

AMÉRICA LATINA: SIN REGULACION NI COMPETENCIA?

Impactos Sobre Gobernabilidad del Agua y sus Servicios

Miguel Solanes, Asesor Regional, Legislación de Aguas y Servicios Públicos, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Naciones Unidas

Julio 30, 2002 ¹

¹ Este informe no es un informe teórico. Se basa en las experiencias del asesor, en hechos de conocimiento público como las regulaciones en algunos países de la región, en evaluaciones de procesos privatizadores realizados por terceros, y en las apreciaciones críticas de las relaciones entre mercado y Estado y órganos de financiación internacional según autores como Stiglitz. Las opiniones expresadas en este documento son de la exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las de la CEPAL.

La posibilidad de que el agua y sus servicios públicos vinculados sean regulados por las fuerzas del mercado ha sido una de las ideas fuerzas más importantes de los últimos tiempos en América Latina. El mercadeo del agua, la regulación liviana, la competencia por y dentro del mercado, la disputabilidad de mercados, y la regulación de ganancias conforme a la metodología de precio techo ha sido insistentemente propuesta, y en algunos casos implementada, en la Región.

El propósito de este informe es discutir algunas experiencias regionales con la aplicación de enfoques de mercado, y discutir hasta qué punto, la regulación del recurso agua, y de los servicios vinculados, puede requerir una actualización, basada en análisis legales comparativos, con miras a su mejor gobernabilidad.

En términos legales amplios un mercado es un conjunto de contratos, donde los actores intercambian de distintas maneras derechos sobre cosas y servicios. Lo que puede ser transado y como se determina por principios sociales, percepciones, ética, tecnología y la naturaleza de las cosas o servicios a ser transados.

Así, lo comerciable es contingente a tiempo y lugar. Para griegos y romanos era perfectamente aceptable comerciar seres humanos, como cautivos de guerra. Más aún era un acto de clemencia, desde que los derrotados podían ser, y a menudo lo eran, ejecutados. En algunas culturas está perfectamente aceptado comerciar seres humanos, niños y drogas. En otras está prohibido, y es un crimen. Es bien conocido que desde los romanos algunas cosas son extra comercio es decir no transables en el comercio ordinario.

Por tanto lo que es comerciable depende de lo que digan los sistemas legales específicos. Las instituciones se traducen en derechos y deberes, percepciones sociales y ética. Autoridad, propiedad, monopolio estatal de uso de la fuerza, contratos y solución de conflictos son parte del contexto global que inciden en la existencia, y calidad de funcionamiento de un mercado.

Certidumbre, confiabilidad, seguridad de derechos, competencia y predictibilidad son algunos de los elementos determinantes de la continuidad, y regularidad de las operaciones de los mercados.

De alguna manera la historia de la civilización puede ser equiparada al proceso de remover limitaciones a la operación de fuerzas de mercado. Sin embargo los errores de cálculo respecto de la existencia de efectiva competencia, las externalidades, la naturaleza y comercialidad de las cosas o servicios a ser transados, y los incentivos provistos para que exista competencia o monopolio, pueden resultar en transferencias de rentas no queridas, o no transparentes y explícitas, y por ende no sujetas a escrutinio público. Las leyes de agua y las regulaciones de servicios públicos vinculados al agua proveen un campo fértil de ejemplos de lo que sucede cuando los supuestos de la legislación y regulaciones referentes a fuerzas del mercado, e incentivos para competencia no tienen lugar en la práctica.

A. MONOPOLIZACION DEL RECURSO HIDRICO

Propiedad de Aguas y Derechos de Uso

En la ley romana, las aguas terrestres no eran incluidas dentro del concepto de recursos comunes. Eran o públicas o privadas. La distinción estaba basada en la magnitud, perennidad y la opinión de los

habitantes locales (existimatio circumcolentium).² Sin embargo, cualquiera sea la categorización de cualquier cuerpo específico de agua, el hecho central para el propósito de esta discusión es que en la ley romana el agua dulce terrestre era considerada lo suficientemente importante, escasa y útil, para ser poseída pública o privadamente. Aquí encontramos una temprana indicación de que al agua le fue otorgado, aunque implícitamente, un valor económico. Las nociones de dominialidad pública fueron particularmente aceptadas en la ley española y la de las colonias de España en el nuevo mundo.

Sin embargo, el agua no es mercancía ordinaria. Las características peculiares de los recursos de agua son el resultado de su polivalencia ambiental, y sus roles económicos y sociales. Estos incluyen, inter alia, aspectos del bien público; efectos externos; competencia imperfecta; riesgo, incertidumbre, información imperfecta; potencial para ineficiencias e injusticias sociales y ambientales, y vulnerabilidad a la monopolización.³

Estas peculiaridades han dado como resultado sistemas de derechos de agua que se han esforzado para lograr un balance entre las diferentes demandas y requerimientos producidos por la polivalencia y los atributos físicos, químicos y biológicos únicos del recurso agua..

Mientras que en la mayoría de los países el agua pertenece al dominio público, los derechos de uso de agua otorgados a individuos privados o a corporaciones, están protegidos bajo las disposiciones de propiedad de constituciones nacionales y en caso de países federales, constituciones estatales o provinciales. La Ley de Agua Mexicana de 1992 ha creado un sistema de derechos de agua, registro y transferencia, con la visión de promover la seguridad y la estabilidad en la gestión y el uso del agua.

Por lo que la estabilidad de los derechos de agua es un principio importante en la ley de agua, que se remonta según algunas autoridades, al derecho Romano . La imposibilidad de otorgar derechos de agua estables, afecta negativamente el desarrollo .

Un sistema de derechos de agua estables es un incentivo a la inversión en el desarrollo y la conservación de los recursos de agua. Los recursos de agua estables son colaterales, activos y pertenencias útiles para propósitos de crédito y también son importantes elementos para la valoración de propiedades con un fin tributario. Adicionalmente, la estabilidad y certeza de los derechos de agua y usos conexos proveen reconocimiento a las economías existente y previenen el malestar social .

Un derecho de agua usualmente es un derecho de uso, y la propiedad de un derecho de agua significa normalmente un usufructo, y no propiedad del propio cuerpo del agua. En algunas legislaciones el poder usufructuario puede ser negociado y transado.

