la Directiva N° 2004/18/CE, apartado 4) del artículo 1.

¹⁸ Comisión de las Comunidades Europeas (2004), párr. 29; Comunicación interpretativa de la Comisión.

¹⁹ Ley federal de radio y televisión de 19 de enero de 1960.

²⁰ Ley de caminos, puentes y autotransportes de 22 de diciembre de 1993.

²¹ BERD (2005), pág. 23.

²² BERD (2005), pág. 13. Obsérvese que cuatro de los siete países examinados que no disponían de ley de concesiones se habían sumado a la Unión Europea en 2004 y por consiguiente estaban vinculados por otros instrumentos jurídicos.

Desarrollo Económicos (OCDE), muchos países, en particular países con economía en transición, habían promulgado leyes que regulaban los acuerdos de concesión en los años anteriores²³. Dentro de la Unión Europea se han debatido los beneficios de una iniciativa legislativa referente a las concesiones²⁴.

23. Entre los principios fundamentales en que se basan las leyes de concesiones cabe mencionar la promoción de la equidad, la transparencia y la facilidad de acceso a las normas y procedimientos correspondientes. Estos principios se aplican para la selección de concesionarios, la adjudicación de contratos y su cumplimiento. De conformidad con un grupo de recomendaciones, las leyes deben "establecer un procedimiento que garantice que el proceso de selección es transparente y competitivo (lo que incluye las excepciones a tal proceso competitivo), la igualdad de trato a los inversores potenciales, la oportunidad de impugnar las normas y decisiones de las autoridades contratantes y un régimen de competencia para las iniciativas de particulares"²⁵.

24. Las leyes de concesiones deben garantizar que la competencia es un elemento importante a lo largo de todo el proceso, desde el diseño de la concesión hasta la adjudicación de la explotación. Los concesionarios deben estar sometidos a las leyes de defensa de la competencia y además puede resultar necesario dictar leyes para sectores concretos que garanticen el adecuado control de las conductas contrarias a la competencia. Para asegurarse de que no se dañe involuntariamente la competencia debe estudiarse con atención la relación entre las condiciones de los contratos y la legislación que la defiende.

2. Opciones de definición del carácter jurídico de las concesiones

25. Hay distintas posibilidades de definir el carácter jurídico de las concesiones. Como ejemplo de estas opciones pueden utilizarse los regímenes de minas de América Latina. Según estos regímenes²⁶, las concesiones pueden tener un carácter administrativo, declarativo o contractual. Las concesiones administrativas representan la transmisión de un derecho o "título minero" mediante un acto administrativo unilateral de un organismo estatal. Este tipo de concesiones, que utilizan la mayoría de los países de América Latina, por ejemplo, el Brasil, México y el Perú, ha sido criticado por su flexibilidad y porque tiende a favorecer a las autoridades mineras. En los regímenes declarativos de las concesiones, un funcionario judicial está facultado para conceder y cancelar derechos mineros, con independencia de los intereses mineros del Estado. La existencia de un sistema declarativo de las concesiones exige un poder judicial fuerte e independiente. Los regímenes mineros contractuales reservan a los propios contratos la definición de los derechos y obligaciones de las partes, en lugar de definirlos en una

²³ OCDE, Basic Elements of a Law on Concession Agreements, pág. 8.

²⁴ Comisión Europea (2005).

²⁵ BERD (2006), pág. 4. Existen varios grupos de principios básicos establecidos por distintas organizaciones internacionales: CNUDMI (2003); CNUDMI (2000); BERD (2006); OCDE, Basic Elements of a Law on Concession Agreements.

²⁶ Banco Mundial (1995b); Sánchez-Albavera, F. y Lardé, J. (2006), pág. 24.

ley de minas. Este tipo de régimen es el que prevalece en Colombia y Honduras. En la República Bolivariana de Venezuela, los empresarios mineros pueden firmar contratos con la Corporación Venezolana de Guayana.

D. Influencia de las concesiones en el desarrollo económico

1. Atracción de inversión extranjera directa

26. Las concesiones, que atraen inversión extranjera directa (IED), contribuyen al desarrollo económico de los países. En el período 1996-2006, las concesiones fueron la principal forma jurídica que adoptó la IED en las industrias de infraestructura de los países en desarrollo y con economía en transición. Sumando todos los sectores de infraestructura, el 62% del total de IED en países en desarrollo y con economía en transición se produjo a través del régimen de concesiones, mientras que la IED bajo la forma de privatizaciones y proyectos innovadores representaba el 16% en ambos casos. El 6% restante se produjo a través de contratos de gestión y arrendamiento²⁷. El sector de la infraestructura de transportes es el que muestra el porcentaje más alto de IED a través de concesiones: el 86% durante el período 1996-2006. A continuación se situó el sector del agua, con el 70%, y el sector de la energía, con el 62%. Sólo en el sector de las telecomunicaciones no fueron las concesiones la forma jurídica predominante de IED, con un porcentaje del 16% únicamente. El 67% de los proyectos de IED registrados en el sector de la telefonía móvil eran proyectos innovadores de inversión²⁸.

27. En lo que respecta a las industrias extractivas, las concesiones son la forma predominante de participación de empresas transnacionales en la minería de metales de los países en desarrollo²⁹, y por consiguiente representan la principal forma legal de IED. Aunque las industrias extractivas reciban sólo una pequeña parte de los flujos globales de IED³⁰, la suma acumulada de las entradas estimadas de IED en las industrias extractivas de los países en desarrollo y en transición aumentó un 50% durante el período 2000-2005³¹.

2. Contribución a la eficiencia de las estructuras de mercado

28. Como ya se ha indicado, las concesiones pueden estar motivadas por el deseo de modificar unas estructuras de mercado ineficientes y promover la iniciativa privada y la competencia. Pero transferir la oferta de bienes y servicios a un operador privado no basta para introducir competencia en los mercados. Se necesitan otras medidas. En 1999 se constató en un estudio del sector de las telecomunicaciones que:

²⁷ UNCTAD (2008), pág. 107.

