

recursos naturales e infraestructura

Servicios públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas de mercado

Miguel Solanes



NACIONES UNIDAS



División de Recursos Naturales e Infraestructura

Santiago de Chile, septiembre de 1999

Este trabajo, que fue preparado por Miguel Solanes, Asesor Regional en Legislación de Recursos Hídricos de la División de Recursos Naturales e Infraestructura, refleja una línea de actividades de la CEPAL, que coincide con los intereses del Comité Técnico Asesor del Global Water Partnership, del cual el autor es miembro.

Las opiniones expresadas en este documento son de exclusiva responsabilidad de su autor y pueden no coincidir con las de la Organización.

Publicación de las Naciones Unidas

LC/L.1252-P

ISBN: 92-1-321520-7

Copyright © Naciones Unidas, septiembre de 1999. Todos los derechos reservados

Nº de venta: S.99.II.G.35

Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile

La autorización para reproducir total o parcialmente esta obra debe solicitarse al Secretario de la Junta de Publicaciones, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, N.Y. 10017, Estados Unidos. Los Estados miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Sólo se les solicita que mencionen la fuente e informen a las Naciones Unidas de tal reproducción.

Índice

Resumen	5
Introducción	7
I. La importancia de los servicios públicos en la sociedad moderna	11
II. Características económicas de los servicios públicos	13
1. Economías de escala y de alcance o aglomeración	13
2. Inversión fija no líquida	15
3. Capacidad ociosa	16
4. Limitaciones operativas	16
5. Estructura de los mercados	16
6. Consecuencias legales	16
III. Las exigencias regulatorias	17
1. El mercado y el derecho privado	17
2. Los costos de transacción	18
3. Externalidades	18
4. Bienes públicos	18
5. Limitaciones a la competencia	18
IV. Regulación en función del interés público	21
1. Monopolios conductuales	22
2. Monopolios naturales	23
3. Bienes públicos	25
4. Externalidades	25
5. Déficit de información y racionalidad acotada	25
6. Problemas de coordinación	26
7. Cuestiones macroeconómicas	26

V. Falencias regulatorias	29
1. Procesos de decisión o elección pública	30
2. Aspectos prácticos de las violaciones a la regulación.....	30
3. Instituciones y “rendición de cuentas”	31
4. Nivel jurisdiccional del derecho regulatorio	32
5. Consideraciones de interés privado.....	32
6. Organización del ente regulador.....	33
7. La autorregulación.....	35
8. Controles y rendición de cuentas por parte de los reguladores.....	36
9. Límites a los controles sobre los reguladores.....	36
10. Controles estructurales	36
11. Debido proceso y garantía de la defensa	37
12. El control judicial	37
VI. Regulación social	39
1. Información general.....	39
2. Estándares y patrones	40
3. La regulación en un mercado o federación internacional	40
4. Aprobación previa	41
5. Instrumentos económicos	41
6. Regulación privada.....	42
VII. Regulación económica	43
1. La propiedad pública	43
2. Las privatizaciones	45
VIII. Conceptos legales en la regulación de los servicios públicos	47
1. El rédito del concesionario	51
2. La prestación de servicios públicos.....	54
3. Los concesionarios como usuarios institucionales del agua	56
4. Determinación del área de prestación de servicios	58
5. Obligaciones y derechos genéricos de los concesionarios	59
6. Algunos elementos específicos de las empresas públicas de abastecimiento de agua.....	59
7. La protección de los consumidores	60
8. Obligaciones de los reguladores.....	61
IX. Conclusiones	63
Bibliografía	67
Serie recursos naturales e infraestructura: números publicados	71

Resumen

Los servicios públicos a escala masiva son una característica estructural de la sociedad moderna, cuyo control y manejo han pasado por procesos tanto de control privado y descentralizado como público y centralizado. La centralización y estatización obedecieron a necesidades de inversión, la posibilidad de implantar economías de escala y la percepción de que las captaciones por parte de los entes reguladores dificultaban el control estatal. En este proceso, uno de los países que mantiene servicios públicos privados es Estados Unidos, con normas reguladoras pragmáticas que comprenden la protección de los derechos de propiedad de los concesionarios, el principio de la ganancia razonable, la regulación por ley y no por contrato, la posibilidad de la regulación *ex post*, el control y seguimiento de los *holdings* y las prácticas monopólicas, la confiabilidad y seguridad de los servicios, el acceso abierto a instalaciones fundamentales, derechos de acceso condicionados a los recursos naturales que constituyen insumos claves para los servicios y la independencia de los entes reguladores. La idea es que sea un sistema que asegure un servicio adecuado y sustentable y la protección de los consumidores.

En los años setenta comienza, por distintos motivos, a saber, las posibilidades técnicas, las filosofías políticas, el desencanto y la crisis financiera del sector público y el endeudamiento externo, un proceso de privatización en gran escala, que cobra particular importancia en América Latina. En la maduración del proceso surgen inquietudes por temas como los marcos reguladores determinados por sectores de interés predominante, la insatisfacción con los mecanismos de protección de los usuarios, las limitaciones de

los enfoques economicistas teóricos, el control de *holdings* y monopolios y las fallas técnicas en algunos sectores. Todo ello lleva a efectuar nuevos ajustes.

El presente trabajo incluye un análisis de los principios reguladores aplicados en sistemas con tradición en la prestación de servicios públicos por el sector privado, en el entendido que la globalización de la economía de los mismos se beneficia de la difusión y eventual globalización de los principios legales aplicados por estos sistemas. El objetivo fundamental es promover un equilibrio que asegure la inversión privada y la protección de los consumidores.

Introducción

El término regulación no es un vocablo profesionalmente unívoco. Sin embargo en esta disciplina tiene una acepción común, que es la de “control habitual enfocado sobre actividades importantes para la comunidad, efectuado por una entidad pública”. Es un concepto legal con raíces político- económicas, que derivan de la tensión filosófica entre dos extremos de la organización económica: el mercado y el interés público.

En el primero, se parte de la base de la libertad con restricciones muy limitadas para perseguir el propio interés. En el segundo, el Estado trata de fomentar comportamientos que teóricamente no tendrían lugar sin intervención. En este contexto, la regulación es una directiva cuyo objeto predicado es la protección del interés público a través de normas de derecho público, que el Estado aplica en forma coercitiva y centralizada.

En el mercado la ley es facilitadora y no imperativa. Su aplicación la acuerdan y la aprueban los individuos en forma libre y no imperativa. Al surgir en forma libre, de acuerdos individuales, y por consenso, el derecho y los acuerdos privados corresponden a un esquema descentralizado, más que a una estructura vertical y centralizada de aplicación.

Sin embargo, la distinción efectuada más arriba debe entenderse en el contexto de que aun en los mecanismos de derecho privado, existe una serie de normas y procedimientos compulsivos que aseguran la vigencia del sistema y su aplicación. Entre otros, cabe mencionar fundamentalmente las normas de protección de la

propiedad privada, las de jurisdicción y obligaciones procesales, y las de cumplimiento forzado de obligaciones en virtud de la acción coercitiva que ejerce el Estado al garantizar, mediante el monopolio de la implementación forzada de obligaciones, la vigencia de los mercados y del sistema de derecho privado voluntario en que se basan.

A su vez la regulación, en función de objetivos de interés público, se justifica en la promoción y defensa del interés colectivo. En la práctica, la regulación puede verse altamente influida por los intereses de grupos de presión que gozan de acceso preferente a la fuente de la regulación, con impacto negativo para el bienestar general. Un ejemplo histórico típico es la regulación del comercio con las Indias en la colonia española, donde se otorgaban derechos monopólicos a ciertas firmas y a la metrópoli. Era una regulación en función del interés unilateral de una parte, en desmedro del bienestar general de las colonias, mediante las limitaciones de abastecimiento y calidad resultantes del monopolio, y los incrementos de precios derivados del poder de mercado. Otro ejemplo histórico de este tipo de regulación es el de las protecciones profesionales y de los mercados vinculados con los gremios medievales.¹

Sin embargo, como la posibilidad de influir en la existencia, el contenido, y la aplicación de la regulación está en la práctica abierta a todos los grupos de interés con acceso preferente, cabe suponer que la crítica a la regulación consistente en sindicarla como el exclusivo producto de un grupo de presión favorecido, es a su vez la expresión de un determinado grupo de interés que no desea tener regulación, particularmente luego de haber consolidado una posición de propiedad respecto de ciertos bienes y servicios. En este contexto, este grupo de interés está dispuesto a reconocer y promover la importancia del imperio estatal para aplicar las normas que fundan sus derechos, pero no admite el mismo imperio cuando éste supone un examen crítico de ciertas actividades. Un caso probable de esta posición, aun cuando extremo y de vigencia sólo histórica, puede haber sido el de la esclavitud por deudas, o simplemente como resultado de contratos de compraventa de seres humanos.

Los dos ejemplos extremos anteriores constituyen situaciones límites donde la presencia o falta de regulación es la resultante de la gestión interesada de grupos de interés que tienen acceso preferente y objetivos exclusivamente utilitarios. Sin embargo, en la práctica se dan situaciones donde como resultado de las particularidades intrínsecas de ciertas actividades o sus efectos, existen pocos argumentos acerca de la pertinencia de la misma. Veremos más adelante que en la práctica, el tema regulatorio, por lo menos en algunos países, ha sido definido en función de límites de la misma y condiciones para su procedencia, más que de la discusión filosófica acerca de sus bondades o defectos manifiestos.

Quizá en este contexto se podría sugerir que es justamente cuando surge la discusión abstracta y de alguna manera basada en argumentos fundamentalistas, que es dable inferir la influencia de grupos con un interés concreto en ciertas formas de regulación favorable, o de no regulación en absoluto, en que por omisión anterior, concomitante, o subsecuente a la adquisición de derechos, se realizan los intereses de grupos específicos.

Distintas formas de regulación han existido desde el derecho bíblico y romano, surgidas de las necesidades de la vida cotidiana en relación con la salubridad y la seguridad, y ciertas actividades (entierros, protección de fuentes, seguridad de construcciones, barqueros, etc.). Éstas se hicieron luego presentes en la performance de algunas profesiones (posaderos, panaderos y otras). Posteriormente, se generalizaron como resultado de la urbanización, la industrialización, las complejidades tecnológicas que dificultan el juicio de los consumidores, la aparición de grupos interesados en los derechos de sectores singulares, y la incapacidad percibida (percepción que puede haber sido correcta o incorrecta), por parte de una población que vota en forma universal, de

¹ No otro que Adam Smith se ocupó de este tema en su libro *The Wealth of Nations*, W. Todd Edition, 1976.

los sistemas de *laissez faire*, no respondiendo prontamente a problemas masivos. Los ejemplos regulatorios típicos fueron las normas de protección de la salud pública, las condiciones de trabajo, la prevención del fraude a través de sistemas obligatorios de pesos y medidas de aplicación general, y los controles para impedir la adulteración de productos.

Las limitaciones a la competencia en materia de servicios públicos masivos de transporte, agua, electricidad, gas, y comunicaciones, justificaron regulaciones de precios, calidad, y seguridad, como asimismo, transferencias en propiedad al sector público. A ésta se suman actualmente las regulaciones ambientales.

Con distintas modalidades, se incorpora la forma más común de intervención: el requerimiento de aprobación previa, que incluye también la regulación del uso de tierras y la exigencia de aplicar procedimientos, sustancias y tecnologías para alcanzar ciertos resultados.

A partir de la década de 1970, por distintos motivos, comienza un proceso de desregulación. La posibilidad de introducir más competencia en ciertas actividades, como resultado de la evolución tecnológica, la voluntad de reducir y limitar el sector público por motivos filosóficos, de reacción de votantes, o de simple “deuda pública” se traducen en distintas maneras de regulación y de transferencia de actividades al sector privado. Se reemplazan sistemas con obligaciones de medios (tecnologías, procesos, procedimientos), por sistemas con obligaciones de resultados. Al mismo tiempo, se producen algunas confusiones en la aplicación conceptual. Mientras es justificado sugerir la desregulación en materia de actividades competitivas (excepto cuando la competencia no es solución, como en el caso ambiental) no lo es tanto en materia de actividades con fuerte concentración; sin embargo, el argumento de los costos de la regulación se aplica a veces sin distinguir la situación de que se trate.

I. La importancia de los servicios públicos en la sociedad moderna

Los servicios públicos desempeñan una función estructural. Son elementos distintivos de la organización socioeconómica y tienen una importancia similar a la de los sistemas monetario, crediticio y educativo. Los sistemas existentes de organización de la producción y de radicación de la población serían inconcebibles si no existiesen servicios públicos eficaces a escala masiva.