Uso Efectivo y Beneficioso

La relevancia de los derechos de agua como activos de propiedad, está relacionada a la disponibilidad del recurso. El recurso escaso es el más valioso. Por lo tanto la mayoría de las legislaciones de agua tienen provisiones que requieren el uso efectivo de los derechos de agua, ya sea para crearlo, generarlo, mantenerlo o conservarlo.

² Bonfante, Pedro "Instituciones de Derecho Romano" trad. de la 3a ed. ital., de Bacci, Luis y Larrosa, Andres, revisada por Campuzano Horma, Fernando, Madrid, 1929 p. 313-314 and p. 322.

³ See, generally, Colby-Saliba, Bonnie and Bush David, "Water Markets in Theory and Practice: Market Transfers, Water Values and Public Policy", Studies in Water Policy Management No. 12, Westview Press, Boulder, Colorado, USA.

El principio de uso efectivo y beneficioso es prácticamente universal. Mientras que la terminología no es un informe, en la ley Alemana (reformada el 23 de septiembre de 1986); la ley española de 1985; la ley de agua mejicana (art. 27. III); la legislación de la mayoría de las provincias argentinas; y las leyes de los estados del oeste americano; existe una noción de que los derechos de agua arriesgan caducidad si no son utilizados, o si no son utilizados de acuerdo a los términos de la licencia o el permiso. La legislación de Zimbabwe considera específicamente los aspectos económicos de las aplicaciones para los derechos de agua.

La racionalidad detrás del principio ha sido construida precisa y claramente por las autoridades, jueces y legislación de los Estados Unidos. Una declaración típica de la regla del uso benéfico es: “el uso benéfico es la base, la medida, y el límite de todos los derechos de usos de agua en este estado...consistente con el interés del público en el mejor uso del agua.”⁴

Los principios de la doctrina de uso efectivo y benéfico son: a) el agua no debe ser obtenida con fines de especulación o dejar que se desperdicie (realidad de uso); b) el fin de uso, debe ser uno reconocido y socialmente aceptable; c) el agua no debe ser mal usada (eficiencia razonable); d) el uso debe ser razonable comparado a otros usos.

Una idea común era que la cantidad de agua debía ser no más que la necesitada, siendo la preocupación la posibilidad de “conferir un monopolio absoluto a un solo individuo”. Esta preocupación antimonopólica / antiespeculativa cuando los beneficiarios no tienen un uso específico en mente, continúa hoy en día.

Por un largo tiempo fue difícil evaluar lo que pasa en la práctica cuando la legislación no tiene un requerimiento de uso. La razón de esto es que los sistemas nacionales de legislación de agua normalmente no otorgaban derechos de agua exclusivo y sin agregar el requerimiento de uso efectivo y benéfico.

Al presente, el estado de flujo de la legislación de agua en general, y la legislación relativa a los servicios públicos basados en agua en particular, ha instado a investigación específica en el tema de los derechos de agua y de las consecuencias de crearlos sin requerimiento de uso efectivo y benéfico. Ha ayudado que las evaluaciones de las experiencia Chilena (donde los derechos de agua no están condicionado al uso efectivo y benéfico) están siendo ampliamente disponibles.

Los economistas de recursos naturales se dan cuenta que si el no uso no es penalizado con caducidad, pueden formarse “derechos dormidos” los cuales aumentan la incertidumbre acerca de las cantidades de aguas disponibles.

La experiencia chilena en la emisión de derechos de agua no condicionados, es una validación aparente de los presentimientos detrás de los requerimientos de uso efectivo y benéfico. Un estudio del impacto del sistema legal en la asignación del agua en Chile, ha encontrado que es común que los monopolios del Estado que se beneficiaban de derechos de agua, se privatizaran con ellos, creando barreras legales de entrada que mantienen las características de monopolio del sector. La estructura reguladora para la electricidad está basada en la existencia de generación de electricidad. Sin embargo, la competencia prácticamente no existe en Chile. Los derechos de agua de los principales proyectos hidroeléctricos pertenecen primordialmente a una sola corporación. Lo que implica esto, es que el más grande

⁴ Robert E. Beck, Ed., *Water and Water Rights*, Charlottesville, The Michie Company, 1991, Vol. 2, 1991, 106.

generador tiene un incentivo de valorar proyectos, considerando los efectos que tendrán en las utilidades de su capacidad intramarginal. Puede obtener el equilibrio de monopolio por más tiempo al posponer inversiones. Los nuevos empresarios serán incapaces de entrar al mercado de generación de electricidad, por que no tienen los derechos de agua para encarar proyectos más eficientes. Los derechos de agua debieran haber sido devueltos al estado antes de la privatización, que a cambio los podría haber otorgado sujetos a condición de su oportuno desarrollo..

Por esto, la operación actual del sistema chileno parece confirmar la racionalidad detrás del requerimiento de uso efectivo y benéfico.

La monopolización a través de la creación de barreras de entrada resultantes del control de los insumos esenciales de producción y recursos naturales, son conocimiento común en la literatura económica. La existencia de mercados de agua no alivia la situación, ya que de hecho “los insumos cruciales de este tipo no son usualmente transados en mercados competitivos”.

Además , los mercados de agua no resignan grandes cantidades de agua. Al contrario, las cantidades históricamente intercambiadas son lo suficientemente limitadas para que estos mercados sean identificados como mercados limitados ("thin markets")..

Aún más, para grandes usuarios institucionales, los incentivos para vender derechos de agua, sin la penalidad de caducidad, por no uso, son pequeños en comparación con las ventajas estratégicas de controlar un insumo de producción clave, dentro de las políticas de poder de mercado de prácticas corporativas.

Por lo que, parece ser que la ausencia de un requerimiento de uso efectivo y benéfico, tiene un efecto negativo sobre transacciones de agua, mercados de agua y sobre asignaciones eficientes de agua.⁵ Evidencias empíricas sobre el trabajo actual de mercados de agua en Chile, indican que con algunas excepciones, las transacciones de mercado de derechos de agua en Chile, han sido limitadas.⁶

Desde agosto de 1998, distintas instancias judiciales y administrativas han tomado varias decisiones sobre los efectos del sistema chileno de derechos de agua. Por esto, la Corte Constitucional ha reconocido el derecho del Gobierno para regular las condiciones de los derechos de agua (Rol 60/1997). Adicionalmente, la Comisión Antimonopólica ha recomendado que ningún otro derecho de agua sea otorgado hasta que las provisiones que requieran un uso efectivo del agua sean incluidas en la ley de aguas (CPC 992/636; CR 480/97).