²⁸ UNCTAD (2008), pág. 106.

²⁹ UNCTAD (2007b), pág. 161.

³⁰ UNCTAD (2007b), pág. 99.

³¹ UNCTAD (2007b), pág. 102.

La competencia se asocia con una mayor penetración de las líneas fijas, teléfonos públicos, capacidad de conexión y precios más baratos para las llamadas locales. La privatización, por su parte, se asocia en general con una mayor penetración de los teléfonos públicos, pero no con otros beneficios. En efecto, la privatización en sí misma se relaciona directamente con una disminución de la penetración de las líneas fijas y de la capacidad de conexión. La privatización combinada con la presencia de un regulador independiente, sin embargo, se asocia con una mayor penetración de los teléfonos públicos y un aumento de la capacidad de conexión y de la eficiencia laboral medida en función del número de empleados por línea fija. La regulación en interacción con la competencia no tiene una influencia importante³².

29. Como ejemplo de éxito en la prestación de servicios por el sector privado después de la liberalización del mercado de telecomunicaciones cabe citar el caso de Jamaica³³. Después de que el Estado transfiriera sus acciones de la empresa proveedora de telecomunicaciones a un operador privado entre 1987 y 1989, se otorgó a este operador una licencia exclusiva durante 25 años, con derecho a una renovación automática. Sin embargo, pasados algunos años la situación se consideró insatisfactoria. En 1999, cuando había 217.000 personas en la lista de espera de servicios telefónicos y el operador no satisfacía la creciente demanda de nuevos servicios de telecomunicaciones, se adoptó la decisión de liberalizar el mercado de telecomunicaciones. Una de las primeras medidas fue subastar dos licencias de telecomunicaciones móviles. A partir de 2000, se fueron liberalizando por fases otros segmentos del sector. Dos estadísticas muestran el éxito de este proceso de liberalización. El número de líneas de telefonía móvil aumentó en Jamaica de 118.000 en 1999 a 1,2 millones en 2002, y la inversión anual en el sector de telecomunicaciones aumentó de 4.580 millones de dólares jamaicanos a 12.820 millones en ese mismo período. En 2005 había 1,98 millones de líneas móviles y las principales empresas de telecomunicaciones informaron de unas inversiones anuales de 10.400 millones de dólares jamaicanos³⁴. En resumen, la adjudicación de licencias mediante un mecanismo de competencia, sumada a la liberalización del mercado, ha permitido que la demanda de los consumidores se esté satisfaciendo y que este hecho sea rentable para los inversores.

3. Mejora de la infraestructura económica

30. Las mejoras de la infraestructura que generan las concesiones desempeñan un papel importante en el desarrollo económico: los servicios de infraestructura son insumos fundamentales para la producción y prestación de bienes y servicios e influyen considerablemente en la productividad, los costos y la competitividad de una economía³⁵.

³² Wallsten, S. J. (1999), págs. 9 y 10. Nicaragua informó, en su respuesta al cuestionario, de que la productividad en el sector de las telecomunicaciones móviles pudo mejorar gracias a las concesiones, y los precios habían bajado un 50%.

³³ Foga, N. y Newman, D.; Davis CE (2003).

³⁴ Jamaica, Office of Utilities Regulation (2007), págs. 28 y 33.

³⁵ UNCTAD (2007a), parte II, Comentarios a los capítulos de la Ley tipo y planteamientos diferentes de las legislaciones existentes, pág. 60, párrs. 134 a 142.

El volumen de las existencias y la logística sirven de ejemplo para ilustrar que el nivel y la calidad de la infraestructura son determinantes. Dado que mantener existencias es caro, aumentar su nivel implica reducir la productividad o la competitividad. A su vez, los costos de la logística dependen del nivel y la calidad de la infraestructura, especialmente las carreteras, puertos y telecomunicaciones. Los estudios empíricos han demostrado que disponer de mejor infraestructura aumenta la productividad de la economía de un país³⁶. Además, la calidad de la infraestructura puede influir incluso en el orden social y la estabilidad política si los consumidores manifiestan una insatisfacción general³⁷.

31. La concesión de la Autopista Central de Chile es un ejemplo positivo³⁸ de mejora de la infraestructura del transporte. A principios del presente milenio, la Autopista Central necesitaba una remodelación. La Autopista Central conecta las principales ciudades de Chile, donde se concentra el 78% de la producción industrial chilena y el 94% de su producción agrícola. Se estimó que el costo del proyecto de remodelación se elevaría a 450 millones de dólares de los EE.UU. y que se necesitarían seis años para su ejecución, de 2001 a 2007. Para permitir que el concesionario amortizara las inversiones necesarias, la concesión se otorgó por un plazo de 30 años. Las bases de la licitación establecían algunas tarifas máximas³⁹. La concesión fue adjudicada mediante licitación pública abierta a las empresas nacionales e internacionales. La licitación fue ganada por un consorcio formado por empresas chilenas e internacionales, que procedió a los trabajos de construcción necesarios dentro de los plazos previstos. En la actualidad, la actuación del concesionario se juzga positiva⁴⁰. El éxito de la concesión de la Autopista Central se atribuye a que las instituciones que gestionaron el proyecto eran estables, técnicamente competentes e inmunes a las interferencias políticas, y también a que se utilizó un procedimiento competitivo de adjudicación de la concesión.

4. Ampliación del acceso

32. Si la ampliación del acceso es un objetivo político, como es frecuente, el diseño de la concesión tiene que hacerla viable económicamente.

³⁶ Guasch, J. L. (2004), págs. 2 a 6.

³⁷ UNCTAD (2007a), parte II, Comentarios a los capítulos de la Ley tipo y planteamientos diferentes de las legislaciones existentes, pág. 60, párr. 135.

³⁸ En la respuesta de Chile al cuestionario y también en la respuesta de los Estados Unidos pueden encontrarse nuevos ejemplos positivos.