Por sus características, los servicios públicos constituyen uno de los temas más importantes del derecho:

i) Son actividades en las cuales no siempre hay competencia y normalmente están sujetas a regulación gubernamental en pro de la protección del interés público (Phillips Jr., 1993, p. 3).

ii) Algunos servicios públicos parecen funcionar más eficientemente como monopolios (como el agua y el alcantarillado) (Hyman, 1995, p. 34); sin embargo, esto hace que la contribución de los monopolios de servicios públicos al bienestar general sea en muchos casos compelida (mediante regulaciones) más que voluntaria (Kaysen y Turner, 1959, pp. 48-49, citado en Phillips Jr., 1993, p. 4).

iii) La regulación de estos servicios proviene del interés público por sus actividades, y se traduce principalmente en control de tarifas y servicios (Phillips Jr., 1993, p. 4).

iv) A menudo hay conflicto entre el interés público y el privado en lo que respecta a los servicios públicos. Ese conflicto surge de la

diferencia entre el objetivo principal de las empresas privadas (maximizar sus utilidades) y el del interés público (servicio adecuado al precio más bajo posible). Algunos países han creado instituciones específicamente abocadas al estudio y a la investigación de los servicios públicos, ya que el proceso regulatorio no sólo es polémico sino, además, analíticamente exigente.²

v) Existe, en la actualidad, una clara diferencia en la susceptibilidad al cambio tecnológico entre los distintos tipos de servicios públicos, la que se manifiesta en diversas necesidades regulatorias y, en ciertos casos, incluso en la revisión del concepto de monopolio natural en ciertas actividades.

vi) Si bien la regulación es una característica de las entidades prestadoras de servicios públicos, el contenido y el alcance de la regulación no son estáticos, sino que tienden a ajustarse con el paso del tiempo y la variación de circunstancias y necesidades (Phillips Jr., 1993, p. 7).

vii) A su vez, se argumenta que la regulación no ha cumplido con sus objetivos y que, en la práctica, se ha transformado en el “paraíso de los aspirantes a condiciones monopólicas para quienes asegurar y conservar un monopolio en un sistema desregulado era demasiado difícil, costoso o precario” (Gray, 1940, citado en Phillips Jr., 1993, pp. 8 y 31). No obstante, el resultado de la competencia dará lugar a una consolidación y agregación aceleradas (Weiner y otros, 1995, p. 202). Por consiguiente, los gobiernos quizás deseen asegurarse de que las compañías compitan efectivamente y, si los mercados desregulados no producen los resultados esperados, los gobiernos tal vez tengan que volver a introducir la regulación (Hyman, 1995, p. 39), ya sea de conducta o estructural a través de leyes antimonopólicas.

² Véase, en especial, la referencia a la creación del National Regulatory Research Institute en los Estados Unidos (Phillips Jr., 1993, pp. 5 y 17-21).

II. Características económicas de los servicios públicos

Las principales características económicas de los servicios públicos suelen ser las siguientes:

1. Economías de escala y de alcance o aglomeración

Una justificación parcial de los servicios económicos es la que propone el concepto de monopolios naturales, es decir, de actividades con economías de escala (a mayor producción menor costo unitario) y de alcance (ciertos servicios son más baratos cuando son prestados por una misma firma que cuando los prestan dos o más).

Los servicios de agua potable y saneamiento son claros ejemplos de tales situaciones de ese tipo. Se ha comprobado que el costo de inversión para el suministro de agua potable y saneamiento en sistemas pequeños para una familia media de tres personas es de 1 600 dólares, mientras que en sistemas mayores es de 200 dólares (economías de escala).

Por otra parte, el concepto de economías de alcance (o aglomeración) explica la tendencia a integrar los servicios de agua potable y saneamiento.

Los sistemas pequeños tienen problemas financieros que se traducen en dificultades técnicas, de manejo y de adecuación general de los servicios (Lawton y Davis, 1983, citado en Phillips Jr., 1993, pp. 851 y 836-839).

Las economías de escala inciden en la formación de monopolios (Phillips Jr., 1993, p. 56), los que, a su vez, justifican la regulación de precios (tarifas) y productos (servicios).

En el sector de la electricidad, el concepto de economías de escala está siendo sometido a una acelerada revisión. La aparición de nuevas tecnologías desafía los conceptos tradicionales.

Sin embargo, una reciente decisión de la Comisión Antimonopolios de Chile llegó a la conclusión de que no se requiere la desintegración de las actividades de generación, transmisión y distribución en la industria de la electricidad en Chile. Con ello se rechaza una solicitud de disponer la desintegración del sector, tanto horizontal como vertical.³ En vez de una reestructuración radical, la Comisión recomendó una combinación de medidas para regular su comportamiento y mejorar gradualmente la estructura actual del sector.⁴ Algunos peritos estiman que las pérdidas económicas producidas por la desintegración ascienden a 21% (Larraín, Quiroz y Chumacero, 1996). Otros ponen énfasis en la ventaja de regular la conducta sobre las reglamentaciones estructurales (Paredes, 1997, p. D3).

En esta decisión pueden haber influido algunos estudios que sugieren que la industria de la energía eléctrica tiene características clásicas que favorecen la integración vertical (Kowka, 1996; Kasserman y Mayo, 1991).

Los ambientalistas han observado que la desintegración y la competencia a nivel de generación son el resultado de la utilización de centrales alimentadas por gas. En Chile, este tipo de tecnología afectaría la capa de ozono en la parte central del país, especialmente en los límites de la región metropolitana; sin embargo, la Comisión no tuvo en cuenta razones de índole ambiental.⁵

En algunos casos el proceso de descentralización como filosofía ha prescindido de los aspectos técnicos y económicos de la prestación de los servicios, con lo cual se han perdido economías de escala y de aglomeración. Esto desincentiva la búsqueda de alternativas más eficientes para la prestación de los servicios, y además sujeta a las empresas a una relación con el nivel local que en otras jurisdicciones ha terminado en serios casos de mal uso de fondos y recursos públicos.⁶ El problema de falta de economías y sus resultados no es nuevo; ya se han dado ejemplos de esta situación y su justificación en el sistema norteamericano.

En otros sistemas, como el francés, se ha intentado superar el minimalismo operativo a través de dos mecanismos básicos: la mancomunidad de municipios y, como sistema de mayor impacto, la delegación de actividades comunes a varios municipios en sólo un grupo de empresas. A su vez,

³ República de Chile, Comisión Resolutiva, Resolución 488/11/6/97.

⁴ La Comisión rechazó el pedido de desintegración, si bien reconocía fallas en la competitividad del sistema, la regulación inadecuada y asimetrías en la disponibilidad de información para los distintos actores y partes. Por ello, formuló las siguientes recomendaciones: dictar una mejor regulación referida al acceso a la transmisión, transparencia y determinación de precios; mejorar las condiciones de competencia; modificar la estructura de la compañía responsable de la transmisión (decisión que deben tomar los accionistas dentro de un plazo razonable); expandir las estructuras de transmisión y llamar a licitación pública, no discriminatoria de los suministros para la distribución, con información transparente y transferencia de las eficiencias logradas a los consumidores.

⁵ Se puede hallar información general sobre las políticas del impacto ambiental y los combustibles fósiles y sobre el caso particular de Chile en Gelbman (1997) y OLADE/CEPAL/GTZ (1996, p. 152).

⁶ Según María Elena Corrales, esto ha motivado la Ley Sapin. En Francia, en 1993, la falta de transparencia y alta discrecionalidad de los procesos motivaron el dictado de la ley Sapin, destinada a controlar a las autoridades municipales (Corrales, 1997, p. 38). Los antecedentes de estas medidas son el resultado de una serie de situaciones de las que son ejemplos las siguientes informaciones periodísticas. "La corrupción siempre ha estado presente en la vida pública. Pero su extensión y las sumas de dinero involucradas en el tema parecen haber crecido enormemente en las dos últimas décadas. Esto ha sucedido por dos razones principales: la descentralización, que ha incrementado el número de decisiones y por lo tanto, las oportunidades para la corrupción, y los altos costos de las campañas electorales" (The Economist, 2 de julio de 1994). Se argumenta que en la especial relación con los gobiernos locales se presentan problemas de corrupción entre las compañías de aguas y estos gobiernos (The Economist, 18 de junio de 1994, p. 76). Otros cargos negativos han incluido el caso de las Islas Reunión y el financiamiento de políticos en África por Sade, una sociedad satélite del grupo CGE (Le Point, N° 1153). Comentarios similares han sido efectuados en el US Survey. En otros trabajos se ha afirmado, al referirse al tema, que en los hechos las municipalidades locales no enfrentaban competencia, pero en su lugar tenían carteles, triangulaciones y corrupción, con todos los riesgos financieros librados al sector público. Esto reclama un marco regulatorio adecuado (Elnaboulsi, J. s/f, p. 8).

esta concentración, con vinculación a actividades de insumos, se ha convertido en un factor de preocupación ante la consolidación de sociedades de inversiones *holdings* y virtual oligopolización del sector (Corrales, 1997, p. 37).

Inglaterra a su vez, para prevenir la fragmentación, privatiza sobre la base de empresas regionales, maduras e integradas proveyendo agua potable y saneamiento. Hay además un conjunto de empresas que sólo proveen agua potable. Esto se decide de esta manera pues no se llegaron a pruebas conclusivas de que fuera conveniente desintegrar, al contrastar con las pérdidas de economías de escala y aglomeración que implicaba la desintegración (Armstrong, Cowan y Vickers, 1994, p. 327).

Ello es particularmente cierto respecto del agua potable y el saneamiento dadas las características del sector donde la duplicación de instalaciones sería generalmente inconveniente desde el punto de vista económico (Armstrong, Cowan y Vickers, 1994, p. 325). Más aún, investigaciones realizadas en Gran Bretaña sugieren que la escala óptima mínima es de 500 000 usuarios (Banco Mundial, 1996, p. 27). Aparte de los argumentos dados, se ha estimado que la fragmentación por razones de competencia y aun la competencia en los márgenes como alternativa tienen un rol bastante limitado, debido a los altos costos del transporte y a las fuertes ventajas de las empresas ya establecidas (Corrales, 1997, p. 9). Las economías se pierden cuando hay una fuerte desagregación a nivel municipal (Banco Mundial, 1996, p. 26). Finalmente, se ha sugerido que la fragmentación da lugar a un incremento de los costos de transacción y a la necesidad de recurrir a acuerdos contractuales o de mercado para suplir la coordinación interna (Armstrong, Cowan y Vickers, 1994, p. 356).

2. Inversión fija no líquida

La realización de economías de escala a menudo requiere grandes inversiones no líquidas en infraestructura a gran escala. Esta inversión fija suele representar una parte considerable de los costos totales y significa que las organizaciones prestadoras de servicios públicos hacen uso intensivo de capital.

De nuevo, esto es particularmente notorio en los servicios de agua potable y saneamiento, en los cuales la relación ingresos/activos es baja (Phillips Jr., 1993, p. 15).

El crecimiento de la demanda de este servicio esencial, para el que no hay sustitutos, es continuo. Los recientes avances tecnológicos no han sido importantes para la actividad. Esto, combinado con la inflación, las exigencias ambientales, el cumplimiento de los estándares de servicios y la necesidad de asegurar y proteger nuevas fuentes de financiamiento, han llevado a un incremento constante de los costos, con una relación capital/ingresos de 10:1 a 6:1 que, para algunos autores, llega a 12:1 (Wade Miller Associates, Inc., citado en Haarmeyer, 1994, p. 43).

De hecho, de todos los servicios públicos, los de agua potable y saneamiento han sido calificados como los que hacen el uso más intensivo de capital (Environmental Protection Agency, 1977). Esto influye en las condiciones legales en que el sector privado invierte en agua potable y saneamiento, en los sistemas de financiación y en la regulación de la gestión privada en el sector.

Cabe observar que la relación activos/ingresos no es la misma en todos los servicios públicos. Así, para la telefonía es de 3:1; para la electricidad de 3-4:1; y para las aerolíneas de 1:1. Esto ciertamente influye en la propensión del sector privado a invertir, en la existencia de competencia real, en la susceptibilidad a los monopolios y, por ende, en las necesidades de regulación de las diferentes actividades (Haarmeyer, 1994, p. 48). Al respecto, es interesante observar que en Francia en 1991, de 1 200 millones de libras esterlinas en gastos de capital para agua y alcantarillado, 160 fueron efectuados por las autoridades de las cuencas, 10 por regiones,

150 por provincias, en tanto que 65 provinieron de fondos nacionales, 400 de compañías de aguas y 415 de comunidades locales (Tardieu, citado en Haarmeyer, 1994, p. 50).

3. Capacidad ociosa

La inversión fija en los servicios públicos apunta a satisfacer la máxima proyección de la demanda y sus incrementos previstos a lo largo del tiempo. Ciertos factores de producción son indivisibles de modo que, por razones técnicas, deben estructurarse en un solo bloque. La capacidad ociosa se puede considerar como un resultado de la diversidad de la demanda, por lo que los prestadores del servicio tratan de atraer esa demanda mediante incentivos a los consumidores. Como esto puede llevar a una discriminación indebida, se convierte en un factor clave en la adopción de controles para impedir que ello ocurra.

4. Limitaciones operativas

En algunos casos, la posibilidad de competencia en la prestación de servicios está limitada por las condiciones del servicio mismo y por la capacidad receptiva del medio (como en el caso de las cañerías y las zonas para su instalación y tendido), que normalmente no ofrecen suficiente espacio físico como para acoger a muchos proveedores y, así, dar lugar a la competencia.

5. Estructura de los mercados

En el caso de la industria del agua potable y el saneamiento hay experiencias que indican que a menudo y en el mejor de los casos la estructura del sector es oligopólica, con limitadas oportunidades de competencia (Rees, s/f).

6. Consecuencias legales

Por las características descritas, la entrada al mercado de los servicios públicos generalmente está sujeta a control público y regulación, con el objeto de evitar transferencias de ingresos de los consumidores a los inversionistas. Esto último se realiza mediante mecanismos que posibilitan las quejas de los usuarios y controles expresamente diseñados para limitar el poder social, económico y político de las empresas prestadoras de servicios públicos (Breyer, citado en Phillips Jr., 1993, p. 60).