⁵ See Carl Bauer, *Against the Current: Privatization, Markets, and the State in Water Rights, Chile, 1979-1993* (Berkeley, 1995) p.2: “Private bargaining and exchange cannot coordinate overlapping resources without continues State intervention, through the courts, if not through other political organs”; p. 57: “These features [of the law] stimulate speculation...they have been favored [by supporters of the law] saying that speculation improves market operations and price signals...they deny criticisms that speculation might distort prices through unequal bargaining power or monopoly control...”; p.171: “The government virtually guaranteed the under-valuation of water rights [resulting in relatively few transactions] when it privatized them without imposing any taxes, fees, or other obligations to the public interest”.

⁶ Humberto Peña, National Water Director, Chile, "Foro del Sector Saneamiento sobre el Proyecto de Ley General de Aguas" Texto de Exposiciones, Lima, Perú, 8/9 Enero, 1996, p.10/11.

B. GOBERNABILIDAD Y FILOSOFÍA LEGAL

En un reciente informe sobre gobernabilidad de aguas en América Latina, el Profesor de Harvard Peter Rogers afirma que mientras que el sistema de derechos de agua de Chile es sui generis, se han cometido en el mismo muchos errores en materia de transparencia, participación y ecosistemas en un esfuerzo para establecer efectivamente los mercados de agua. Sin embargo, "el genio del sistema es que el mismo es adaptable".⁷

Al hacer este comentario respecto de Chile, el Profesor Rogers reposa en el supuesto o de que la performance se puede mejorar en el tiempo, mediante la regulación de los monopolios y los derechos creados. Todo esto dentro de un enfoque pragmático, empírico, basado en un sistema de prueba y error, a medida que los problemas se vuelven aparentes.⁸

Al asumir esto el Profesor Rogers toma en cuenta, y de alguna manera extrapola, la experiencia.⁹ norteamericana y el pragmatismo de las escuelas anglosajonas de pensamiento, "cuyo empiricismo las aconseja cuando resuelven problemas de gobernabilidad de aguas"¹⁰ y en donde "la experimentación con derechos a través del tiempo ha llevado a los Estados Unidos a enfoques flexibles en materia de gobernabilidad." "Este enfoque permite ajustes cuando las condiciones económicas y sociales cambian porque no aspira a desarrollar instituciones que cubran de una sola vez todas las eventualidades posibles".¹¹

Estas afirmaciones del Profesor Rogers tiene un paralelo en el derecho norteamericano y sus decisiones sobre servicios públicos vinculados al agua y su rentabilidad: "el concepto de retorno razonable de la Suprema Corte es en realidad una noción de zona de razonabilidad. La confiscación es el límite inferior. La explotación de los usuarios es el límite superior. Si el retorno es razonable éste debe caer entre estos límites. Claramente, las ganancias requeridas no pueden estar representadas por una suma específica, ni determinadas por una fórmula precisa. Mas bien variarán conforme a las condiciones económicas de ambas, la compañía y la economía."¹²

Uno de los mejores ejemplos de esta clase de enfoque balanceado es la decisión del Juez Holmes determinada por prudencia y equidad "entre Scylla y Caribdis": "Por un lado si una franquicia significa que la ganancia más alta que se puede obtener libre de competencia, es protegida por la garantía constitucional de la propiedad, entonces el poder de regular es nulo. Por otro lado, si el poder de regular elimina totalmente la protección de la propiedad entonces ésta es inexistente. Esto no es materia

⁷ Rogers, Peter "Water Governance in Latin Ameica and the Caribbean"Inter American Development Bank, Sustainable Development Department, Environment Division, February 2, 2002; p. 27.

⁸ Rogers, Peter "Water Governance in Latin Ameica and the Caribbean"Inter American Development Bank, Sustainable Development Department, Environment Division, February 2, 2002; p. 27.

⁹ En este contexto, "Governance" means: "the capability of a social system to mobilize energies in a coherent manner, for the sustainable development of water resources. The notion includes the ability to design public policies, and mobilize social resources to support them, which are socially accepted, which have as their goal the sustainable development of water resources, and to make their implementation effective by the different actors involved in the process. Governance is a more inclusive notion than government. It embraces the relationship between a society and its government" (Rogers, op.cit. p. 1)

¹⁰ Rogers Peter, Water Governance, Fortaleza Draft, Prepared for Inter American Development Bank, February 4, 2002, p.4.

¹¹ Rogers Peter, Water Governance, Fortaleza Draft, Prepared for Inter American Development Bank, February 4, 2002, p. 4

¹²) Phillips, Charles, Jr. "The Regulation of Public Utilities" PUR, 1993, p.181, Arlington Va. USA, quoting Troxell, "Economics of Public Utilities", 224

de teoría económica sino de interpretación equitativa de un trato. Ninguna de las interpretaciones extremas pueden haber sido consentidas. Un punto medio entre ambas debe ser alcanzado."¹³

Uno debe asumir que esta clase de razonamiento legal prudente y balanceado es de la esencia del enfoque pragmático y razonable a que se refiere el Profesor Rogers. Tiene profundas implicaciones estructurales para la interpretación de derechos y la solución de conflictos. Provee estabilidad y confianza de largo plazo. Contribuye a la firmeza de la estructura social creando efectivamente una característica constitucional de compartir socialmente en tiempos buenos y aciagos. Una percepción social de compartir equitativamente es importante para la gobernabilidad. Previene frustración e inquietud social.

La "estabilidad" en el contexto de las decisiones arriba mencionadas, va más allá del cumplimiento de un contrato o de la interpretación de una ley. Significa estabilidad social de largo plazo aún a expensas de tener que crear variables en la ejecución de un contrato, o en la extensión de un derecho, teniendo en cuenta que la razonabilidad sea preservada.