³⁹ De acuerdo con el artículo 1.14.1 de las bases de licitación, el concesionario tendría derecho a cobrar tres tipos de tarifas máximas: i) una tarifa máxima base en período fuera de punta; ii) una tarifa máxima base en período punta; y iii) una tarifa máxima en período punta aplicable en condiciones de congestión de la vía. Véase Autopista Central (2001), pág. 65.

⁴⁰ Podrían hacerse mejoras en la seguridad vial, los servicios de emergencia, los elementos para los peatones, la descontaminación y la descongestión de vehículos; véase Skanska (2008), Gómez, U. (2005) y Borsdorf, A. e Hidalgo, R. (2005).

33. Las concesiones pueden ampliar el acceso a los servicios de infraestructura, como pone de manifiesto el ejemplo de las telecomunicaciones en Jamaica. En este caso, los consumidores sólo se beneficiaron significativamente de la participación del sector privado después de que el mercado se abriera a la competencia. A falta de una presión de la competencia o de una reglamentación eficaz, es posible que los operadores privados no hagan partícipes a los consumidores de las ganancias en eficiencia ni amplíen el acceso. En el caso que nos ocupa, la ampliación de los servicios para atender a consumidores más pobres o más rurales era rentable manteniendo unos precios que aquéllos podían pagar. Establecer una política resulta más difícil en el caso contrario. Es posible que el acceso llegue a contraerse después de haberse otorgado una concesión: en el Brasil, los concesionarios del agua subieron los precios a tales niveles que los consumidores pobres se vieron en la imposibilidad de comprarla y empezaron a utilizar fuentes alternativas de agua no potabilizada⁴¹. Cuando el servicio no sea rentable a precios soportables debe establecerse un mecanismo de financiación. Con frecuencia se utilizan las subvenciones con fondos públicos, la aplicación de tasas a los servicios rentables que presten los operadores del sector o las subvenciones ocultas de los consumidores rentables a los no rentables que atiende el concesionario. Este último mecanismo tiene la desventaja de limitar la competencia en el abastecimiento a los consumidores rentables, lo que no es deseable salvo si el servicio es un monopolio natural.

34. La magnitud de las inversiones necesarias para ampliar la cobertura, sumada a unos compromisos poco realistas sobre las tarifas, pueden conducir a la ruptura de un contrato. En 1992, Buenos Aires otorgó una concesión por 30 años del abastecimiento de agua potable y de los servicios de alcantarillado de la ciudad. Los criterios para la adjudicación eran el precio fijo más barato durante los siguientes diez años y la promesa de realizar las inversiones necesarias. La concesión se otorgó a una empresa que ofrecía abaratar un 26,9% el abastecimiento de agua y las tasas de alcantarillado. Una vez adjudicada la concesión, la empresa no cumplió las obligaciones contractuales que había asumido con respecto a la expansión de los servicios, su calidad y el nivel de las tarifas. Se produjeron varias renegociaciones, motivadas en parte por la situación económica de la Argentina y las circunstancias políticas. El Gobierno anuló la concesión en 2006 y en la actualidad se encarga de los servicios de agua y alcantarillado de Buenos Aires una empresa estatal⁴².

35. En resumen, las concesiones pueden contribuir al desarrollo económico de diversas formas. En primer lugar, pueden atraer inversión extranjera directa. En segundo lugar, pueden contribuir a la eficiencia de las estructuras de mercado al abrir la puerta al establecimiento de nuevos operadores. En tercer lugar, pueden aumentar la eficiencia en la prestación de servicios de infraestructura y, de este modo, pueden mejorar la eficiencia en la producción y prestación de todos los bienes, servicios y productos básicos para los que se utilice como insumo esa infraestructura. Y por último, pueden ampliar el acceso a servicios de infraestructura de personas y empresas que estaban excluidas, permitiéndoles ampliar su actividad económica y contribuir al desarrollo general.

⁴¹ Hall, D. y Lobina, E. (2003), pág. 30.

⁴² Ley N° 26221, de 28 de febrero de 2007.

E. El papel del derecho y la política de competencia, y formas de estimular esta última

36. El derecho y las políticas de competencia son necesarios para conseguir que se materialicen los beneficios potenciales de las concesiones. Es necesario tener en cuenta los problemas de competencia en las distintas etapas del proceso de otorgamiento de una concesión, con inclusión de su diseño, el procedimiento de adjudicación y su explotación, así como en el marco regulador de los mercados en cuestión⁴³. Sólo si los potenciales concesionarios tienen que competir entre sí se incentivará la oferta de condiciones más favorables. Pero las renegociaciones pueden cancelar el efecto de la competencia en la etapa de la adjudicación. Esta etapa debe ser delimitada cuidadosamente.

37. Después de haberse adjudicado la concesión, debe reducirse el potencial de conductas anticompetitivas durante el plazo de vigencia de la concesión. En lo que respecta en particular a los servicios de infraestructura, es frecuente que las concesiones confieran una posición dominante en el mercado. En tal situación, los operadores de infraestructura, sean públicos o privados, tienen pocos incentivos para reducir los precios o mejorar la calidad. El derecho y la política de la competencia, muchas veces combinados con reglamentos sectoriales o con las condiciones contractuales de la concesión, ayudan a combatir las prácticas anticompetitivas. La reglamentación y las condiciones contractuales imponen normalmente obligaciones de calidad, cobertura e inversión. Cuando es posible la competencia en la prestación de un servicio, como en el caso de la telefonía móvil, la presión que ejerce ésta ayuda a maximizar los beneficios de la participación del sector privado en términos de inversiones realizadas, ganancias en eficiencia obtenidas, calidad y cobertura de los servicios prestados y nivel de las tarifas.

38. El motivo de algunas de las experiencias contradictorias que han tenido países en desarrollo y con economía en transición con las concesiones no es la debilidad de la competencia. Por ejemplo, si al negociar un contrato de concesión una gran empresa transnacional y funcionarios públicos tienen ambas partes una acumulación asimétrica de experiencia, el resultado puede ser una concesión desequilibrada que resulte desventajosa para el público. Otra fuente de problemas no relacionados con la competencia ha sido la inadecuación de los sistemas de solución de conflictos.