III. Las exigencias regulatorias

1. El mercado y el derecho privado

El contexto en que opera la regulación, cuando tiene lugar, es el de los mercados y del derecho privado como estructura dominante o de entorno. De alguna manera es posible sugerir que la regulación tiene lugar en ámbitos en los cuales la base del sistema es de derecho privado y de mercados, y la regulación tiene por objeto dirimir situaciones en las cuales el mercado y el derecho privado no cuentan con elementos suficientes para solucionar problemas percibidos como socialmente importantes.

En el sistema de mercado, el bienestar social es la suma de utilidades privadas, y la ley se construye en función de intereses privados. Su papel fundamental es preservar la libertad económica, y el derecho público tiene un papel limitado. La función de la ley consiste en facilitar transacciones.

Los agentes económicos se entienden y cooperan entre sí en función de derechos de propiedad definidos a su vez de acuerdo con ciertas reglas constitucionales básicas de protección de derechos individuales. Esto se complementa con reglas sobre sanciones civiles y criminales por violaciones a estos derechos, y todo el sistema funciona sobre la base de transacciones de derechos individuales de propiedad que se instrumentan en contratos.

Sin embargo, existe una serie de instituciones y fenómenos que inciden en la operación de los sistemas de derechos de propiedad y de los contratos. Éstos incluyen los costos de transacción,

las externalidades, la forma en que opera la competencia, y las suposiciones y limitaciones del mercado.

2. Los costos de transacción

Como la generación, la implementación y en casos extremos, la ejecución forzada de contratos implica costos de negociación y acuerdos —costos de transacción—, el derecho ha respondido a estos costos tratando de reducirlos a través de normas aplicables si las partes no las invalidan, las desconocen o las modifican. En consecuencia, se simplifican los procedimientos a través de términos implícitos, el ejercicio de derechos por parte de delegados y mandatarios actuando en el mejor interés del agente principal, y formas de organización como la empresa, bajo distintas modalidades sociales, que combina recursos en estructuras más o menos permanentes con procedimientos preestablecidos que rebajan los costos de transacción.

3. Externalidades

Otro elemento que afecta el buen funcionamiento del sistema de derecho privado es que en ocasiones las actividades o negociaciones de una o ambas partes causan efectos negativos (externalidades) respecto de partes que no han participado en las negociaciones, no se benefician de las mismas, no obstante lo cual tienen que cargar con algunos de los costos de la actividad. Tiempo, incertidumbre, y en muchas ocasiones multiplicidad de partes afectadas por los procesos hacen impracticable la posibilidad de que estos efectos negativos sean solucionados por medio de acuerdos individuales, o mejor dicho, bilaterales. Por ello, las leyes establecen principios sobre el desempeño de actividades o el acontecimiento de eventos (por ejemplo, el escurrimiento natural de aguas desde los predios superiores a los inferiores), cuya violación u ocurrencia resulta en la aplicación de normas preestablecidas, destinadas a simplificar procedimientos, y a compensar los daños.

4. Bienes públicos

Existen otros casos en que no sólo no es posible excluir a nadie de disfrutar de ciertos bienes, sino que además no es práctico hacerlo, puesto que el incremento de usuarios no se traduce en incrementos de costos. En estos casos el abastecimiento y el financiamiento de estos bienes (públicos) es decidido por instancias distintas al mercado.

5. Limitaciones a la competencia

Un paradigma del sistema de mercados es la necesidad de tener competencia. Desde el punto de vista económico, ésta incrementa la eficiencia en la asignación de bienes y servicios. Desde un punto de vista político, descentraliza el poder y previene limitaciones del poder de los consumidores. Desde esta perspectiva, existe competencia perfecta cuando el número de firmas que venden un producto homogéneo es lo suficientemente grande como para impedir que una sola firma concentre más que pequeñas partes del mercado, no pudiendo cada firma individualmente considerada, afectar los precios con su comportamiento. En este contexto ninguna firma tiene poder de mercado. Sin embargo, a fin de preservar la competencia, dados los incentivos que tienen las firmas para obtener poder de mercado, existen leyes con diferente alcance según los países, aplicables de oficio por el Estado. Se entiende que en este contexto las soluciones de derecho privado son muy limitadas.

Además, el sistema de mercado opera sobre la base de una serie de suposiciones, de las cuales, paradójicamente, se desprenden algunas de sus limitaciones. Las suposiciones incluyen: i) individualismo, según el cual el bienestar social es la sumatoria de todo el conjunto de bienestar individuales; ii) comportamiento individual maximizador de utilidad, conforme al cual todos los individuos son racionales, salvo casos de demencia o inmadurez por edad; no se acepta la posibilidad de exoneración de responsabilidades por cuestiones de incompetencia o incapacidad de obtener información adecuada; iii) información perfecta, salvo casos de engaño, dolo, o fraude (vicios de la voluntad); iv) ausencia o absorción de externalidades, lo que no siempre tiene lugar, simplemente porque la presencia de altos costos de transacción previene procesos individuales encaminados a la absorción de las externalidades; esto se traduce en deficientes asignaciones de recursos y v) mercados competitivos, que no siempre existen.

Con esto debe considerarse que los costos que inhiben los pleitos privados disuaden el ejercicio de acciones individuales en defensa de los derechos privados afectados por externalidades relativamente pequeñas a nivel individual pero significativas en términos agregados. Esto se agrava cuando la información es deficiente para los individuos y su costo es elevado para éstos, tecnológicamente complejo y con relaciones de causalidad que requieren pruebas complicadas. Por otro lado, el mecanismo de decisión de conflictos, por medio de los jueces, presenta la limitación de ser *ex post*. En estos casos se arguye que existe una falla de mercado, acompañada de insuficiencias en el sistema legal de derecho privado, lo que justifica la intervención regulatoria.

IV. Regulación en función del interés público

La intervención regulatoria se justifica en virtud del interés público, interés que varía de acuerdo con el tiempo, el lugar y los valores sociales. Esta variabilidad hace que sea muy complejo tratar de elaborar una taxonomía de los distintos casos en que se considera que existe un interés público que haga procedente la regulación.

Sin embargo, es posible sugerir que en los casos en que se producen fallas de mercados que afectan los hechos de la realidad sobre los cuales se aplica el derecho privado, se abre camino a la posibilidad de regular. Los casos más relevantes en materia de fallas de las suposiciones acerca del mercado son aquellos en los cuales no se cuenta con información perfecta, no existe competencia efectiva, o se dan externalidades. La regulación, no obstante, no es una panacea, sino quizá un segundo mejor, también expuesto a problemas, por lo que es factible hablar de “fallas regulatorias”. Todo esto lleva a que la regulación más que una “ciencia exacta” sea un “arte” en permanente evolución, tratando de encontrar un nivel apropiado en cuanto a alcance, contenido y medios de ejercicio.

El desarrollo del tema relativo a las fallas del mercado, o de anomalías si se quiere, sugiere una serie de tópicos específicos en que es preciso concentrarse.

1. Monopolios conductuales

El proceso de conversión de los sistemas de servicios públicos para pasar a un sistema de mercados ha presentado una serie de problemas, entre otros uno que implica un cambio de los monopolios a la competencia.

A medida que los sistemas evolucionan de ser regulados a desregulados, las leyes antimonopólicas aumentarán su significación. Sin embargo, no es claro que la estructura actual de la legislación antimonopólica sea la más adecuada para lidiar con los problemas de los servicios públicos. Lo anterior, entre otros motivos, porque las empresas proveen servicios esenciales, lo que se traduce en una serie de beneficios que ninguna otra corporación percibe: dominio eminente, exoneración de penalidades por daños mediatos o indirectos debido al impacto en las tarifas, servicio universal, y programas de subsidios especiales. Además, el hecho de regular a través de legislación antimonopolio es lento y complejo. Entretanto, los consumidores sufren.

Si bien se espera que existan instalaciones o actividades que lleguen a ser no monopolísticas, existen otras como los sistemas de transmisiones eléctricas, de transporte de gas, y de estaciones de trenes y vías férreas, como asimismo los grandes diques y acueductos, que por sus características hacen difícil, caro o imposible su duplicación, y por lo que deben ser abiertos al uso por agentes externos y aun por la competencia.

Cuando el mercado es competitivo, la legislación regulatoria no se aplica o se aplica sólo teóricamente y se dan monopolios, corresponde recurrir a la legislación antimonopólica. Sin embargo, se debe tener presente que esta legislación no se aplica cuando hay una supervisión y monitoreo efectivo. Además, conviene hacer una previsión expresa en las leyes de que la legislación antimonopólica debe aplicarse a la actividad bajo la ley.

Una parte fundamental del esfuerzo antimonopólico es la teoría de las “instalaciones esenciales”. Para que ésta se aplique se deben dar las siguientes características: i) control de la instalación por un “monopolista”; ii) en el mundo real, es difícil replicar la instalación; iii) el acceso es denegado y iv) es factible que el competidor use la instalación. La pregunta crucial aquí es quién tendrá a su cargo estos problemas: una agencia reguladora o una antimonopólica.⁷

¿Acaso las transiciones a partir de monopolios terminarán en mercados competitivos u oligopólicos? Se ha sostenido que existe oligopolio cuando una firma controla el 40% del mercado y las barreras de entrada son altas, y un tipo de oligopolio estricto cuando las cuatro firmas líder controlan entre el 60% y el 100% del mercado. Estas condiciones se aplican a las industrias de los servicios públicos.

Las consecuencias de la estructura monopolística del mercado de las empresas de servicios públicos se reflejarán en incrementos en la concentración, liderazgo en los precios, la eficiencia no necesariamente se trasladará a las clases que lo generan, los niveles de ganancia serán más altos que los que se generan en escenarios de competencia efectiva, la tecnología se orientará fundamentalmente a los requerimientos de los grandes consumidores, y puede haber un deterioro de las redes y la calidad de los servicios.

⁷ Conforme con este principio, se tratan los recursos escasos y las ventajas naturales sobre las cuales se tiene un monopolio, o las instalaciones esenciales, de la misma manera en que el derecho de la regulación trata un servicio público. Los casos fundamentales a este respecto son *United States vs. Terminal Road Association*, y *Otter Trail Company vs. United States*. En ambos casos se forzó la apertura de instalaciones cruciales para la actividad a la competencia. Existen muchos más ejemplos en la legislación comparada, incluida una referencia específica al tema en la ley 142 de Servicios Públicos de Colombia. Para más datos e información y casos véase Sullivan (1977, pp. 125 a 127 y las notas bibliográficas 1 a 6).

En estos casos la pregunta más relevante es cómo se regulará y qué es más eficiente: regular la estructura o la conducta de las empresas. Hemos visto que en el caso de Chile sobre la electricidad parece haberse preferido la segunda alternativa.

2. Monopolios naturales

Un tema tradicionalmente vinculado con el de los servicios públicos es el del monopolio natural. Mientras que en general lo relativo a los monopolios se maneja a través de la legislación antimonopólica (con contenido distinto en distintos países), existe el caso especial de los monopolios naturales, en los cuales los costos marginales y promedios de producir unidades adicionales de producto decrecen mientras más se produce, debido a economías de escala, y de alcance y a la relevancia del costo fijo en la producción total. En estos casos se permite la subsistencia del monopolio, pero al no existir competencia, se hace necesario regular en forma más específica que en el caso de la regulación general aplicable a distintas facetas de la actividad económica.

Otro tópico asociado con este tema es el denominado corrientemente “acaparamiento de la crema”. Existen actividades que son necesarias, independientemente de la capacidad de pago de los usuarios por razones de interés público. Es el caso del agua potable y el saneamiento. Dejar a un sector de la población sin servicios constituye una amenaza para la salud pública, que afecta a toda la población. En la estructura tradicional de los servicios esto se controla mediante la entrada restringida a la prestación de los mismos, la determinación de áreas que incluyen zonas ricas y pobres, y el criterio de rentabilidad global que facilita los subsidios cruzados entre los usuarios que tienen más capacidad económica y los de menor capacidad dentro de la misma zona. Si bien esto no satisface criterios ortodoxos de asignación eficiente de recursos, ha sido una solución pragmática a problemas comunes.

Si en este tipo de actividad se permitiera la entrada libre, las firmas se concentrarían en las áreas más rentables, dejando sin servicio a las más pobres. Este fenómeno suele denominarse de “acaparamiento de la crema” y tiene consecuencias no deseables, puesto que implica, a menos que se creen nuevas alternativas, que las áreas con menos recursos se quedan sin servicios, si desaparece el subsidio cruzado. No obstante, en un contexto donde se prescindiera de costos sociales agregados resultantes de los problemas de salud asociados a la falta de servicios, la solución es económicamente correcta.

La solución alternativa que se ha propuesto al subsidio cruzado ha sido crear subsidios a la demanda, mediante contribuciones del Estado al pago de las tarifas de los sectores más deficitarios. Esta solución permite dar respuesta al problema, en su discusión teórica. Sin embargo, la implementación de la misma requiere un análisis sistemático de desempeño de la organización financiera, impositiva, y administrativa del Estado, antes de su puesta en práctica. Supone que la población global tiene recursos, que el Estado puede y desea efectuar imposiciones sobre estos recursos, que luego puede y desea distribuirlos, y que tiene la capacidad administrativa para hacerlo, desde la imposición hasta el efectivo empleo en subsidios focales a la demanda de los sectores más necesitados. Las complejidades político-operativas de la solución han hecho que en la práctica haya una serie de lugares donde el sistema no ha operado satisfactoriamente.