Desafortunadamente, la situación actual de América Latina parece no otorgar este tipo de enfoque razonable, pragmático y flexible a los derechos y contratos. Por el contrario, el "status quo" de la actual legislación de aguas y de servicios públicos y acuerdos para la protección de la inversión enfatizan la seguridad unilateral y contractual, aun si el contexto de las condiciones cambia. En este sistema algunos argumentan que existe confiscación cuando alguien tiene que aceptar una ganancia más baja que la esperada aún si existe rentabilidad. Así, no es extraño ver que los titulares de servicios públicos tienen garantido retornos y tasas de cambio y tasas de interés. Esto a pesar que distinguidos especialistas del Banco Mundial han puntualizado que esta clase de garantías pueden eliminar los beneficios de las privatizaciones suprimiendo incentivos para seleccionar y manejar programas y proyectos en forma eficiente.¹⁴

Además estas garantías imponen en los hechos serios pasivos contingentes en los presupuestos nacionales. También crean dos clases de actores económicos: los que tienen todas las garantías a despecho de cambios en circunstancias, y aquéllos, usualmente ciudadanos ordinarios- que no tienen ninguna. En tiempos de crisis, estos pasivos contingentes hieren plenamente los sistemas donde operan. Mientras la economía general tropieza y la actividad económica decae y la población sufre, las sociedades de servicios públicos reclaman pago pleno y actualizado. En contraste en los Estados Unidos en tiempos de la depresión, los jueces y las cortes reconocieron una declinación en las tasas de interés y las ganancias de las empresas en todo el país, y eran anuentes a aceptar tasas de retorno más bajas en los servicios públicos.¹⁵

Un número de compañías trabajando en el área de servicios públicos en Argentina, incluidas Aguas Argentinas están demandando a Argentina en diferentes tribunales (Cortes Francesas, CIADI-Banco Mundial) para requerir un ajuste de tarifas como consecuencia de la devaluación del peso.¹⁶ También en Argentina el FMI y el Grupo de los 7 han presionado al gobierno por un incremento de tarifas a despecho de impactos inflacionarios y sociales.¹⁷ Stiglitz ha acuñado la frase "gobierno global sin

¹³ Phillips Jr., 1993, p. 411, quoting Cedar Rapids Gas Light Co. vs. Cedar Rapids, 223 U.S. 665, 669 (1912)

¹⁴ Thobani, Mateen, "Private Infrastructure, Public Risk", Finance and Development, March, 1999.

¹⁵ Phillips, op. cit. p. 378, and cases quoted there.

¹⁶ Clarin, Buenos Aires, 29 Junio, 2002.

¹⁷ Clarin, June 22, 2002. Some authors note that international economic institutions have been captured by the commercial and financial interests of the richest countries Stiglitz Joseph, "El Malestar de la Globalización" ("Globalization and its Discontents" in the English original version), Ed. Santillana, España 2002, p. 44.

estado global" para referirse al fenómeno contemporáneo de las determinaciones institucionales externas a los países donde los impactos tienen lugar.¹⁸

El impacto del enfoque actual sobre la sustentabilidad social de largo plazo es todavía desconocido, pero los problemas a los que se ven enfrentados los países latinoamericanos pueden constituir un anticipo de cosas peores. Como ejemplo cabe citar que como resultado de los conflictos suscitados en el ámbito de los recursos hídricos y tarifas, la concesión de aguas del Tumari en Cochabamba fue rescindida. Bechtel que es el accionista mayoritario de las Aguas del Tumari, está actualmente entablando un juicio a Bolivia a través del Tribunal de Arbitraje del Banco Mundial. La demanda es por \$ 25.000.000. Sin embargo, el Ministerio de Comercio de Bolivia ha declarado que la inversión actual no superó los \$ 500.000. Una coalición de instituciones está haciendo campaña actualmente para convencer a Bechtel de desistir de tal acción. La Junta Directiva de Supervisores de San Francisco, en California se ha sumado a esta campaña. La Junta ha basado su solicitud teniendo ante sí diferentes hechos, entre los que se han incluido los niveles de ingreso (\$ 67 m/h) y pobreza (70% de la población más abajo del nivel de pobreza) en Bolivia.¹⁹

C. LOS MERCADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS EN AMÉRICA LATINA

La privatización de los servicios públicos en Buenos Aires, la falta de información y transparencia en las decisiones de regulación unido a las intervenciones ad hoc del poder ejecutivo, tornan difícil asegurar a los consumidores que su patrimonio está siendo protegido y que las concesiones son sustentables.²⁰

En Argentina se ha dicho que las privatizaciones eran tratos dulces, con las corporaciones de servicios públicos privatizándose como monopolios privados en reemplazo de los públicos y con las tarifas de largo plazo de los contratos siendo actualizadas de acuerdo a la inflación norteamericana aún si los precios argentinos estaban bajando. Las tasas en dólares eran altas aún si en teoría el riesgo era bajo.²¹

Existen razones estructurales para las deficiencias en los sistemas regulatorios:

1. Un prejuicio en relación a la actitud de los gobiernos: "puede ser en el interés del país receptor hacer lo más difícil posible la mensura de las ganancias resultantes de inversiones ... Si los inversores puede hacer sus ganancias menos visibles el país receptor estará menos inclinado a usurpar las ganancias... Los sistemas contables se pueden diseñar especialmente a este efecto o se puede alentar la integración vertical de la firma regulada de manera tal que transferencias de precios creativas puedan ser utilizadas para la mensura de ganancias en la industria relevante"²²
2. Supuestos muy optimistas, tales como los basados en la noción de que la disputabilidad de mercados reduce la necesidad de regulación. Conforme a la teoría precios y sistemas eficientes

¹⁸ Stiglitz, op. cit supra, 47.

¹⁹ www.aguabolivia.org Julio 9, 2002.

²⁰ Alcazar, Lorena, et all "The Buenos Aires Concession", The World Bank Development Research Group, Regulation and Competition Policy, April 2000, Policy Research Working Paper, 2311, Front Cover.

²¹ The Economist, March the 2d. 2002. "Special Report on Argentina's Collapse", p. 27.