1. Diseño de la concesión

39. El diseño de una concesión debe permitir el máximo de competencia posible. Por tanto puede ser aconsejable escindir en sentido vertical u horizontal las actividades que sean objeto de la concesión. Por supuesto, la escisión no debe generar ineficiencias indebidas. En efecto, algunas actividades constituyen un monopolio natural que funcionará de forma más eficiente si se mantiene unido.

40. La escisión horizontal para crear competidores es una posibilidad que puede considerarse aun en el caso de las concesiones de infraestructura. Por ejemplo, si se adjudica una concesión para gestionar un puerto, debe considerarse la posibilidad de adjudicar por separado la concesión de cada una de las terminales y de diseñar el procedimiento de adjudicación de forma que éstas

⁴³ Para un examen general, véase Brusick, P. (2008).

se adjudiquen a operadores distintos con objeto de promover la competencia entre ellos⁴⁴. Esta escisión horizontal es frecuente cuando se otorgan concesiones de servicios de telecomunicaciones móviles. La competencia se puede promover si se adjudican a los distintos concesionarios licencias para bandas de frecuencias también distintas. Sin embargo, la forma más eficiente de gestionar un monopolio natural es que haya un solo operador.

41. También debe prestarse atención al alcance vertical de la concesión, es decir, qué actividades de etapas anteriores y posteriores debe incluir. Una preocupación importante ha de ser reducir los incentivos o la capacidad de un concesionario integrado verticalmente para impedir la competencia de rivales no integrados, o para discriminarlos. Se trata de competidores del concesionario, que necesitan acceder a los servicios prestados o la infraestructura controlada por el concesionario. Es posible que el concesionario desee expulsar a estos rivales del mercado, pero la mejor forma de favorecer la eficiencia o la competencia es conseguir que estos rivales permanezcan. En estas circunstancias una solución podría ser exigir al concesionario que abandone las actividades correspondientes en etapas anteriores o posteriores; otra solución podría ser excluir a las empresas integradas verticalmente de las licitaciones de concesiones⁴⁵. Como alternativa, la propiedad conjunta, o "asociada", del operador de servicios esenciales por los usuarios de etapas anteriores o posteriores puede reducir los incentivos para que se produzcan discriminaciones.

42. El caso del puerto de Mpulungu, en Zambia, ilustra los problemas de competencia que pueden plantearse cuando un concesionario integrado verticalmente impide que aparezcan competidores en los mercados de etapas posteriores de la actividad objeto de la concesión. El puerto de Mpulungu es el único puerto importante del norte de Zambia en el lago Tanganica. Se trata de la principal salida de las exportaciones de cemento, maíz y otros productos agrícolas de Zambia a la región de los Grandes Lagos. En 2000, el Gobierno de Zambia otorgó a un operador privado una concesión de 25 años para gestionar este puerto. El operador tenía también actividades en etapas posteriores a la gestión del puerto, como usuario del mismo. Posteriormente, el concesionario supuestamente abusó de su posición como operador exclusivo del puerto, aprovechándose de la utilización discriminatoria de todas las instalaciones portuarias para acceder en condiciones ventajosas a oportunidades de negocio, e incrementando excesivamente las tarifas. Debido al diseño del acuerdo de concesión no era posible resolver estas cuestiones entre las partes contratantes. Por consiguiente, intervino la Comisión de la Competencia de Zambia. El caso sigue pendiente ante los tribunales⁴⁶. Este ejemplo pone de manifiesto el hecho de que puede resultar difícil exigir el cumplimiento oportuno y eficaz de las disposiciones contractuales para garantizar un acceso no discriminatorio.

43. Para proteger la competencia en los mercados de etapas posteriores a la del mercado en que opera el concesionario, es necesario que la igualdad de trato esté garantizada y sea exigible. Sin una justificación válida, el concesionario debe estar imposibilitado para denegar el acceso a una infraestructura o establecer diferentes condiciones o aplicar precios excesivos a los usuarios.

⁴⁴ Respuesta de la Argentina al cuestionario de la UNCTAD.

⁴⁵ Para una limitación de la integración vertical en el sector de la energía, véase la respuesta de la Argentina al cuestionario.

⁴⁶ Véase el estudio monográfico de Zambia, OCDE (2005).

44. La duración de la concesión puede influir considerablemente en la competencia⁴⁷. Las concesiones a largo plazo incentivan al concesionario a realizar inversiones también a largo plazo, incluso a realizar inversiones en el mantenimiento inmediatamente antes de que empiece a correr el plazo. Las concesiones a corto plazo agudizan el problema de la insuficiencia de los incentivos para invertir cuando se aproxima el final de la concesión. Sin embargo, las concesiones a corto plazo permiten la realización de licitaciones competitivas con mayor frecuencia, lo que puede facilitar la entrada de nuevos operadores y garantizar que los beneficios de la mayor competencia se reflejen con mayor prontitud⁴⁸.

45. Las licencias no exclusivas permiten que nuevas empresas sometan a las concesionarias a la presión de la competencia, en especial si el mercado en cuestión se consideró incorrectamente que era un monopolio natural, o si deja de serlo debido a los avances tecnológicos⁴⁹. Sin embargo, la exclusividad puede ser necesaria para que el concesionario recupere las inversiones que tuvo que hacer o compense las pérdidas en que haya incurrido a causa de las obligaciones derivadas de la prestación del servicio, cuestión que ya se ha mencionado antes.

2. Adjudicación de las concesiones

46. La etapa de la adjudicación de las concesiones es fundamental porque es la etapa en la que entra en juego el mercado. Para adjudicar las concesiones pueden utilizarse distintas modalidades, entre ellas la negociación, distintas formas de licitación o subasta pública y los denominados "concursos de belleza".