La opinión más generalizada en algunos sistemas es que los usuarios de menores ingresos, así como los de mayor edad, ya no pueden pagar siquiera los servicios públicos básicos. Dado que los mismos son al mismo tiempo básicos y de demanda inelástica, éstos deben ser provistos a una tarifa razonable para este grupo de usuarios de menores ingresos. Las distintas alternativas sobre los subsidios incluyen créditos impositivos, créditos imputables a los montos a pagar y subsidios directos.

Un problema vinculado con esta materia es el argumento de que los subsidios constituyen una discriminación injusta entre los usuarios. A este argumento se ha respondido con la creación de bloques de consumo para todos los usuarios, a un precio básico para el bloque más bajo. Sin embargo, esta alternativa tiene el inconveniente de que si el bloque de consumo básico es alto, en la práctica se podría estar subsidiando a usuarios que no lo necesitan. El otro tópico de discusión es quién debe pagar por el subsidio: a) una alternativa es que sea el que consume más dentro del mismo grupo de usuarios, lo que puede significar que un usuario de bajos ingresos que consume más subsidie a uno de ingresos más altos que consume menos; b) la otra es que sean los usuarios de categorías no residenciales (industria y comercio), lo que hace que los subsidios se trasladen a productos y sus precios, con el consecuente efecto en la productividad, la inversión y el empleo.

Entre las cuestiones que se plantean en la discusión acerca de los subsidios también existe debate sobre quién debe estar a cargo de determinarlos: las legislaturas o el regulador. Parece evidente que por su entidad y significado los subsidios son un tema que debe tener una inserción legal antes de pasar a su etapa operativa. En este sentido, la creación de subsidios, ya sean intrasectoriales o el resultado de la directa intervención del Estado por la vía del presupuesto central, requiere una actividad legislativa.

Uno de los mejores sistemas en materia de subsidios, en el sentido de que no opera como un desincentivo para la eficiencia de las empresas, es el de Chile. En este modelo, el Estado central establece un subsidio directo al pago de los consumos de agua potable y alcantarillado. El sistema es administrado por los municipios, los cuales se encargan de la postulación, aceptación e inscripción de los candidatos. Informan a las empresas de servicios acerca de los usuarios favorecidos, de modo que las facturas reflejen por separado los montos que deben ser pagados por los usuarios y el monto que debe aportar el municipio a las empresas de servicios.

El porcentaje sobre cargos fijos y variables no puede ser superior al 75% ni inferior al 40%. Debe ser igual para todos los beneficiarios de una misma región que sean del mismo nivel socioeconómico. Debido a problemas operativos en algún momento se otorgaron facultades a las empresas sanitarias para actuar transitoriamente en la identificación de los interesados. Los subsidios se establecen por regiones y por categorías o grupos de usuarios.

Mientras que el sistema chileno opera aparentemente bien, imitarlo no parece ser simple por varios motivos: a) requiere voluntad política; b) necesita además un sistema fiscal capaz de hacer acopio de recursos y asignarlos; c) demanda capacidad de distribución, seguimiento y monitoreo; d) precisa una capacidad legal de monitoreo y seguimiento, y eventualmente, de rendición de cuentas y cumplimiento coactivo.

A iguales conclusiones arribaron en Estocolmo en 1998, representantes de empresas francesas e inglesas actuando en distintos lugares del globo. A su juicio, si bien el sistema del subsidio directo, focal, estatal, era teóricamente el mejor, su implementación ineficiente en ciertos sistemas torna dudosa la posibilidad de que las empresas cobren dineros del Estado. Así, éstas prefieren un régimen de subsidios cruzados que ellas puedan manejar. Ahora bien, media una razón pragmática, pues surgen dos alternativas: la descapitalización de la empresa o el desabastecimiento de los sectores menos pudientes.

Conforme a distintas situaciones y épocas, como también a prioridades y disponibilidades públicas, los mecanismos de financiación han variado. Así, en Francia, el financiamiento basado en recursos fiscales municipales y nacionales fue importante a lo largo de todo el siglo. Hasta 1982 los subsidios nacionales eran sólidos. Hasta la segunda guerra el aporte estatal cubrió los costos de inversión, destinándose las tarifas a operación y mantenimiento. Aun hoy, los consejos municipales pueden votar subsidios de inversión en aquellos casos en que si no existieran las tarifas crecerían en forma excesiva.

Actualmente, aunque las tarifas se rigen por el principio de igualdad entre usuarios, que impiden el uso de subsidios cruzados, se han puesto en aplicación algunas modalidades de subsidios regionales. Éstos incluyen el Fondo Nacional de Financiamiento de Agua Rural, las tasas de conservación de recursos que administran las Agencias de Agua. Existe además una carta llamada de “Solidaridad del Agua”, iniciativa del Estado central, los municipios y las empresas privadas, que incluyen medidas para el mantenimiento y el subsidio del servicio destinado a los hogares con menores recursos. La iniciativa tiene su origen en la ley 722 de julio de 1992 (Corrales, 1997).

Se ha sugerido como respuesta al problema del monopolio natural el de los mercados disputables (en inglés, *contestable*), según la cual la mera posibilidad de entrada de competidores (amenaza de competencia) bastaría para inducir sistemas eficientes de precios y producción. Sin embargo, el presupuesto teórico del planteamiento, que supone la entrada y salida sin costos del mercado por parte de los competidores, no se da en la práctica y menos en actividades que requieren una fuerte inversión de capital en infraestructura.

En la práctica la aplicación de este sistema se complica cuando no hay competencia efectiva por limitación del número de prestadores. Sobre las características oligopólicas de la oferta de servicios en algunos sectores, como el agua potable y el saneamiento, existe prácticamente total acuerdo (Elnaboulsi, s/f, p. 4; Rees, s/f, p. 5; Clark y Mondello, 1997, p. 5).

3. Bienes públicos

En este tipo de bienes, el uso por parte de algunos no disminuye la utilidad para otros, y por otro lado, el costo del control es tal que no es económicamente racional. En estos casos la provisión del bien, la manera de financiar la actividad, y las cantidades de los bienes que deben producirse se dejan a criterio del Estado, a través de distintos mecanismos. Ello, porque para superar el problema del usuario sin costos es necesario tener autoridad para imponer impuestos o tasas destinadas a financiar la actividad, y ello requiere el “poder de policía” en el sentido de la expresión del inglés *police power*.

4. Externalidades

El tema de las externalidades, que se ha discutido previamente, abre una serie de interrogantes, de las cuales una de las más importantes es la determinación del nivel de intervención adecuado. Un aspecto importante es determinar qué se considera una externalidad que debe ser controlada.

Existen distintas fuentes de impacto en actividades de terceros.

Algunas consisten en impactos pecuniarios, derivados de innovaciones que generan un mejor lugar competitivo, y que por ende afectan la demanda de los productos de un tercero. Se considera que estas externalidades son el resultado del juego del mercado y no son regulables ni compensables.

Otras tienen impactos de hecho, negativos o positivos en la utilidad o actividad de producción de un tercero. Estas externalidades sí son compensables.

5. Déficit de información y racionalidad acotada

El mercado y el derecho privado parten de la base de contar con información adecuada, (“perfecta”), capacidad de evaluación de la información y de los cursos de acción alternativos por parte de los agentes económicos, como también de las consecuencias de cada curso de acción. Si

estos presupuestos no se dan, ello podría justificar la intervención regulatoria, por cuanto esta falencia afecta la eficiencia de la asignación de recursos, pues no se maximiza la utilidad.

No obstante, aun si hay defectos de información, no es simple decidir cuándo regular o intervenir, entre otras razones porque el valor de la información no se puede juzgar hasta que se lo ha adquirido. Por otro lado, cierto tipo de información es más fácil de obtener que otro. Por ejemplo, la información sobre precios es más fácil de adquirir que la información sobre calidad, debido a las complejidades y subjetividades que afectan a esta última. A pesar de las complejidades e incertidumbres, sería aun posible determinar áreas en las cuales la información generada por el mercado no regulado es “subóptima” (*second best*), justificando una intervención regulatoria.

Otras consideraciones que justifican una actividad regulatoria en esta materia son el costo de la información para los consumidores, las dificultades ya mencionadas de obtener información relacionada con calidad, y el hecho de que la mayoría de las personas tienen capacidad limitada para adquirir, procesar y almacenar información.

6. Problemas de coordinación

En derecho privado, los contratos, particularmente los de asociación, proveen maneras más o menos aceptables de coordinación, que conjuntamente con los ilícitos, las compensaciones y los derechos de propiedad, procuran de alguna manera solucionar las complejidades de los costos de transacción. La manera de hacerlo es estableciendo patrones de comportamiento y obligaciones recíprocas que operan de algún modo como cláusulas o principios residuales, supletorios (en inglés, *by default*), o subsidiarios de tipo general, y de esta manera se estandarizan conductas y soluciones, haciendo innecesario el diseño de soluciones “nuevas” con cada nueva negociación.

Algunas situaciones son tan complejas, por el número de partes involucradas, por ejemplo, que es eficiente que el derecho imponga estándares de conducta, criterios de resolución de conflictos, y foros a este respecto, en forma universal y obligatoria. Los casos típicos son la regulación de tránsito y de pesos y medidas.

7. Cuestiones macroeconómicas

Existen situaciones o emergencias de tal magnitud que la única alternativa es la intervención estatal como mecanismo ordenador. El libre juego del mercado en estos casos genera serios conflictos sociales o daños económicos, dependiendo de la situación (guerra, desastres naturales, crisis bancarias, y otras emergencias o desastres públicos). Sin embargo, el tipo de intervención, sobre todo en lo que respecta a las crisis o emergencias económicas, ha pasado de los controles de precios, los ingresos y la planificación económica a la aplicación de medidas de control monetario.

Particularmente en lo relativo a la planificación económica pública ha habido problemas serios, como planificar con independencia de evaluación de demanda efectiva por bienes y servicios; brechas entre cambios en la economía y cambios en la planificación pública, y particularmente en algunos sectores de las economías de América Latina, el uso de procesos de planificación y regulación como mecanismos de promoción de grupos de presión específicos, aun con costos sociales altos. Este último fenómeno es prácticamente universal (Ogus, 1994, p. 46).

Este tipo de deficiencias en las intervenciones estatales se ha traído a colación también en la intervención estatal dentro de las empresas de servicios públicos, a fin de mejorar su eficiencia. Se ha descubierto que los estudios correspondientes se han llevado a cabo con limitaciones tales que no han brindado utilidad a las empresas, ni a los consumidores, ni a los reguladores. En lugar de intervenciones directas en el manejo interno de las empresas se ha propuesto que se utilicen

medidas con indicadores de resultados objetivos. En este sentido, se ha afirmado que la comparación de costos entre las compañías es probablemente la mejor estrategia y el mejor incentivo para mejorar la gestión y los resultados (Hertz y Braun; y Straesser y Kohler, citados en Phillips Jr., 1993, pp. 613 y 617, respectivamente).

V. Falencias regulatorias

Los cuestionamientos a la regulación comenzaron seriamente en los años setenta. Se afirma que la regulación no obtiene sus objetivos por distintos motivos, incluida la información defectuosa, falta de aplicación compulsiva de la misma, y en muchos casos, confusión entre el ente regulador y el regulado, cuando no en sentido legal formal, por lo menos en sentido político. Se cuestiona además la racionalidad económica del proceso regulatorio y de la intervención estatal, y de “captura” de las actividades de interés público por parte de grupos de interés especial como sindicatos, prestadores públicos de servicios, etc. La información defectuosa y la incompatibilidad entre sistemas de mercados y regulación también se arguyen como causa del fracaso (Hayek, 1973, p. 14). Otros motivos incluyen la información y la experiencia concentradas en las empresas, y el control de los reguladores a través de pleitos y litigios, que por un lado los hacen perder iniciativa y por otro los inhiben para actuar.

Además, quedan dos interrogantes: ¿cómo actúan los intereses privados en la generalidad de las actividades públicas y cómo influyen no sólo a nivel de entidades de regulación, sino además en el proceso legislativo? Concomitantemente, se plantea la paradoja de que los intereses privados que “capturan” el regulador y las actividades reguladas lo hacen a partir de una “posición de partida”, determinada por atributos legales, que dependen de derechos individuales o grupales sectoriales, que a su vez resultan de la ley (...) la que en definitiva es la resultante de una decisión colectiva. Hay en estos casos “captura” no del regulador sino del ejecutivo y del legislador.

Cabe pensar que los comentarios anteriores, válidos en sistemas electivos tradicionales, necesitan ser ajustados en el caso de realidades en las cuales propios gobiernos se han identificado tradicionalmente con golpes de Estado o con dependencia preferencial de ciertos grupos de interés específicos, dependientes o vinculados a su vez a ciertas actividades identificables. En estos casos, es menos difícil, por lo menos inicialmente, explicar por qué una atribución teóricamente público-colectiva favorece en forma especial a ciertos grupos. Esto lleva a la consideración de los procesos de decisión pública.

1. Procesos de decisión o elección pública

Conforme a esta teoría, los ciudadanos votan racionalmente, como consumidores, eligiendo los candidatos y las políticas que mejor favorecen sus intereses. A su vez, los candidatos actuarían como empresarios, entregando los productos que aseguran su permanencia.