²² Sappington David, 1986, "Comments to Regulatory Bureaucracy", Information Economics and Policy 2 (4):243-58, according to quotation in Comment on "Regulation, Institutions and Commitment in Telecommunications" by Levy and Spiller, David Sappington, Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics", 1993, p. 256. These opinions are all the most surprising considering that transparency and asymmetries of information are such critical subjects that they earned a Nobel price to Joseph Stiglitz, and are pursued further in his book "Globalization and its Discontents", Sobre Stiglitz y su role, ver Campodonico Humberto, "Los Economistas y el Poder del Banco Mundial", sin pie de imprenta.

pueden ser forzados a los proveedores tanto por la amenaza de competencia como por la efectiva existencia de competencia real. Sin embargo, si bien como construcción abstracta la teoría ha ganado un terreno considerable: "su impacto sobre las políticas regulatorias en relación a monopolios naturales ha sido mucho menos significativo, simplemente porque el supuesto de la disputabilidad perfecta sobre el que está basado, principalmente que se puede entrar y dejar un mercado sin costos, rara vez se da en la práctica".²³

3. Cuando la competencia en el mercado es limitada, la competencia por el mercado crea una forma de competencia sustitutiva teórica, supuestamente reduciendo las necesidades por regulación e información. Sin embargo, el ejercicio ha estado plagado de dificultades. En el caso de Buenos Aires se argumenta que el proceso de subasta alentó a las compañías para que ofrecieran tasas máximas de descuento para renegociar después si necesario; la concesión fue concedida como un monopolio con el concesionario establecido teniendo una ventaja prácticamente total sobre competidores potenciales y además con un número pequeño de competidores potenciales, en el proceso de ofertas.²⁴
4. En muchos casos, las leyes y regulaciones sobre privatizaciones han aplicado el sistema de precios techo para regular las ganancias de los concesionarios. Conforme a la teoría el sistema era fácil de entender, relativamente simple y fácil de monitora, preservaría los incentivos de eficiencia, y podría ser enfocado precisamente en las áreas de preocupación de manera de no restringir la operación de los negocios en otros aspectos. El sistema era supuesto requerir información reducida, consecuentemente menos vulnerable a captura y además temporario durando solo hasta la instalación de la plena competencia. Sin embargo, la competencia particularmente en agua potable y saneamiento, no siempre tiene lugar.²⁵ En la práctica el sistema estaba afectado por varios problemas, incluyendo el hecho de que requería un alto grado de información, para establecer los potenciales de reducción de costos. En Inglaterra ha resultado en un sistema débil de rendición de cuentas y en la falta de salvaguardias procedimentales. Este problema, la dependencia de los reguladores en información provista por las firmas, y la historia regateo entre los mismos, todos sugieren que el sistema puede no ser tan resistente a la influencia de los intereses privados como sus proponentes esperaban.²⁶

En América Latina una visión prejuiciada de los gobiernos y la confianza en una necesidad teóricamente baja de información han resultado en el diseño de sistemas débiles de información y monitoreo, con capacidades legales reducidas para requerir información que permita controlar la prudencia y la razonabilidad de los costos de operación y mantenimiento, y el monitoreo de transferencia de precios. Ausentes los requerimientos de información del sistema regulatorio por tasa de retorno, las compañías monopólicas pueden tener incentivos para maximizar sus ganancias, particularmente si son parte de "holdings" y "cartels". Mas aún pocos sistemas tienen buenos mecanismos de contabilidad regulatoria, desde que la base de los mismos fue que en cualquier caso la necesidad de información era limitada.

²³ Ogus Anthony, "Regulation, Legal Form and Economic Theory", Clarendon Law Series, Oxford, 1994; p. 33.

²⁴ Ferro Gustavo, "El Servicio Publico de Agua Potable y Saneamiento en Buenos Aires, Privatizacion y Regulacion", Buenos Aires, 1999. This agrees with data on limited number of bidders in most water supply and sanitation biddings provided by Vivien Foster at the "Primer Encuentro de Entes Reguladores de las Americas", Cartagena de Indias, Colombia, Octubre, 2001.

²⁵ Maria Elena Corrales, Draft Proposal "Gobernabilidad de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento en América Latina", preparada para el South American Committee del Global Water Partnership. Santiago, Chile, March 2002, p.9; Rees Judith (s/f) "Protecting the Consumer" no printing place or date, p.5.

²⁶ Ogus, op. cit. p. 312/313.

El regulador chileno de agua y saneamiento ha reconocido esta limitante, y está ahora requiriendo que las compañías le suministren más información sobre costos, gastos e ingresos. Predeciblemente, las compañías están cuestionando la necesidad, utilidad y beneficios del requerimiento.²⁷

Además de las razones estructurales la calidad de las regulaciones y privatizaciones se ve afectada por los procesos y limitantes específicos a sitios y tiempos específicos. Así en el caso de Buenos Aires, se ha argüido que el proceso fue afectado:

- Por el déficit fiscal, un sentido de urgencia en la privatización que resultó en el descuido de las restricciones específicas planteadas por Buenos Aires.²⁸
- La noción persistente de que era posible encarar servicios de agua conforme a paradigmas de competencia desarrollados para sectores más dinámicos e innovativos como las telecomunicaciones y la electricidad.²⁹
- Las tarifas estaban supuestas ser estables por diez años pero en los primeros siete tuvieron un incremento del 45%.³⁰
- El incremento de cobertura fue sólo el 70% de las metas del contrato, incluyendo trabajos de terceros y la legalización de obras ya existentes. Si los mismos se descuentan la expansión real sería de 40% para agua y 20% para saneamiento.³¹
- Los niveles de inversión fueron más bajos que los esperados, pero esto no se tradujo en tarifas más bajas.
- Las condiciones iniciales de la concesión nunca fueron respetadas. Esto significa que la racionalidad detrás del proceso de ofertas públicas fue muy débil y que el proceso de competencia tuvo fallas importantes en la protección de usuarios. Desde el principio el concesionario requirió renegociaciones y los cambios en las responsabilidades contractuales han sido numerosos e importantes. Las renegociaciones no fueron consultadas y la mayoría de las decisiones favoreció a la empresa creando la idea de oportunismo contractual. El oportunismo contractual está también referido en forma específica por el Premio Nobel Stiglitz, cuando se refiere a la concesión de Buenos Aires.³²
- De acuerdo a Loftus y MacDonald, Aguas Argentinas ha realizado ganancias récords con esta concesión, el doble del promedio internacional y tres veces el de las compañías del Reino Unido.³³
- El modelo regulatorio ha sido frágil, ineficiente y débil. La captura del regulador y/o el gobierno han sido mencionados como una de las principales razones de los problemas de gobernabilidad de la concesión.³⁴

En vena similar el proceso de privatización de Cochabamba en Bolivia, ha sido criticado por haber sido el resultado de negociaciones entre los principales partidos políticos en el Parlamento Boliviano, sin involucrar a los interesados directamente afectados. Fue una alianza entre el sector público y privado que no incluyó a los miembros de la sociedad civil afectado por el contrato. El proceso regulatorio no incluyó las partes interesadas y el contrato tampoco incluyó obligaciones claras y sanciones respecto al

²⁷ El Mercurio, Santiago de Chile, Economía y Negocios, 13 de Abril, 2002 p. B3.