47. En general se considera que la subasta pública es la forma más eficaz de adjudicar concesiones. Así lo ha reconocido Chile, donde se está debatiendo una reforma de la ley de concesiones vigente. El proyecto de nueva ley pretende corregir las deficiencias del antiguo sistema de concesiones, derivadas en parte de la adjudicación de las concesiones a través de negociaciones bilaterales y no de un procedimiento de licitación⁵⁰. En Indonesia, la legislación exige que las concesiones de infraestructura se adjudiquen a través de un procedimiento de licitación⁵¹.

⁴⁷ La respuesta de la República Dominicana al cuestionario de la UNCTAD ilustra las grandes diferencias de plazos que pueden establecerse para una concesión, desde dos años en el caso de las loterías hasta 30 años en el caso de las explotaciones mineras.

⁴⁸ OCDE (2006), pág. 48.

⁴⁹ OCDE (2006).

⁵⁰ Engel, E. *et al.* (2008).

⁵¹ Reglamento presidencial N° 67 de 2005, sobre la "Cooperación entre el Gobierno y las empresas privadas en la contratación pública de infraestructura". Respuesta de Indonesia al cuestionario de la UNCTAD.

48. Sin embargo, las subastas públicas sólo permiten que se introduzca competencia en el mercado si se respetan los principios de igualdad de trato, transparencia y proporcionalidad. La colusión entre licitantes y la corrupción de los funcionarios públicos dañan la competencia y por consiguiente eliminan el efecto de las licitaciones competitivas, es decir, elegir el licitador más eficiente. Por consiguiente, la prevención y el castigo de la corrupción y la colusión deben tener una alta prioridad. Por ejemplo, las plicas en sobre cerrado pueden ser mejores que las subastas abiertas si se quiere limitar las oportunidades de comunicación entre los licitadores, pero pueden dificultar la detección de corrupciones⁵². El diseño de las subastas es complejo, y unas diferencias aparentemente triviales pueden provocar unos niveles considerablemente distintos de competencia según las circunstancias concretas en que sean utilizadas.

49. Es necesario que participe en la subasta un número suficiente de licitadores serios⁵³. Los potenciales licitadores pueden abstenerse de presentar una oferta por diferentes motivos. Uno de ellos es que el plazo para presentar la oferta sea muy corto. Tal situación se produjo, por ejemplo, en el proceso de adjudicación de una concesión forestal en el Perú. Los licitadores potenciales normalmente necesitan visitar la parcela de bosque en cuestión a fin de estimar su valor comercial antes de presentar una oferta. Sin embargo, la autoridad responsable organizó en la primavera de 2002 las subastas en fecha excesivamente próxima al inicio de la temporada de tala, lo que imposibilitaba que los potenciales licitadores visitaran la parcela de bosque que iba a ser objeto de concesión⁵⁴. Por eso, muchos licitadores no pudieron preparar una oferta y participar en la subasta. Tal situación hubiera podido fácilmente evitarse organizando la subasta antes.

50. Los potenciales licitadores pueden también abstenerse de presentar ofertas si la información de que disponen es inferior a la información de que disponen otros. Si un potencial licitador conoce mejor el auténtico valor de la concesión que será subastada que otros, tiene una gran ventaja en la licitación. Otros es posible que no presenten ninguna oferta porque saben que la información de que disponen es inferior. Esto puede suceder, por ejemplo, si una concesión se subasta por segunda vez y el actual concesionario concurre a la licitación.

51. Para atraer nuevos licitadores cabe adoptar, entre otras, las siguientes medidas: dar mayor publicidad a la subasta, facilitar información retrospectiva y reducir los gastos que supone la preparación de una plica. Los costos de la licitación se pueden reducir uniformando los procedimientos de subasta, en particular cuando el mismo tipo de concesión o licencia se subasta repetidas veces.

52. Las ofertas conjuntas reducen el número de licitadores. A la vista de ello, es posible que las autoridades públicas se propongan limitar el número de ofertas conjuntas a los casos en que los licitadores sólo puedan participar en la licitación si lo hacen conjuntamente. Es posible que sea necesario crear un consorcio para presentar una oferta con la suficiente solvencia.

⁵² OCDE (2007), pág. 4.

⁵³ De la respuesta de Chile al cuestionario de la UNCTAD se deduce que resulta difícil atraer un número suficiente de licitadores.

⁵⁴ Galarza, E. y La Serna, K. (2005).

La presentación de ofertas conjuntas cuando está próximo el vencimiento del plazo para la presentación de ofertas tiene un efecto muy parecido al de la colusión. Debe prohibirse o dificultarse mucho.

53. En caso de que la autoridad competente considere que la negociación directa con los potenciales concesionarios es más adecuada que la subasta, lo que puede suceder si el contrato tiene numerosas dimensiones complejas, se puede estimular la competencia mediante negociaciones paralelas con distintos posibles licitadores, proceso que se denomina "negociación competitiva".

54. El "concurso de belleza" tiene muchas de las características de las negociaciones. En un concurso de belleza los competidores son valorados en función de criterios predefinidos, como la experiencia técnica, la viabilidad financiera y la red de cobertura. Los concursos de belleza han sido criticados por carecer de transparencia y estar sujetos a las presiones de los grupos de interés y la intervención política⁵⁵.

3. Criterios aplicados para la adjudicación

55. Los criterios que se aplicarán para determinar el ganador de la licitación deben estar definidos de antemano. Estos criterios tienen una influencia fundamental en el contenido de las ofertas y en la competencia entre los licitadores. Aunque se establezca claramente la fórmula de puntuación, la multiplicidad de criterios no es aconsejable porque facilita la falta de transparencia y puede permitir la manipulación, la corrupción y la impugnación de la adjudicación por los perdedores, lo que provoca retrasos y anuncia conflictos⁵⁶. Si las variables de una licitación no se basan en parámetros económicos, la concesión parecerá menos eficiente y las renegociaciones serán más difíciles de llevar a término⁵⁷. Sin embargo, es necesario elegir cuidadosamente los parámetros económicos. Los criterios económicos comunes que se aplican para la adjudicación de concesiones de infraestructura son: i) el nivel de las tarifas que pagarán los usuarios; o ii) la cuantía de la remuneración que ha de pagar el concesionario a la autoridad que otorga la concesión. Si la adjudicación se basa en el nivel de las tarifas se corre el riesgo de que la oferta ganadora fije un nivel inferior al costo marginal de la prestación del servicio a largo plazo, por lo que pronto deberá ser modificada, principalmente mediante su renegociación o revisión⁵⁸. Por otro lado, utilizar como criterio para la adjudicación la cuantía de la suma que habrá de pagarse al gobierno no estimula la eficiencia ni mejora el bienestar de los consumidores ya que el concesionario tendrá que trasladar a éstos el elevado costo de la concesión.