A este respecto, se hace un símil con el mercado, que sin embargo no es perfecto, pues aunque no haya precios, los productos tienen un grado de “compulsión” o presión generada por la demanda que normalmente no se encuentra en los mercados. Además, los mercados normalmente operan sobre productos específicos, mientras que los procesos políticos suelen basarse en paquetes de negociaciones. La falta de precios y las ambigüedades resultantes del “empaquetamiento” impiden identificar y evaluar adecuadamente la intensidad de las demandas, y por ende ajustar los productos a las mismas o evaluarlos conforme a la demanda.

En este marco, asumen una relevancia significativa los grupos de interés con más capacidad de influencia, por motivos de concentración, capacidad económica, y unicidad de intereses, que los que representan a los consumidores u otros intereses de tipo público más difusos. Esta relevancia se acentúa si además, el grupo representa un sector o una sección de intereses (por oposición a grupos que se guían por “causas” o “ideologías”) que se autorregula. Consecuentemente, los legisladores van a estar expuestos a la influencia de estos grupos y a producir los productos regulatorios que éstos desean (Trebilcock, Stigler y McChesney, citados en Ogus, 1994, p. 71).

Por supuesto que surge inmediatamente el pensamiento de que el mismo grupo de interés que puede inducir la regulación puede disuadirla, en general y respecto de su sector, o minimizarla, si esto coincide con sus intereses. Para hacerlo puede utilizar todas las herramientas disponibles para inducir la legislación regulatoria: información, acceso, experiencia, pleitos, como también compensaciones económicas de distinto tipo a los componentes de las legislaturas (Ogus, 1994, p. 70).

El caso típico extremo a este respecto es el de la situación en la cual se obtiene un monopolio, formalmente explícito o no, y luego se bloquea la regulación, sea estructural o de conducta, sobre la base ideológica de que se bloquea la libre operación de los mercados, los que no operan para empezar pues no hay competencia. En este caso se cumple un objetivo rentístico y bajo el motivo aparente de permitir el libre juego de los mercados, se convalida una situación que genera rentas monopólicas.

2. Aspectos prácticos de las violaciones a la regulación

Existe una serie de temas relevantes a la eficacia de la aplicación de la legislación regulatoria:

a) ¿Responsabilidad objetiva o subjetiva? Este tema se refiere a si las violaciones a la regulación, una vez aprobadas, se configuran por culpa o intento de alguien de cometer la acción

violatoria, o si por el contrario, producido un resultado concreto, en la violación de la norma regulatoria, procede la responsabilidad con todas sus consecuencias.

Las complicaciones de procedimiento y de índole operativa que generaría un sistema de responsabilidad con culpa, y la forma en que trabarían las acciones del regulador, parecen indicar que la responsabilidad en esta materia debe ser objetiva, con la posibilidad de que el contraventor pruebe descargo, como por ejemplo, el hecho de otro.

b) ¿Responden las corporaciones? Dado que la mayoría de los servicios públicos son suministrados por corporaciones, se cancelaría totalmente el papel regulatorio si la responsabilidad fuera meramente personal, por lo que debe ser corporativa.

c) ¿Es una responsabilidad exclusiva o solidaria? La eficacia de la regulación parece indicar que debe tratarse de una responsabilidad solidaria entre la corporación que presta los servicios y la persona a la que dentro de la firma puede imputársele la falta.

d) ¿Quién tiene derecho a invocar la violación de la regulación y deducir la acción consecuente? ¿El particular afectado? ¿El ente regulador? ¿Ambos? Si la capacidad de reclamar por violación estuviera limitada al ente regulador, se incrementarían las posibilidades de “captura” del regulador. Por esta causa, parece conveniente que las acciones que supongan violación de la regulación sean deducidas tanto por las partes afectadas como por el regulador. Además, a las partes afectadas o con intereses en el proceso y la actividad, deberían serles otorgadas posibilidades de acción para reclamar judicialmente por las demoras o negligencia de aquellos reguladores que no cumpliesen a cabalidad sus funciones.

e) ¿Cuáles son las consecuencias del incumplimiento con los mandatos regulatorios? La legislación comparada ofrece varias alternativas, como multas, prisión (excepcionalmente), requerimientos de acción positiva o negativa, penalidades fijas (cuyo pago exime de responsabilidad para el futuro en caso de faltas menores), desacato para el caso de incumplimiento de órdenes judiciales con posibilidad de sanciones penales, prohibiciones de ciertas actividades, suspensión o revocación de licencias habilitantes, confiscación de ciertos bienes, o caducidad de derechos, y finalmente, pago de daños, aunque esta medida más que un castigo es una reparación. En lo que concierne al tema de las multas, la doctrina más reciente es que las mismas deben ser de tal magnitud que eliminen la tentación de violar la regulación resultante de ganancias económicas. También en algunos sistemas se ha sugerido que los regulados que infringen la regulación deben emitir acciones corporativas que pasan a un fondo estatal, suponiéndose que esto, además de una sanción a la corporación, actúa como un incentivo para que los accionistas de la misma monitoreen el cumplimiento con las regulaciones, toda vez que la emisión de este tipo de acciones los afecta no sólo financieramente sino que además los obliga a compartir el poder corporativo (Coffee, citado en Ogus, 1994, p. 105). Finalmente, en un nivel intermedio entre sanción y administración, es posible ubicar la intervención administrativa de entidades que cumplen defectuosamente su gestión.

3. Instituciones y “rendición de cuentas”

La base de un sistema jurídico civilizado y equitativo es la protección respecto de la arbitrariedad y sus proyecciones: abuso de posiciones de mercado, ataques a la propiedad, rentas monopólicas, etc. En el pasado estas garantías se concentraban en las relaciones entre el individuo y el Estado. Actualmente, en un contexto de descentralización de las actividades del Estado, estas garantías deben ser extendidas al individuo en su relación no sólo con el Estado, sino con empresas privadas que cumplen funciones del Estado. Obviamente estas mismas garantías protegen al empresario en la relación con la administración. Tradicionalmente estas garantías en las relaciones entre los individuos se han nucleado en una serie de instituciones de derecho civil: el enriquecimiento

sin causa, la nulidad de las obligaciones y los contratos sin causa, o con causa inmoral o contraria a las buenas costumbres, el abuso del derecho, la lesión enorme y otras instituciones jurídicas. Pese a que estas instituciones han sido invocadas en casos judiciales en Argentina, es necesario sistematizar su aplicación al tema y su recepción por parte de los tribunales.

4. Nivel jurisdiccional del derecho regulatorio

El mundo moderno ofrece paradojas: por un lado, se pregona la descentralización, y por el otro, la economía y la tecnología conducen a una sociedad global, con empresas globales o por lo menos multinacionales que prestan servicios públicos. En este contexto la pregunta de cuál debería ser el nivel más bajo o más alto en que se aplique la regulación genera interesantes interrogantes, que parecen girar alrededor de ciertas cuestiones básicas: ¿Cuál es el nivel más efectivo de aplicación de la regulación? ¿A qué nivel es el regulador más vulnerable a la “captura”? ¿A qué nivel se producen las economías de escala y alcance más relevantes?

A lo anterior debe agregarse que con la proliferación de acuerdos regionales y globales como el Mercado Común del Sur (Mercosur) y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC), o Nafta (en inglés) y la Unión Europea, el tema regulatorio adquiere otra dimensión, por la vinculación entre estas organizaciones y el nivel regulatorio adecuado para la región.

Por un lado, se puede argumentar que la regulación al nivel más alto produce economías de escala y conduce a la asimilación. Por el otro, que sin embargo las diferencias que existen entre los miembros de estos sistemas y el hecho de que efectivamente no se han unido, sino que han hecho concesiones al sistema común, impiden la regulación centralizada, a pesar de que en algunas materias la estandarización de normas es fundamental para la operación del sistema.

Por otro lado, se argumenta que la descentralización de la regulación se justifica por la proximidad con el ente regulado, aunque esto facilite la captura del regulador y del proceso regulatorio, como lo han ejemplificado recientes casos en el sistema de provisión de servicios de aguas de algunos países. Se argumenta, sin embargo, en relación con esta posición que en ningún caso los regulados tienen información precisa y que además se puede utilizar la regulación local para transferir efectos negativos a otras localidades.

Por ello, en documentos de trabajo del Banco Mundial, se sugiere que el nivel del regulador sea lo suficientemente alto como para prevenir la “captura” y la fragmentación.

5. Consideraciones de interés privado

Un grupo privado preferirá que la regulación se ejerza en el nivel del gobierno, que puede controlar más fácilmente. Por ello, se ha argumentado que la industria alemana preferiría contar con regulación al nivel de la Comunidad Europea, donde los grupos ambientalistas alemanes son menos poderosos (Noan, citado en Ogus, 1994, p. 103). Esto indica que mientras se pueda argumentar que la regulación no puede ser atomizada ni fragmentada, la misma debe ser objeto de análisis caso por caso. Los grandes países federales no podrían adoptar organizaciones o esquemas regulatorios similares a los que funcionarían en pequeños principados. Por ello, en países como los Estados Unidos, la regulación es fundamentalmente estadual, salvo en aspectos específicos relevantes al comercio interestadual.

6. Organización del ente regulador

En algunos sistemas se ha objetado que las entidades reguladoras no tienen suficiente independencia o recursos como para, por un lado, servir efectivamente los intereses del consumidor, y por otro, ofrecer garantías de independencia política frente a las empresas licenciadas o autorizadas para prestar un servicio. A este respecto, la doctrina de algunos países de la región es clara en respaldar la necesidad de un ente regulador independiente, aun aceptando que “falta dictar una ley marco que establezca los lineamientos generales de su funcionamiento, sin dependencia del Poder Ejecutivo...” (Gordillo, 1997, pp. xv.2 y ss.). Ello, conforme al mecanismo de división de poderes y de frenos y contrapesos, puesto que el que otorga un monopolio no debe controlarlo. Más aún, deben tener estabilidad, medios adecuados para el cumplimiento de sus fines, y es parte de la garantía de la defensa de los usuarios, frente la necesidad de tener funcionarios imparciales, según la Suprema Corte de Justicia Argentina (Fallos, t. 198, p. 78).

Por comparación, en otros sistemas, particularmente el estadounidense, la entidad reguladora es independiente del poder ejecutivo, sus funciones reglamentarias provienen directamente de las legislaturas, y tiene no sólo funciones de aplicación de la ley, sino además de decisión sobre los conflictos. Si bien el sistema inglés no es exactamente similar, en los últimos años se observa una tendencia a evolucionar en el mismo sentido, particularmente en lo relativo a las empresas de servicios públicos privatizadas. Sin embargo, no tienen poderes para adjudicar conflictos y las decisiones están sujetas al poder residual del ministro competente. No obstante, tienen un grado de autonomía amplio en cuanto a fijación de estándares y precios de los servicios.

Como las legislaturas no tienen la capacidad profesional necesaria, no pueden realmente legislar el detalle de la regulación de los servicios, por lo que generalmente se concentran en los principios generales de la regulación, y los detalles de implementación detallada son delegados a otras instancias. La pregunta en este contexto es cuál es el nivel de gobierno al que debe ser delegada la capacidad de establecer las reglas de aplicación e implementación detallada de la regulación: el ejecutivo, las agencias o las entidades regulatorias.

Se puede objetar que la delegación a una agencia tiene el inconveniente de que al no ser electo, su personal directivo no está sujeto a escrutinio público. No obstante, la solución o sugerencia más o menos unánime a este respecto es que la determinación de reglas detalladas de operación debe ser dejada a las agencias: i) por su capacidad técnica; ii) porque al tener experiencia en la aplicación, pueden beneficiarse de un proceso de retroalimentación; iii) porque la distancia del nivel político reduce las interferencias, facilita la transparencia, y favorece la consulta y las visiones de largo plazo, justamente por no estar sujetas a elecciones (Economic Council of Canada: Responsible Regulation, 1979).

Además, hay quienes sugieren que en cualquier caso, debe preservarse un poder regulatorio residual, para hacer frente a aquellas situaciones en las cuales no se dan los presupuestos de la realidad objetiva en los cuales se basó un determinado esquema regulatorio.⁸ El caso típico sería el del marco regulatorio basado en un esquema de competencia si luego la competencia no tiene lugar. O bien, para usar un ejemplo contemporáneo, el sistema regulatorio que supone que no existen economías en la integración eléctrica, para luego comprobarse empíricamente que tales economías sí existen.

Se ha argumentado que el sistema de delegación a agencias regulatorias independientes favorece la captura del regulador. No se ha ofrecido una alternativa seria al problema, salvo la no

⁸ “...if the deregulated market does not produce the expected results the government might have to reintroduce regulation” (Hyman, 1995, p. 39).

regulación y la competencia, que no siempre existe, lo que parece indicar que el objetivo último de esta posición es el máximo extremo en la captura del regulador: su eliminación o minimización funcional sin posibilidad de reemplazo. Ésta parece ser la opinión de la doctrina inglesa sobre el tema, la que se expresa en términos de que la “captura” del regulador fue, *por un tiempo* una explicación popular del “fracaso regulatorio” por especialistas americanos, usada para desacreditar la postura de interés público de que el regulador independiente estaba al margen de intereses políticos. En Inglaterra la mayoría de los investigadores consideran que la teoría de la captura del regulador es muy burda para proveer una explicación sobre las complejas relaciones entre los entes regulados y reguladores (Rowley y Yarrow, citados en Ogun, 1994, p. 107).