²⁸ Corrales, comments to Draft proposal prepared by Peter Rogers.

²⁹ Corrales, Draft Proposal, p. 11.

³⁰ Corrales, comments to Peter Rogers Draft proposal.

³¹ Rogers, "Water Governance..." p. 68, 69.

³² Stiglitz, "El Malestar..." p. 100.

³³ Rogers, "Water Governance..." p. 70, referring to Loftus Alex and David McDonald, "Lessons from Argentina: The Buenos Aires Concession" Municipal Services Project, Occasional Papers Series, No 2. Ottawa, April 2001.

³⁴ . Rogers, 'Governance...', p. 72.

concesionario. Mas aún las partes cuyos derechos de agua y usos consuetudinarios eran potencialmente afectados por el contrato no fueron protegidos. Además, no se consideraron las preocupaciones ambientales. Como consecuencia la implementación del acuerdo afectó usos y derechos consuetudinarios al mismo tiempo que incrementó las tarifas. Esto causó una revuelta social que terminó en la rescisión del contrato.³⁵

D. CONTEXTO INTERNACIONAL

Existe un reconocimiento creciente en que se han realizado errores, y que la tarea de diseñar mercados efectivos es una importante responsabilidad de los gobiernos, es decir una cuestión de gobernabilidad.³⁶ La gran pregunta, sin embargo, es qué hacer cuando las regulaciones son débiles, o cuando los sistemas de derechos, situaciones y prácticas no aseguran la competencia, el flujo libre de información y el control de externalidades. Sería legalmente posible dictar legislación ex-post para mejorar las condiciones de las regulaciones y derechos de aguas; y si posible bajo qué condiciones; y aún si fuera legalmente posible, existen restricciones de facto?

La legislación ex-post es muy frecuentemente encontrada en derecho de aguas particularmente cuando surgen necesidades de enmendar el diseño de los derechos de agua como resultado de cambios en las condiciones sociales, económicas o ambientales. Cuando los estados del oeste norteamericano cambiaron de sistemas ribereños a sistemas de permisos y primera apropiación algunas partes interesadas cuestionaron la constitucionalidad del cambio. En la mayoría de los casos, si bien no en todos los cambios fueron aceptados como modificaciones en el uso de la propiedad pública, y no como una confiscación de derechos privados, en la medida en que el agua beneficiosamente usada fuera reconocida como un derecho protegido.³⁷

En el terreno de los servicios públicos existen varios ejemplos de regulaciones ex-post no consideradas como expropiación. Estas incluyen regulaciones de servicios no regulados hasta el momento en que se impusieron regulaciones, cambios en las condiciones de suministro de servicios eléctricos, cambios en las tarifas de agua y en los cobros por servicio de remolque en ríos. Mientras las compañías no incurrieran en pérdidas, y la posibilidad de obtener un ingreso razonable no se viera afectado, los cambios fueron considerados legalmente viables en diferentes sistemas legales.³⁸

Sin embargo a pesar de la aceptación sustantiva de regulaciones ex-post en la legislación y en las decisiones en Estados Unidos, Inglaterra y en otros países, la situación internacional actual puede ser muy difícil para que los países en desarrollo, particularmente en los países en desarrollo endeudados,, para promulgar legislación ex-post dirigida a mejorar la calidad de la legislación en derechos de agua y de regulación de servicios públicos de agua potable y saneamiento.

Dos clases de factores pueden afectar la capacidad para el dictado de legislación nueva: a) las reglas operacionales y de procedimiento de los tribunales establecidos por tratados para la protección de la inversión y el comercio foráneo; y b) las prácticas de facto de las instituciones financieras internacionales cuando los países de origen de las compañías de servicios públicos efectúan "lobbies" por cuenta de sus compañías nacionales.

³⁵ Vicherat Daniela, "Globalizar es Sinónimo de Privatizar?", Magazine Dial, <http://www.iigov.org/dhial>.

³⁶ ³⁶ See the works by Stiglitz, McMillan, and Ogus, quoted in this report

³⁷ Water and Water Rights, 1991, Robert E.Beck Editor in Chief, The Michie Company, USA 1991, pp. 383 and 387.

³⁸ Munn Vs Illinois, US Supreme Court, 1877; Cedar Rapids Vs. Cedar Rapids, 223 US 665, 669, (1912), Monopolies and Merger Commission, UK; Maruba case, Argentinean Supreme Court, 1998.

En lo que hace a las reglas operacionales y procedimentales establecidas por acuerdos para la protección de la inversión extranjera, en este caso Nafta (Northamerican Free Trade Agreement), se ha dicho que:³⁹ "Sus reuniones son secretas. Sus miembros generalmente desconocidos. Sus decisiones no necesitan ser plenamente reveladas. Sin embargo la manera en que un pequeño número de tribunales internacionales manejan disputas entre inversores y gobiernos extranjeros ha conducido a la revocación de leyes nacionales, el cuestionamiento de sistemas de justicia y al desafío de regulaciones ambientales. Todo esto en el nombre de proteger los derechos de los inversores foráneos en el marco del Nafta".