⁵⁵ OCDE (2007), págs. 5 y 6.

⁵⁶ Guasch, J. L. (2004), pág. 98.

⁵⁷ Paredes, R. y Sanchez, J. M. (2003).

⁵⁸ Guasch, J. L. (2004), pág. 99.

4. Control del comportamiento del concesionario durante el plazo de vigencia de la concesión

56. La experiencia demuestra que hay que controlar el cumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales. En algunos países, este control es ejercido por la autoridad concesionaria, mientras que en otros esta labor es atribuida a órganos supervisores especializados. En el Perú, el INRENA⁵⁹ se encarga de la adjudicación de las concesiones forestales mientras que la supervisión de sus operaciones depende de otro organismo administrativo, la Oficina de Supervisión de las Concesiones Forestales⁶⁰.

57. El control de las operaciones del concesionario tiene una dimensión que se relaciona con la competencia. Por ejemplo, si el contrato de concesión obliga al concesionario a garantizar la igualdad de acceso a sus prestaciones, el cumplimiento ayudará a mantener la competencia en los mercados de etapas posteriores. Además, conseguir el cumplimiento de las leyes de defensa de la competencia es importante, en particular si la concesión supone adquirir una posición dominante en el mercado⁶¹. A continuación se exponen dos ejemplos, los ferrocarriles de Zambia y un aeropuerto de Chile, que nos muestran cómo se han aplicado estas leyes.

58. En 2003 se adjudicó en Zambia a un consorcio privado una concesión durante 20 años de la gestión del sistema ferroviario. El contrato de la concesión no contenía ninguna disposición que estableciera unas tarifas máximas, a pesar de que el ferrocarril no tenía competencia en el suministro a determinados clientes o esta competencia era reducida. La compañía de ferrocarriles de Zambia tiene más de 900 km de líneas ferroviarias principales y 300 km de líneas secundarias, que forman una de las redes más amplias de la región y cubren todo el servicio ferroviario que abarca desde la frontera de Sakania a las cataratas Victoria, e incluye las líneas secundarias al cinturón del cobre y otros destinos. En febrero de 2007 las autoridades de Zambia encargadas de velar por la competencia recibieron quejas por las tarifas excesivas que cobraba el concesionario. La investigación se inició a partir de las disposiciones legales que prohíben abusar de una posición dominante. Las autoridades investigaron a los clientes y analizaron los planes de inversión del concesionario y su ejecución. El resultado de las investigaciones sobre los clientes fue contradictorio. Mientras que algunos se quejaban del nivel de los precios, otros estaban satisfechos. Teniendo en cuenta estas constataciones y las inversiones realizadas por el concesionario, las autoridades de Zambia encargadas de la defensa de la competencia dictaminaron que las tarifas del transporte de carga por ferrocarril estaban justificadas y cerraron la investigación.

59. En un caso similar, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia chileno intervino cuando el operador de la terminal de uno de los aeropuertos de Santiago fue acusado de abusar

⁵⁹ Instituto Nacional de Recursos Naturales.

⁶⁰ OSINFOR.

⁶¹ Como nuevo ejemplo de la intervención de las autoridades responsables de la defensa de la competencia para poner término al abuso de una posición dominante de que disfrutaba un concesionario dentro del mercado del transporte por ferrocarril, véase la respuesta del Perú al cuestionario.

de su posición dominante, cobrando precios excesivos a las agencias de transporte y limitando su acceso a la terminal. El tribunal dictaminó que el concesionario no había respetado los límites de tarifas fijados en los pliegos de condiciones de la licitación y había abusado de su posición dominante⁶².

60. La aplicación de las leyes de defensa de la competencia en los ejemplos de Chile y Zambia no hubiera sido posible si el concesionario hubiera estado exento de la aplicación de las disposiciones de las leyes generales al respecto⁶³. Si el contrato de la concesión permite, o puede argumentarse que lo hace, un comportamiento contrario a la competencia pueden surgir conflictos. Cuando la legislación que regula los contratos de concesión se cruza con la legislación de defensa de la competencia, la solución efectiva de estos conflictos puede crear tensiones dentro del sistema jurídico. El diseño cuidadoso de la concesión y del marco reglamentario puede ayudar a reducir el tiempo y los costos de la solución de conflictos, y permitir que éstos se resuelvan de forma favorable a la competencia.

5. Papel de las autoridades encargadas de la defensa de la competencia

61. Las autoridades encargadas de la defensa de la competencia deben desempeñar un papel importante en el diseño y la adjudicación de una concesión, ya que son etapas importantes para la promoción de esa competencia⁶⁴. Esto quiere decir que dichas autoridades tienen que participar en el proceso desde el primer momento⁶⁵. Para ello pueden añadir a la defensa de la

⁶² Véase la respuesta de Chile al cuestionario de la UNCTAD donde se encuentra la decisión correspondiente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y otros ejemplos.

⁶³ La legislación búlgara, por ejemplo, establece expresamente que las empresas a las que el Estado o un municipio haya asignado la prestación de servicios de interés público están sometidas a la legislación de defensa de la competencia en la medida en que la aplicación de ésta no impida *de facto* o *de jure* la realización de las actividades que les fueron asignadas (respuesta de Bulgaria al cuestionario de la UNCTAD). Chile respondió también al cuestionario de la UNCTAD señalando que los concesionarios no están excluidos del cumplimiento de la legislación de defensa de la competencia.