El problema de la dependencia política es obvio. No hay duda en la literatura especializada de que la independencia política es una garantía del ente regulado y del usuario. El regulador necesita independencia de presiones políticas de corto plazo y de los regulados. Si el regulador es parte del gobierno central siempre hay riesgo de manipulación con fines electorales. Además, se requiere profesionalismo, designación por períodos fijos mínimos, presupuesto propio, no tener actividades políticas ni intereses en el sector ni en actividades conexas, como las empresas inmobiliarias.⁹

Sin embargo, aun en estas situaciones hay riesgos de “captura”, no tanto del regulador, sino del sistema de decisión política. Así, en un reciente trabajo sobre el caso de Buenos Aires, se puntualiza que las renegociaciones del contrato tuvieron lugar sin participación del regulador del sector, pese a que allí se encontraban no sólo la información sobre la “performance” del regulado hasta el momento sino además la especialización suficiente para abordar el tema (García, 1998, p. 12).

En lo que a esta materia se refiere los analistas del sistema inglés enfatizan que uno de los elementos relevantes del sistema es la independencia y discrecionalidad del regulador. Más aún, se estima que tal independencia y discrecionalidad han sido hasta el momento beneficiosas, pues “han limitado la habilidad de ministros y políticos de intervenir en las industrias de servicios públicos privatizadas”. Sin embargo, los sistemas, para ser perfeccionados, requerirían mayor información y acceso del público (Armstrong, Cowan y Vickers, 1994, p. 360).

Las comisiones regulatorias en los Estados Unidos también tienen como característica fundamental su independencia relativa y su operación bajo leyes de la legislatura (Phillips Jr., 1993, p. 132). En la mayoría de los casos, tienen a su cargo más de un servicio, evitando la fragmentación derivada de reguladores múltiples. Además, se fomentan economías de escala y de aglomeración. Sus poderes son amplios:

“La mayoría tiene poderes para emitir licencias, franquicias y permisos para iniciar servicios, para construir y abandonar instalaciones y para otras actividades conexas. Tienen además facultades para requerir autorización previa al cambio de tarifas y para iniciar investigaciones sobre las mismas. También controlan la cantidad y calidad de los servicios, establecen sistemas de cuentas uniformes y pueden requerir informes anuales. Además, un número apreciable de ellas tienen poderes para regular la emisión de certificados de acciones, *debentures* y otros documentos que evidencian una deuda garantizada” (Phillips Jr., 1993, p. 136).

Un número apreciable de estados requieren que los comisionados tengan capacidades profesionales en áreas como la ingeniería, las finanzas y el derecho. Están además sujetos a códigos de ética cuya vigencia parece ser estricta. Son removibles sólo por justa causa. En general, se requiere de ellos que estén familiarizados con la historia de la regulación, objetividad, familiaridad con las características de las industrias reguladas, ejercicio de discrecionalidad con equidad y

⁹ Para más información véase Banco Mundial (1996, pp. 44 y 45).

uniformidad, y además capacidad de demostrar al público y a las autoridades políticas que la regulación tiene un potencial limitado en relación con las condiciones socioeconómicas generales que afectan tanto la calidad como la cantidad y los precios de los servicios.

Los miembros de las comisiones federales, por ejemplo, son elegidos por el Presidente con acuerdo del Senado. Tienen un término fijo de duración en sus funciones y su remoción no es simple. De esta manera se ha procurado asegurar su independencia y objetividad, pues “Es bastante evidente que quien ejerce su cargo a gusto de otro no puede esperarse que mantenga una actitud de independencia en contra de la voluntad de este último” (Humphrey’s Executor v. United States, 357 U.S. 349 (1958)).

Las comisiones pueden ser delegadas funciones legislativas en la medida que el legislador establezca los criterios y líneas generales de acción. Al ser creadas por ley, las comisiones responden ante las legislaturas, la que pueden investigarlas y someterlas a revisión, tanto en materia de políticas como de desempeño. Están sujetas a revisión judicial en materia de poderes atribuidos y derechos, pero en materia de cuestiones de hecho, las decisiones y pruebas de las comisiones son normalmente concluyentes. Además, las comisiones se financian con cargo a las empresas de servicios que están bajo su jurisdicción.

En muchos países hay reguladores diferentes por sectores de servicios. Y aun se da el caso de que un mismo sector esté sujeto a diferentes instancias regulatorias. A este respecto, diferentes autores han sugerido que la existencia de reguladores múltiples no es económicamente eficiente (Armstrong, Cowan y Vickers, 1994, p. 354). Aparte de esto, una proliferación regulatoria puede hacer que se incremente el costo de la regulación, por duplicación, se reduzca su capacidad, aumente el riesgo de “captura”, y se descuiden los costos que no tienen lugar en la esfera de cada regulador específico (Banco Mundial, 1996, p. 44). No obstante, parece adecuado sostener que la regulación de los recursos utilizados como insumos, la del ambiente y la de los servicios en sí, deben mantenerse separadas, por tener objetivos distintos y requerir especializaciones específicas. En diversos documentos del Banco Mundial se ha hecho referencia a este tema, sugiriéndose que un solo regulador tenga a su cargo varios servicios (Banco Mundial, 1996, p. 45).

El problema de la superposición de funciones es particularmente relevante en países federales. En éstos, la legislación ha tratado de discernir materias de jurisdicción exclusiva, concurrente, y criterios de acción a este respecto. En estos sistemas, este tipo de superposiciones y conflictos constituyen un costo asumido en razón de la percepción general de que la capacidad autónoma de los estados y los provincias tiene elementos meritorios que justifican algunos inconvenientes de este tipo. No obstante, estos países han hecho esfuerzos para facilitar la resolución de problemas de jurisdicción mediante instrucciones al respecto, audiencias conjuntas, conferencias, asistencia recíproca, referencia de materias específicas a cuerpos superiores, etc.

7. La autorregulación

Existen casos de autorregulación, que, sin embargo, plantean el problema de si en la práctica no son un ejemplo típico de “subversión” de la regulación a los intereses que pretenden regular. Es común en la regulación de actividades a través de colegios profesionales y también, por lo menos en Gran Bretaña, se ha extendido al sector financiero. La autorregulación ha sido criticada desde el punto de vista legal en varios aspectos: i) el poder regulatorio no está sujeto a ningún control social; ii) hay abusos, toda vez que la reglas de la autorregulación afectan a terceros; iii) se afecta la separación de poderes, como el económico.

Esto último, por cuanto: los poderes regulatorios se utilizan para establecer prácticas anticompetitivas; generan rentas monopólicas exorbitantes para los miembros del sector regulado, y

generan barreras de entrada. “Con la autorregulación la captura del regulador está presente desde el inicio” (Kay, citado en Ogas, 1994, p. 108).

Estas características se agudizan si el ejercicio del poder autorregulador es monopólico y si las reglas que lo consagran otorgan poderes vinculantes al regulador.

Un caso cercano de autorregulación es el de la entidad que controla la transmisión y los peajes eléctricos aplicados en Chile. Sobre sus resultados, dan testimonio los casos en que los generadores eléctricos que no son miembros del sistema de control de transmisión han perdido sus clientes mientras argumentaban con la entidad de control de peajes.

8. Controles y rendición de cuentas por parte de los reguladores

Los reguladores, en cuanto entidades públicas, están sujetos —o deberían estar sujetos— a diversas formas de regulación o control, que comprenden responsabilidades de varios tipos:

i) financiera, que consiste en la minimización de costos administrativos y el no desperdicio de recursos,

ii) procedimental, que consiste en procedimientos equitativos e imparciales, en los cuales la promulgación de reglas y criterios, así como la decisión de conflictos y la toma de decisiones en general están fundadas en razones de interés público y no en la influencia de intereses privados, y por último,

iii) sustantiva, que es la más difícil; este tipo de criterio procura lograr que las reglas y decisiones que se dicten y se adopten sean en sí mismas justificables en términos del interés público, sean sus objetivos económicos o no.

9. Límites a los controles sobre los reguladores

La principal objeción a las rendiciones de cuentas y controles sobre los reguladores se ha concentrado en la teoría del mandante-mandatario (*principal-agent problem*). Según ésta el mandatario, en este caso la agencia reguladora, tiene conocimientos tan superiores desde el punto de vista técnico a los del mandante o principal, que resulta muy complejo que pueda ser monitoreada por éste, por lo que en última instancia no tiene más alternativa que confiar en el mandatario de manera amplia, bajo el precepto general de que éste obrará de buena fe y no violará los límites del mandato ni caerá en conflictos de intereses.

Un comentario inmediato a esta concepción es que no ofrece alternativa; se limita a efectuar la advertencia implícita en su enunciado sobre la imposibilidad práctica de control por el riesgo de que el mandatario “se desmande”. La única alternativa válida sería un sistema de mercado con competencia perfecta, la que como hemos visto no siempre ocurre, como tampoco se dan otros supuestos de los mercados, como información perfecta, racionalidad económica, etc. En consecuencia, estas situaciones, particularmente cuando involucran a los servicios públicos estratégicos y masivos, requieren una solución, aunque sea segundo mejor (*second best*).

10. Controles estructurales

Estos controles provienen de instituciones como los tribunales de cuentas en materia financiera y contable, las procuradurías de Estado o los fiscales gubernamentales, en casos de incompetencia, ineptitud, o irregularidades procesales. En algunos sistemas, existen controles sustantivos que se expresan en la obligación de que los reguladores justifiquen sus acciones en términos de costos, y beneficios derivados de las reglas que dicten.

En el sistema argentino, por ejemplo, los entes reguladores nacionales se encuentran sujetos a una serie de controles. Éstos incluyen el Congreso de la Nación, los jueces del Poder Judicial, el Defensor del Pueblo Nacional, la Auditoría General de la Nación, la Sindicatura General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, los entes provinciales pertinentes, los usuarios y las asociaciones contempladas en el art. 42, y los derechos de incidencia colectiva del art. 43 CN.

Para un prestigioso administrativista argentino, el foco natural de las actividades del Defensor del Pueblo son los grandes servicios públicos privatizados (Gordillo, 1997, p. 50).

11. Debido proceso y garantía de la defensa

Las decisiones regulatorias respecto de personas o firmas individuales están limitadas por la obligación de respetar las reglas del debido proceso, es decir, el derecho a la defensa y a presentar pruebas y ser escuchado por el ente encargado de la decisión. Más adelante veremos cómo se concretan estas garantías en lo relativo al concesionario de servicios públicos.

En el sistema norteamericano en particular, aun la actividad de crear reglas, no sólo la de emitir decisiones en conflictos individuales, está sujeta a exigencias estrictas de audiencias y publicación de registros y actuaciones y fundamentación formal y sustantiva de las decisiones. Según los autores argentinos más prestigiosos, el incumplimiento con los requisitos de la audiencia pública, la que tendría entidad de garantía constitucional, afecta la validez del acto (Gordillo, 1997, p. 12).

No obstante, en otros lugares, se argumenta que este sistema participatorio en la adopción de reglas puede, en los hechos, convertir el proceso regulatorio en uno de transacción y acomodamiento de intereses, más que en una búsqueda de las alternativas regulatorias más convenientes para el interés público (McCubbins, Noll y Weingast, citados en Ogus, 1994, p. 115).

12. El control judicial

El fundamento del sistema democrático moderno es la independencia del poder judicial y su capacidad para controlar los actos del gobierno. Esto, en relación con la regulación y los servicios públicos, es particularmente importante, como se verá al comentar los casos que se identifican más adelante en este trabajo.

Sin embargo, las características de independencia y capacidad del poder judicial no son uniformes y varían con la cultura general y la situación política circunstancial. Comúnmente, mientras mayor sea la desconfianza en el poder judicial, menor será la protección del usuario y mayor la exigencia de las empresas de recurrir a foros arbitrales, incluidos los externos, aun si no han sido pactados e incluso a pesar de haberse pactado expresamente la jurisdicción local.¹⁰

Obviamente, el hecho de ser llevado a tribunales externos limita la independencia de los poderes que otorgan contratos, complica la defensa e incrementa los costos. Sin embargo, cabe esperar que los concesionarios extranjeros reclamen jurisdicción externa si se estima que los jueces locales no son competentes, probos e independientes. El costo extra implícito en la traslación de jurisdicción lo paga el usuario, ya sea en las tarifas, o en el sistema impositivo general. Se podría eventualmente argüir que la posibilidad de recurrir a arbitrajes internacionales cuando se trata de empresas extranjeras representa una ventaja que discrimina en contra de las empresas nacionales.

¹⁰ Véase el reciente caso de la provincia de Tucumán en Argentina, en la que una empresa internacional recurrió a un foro arbitral externo, invocando tratados de protección de inversión extranjera, pese a haberse pactado jurisdicción local.

En lo que hace a “performance” abstracta de las funciones de control y monitoreo, es evidente que los jueces tienen, casi por definición, capacidad suficiente para evaluar la gestión procesal (equidad e imparcialidad) de los entes reguladores, y se reconoce que han llevado a cabo una tarea importante a este respecto (Ogus, 1994, p. 115). También podrían, teóricamente, eventualmente evaluar aspectos de la gestión sustantiva, pues en términos relativos se encuentran más aislados de presiones políticas que otras entidades.

En la doctrina argentina sobre el tema, se enfatiza que la independencia del ente regulador no significa que se esté ante órganos sin control, sino simplemente que el control de los monopolios de los servicios no lo puede realizar el Poder Ejecutivo, que consagró y entregó los monopolios (Gordillo, 1997, pp. xv-54).

Se entiende además que el responsable de prestar servicios defectuosos frente al concedente y a terceros no puede ser otro que el concesionario. A ello debe sumarse la responsabilidad del regulador y del Estado, ya sea por culpa *in eligendo o in vigilando*, en forma subsidiaria o por la vía de la responsabilidad principal.