En este contexto algunos arguyen que sus peores miedos sobre gobiernos anónimos se han hecho realidad. Joan Claybrook, Presidente de Public Citizen dice "Aquí estamos hablando de gobierno secreto". Andreas Lowenfeld de la New York University School of Law dice "No hay duda que estas medidas representan una expansión en los derechos de las empresas privadas en relación a los gobiernos ... la pregunta es esto bueno?" Martin Wagner, de The Earth Justice Fund, dice "El hecho de que los redactores del Nafta establecieran este proceso de puerta cerrada ... es evidencia de que ellos no pensaron que estos paneles fueran a tener injerencia en materias de amplio interés social". Los críticos del sistema dicen que cada apelación a estos cuerpos mina la política pública. La falta de apelaciones, transparencia y precedente legalmente obligatorio ha hecho que mucha gente sea cauta y circunspecta respecto de este método de resolver disputas.⁴⁰

Conforme a ciertas autoridades el capítulo 11 del Nafta tiene una perturbadora falta de balance entre la protección de intereses privados y la necesidad de proteger el bienestar público. Esto es preocupante desde que Nafta proveerá el modelo para el futuro tratado de libre comercio para las Américas.⁴¹

El capítulo 11 puede minar esfuerzos para promulgar leyes y regulaciones en interés público. Amenaza la habilidad gubernamental para proteger intereses ambientales de salud y otras cuestiones sociales. Además en la interpretación de sus cláusulas los arbitros han ignorado objetivos de su preámbulo como desarrollo sustentable y ambiente, enfatizando inversiones y predictibilidad. Sólo los inversores extranjeros pueden demandar a los gobiernos, para lo cual tienen derechos pero ninguna responsabilidad.⁴² El sistema está notoriamente libre de los controles y balances normalmente encontrados en la mayoría de los cuerpos con impacto significativo sobre los gobiernos.

El sistema incluye cualquier clase de medida gubernamental, retroactivamente. Hay preocupaciones con la interpretación de la cláusula de la nación más favorecida y el tratamiento nacional; la prohibición de requerimientos de performance; y la interpretación de los estándares internacionales mínimos. Sin embargo, los abogados de interés público se preocupan especialmente sobre la interpretación de la prohibición respecto de expropiaciones y de la definición de lo que es expropiación.

La preocupación es que la consideración de medidas regulatorias sea hecha bajo estándares tan restrictivos que incluyan como expropiación medidas estatales hasta ahora consideradas un ejercicio legítimo del poder de policía del Estado y por lo tanto no requirentes de compensación. Las arbitraciones bajo el Nafta han hasta ahora ignorado consideraciones de interés público en medidas regulatorias para considerar solamente su impacto sobre las inversiones y no si existió un ejercicio

³⁹ New York Times, March 11, 2001.

⁴⁰ New York Times, op.cit.

⁴¹ International Institute for Sustainable Development"(IISD)-WWF, "Private Rights, Public Problems: A guide to NAFTA's controversial chapter on investor's rights", Manitoba, Canadá, 2001, p. viii.

⁴²

normal no confiscatorio del poder de policía. Se deben pagar compensaciones si hay impactos significativos aun si no son confiscatorios bajo la noción tradicional del poder de policía.⁴³ Este tipo de interpretación originalmente aplicada a casos ambientales, puede eventualmente perjudicar el ejercicio de policía en relación a derechos de agua y regulación de servicios públicos. Es un enfoque sumamente estrecho que ignora que la estabilidad social y el desarrollo sustentable involucra la consideración de una amplia gama de materias de interés público, y no solamente el privilegiar un solo factor como un impacto sobre inversiones. Esta clase de enfoque estrecho prospera bajo arbitraje internacional. Los árbitros no tienen el tipo de responsabilidad hacia los países que tienen las cortes nacionales. O el procedimiento o los criterios para decisión o ambos deben ser hechos más responsables a los elementos múltiples interactuando en materias de política pública o interés público.

La discusión que precede se relaciona con la habilidad legal de los países, particularmente países en desarrollo para mejorar la legislación respecto de la asignación de agua y la provisión de servicios de agua potable y saneamiento. Además de los comentarios que preceden los países en desarrollo pueden enfrentar restricciones de facto resultante de la manera en la cual las instituciones financieras internacionales trabajan. Ya nos hemos referido a las actividades del Fondo Monetario en relación a las tarifas de servicios públicos en Argentina. Existe un creciente cuerpo de literatura crítica en relación al papel de las instituciones de financiación internacional. Conforme Stiglitz, la manera en la cual alguna de estas instituciones trabajan afecta la democracia pues dictan políticas a los gobiernos sobre marcos muy estrechos.⁴⁴

CONCLUSIONES

La calidad de los arreglos institucionales en algunos países latinoamericanos no se compadece con la importancia que la asignación de aguas y el monitoreo de los servicios públicos a ella vinculada requieren. En gran medida esto es el resultado del prejuicio respecto del rol de los gobiernos a que nos hemos referido más arriba. Este prejuicio ha afectado negativamente la regulación a una escala global (basta pensar en las regulaciones contables de las grandes empresas que hoy día se están colapsando). Conforme a Stiglitz en el proceso de regulación rusa, el Estado fue visto como irremediamente corrupto mientras que al sector privado se le mira color de rosa. Sin embargo el programa resultante de transferencia de activos sin salvaguardas regulatorias sólo fue exitosa en poner una mano codiciosa dentro del guante de terciopelo de la privatización.⁴⁵ Algo similar ha sucedido en algunos países de Sudamérica donde las privatizaciones y las regulaciones no estuvieron igualmente balanceadas.

Este proceso ha ignorado que los mercados necesitan leyes y estructuras para funcionar adecuadamente y que el regulador más necesario es el Estado. Sin flujo libre de información, sin competencia y sin control de externalidades los mercados no funcionan como deben. Las Utopías libertarias no resultan en prosperidad. Los mercados son instituciones humanas y en consecuencia son imperfectos ... ellos "son demasiado importantes para ser dejados en manos de ideólogos"⁴⁶

⁴³ IISD, op.cit. p. 2, 18, 19, 20, 31, 32, and cases Metalclad; Pope&Talbot

⁴⁴ New York Times Magazine, June 9, 2002, p 25. Interview to discuss Mr. Stiglitz book "Globalization and its Discontentment".

⁴⁵ Interview to Joseph E. Stiglitz, John Lloyd, "The Russian Devolution", The New York Times Magazine, August 15, 1999. Mr Stiglitz is a Nobel Prize, former Chairman of the Council of Economic Advisers to Bill Clinton and former World Bank Chief Economist.

⁴⁶ Barry Gewen, reviewing the new book by Stanford's University Professor, John McMillan "Reinventing the Bazaar, A Natural History of Markets", New York Times, Book Review, June 16, 2002

Las implicaciones prácticas del actual status quo reflejan la situación concisamente descrita por Stiglitz en su cita "gobierno global sin estado global". En un estado democrático los ciudadanos tienen similares derechos, deberes y protección legal.

En el presente estado de evolución del sistema legal algunos actores económicos tienen derechos y garantías que el ciudadano común no tiene. Las corporaciones multinacionales tienen derechos y garantías especiales, resultantes de acuerdos legales y de factores de facto.