⁶⁴ Malawi, por ejemplo, respondió al cuestionario de la UNCTAD indicando que su Comisión de Privatización, responsable de la adjudicación de las concesiones, mantiene frecuentes consultas con la Comisión de Competencia y Equidad Comercial si se plantea algún problema de competencia al realizarse una privatización. En México, la legislación sobre la competencia prevé la intervención de las autoridades encargadas de su defensa en las licitaciones públicas (respuesta de México al cuestionario). Los Estados Unidos indicaron que "quizá el reto más acuciante para resolver los problemas que plantea la competencia en el área de las concesiones es reconocer la existencia misma de un problema de competencia. En multitud de casos, el organismo que otorga la concesión no está familiarizado institucionalmente con los problemas de la competencia y puede excederse o quedarse corto en la regulación del sector en cuestión". (respuesta de los Estados Unidos al cuestionario).

⁶⁵ En la respuesta de los Estados Unidos al cuestionario pueden verse ejemplos positivos de participación de las autoridades encargadas de la defensa de la competencia en el proceso de adjudicación de una concesión.

competencia la asistencia al organismo que otorgará la concesión en el diseño de la estructura de ésta a fin de potenciar la competencia después de la adjudicación, por ejemplo, recomendando las escisiones horizontales o verticales que procedan. Además, las autoridades de defensa de la competencia pueden asesorar sobre los criterios más adecuados para la adjudicación o el diseño de una subasta pública. En Chile, por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia intervino en la adjudicación de siete licencias para cubrir la ruta aérea entre Santiago y Lima. A fin de promover la competencia en esa ruta aérea, el tribunal obligó a las autoridades que debían otorgar la concesión a no adjudicar más del 75% de las conexiones al mismo licitador en la primera subasta pública. Sólo si no se presentaran licitadores en esta primera licitación se convocaría una segunda sin tal limitación⁶⁶. También puede requerirse asesoramiento sobre la reglamentación sectorial. Las autoridades de defensa de la competencia es posible que necesiten fijarse prioridades para limitar su intervención a los proyectos de concesión más importantes y resolver los demás a través de directrices o declaraciones políticas⁶⁷.

F. Papel de la reglamentación sectorial

62. Con frecuencia las concesiones atribuyen una posición fuerte, cuando no dominante, en el mercado. Aunque las autoridades de defensa de la competencia puedan intervenir *ex post* basándose en las disposiciones que prohíben el abuso de una posición dominante, quizá sea más adecuado abordar el problema que representa el poder importante del concesionario en el mercado a través de una reglamentación sectorial, aplicable *ex ante*⁶⁸. (También puede abordarse esta cuestión en las disposiciones del contrato de concesión.) El hecho de que exista una reglamentación sectorial anterior a la adjudicación de la concesión puede disminuir la incertidumbre de los potenciales concesionarios⁶⁹. Los principales objetivos del marco reglamentario son: i) inducir a la empresa regulada a operar con los costos (eficientes) más bajos posibles; y ii) alinear los ingresos con los gastos, permitiendo que la empresa obtenga sólo unos beneficios "normales". Muchas veces habrá que negociar estos objetivos ya que las empresas sólo se sentirán incentivadas a mejorar la eficiencia si pueden retener parte de las ganancias resultantes. Otros objetivos a conseguir pueden ser ampliar la cobertura, mejorar la calidad del servicio y prestar un servicio universal⁷⁰.

⁶⁶ Respuesta de Chile al cuestionario de la UNCTAD.

⁶⁷ En la respuesta de Chile al cuestionario pueden verse ejemplos de defensa de la competencia en el área de las concesiones.

⁶⁸ Véanse, a este respecto, las respuestas de los Estados Unidos y México al cuestionario de la UNCTAD. Además, según la respuesta de Panamá, el proveedor dominante de los servicios básicos de telecomunicaciones locales en Panamá está sometido a una supervisión administrativa, que incluye el control de los precios, mientras que los precios en el sector de las telecomunicaciones móviles se establecen libremente debido al grado de competencia existente.

⁶⁹ OCDE (2006), pág. 49; respuesta de Madagascar al cuestionario de la UNCTAD.

⁷⁰ Guasch, J. L. (2004), pág. 138.

II. ¿CÓMO PUEDE MEJORARSE LA "PRÁCTICA" DE LAS CONCESIONES? EXPERIENCIA ACUMULADA Y RETOS FUTUROS

63. Según dicen las encuestas de opinión pública, en los países de América Latina y el Caribe está muy difundida la idea de que los programas de privatización y de otorgamiento de concesiones han sido injustos, han beneficiado a los ricos y han perjudicado a los pobres debido a las pérdidas de puestos de trabajo y la subida de las tarifas, de que los procesos han carecido de transparencia, los beneficios obtenidos han sido mal utilizados, las ganancias en eficiencia obtenidas por los operadores no han sido trasladadas a los usuarios y la corrupción ha crecido de forma rampante⁷¹. Cabe presumir que esta opinión es compartida por parte de los ciudadanos al menos de otras regiones.

64. A pesar de esta imagen negativa, algunas concesiones han favorecido el desarrollo económico y el bienestar de los consumidores. Han mejorado y ampliado las infraestructuras y han introducido una mayor eficiencia. Pero está claro que la "práctica" de las concesiones puede ser mejorada y la experiencia acumulada por los países puede ayudar a identificar las formas de hacerlo.

65. Cuestiones para promover el debate:

- a) ¿Qué experiencias se han tenido cuando se ha utilizado la multiplicidad de licencias para "generar" competencias? ¿La competencia en la etapa de la adjudicación de las licencias se mantiene al llegar el momento de abastecer el mercado? ¿Se ha llegado a conclusiones sobre la "generación de competencia" a través de la adjudicación de licencias múltiples?
- b) ¿Qué experiencia se ha tenido con la aplicación de las leyes generales de defensa de la competencia a los concesionarios cuando el contrato de concesión contiene cláusulas que aparentemente limitan las conductas contrarias a la competencia?
- c) ¿Qué experiencias se han tenido cuando se ha trabajado con las autoridades que diseñan las concesiones? ¿Qué estrategias parecen tener más éxito para focalizar la atención desde el primer momento en los resultados en el área de la competencia?