La responsabilidad por la prestación defectuosa del servicio es objetiva, es decir, procede sin culpa para concesionarios, contratistas, entes reguladores, y el Estado.

VI. Regulación social

1. Información general

Hemos visto en párrafos anteriores que la regulación de la información puede ser requerida porque los déficit de información pueden dar lugar a fallas de mercado. La mejora de estos déficit puede mejorar los mercados e incrementar su eficiencia en la asignación de bienes y servicios. Las mejoras de la información pueden hacer que los mercados sean más competitivos, al incrementarse las posibilidades de información de los consumidores, lo que se puede expresar, entre otras formas, en términos de certificaciones y registros.

En otra dimensión, la información puede ser básica para el ejercicio de los derechos humanos fundamentales y para su protección, como son los informes médicos, o para el ejercicio de los derechos políticos y la democracia efectiva. También tiene efectos distributivos y de protección de intereses públicos tales como la salud.

La transparencia de la información, por ejemplo materia de precios, tiende a bajar el precio de los productos, si se lleva a cabo dentro de un contexto de identificación de las características del producto vendido, conforme a una estandarización de elementos del producto, como son el peso, los componentes, el rendimiento, etc.

La regulación de la información corrige asimetrías de información, estableciendo qué información se debe proveer. Es importante tener presente que en materia de servicios públicos, la información es crucial tanto para los consumidores como para los

reguladores, a fin de promover la competencia. La legislación debe establecer penalidades serias, personales y solidarias con las compañías de servicios, por violaciones a las obligaciones en esta materia. Si se trata de empresas que actúan con control de mercado, el argumento del costo de la información y la regulación es irrelevante, pues la opción es un monopolio no regulado ni controlado y, en definitiva, fuera de control. En esta materia, debe discriminarse con cuidado lo que se justifica o no, según el mercado sea competitivo o no.

Hoy se estima que las limitaciones en materia de publicidad de los precios, cuando se hacen en forma general, como ocurre con algunas profesiones, perjudican al consumidor y conducen a rentas monopólicas.

2. Estándares y patrones

Las legislaciones pueden establecer diferentes tipos de patrones y estándares: los de resultado no suponen ningún tipo de requisitos para procesos o productos, pero si se derivan de ciertas consecuencias dañosas a partir de los procesos o los productos, sigue una pena; por el contrario, los estándares de “performance” requieren ciertas condiciones de calidad en el abastecimiento, pero dejan libertad respecto de cómo cumplirlas; los de especificación requieren en forma específica ciertos materiales o procesos, sea en forma positiva (deben ser utilizados) o negativa (no deben ser utilizados).

El problema de los estándares consiste en determinar la relación entre sus costos: administrativos, de cumplimiento e indirectos, y sus beneficios, que en algunos casos son difíciles de cuantificar en razón de que muchas veces tienen beneficios difusos (aunque sea posible fijar otros cuando la población protegida y los efectos de la protección sean identificables, como en el caso de las normas diseñadas para proteger la salud). También se presentan dificultades en el establecimiento de relaciones causales entre los estándares y sus efectos beneficiosos; en el carácter no transable de los beneficios; y en cuanto al plazo y la tasa de descuento aplicable en la evaluación de los beneficios.

También se complica el panorama por el hecho de que una evaluación de costos y beneficios es fundamentalmente cuantitativa, mientras que muchos resultados pueden ser cualitativos. Una alternativa a este problema consiste en utilizar un sistema de evaluación de costo- efectividad, en lugar de uno de costo-beneficio.

3. La regulación en un mercado o federación internacional

La proliferación de medidas regulatorias en un sistema integrado, con orígenes en cada una de las unidades del sistema, es un fenómeno que puede traducirse en barreras para el comercio. Las instituciones del Mercado Común Europeo reconocieron este riesgo, y el artículo 30 del Tratado de Roma, prohíbe restricciones cuantitativas en las importaciones y todas las medidas que puedan tener un impacto similar, en el contexto del artículo 36, el que, bajo ciertas condiciones, permite a sus miembros respaldar estas medidas “con justificaciones de moralidad, política o seguridad pública; y la protección de la salud y la vida de personas, animales o plantas”. Las interpretaciones judiciales de estos principios han tendido efectivamente a eliminar barreras al comercio disfrazadas de estándares.

A fin no solamente de prevenir obstáculos regulatorios al comercio, sino además de fomentar su remoción, se han utilizado dos técnicas: i) armonización de reglas y ii) reconocimiento de sistemas nacionales. La primera metodología, intentada en un principio, cedió en favor de la segunda, frente a realidades e intereses nacionales y grupales.

Sin embargo, se ha destacado que la metodología que suele preferirse, si bien está fundada en hechos y realidades concretos de la política e intereses de los diversos miembros de la Unión, presenta deseconomías de escala por la existencia de múltiples regímenes regulatorios. No resuelve efectivamente el problema de las externalidades transnacionales, y lo que es más importante, puede traducirse en competencia entre los entes reguladores, con propósitos comerciales, en la cual los consumidores no puedan evaluar adecuadamente las relaciones entre precios y calidades, y la competencia se convierte en una carrera para ver quién llega primero al fondo, dado que los productores pueden atraer consumidores y elegir el menos exigente y significativo de los mecanismos de regulación.

4. Aprobación previa

El requisito de aprobación previa es una técnica regulatoria que reconoce antecedentes en los gremios medievales, en sus prácticas monopólicas y en las patentes reales, aplicables a actividades también monopólicas.

Se dice que el uso del sistema procura asegurar estándares mínimos de calidad, pero también tiene como efecto limitar la competencia. En algunos casos, se utiliza para permitir sólo el ingreso de ciertos sujetos a algunas actividades, en función de la calidad de la prestación del servicio. En otros, como en la licitación pública de servicios públicos, la práctica se usa para seleccionar, en función de la oferta, al prestatario de un servicio público dentro de un universo limitado de oferentes, calificados.

La aprobación precede a la actividad, tiene un fin preventivo de exclusión de oferentes indeseables o de inclusión sólo de los deseables, requiere estándares mínimos y uniformes, y lleva aparejadas sanciones serias en caso de violación de las normas de ingreso. Supone costos, pues limita la competencia, por lo que la adopción del sistema requiere seria justificación por razones de interés público, tales como catástrofes o riesgos graves para el bienestar general.

Otra dimensión de su justificación, particularmente aplicable a los servicios públicos, es el requisito para poder establecer características de buen funcionamiento en forma sucinta pero integral, que puedan servir como indicadores de desempeño. En este caso, la evaluación de todos los factores relevantes es facilitada por el proceso de licenciamiento. El sistema se usa para actividades profesionales, servicios y actividades comerciales incluidos los servicios públicos, el uso de tierras, y el empleo de ciertos productos.

5. Instrumentos económicos

El uso de instrumentos económicos como parte del aparato regulatorio es el resultado de la crítica a los sistemas del tipo “comando y control”. Se trata de reemplazar o complementar la compulsión legal, con mecanismos basados en incentivos económicos.

No obstante los supuestos méritos, no han sido adoptados con la frecuencia que éstos justificarían, quizá por no ser tan meritorios, o por influencias de grupos de interés y sectores políticos (Ogus, 1994, p. 307).

El primer instrumento que se puede utilizar es el cobro mediante tarifas, impuestos o tasas, teniendo presente que los dos últimos se han empleado frecuentemente con miras a generar ingresos públicos, o con objetivos de redistribución, más que como mecanismos de internalización de externalidades. Mediante el cobro de montos superiores al costo de remediar impactos negativos, se genera un incentivo para no producirlos o remediarlos.

Para aplicar estas modalidades por el uso de un producto que dé lugar a un costo externo, sería necesario primero determinar el monto del costo, lo que presenta complejidades técnicas que requieren métodos rigurosos.

El segundo método consiste en vincular el pago con los montos y las clases de sustancias prohibidas que dan lugar a un efecto ambiental adverso. Es lo que en materia de aguas se denomina “cargas por efluente”.

En otros casos, se pueden utilizar para compensar los costos de aplicación de estándares de resultado, como cuando se establece un programa de limpieza, y se fijan sus costos para luego distribuirlos entre los causantes.

Además, se pueden usar subsidios, que son mecanismos también financieros pero diametralmente opuestos a los otros. Su uso tiende a disminuir por distintos efectos “perversos”, como incentivar la contaminación, o generar más productos que aquellos para los cuales hay demanda efectiva, o en definitiva, porque son pagados por otros que el causante, su uso tiende a disminuir. Pueden ser directos o indirectos, como tasas impositivas más bajas, exoneración de impuestos, o depreciaciones aceleradas a efectos impositivos de equipos específicos.

La última posibilidad es el uso de permisos de emisión transables, como los utilizados en materia de dióxido de sulfuro en los Estados Unidos en 1990. Este sistema supone determinar un monto total de contaminación aceptable en un determinado entorno, establecer cuotas transables y subastar las cuotas, que luego se pueden comercializar. El caso del dióxido de sulfuro es criticado pues no se adoptó la forma pura de los permisos transables, toda vez que se eliminó el remate público.

En cuanto a la evaluación del desempeño, la utilización de estos métodos requiere información, tanto en lo que atañe a los daños producidos por la contaminación en cuanto a su valor, como a los costos de corrección o enmienda. Se argumenta que conocido el valor de los daños resultantes de la contaminación, los cobros pueden establecerse en función de éstos, dejando a la firma la decisión de pagar el impuesto o los costos de abatir la contaminación.

En cualquier caso, conforme lo demuestra el sistema holandés, las cargas financieras tienen que ser altas para tener un efecto positivo. Curiosamente, las cargas son rechazadas tanto por ciertos grupos ambientalistas que las consideran como licencias para destruir el ambiente, como también por los intereses de los causantes de contaminación que no quieren pagar por este concepto.

6. Regulación privada

Se entiende por tal la que se deriva del derecho privado a través de los sistemas de derechos inalienables, que prohíben el objeto de ciertos contratos, o imponen ciertas cláusulas en forma obligatoria, o determinan que las reglas sobre compensación de daños prevalecen sobre los contratos privados de exoneración correspondientes.

Se denominan de regulación privada, porque el Estado no monta un sistema de control especial, pero los jueces, cuando son requeridos por alguna de las partes en el contrato, no tienen otra opción que declarar la nulidad.

VII. Regulación económica

1. La propiedad pública

La propiedad pública no es necesariamente una forma de regulación, pero como se la justifica por sus objetivos sociales, puede formar parte del tema regulatorio. En lo que toca a los servicios públicos, históricamente la mayoría de los países dejaron las prestaciones al mercado, con regulaciones de precios, ganancias y seguridad.

Por distintos motivos, incluidas economías de escala, exceso de capacidad, duplicación de infraestructura, el mercado competitivo para la provisión de estos servicios se estimó inapropiado. En esta tendencia es probable que el único país que no siguió el proceso de estatizar haya sido Estados Unidos. Sin embargo, compensó el sistema mediante regulaciones muy realistas, salvo en materia de agua potable, donde por distintas razones el grueso de la propiedad es pública y no privada. Además, se estatizó, porque al haber monopolios naturales no se consideró que la propiedad privada de un monopolio natural fuera la mejor solución posible, en particular debido a que en algunos países, las experiencias con la regulación habían estado plagadas de problemas legales y políticos que no inspiraban confianza en la capacidad estatal de controlar los intereses sectoriales (Arthurs, citado en Ogus, 1994, p. 266).

Al mismo tiempo, se dio un proceso de consolidación, pues la propiedad independiente y fragmentada a nivel municipal inhibía el

proceso de desarrollo tecnológico, y además impedía realizar economías de escala (Ogus, 1994, p. 266).

Los procesos de nacionalización tuvieron fundamentos filosóficos, al igual que hoy sucede con los de privatización. Sin embargo, lo mismo que estos últimos tuvieron también bases pragmáticas (en el caso de las privatizaciones, agotamiento del crédito público, endeudamiento, administración deficiente, excesiva interferencia política) también los procesos de estatización tuvieron fundamentos basados en la realidad: economías de escala, trabajos teóricos y procesos reales de consolidación empresarial, coordinación y subinversión (Robson, citado en Ogus, 1994, p. 266).

Lo anterior indica que las posiciones terminantes del presente necesitan una dosis de historia que las modere. En la medida en que los procesos no reflejen las necesidades y expectativas de la población, o cambien las circunstancias que motivaron una política, o bien los aspectos ideológicos extremos de situaciones en evolución prueben no ser satisfactorios para la población, o no estar ajustados a la realidad, o necesitar ajustes por razones de mayor conocimiento, el *corsi et recorsi* de los hechos puede justificar cambios en las teorías en boga. Si ello sucede, y si hay cambios o ajustes, éstos deberían estar bien muy justificados en información confiable, y moderados en su alcance conforme a sus objetivos, de modo de no afectar el proceso de generación de confianza que tanto ha costado establecer en la región. Asimismo, deberían ajustarse al hecho de que el entorno de la economía política y el derecho contemporáneo, son los mercados, la propiedad privada y los contratos temperados por las necesidades públicas resultantes de las fallas del mercado.