Estos derechos se trasladan en procedimientos y tribunales "ad-hoc" no disponibles para todos los ciudadanos y también en medios legales y "de facto" para ejecutar sus privilegios. Existe por lo tanto, un "gobierno global" en el sentido de que hay un sistema, formal e informal para requerir cierto tipo de comportamiento a nivel de los estados nacionales. Sin embargo, no todos los actores económicos y tampoco los ciudadanos ordinarios tienen los derechos de una multinacional. A este respecto no existe "un Estado global" desde que no todo el mundo goza de la misma protección bajo el derecho internacional y las prácticas institucionales.

Mientras que las garantías a los inversores extranjeros son necesarias no deben resultar en la creación de sistemas adversos a la competencia, a la eficiencia, a la protección ambiental y a otros objetivos públicos. Por lo tanto, es necesario refinar los acuerdos y las prácticas internacionales, la legislación nacional y los procedimientos contractuales, para efectivamente facilitar la competencia, restringir prácticas de poder de mercado, promover sistemas contables transparentes, restringir transferencias de precios y asegurar que tarifas y garantías a inversores no desalienten la eficiencia ni resulten de procesos afectados por capturas del regulador o del Estado.

En tiempos pasados "la ley original de la primitiva ciudad-estado de Roma fue capaz de desarrollarse en una ley adecuada a las necesidades de un imperio mundial altamente civilizado porque mostró una peculiar capacidad de expansión y adaptación que quebró los formalismos arcaicos que la caracterizaban, como caracterizan todo el derecho primitivo. En breve, el proceso de expansión y adaptación tomó la forma de admitir con el *ius civile*, ley original de Roma, una forma más liberal y progresista, el *ius gentium*, llamado así porque se consideró o se fingió considerar, ser, de aplicación universal. Sus principios eran considerados tan simples y razonables que se asumió que los mismos debían ser reconocidos en todo lugar por todos. Este desarrollo práctico fue reforzado, hacia el final de la era republicana, por la concepción filosófica de un derecho natural, que según fue desarrollado por los estoicos griegos y tomado por los romanos significó en efecto la suma de los principios que deben controlar la conducta humana, pues se funden en la misma noción del hombre como un ser racional y social".⁴⁷

Si mil años atrás los romanos fueron capaces de desarrollar un cuerpo de leyes ajustado a sus tiempos cabe esperar que el logro pueda ser replicado. Después de todo sólo toma un poco de genialidad.

⁴⁷ Bishop W. William, Jr. "International Law Cases and Materials" Little, Brown and Company, Boston Toronto, 1971, p. 13,14

RESEÑA BIOGRÁFICA

Miguel R. Solanes es abogado en Argentina y tiene un Master de Colorado State University. Hace 30 años que se dedica al derecho de aguas y regulación de servicios. Ha sido profesor universitario. Desde hace 20 años. es Asesor Legal de Naciones Unidas, al presente en la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en derecho de aguas y regulación de servicios. Desde 1996 es miembro del Comité Técnico Asesor del Global Water Partnership (GWP). La dirección de la CEPAL, donde actualmente se desempeña es: Casilla 179-D, Santiago de Chile, teléfono: 56-2-2102271, fax: 56-2-2080252, e-mail: msolanes@eclac.cl.

RESUMEN

El proceso de privatización de derechos de agua y de los servicios públicos en la región ha obedecido a una serie de motivos financieros, así como a cambios en los paradigmas políticos y económicos. Dicho proceso se ha generalizado progresivamente en la región desde mediados de los años ochenta, aunque con diversos ritmos, niveles de cobertura y profundidad según los países.

Donde no es posible garantizar condiciones competitivas, la experiencia regional demuestra que es necesario perfeccionar los marcos y las prácticas regulatorias. En algunos países se observa un déficit al respecto y, en otros, han surgido nuevos desafíos como consecuencia de la maduración de los mercados.

Por tratarse de un tema en evolución y sobre el cual en la región hay un proceso en marcha de aprendizaje en materia de políticas, en este capítulo se realiza un esfuerzo por avanzar en un enfoque que incorpora e integra elementos del debate económico y jurídico. Cabe destacar que, si bien la región ha recibido considerable asesoramiento internacional acerca de aspectos económicos y también acerca de manuales, especialmente diseñados, sobre cómo abordar diferentes problemas, poca ha sido la información sobre la dinámica regulatoria y la jurisprudencia existente en sistemas maduros, como los de Estados Unidos y el Reino Unido.

Las nuevas modalidades de coordinación de las actividades de servicios públicos plantean dos tipos básicos de problemas que requieren ser respondidos sobre la base de esquemas regulatorios. En primer término, buena parte de las actividades de servicio público carecen naturalmente de las características adecuadas para que actúen los mecanismos propios de mercados competitivos. En tales actividades, se debe construir un contexto más proclive a la competencia por medio de la reorganización productiva y de mecanismos institucionales y regulatorios.

Si bien es importante privilegiar opciones que permitan aprovechar las ventajas de la inversión y gestión privadas, también es necesario garantizar la sostenibilidad de las reformas en términos de mayor eficiencia, más amplia cobertura, adaptación al cambio tecnológico, intensificación de la competencia, mejoramiento de la calidad y prestación de nuevos servicios. En este contexto, la regulación es el instrumento idóneo para armonizar intereses públicos y privados en aquellas áreas en que puedan presentarse divergencias.

Las posibilidades de competencia varían según la naturaleza de la actividad, por lo que es erróneo aplicar un esquema teórico general y único. Cabe señalar, en este sentido, que en la región se han adoptado en algunas ocasiones sistemas regulatorios que suponen competencia, cuando ésta no existe en la práctica. Convendría que los países establecieran el principio de la capacidad regulatoria residual, entendida como la capacidad necesaria para remediar el déficit en materia de regulación cuando las expectativas iniciales de desempeño y comportamiento no se cumplan. Sin embargo, este objetivo puede en ciertos casos ser trabado por acuerdos internacionales y prácticas institucionales. Es necesario desarrollar principios internacionales y prácticas institucionales que prevengan fenómenos de captura del estado y/o los reguladores, controlen monopolios y transferencias de precios, y generalmente aseguren razonabilidad y equidad en el régimen de servicios y recursos de agua.