⁷¹ Guasch, J. L. (2004), pág. 9.

Referencias

- Autopista Central (2001). Memoria y estados financieros 2001. http://www.autopistacentral.cl/quienes_somos/memoria2001/centralespanol.pdf
- Banco Mundial (1995a). Public policy for the private sector, concessions - the way to privatize infrastructure sector monopolies. Nota N° 59. <http://rru.worldbank.org/documents/publicpolicyjournal/059guislain.pdf>
- Banco Mundial (1995b). División de Industria y Minería del Departamento de Industria y Energía. <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTOGMC/0,,contentMDK:20212273~menuPK:509429~pagePK:148956~piPK:216618~theSitePK:336930,00.html>
- BERD (2006). EBRD core principles for a modern concessions law - selection and justification of principles. <http://www.ebrd.com/country/sector/law/concess/core/coreprin.pdf>
- BERD (2005). Concession Assessment Project, cover analysis report. <http://www.ebrd.com/country/sector/law/concess/assess/report.pdf>
- Borsdorf, A. e Hidalgo, R. (2005). Los megadiseños residenciales vallados en las periferias de las metrópolis latinoamericanas y el advenimiento de un nuevo concepto de ciudad: alcances en base al caso de Santiago de Chile. <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-194-03.htm>
- Brusick, P. (2008). Privatization, natural monopolies and sector regulators: an international perspective. Exposición preparada para la Conferencia sobre Política de la Competencia y Privatización. El Cairo. 28 de enero de 2008
- CNUDMI (2003). Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/model/annex1_s.pdf
- CNUDMI (2000). Guía Legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/guide/pfip_s.pdf
- Comisión de las Comunidades Europeas (2004). Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:ES:PDF>
- Comisión de las Comunidades Europeas (2002). Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el derecho comunitario. 2000/C 121/02. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:ES:PDF>
- Comisión Europea (2005). Public procurement: Commission proposes clarification of EU rules on public-private partnerships. IP/05/1440. Press release of 17 November 2005. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1440&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>

- Davis, C. E. (2003). Refocusing the Jamaican State: privatisation and regulation of key utilities. Speech for a joint workshop CARR CRC and Aston Business School Risk, Hulme University. Manchester, United Kingdom. 26 June 2003. <http://www.competition-regulation.org.uk/conferences/mrcarr03/cdavis.pdf>
- Engel, E. et al. (2008). Renegociación de concesiones en Chile. <http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/renegociaciones-de-contratos.pdf>
- Estache, A. *et al.* (2007). Infrastructure, reforms and the poor in Latin America
- Foga, N. y Newman, D. The liberalization of the telecommunications industry in CARICOM: case study Jamaica and Dominica. http://www.fogadaley.com/Telecom_001.pdf
- Galarza, E. y La Serna, K. (2005). ¿Son sostenibles las concesiones forestales en Perú? <http://cies.org.pe/files/ES/bol%2056/05-GALARZA.pdf>
- Gómez, U. (2005). Autopistas pasan test de calidad. <http://proquest.umi.com/pqdweb?did=876757031&sid=1&Fmt=3&clientId=23693&RQT=309&VName=PQD&cfc=1>
- Guasch, J. L. (2004). *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right*. WBI Development Studies
- Hall, D. y Lobina, E. (2005). The relative efficiency of public and private sector water. Public Services International Research Unit, Business School, Universidad de Greenwich. Londres. <http://www.psiru.org/reports/2005-10-W-ffic.doc>
- Hall, D. y Lobina, E. (2003). Problems with private water concessions: a review of experiences in Latin America and other regions. Public Services International Research Unit, Business School, Universidad de Greenwich. Londres. <http://www.psiru.org/reports/2003-06-W-over.doc>
- Jamaica, Office of Utilities Regulation (2007). *Annual Report & Financial Statements 2006-2007*
- OCDE (2007). Policy brief on competition policy and concessions. <http://www.oecd.org/dataoecd/12/47/38706036.pdf>
- OCDE (2006). *Policy Roundtables, Concessions*. DAF/COMP/GF (2006)6. <http://www.oecd.org/dataoecd/0/28/39531515.pdf>
- OCDE (2005). Abuse of dominance in regulated sectors. Case submitted by Zambia at the Global Forum on Competition. 14 de enero de 2005. <http://www.oecd.org/dataoecd/50/9/34285468.pdf>
- OCDE. Basic elements of a law on concession agreements. <http://www.oecd.org/dataoecd/41/20/33959802.pdf>

Paredes, R. y Sánchez, J. M. (2003). Government concession contracts in Chile: the role of competition in bidding process. http://www.economia.puc.cl/index/detalle_publica.asp?id_publicacion=865&id_subsecciones=123&id_seccion=3

Sánchez-Albavera, F. y Lardé, J. (2006). *Minería y competitividad internacional en América Latina*. Santiago de Chile, CEPAL. <http://www.eclac.d/publicaciones/xml/9/25949/lcl2532e.pdf>

Skanska (2008). Autopista Central, Chile, case study 1 of May 2008. http://skanska-sustainability-case-studies.com/pdfs/1/01_Autopista_v001.pdf

Social Watch (Control Ciudadano) (2003). País por país - Malasia, Informe 2003: el alto costo de los monopolios privados. <http://www.socialwatch.org/es/informesNacionales/145.html>

UNCTAD (2008). *World Investment Report 2008, Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge*

UNCTAD (2007a). *Ley tipo de defensa de la competencia*

UNCTAD (2007b). *World Investment Report 2007, Transnational Corporations, Extractive Industries and Development*

Wallsten, S. J. (1999). An empirical analysis of competition, privatisation, and regulation in Africa and Latin America. http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/1999/09/14/000094946_99072206440581/Rendered/PDF/multi_page.pdf