La propiedad pública se justificó por la existencia de monopolios naturales y las fallas de los reguladores, que eran muy vulnerables a distintos intereses. Curiosamente, este problema ocurre también actualmente, pese a lo cual existen dudas teóricas para justificar la propiedad pública de las empresas de servicios en función del monopolio natural u otras razones. También se justificó la propiedad pública en la existencia de externalidades, negativas o positivas. Sin embargo, al igual que en el caso de los monopolios naturales, hoy se entiende que la propiedad pública no se justifica tanto por razones operativas, como por motivos ideológicos. Una regulación adecuada permitiría, salvo serias limitaciones culturales o conceptuales, el manejo de los objetivos de interés público que antaño justificaron la propiedad pública de los servicios.

Desde esta perspectiva la propiedad pública de empresas de servicios podría tener ciertas consecuencias negativas: falta de control por los accionistas, pues no los hay en sentido estricto; falta de competencia, pues muchas veces se les otorgan tratamientos preferenciales, y normalmente financiamiento público y no a través del mercado de capitales. Todos estos factores son considerados obstáculos a la eficiencia.

No obstante, aun estas consideraciones no son terminantes: el caso de la mejora de las empresas de agua y saneamiento de Chile bajo propiedad estatal es un ejemplo de que con patrones, estrategias, y supervisiones adecuadas, aun las empresas públicas pueden mejorar. Por supuesto que esta excepción puede no ser generalizable, si operó en contextos, situaciones y alcances muy específicos o limitados.

Se acepta que el mayor obstáculo para mejorar la productividad de las empresas públicas puede ser la voluntad de los políticos para favorecer a los grupos que se favorecen de las ineficiencias productivas, más que a los que se perjudican: los primeros tienen intereses más concretos que los segundos y están mejor organizados. Sin embargo, es conveniente tener presente que exactamente estos argumentos podrían justificar que la regulación en definitiva probablemente termine favoreciendo a los concesionarios de los servicios, en detrimento de los consumidores: los primeros tienen intereses más concretos, son menos en número y están mejor organizados; además, están muchas veces integrados horizontal y verticalmente a nivel nacional e internacional.

En definitiva, la regulación es un “arte” y no una teoría, y en el mejor de los casos es un “segundo mejor”, pero esto no quiere decir que haya que cerrar la puerta, pues es lo único disponible cuando no hay competencia.

Aparte de estas limitaciones, la empresa pública tiene otras restricciones, que afectan su eficiencia significativa. Éstas son el monopolio, la falta de incentivos monetarios, los subsidios cruzados, los precios, y la calidad de los servicios.

2. Las privatizaciones

Estos procesos han respondido a distintos objetivos, como son la mejora general de la economía, reducciones del gasto y la intervención pública, la deuda externa, la falta de crédito público, y las mejoras en la eficiencia de las empresas, aparte de una motivación filosófica y otra política.

Las privatizaciones pueden tener lugar de varias maneras, incluida la venta de activos públicos: a través de la venta de acciones al público, o a grupos limitados. En algunos países, el proceso de ventas accionarias ha sido criticado: i) por los altos costos administrativos de los procesos, y ii) porque las acciones se subvaluaron, beneficiando a los compradores con ganancias excesivas a costa de los consumidores y los contribuyentes.

En algunos de los procesos, que involucraban monopolios naturales, o por lo menos elementos relevantes de monopolio natural, se aplicó una estrategia para incorporar, en sustitución de la competencia de mercado y en lugar de la regulación tradicional, la noción de “vara de competición”, competencia por comparación, creando empresas regionales y comparando sus “performances” relativas. La regulación no es eliminada, pero se supone que los reguladores pueden comparar la performance de sus empresas para evaluar cuáles son las más eficientes. Por supuesto que esto varía con las regiones, y además su aplicación es muy relativa si todas las empresas pertenecen al mismo grupo empresario, o si el número de empresas que han de compararse es muy bajo.

Otra alternativa consiste en competir por el mercado, la que de nuevo requiere un número apropiado de empresas oferentes no vinculadas.

También se ha señalado que la noción de monopolio natural es un concepto en evolución, y que hay posibilidades de desintegrar las empresas, sobre todo las eléctricas. A este respecto, conviene tener presente el caso de la electricidad en Chile, comentado en otra parte de este trabajo.

Se ha argumentado que la posibilidad de entrar a un mercado es un factor suficiente para crear competencia. Sin embargo, este argumento es considerado un sofisma. De la misma manera que el derecho no admite compensación por daño potencial, sino que requiere hechos concretos, no cabe admitir que exista competencia, mientras no se dé en los hechos.

De hecho, del examen de algunas privatizaciones se desprende que han sido hechas con bastantes elementos monopólicos, y que la promoción de la competencia efectiva ha variado. Al así hacerlo, se afirma que hay evidencia de que los gobiernos de hecho prestaron atención a los grupos empresarios con capacidad de cabildeo (*lobbying*), inversores y gerentes de firmas privatizadas, interesados en ser protegidos, más que a los intereses de usuarios y consumidores. También pueden haber mediado intereses referidos al atractivo de las ofertas de privatización en condiciones monopólicas.

VIII. Conceptos legales en la regulación de los servicios públicos

En su proyección legal las entidades encargadas de los servicios públicos están sujetas al control público en pro del bienestar general (Spota, 1941, p. 917, nota 189; Phillips Jr., 1993, p. 87). Dicho control o regulación se justifica por las condiciones monopólicas de muchos de los servicios, por su importancia como servicios esenciales para los consumidores, por su importancia para la organización socioeconómica y por la falta de otras opciones.¹¹

La regulación y su fundamentación filosófica no son fenómenos modernos. Existen antecedentes sobre el tema en la doctrina de los Padres de la Iglesia —precio justo (*justum pretium*); precio natural (*verum pretium*)— y en la regulación de las cofradías medievales y de las actividades consideradas de interés común (Glaesser, 1957, citado en Phillips Jr., 1993, p. 122). Se regulaban los precios, la calidad y el tipo de servicios prestados, la discriminación, etc.

Si bien las autoridades estadounidenses admiten que “servicio público” es un término de uso popular más que una definición precisa,

¹¹ En algunos países estos controles se denominan “poder de policía” (*police power*). Este concepto tiene dimensiones muy interesantes puesto que, en algunas circunstancias, permite al gobierno actuar sobre los bienes privados si estima que ciertos controles —si bien pueden influir sobre la renta de un bien disminuyéndola a raíz de regulaciones o vinculaciones— son aceptables en la medida en que la rentabilidad de la inversión que resulte, pese a estar limitada, sea “razonable” (Penn Central Transportation Co. vs. Nueva York, 438 US 104, 1978). Se ha sugerido que existe una vinculación muy importante entre este caso y la teoría de los servicios públicos. Véase Findley y Farber (1992, p. 287).

también destacan que se refiere a los servicios de naturaleza pública, más o menos esenciales para la economía.

Las empresas prestadoras de servicios públicos sustituyen al Estado en la provisión de servicios públicos, con lo cual se convierten en servidores públicos que desempeñan una función del Estado.¹² Por consiguiente, están sujetas a regulación. Dentro de ciertos límites, este tipo de regulación se puede imponer *ex post*, como lo ilustra el desarrollo histórico de la regulación en los Estados Unidos.

La concentración de empresas ha hecho que la competencia no sea tan “perfecta” como lo indica la teoría (Phillips Jr., 1993, p. 92). Es así que las empresas privadas contratistas de servicios esenciales aprovecharon su predominio económico para realizar negocios tan amplios y variados, que han llegado a requerir una minuciosa supervisión y un alto grado de regulación.

Los conceptos legales que entraña la regulación no son estáticos, lo que permite una amplia gama de medidas dentro de “los extremos de los estándares del espectro”, resultantes de la interpretación de las garantías constitucionales. Se considera que los negocios sujetos a regulación están “afectados con un interés público”.

Siguiendo el *Common Law* anglosajón, los tribunales estadounidenses han fallado que tal tipo de negocios no es *juris privati* únicamente y que “*no importa que ... [las actividades] se hayan iniciado antes de que se adoptara la regulación*”; “*si las partes intervinientes no deseaban someterse a las regulaciones no deberían haber interesado al público en sus empresas*” (Munn vs. Illinois, US Supreme Court) (Lord Hale, citado en Popowsky, 1996, p. 2; y Munn vs. Illinois, 94 US 113, 131-2 (1877)).

El interés público de la actividad y su importancia fueron tales que crearon una carga para los ciudadanos. Ello justificaba la regulación, aunque fuera *ex post*, dentro de algunas limitaciones constitucionales. Los elementos monopólicos justificaban la regulación, aun cuando en el caso que se comenta, dos jueces, Field y Stone, sostenían que la regulación pública requería una concesión.

En la posterior evolución de las regulaciones estadounidenses, el monopolio dejó de ser un requisito y el criterio de lo razonable y el interés público pasaron a ser los fundamentos de la regulación, todo ello dentro de los límites previstos por las garantías constitucionales (Nebbia vs. New York, 291 US 502 (1934)). La competencia imperfecta —incluidos no sólo el monopolio sino también la competencia excesiva— también pasó a integrar la cosmogonía legal que justifica la regulación (Nebbia vs. New York, 538-9).

Una importante cuestión metodológica que ha de resolverse es la manera de aplicar las regulaciones. Los sistemas regulatorios maduros no propician la instrumentación de regulaciones mediante contratos o concesiones. De acuerdo con las autoridades estadounidenses, la experiencia indica que “las concesiones han demostrado ser instrumentos inadecuados ... con poca consideración por el interés público ... a menudo exclusivos ... mal redactados ... debido a la falta de experiencia ... era usual que los abogados de las empresas de servicios públicos redactaran el contrato de concesión y luego lo presentaran al concejo municipal para su aprobación ...” (Tratchel, citado en Phillips Jr., 1993, pp. 130-131 y 159).

La jurisprudencia estadounidense ha resuelto, en una serie de casos, problemas asociados a los servicios públicos. Estos casos, que se resumen a continuación y se identifican entre paréntesis, establecen importantes principios regulatorios.

¹² Véanse Bonbright (1961, p. 3); US Supreme Court Judges Harlam y Brandais en “Smith vs. Ames”, 169 US 466, 544 (1898); Missouri ex rel, Southern Western Bell Tel. Co. vs. Missouri Pub. Service Comm'n, 262, US 276, 291 (1923, citados en Phillips Jr., (1993, pp. 30 y 31).

En Cedar Rapids (Cedar Rapids Gas Light Co. vs. Cedar Rapids, 223 U.S. 665, 669 (1912)) el Juez Holmes explicaba "... si se entiende por concesión la utilidad más rentable que se pueda obtener sin competencia y que esté protegida por las garantías constitucionales referidas a la propiedad, entonces la facultad de regular es nula. Si la facultad de regular elimina completamente [las garantías constitucionales], entonces la propiedad no existe. Esto no es cuestión de teoría económica sino de la justa interpretación de un trato. Ciertamente no se trata de ninguno de esos extremos. Se debe encontrar un término medio" (Phillips Jr., 1993, p. 411).

Sin embargo, el poder de regular no es el poder de destruir, y no se puede exigir que un servicio público sea gratuito (Railroad Commission Cases, 1886).

En lo relativo a la electricidad, su monopolio y *holding* fue atacado y desmantelado a través de la Public Utilities Holding Act de 1935. Y en lo relativo al gas, a partir de 1985 se abrió la industria de los gasoductos a los efectos de facilitar la competencia.

En 1982 se forzó el desmantelamiento, con una solución negociada, del monopolio de teléfonos de ATT, que mantuvo el laboratorio y el sistema de equipos, además del comercio de larga distancia, pero quedó excluido del sistema local, el que pasó a manos de empresas locales y regionales. A partir de 1996 las empresas de teléfonos fueron obligadas a abrir sus líneas a la competencia.

Sin embargo, tradicionalmente los monopolios naturales habían sido reconocidos como monopolios legales, aunque en los rubros de electricidad y teléfonos, por las características tecnológicas de los servicios, la competencia actualmente es la regla. Así, se prohíben las concesiones exclusivas en materia de teléfonos, por ley federal; también se acepta que las comisiones regulatorias no estén obligadas a preservar criterios de franquicias exclusivas en materia eléctrica (Suprema Corte, New Hampshire, 1996).

La capacidad regulatoria en materia de tarifas impone que los métodos pertinentes deben ser capaces de conciliar intereses diversos y conflictivos (Permian Basin Area Rate Cases, 1968).

La ley, y sólo la ley, puede eximir la regulación tarifaria por haber competencia suficiente. Todo el tema tarifario, incluso la desregulación, es materia del poder legislativo. Los poderes delegados en una comisión no pueden ser delegados por ésta.

Las tarifas deben ser justas y razonables y el público no puede estar sujeto al pago de tarifas no razonables sólo porque los accionistas tienen que ganar dividendos (US Supreme Court Covington, 1896). Sin embargo, una tarifa no puede ser confiscatoria, forzando a una empresa a trabajar a pérdida; aunque puede ser la más baja posible mientras no confisque (Natural Gas Pipeline, Corte Suprema de los Estados Unidos, 1942). El criterio es la ganancia en actividades similares, pues en caso contrario, la empresa no puede atraer capital (Bluefields vs. Virginia, 1923), conforme al riesgo (Hope Natural Gas Company, 1944).

Como las empresas obtienen retornos sobre la inversión realizada, además de cobrar los costos de operación y la depreciación, la inversión debe ser razonable, y esto es cuidadosamente controlado por las comisiones regulatorias. El retorno sólo se aplica a la propiedad útil utilizada (véanse los casos citados más arriba). Este punto es muy importante, puesto que el sistema estadounidense ha sido cuestionado sobre la base de que induce la sobreinversión.

Sin embargo, si la regulación es excesiva y sin compensar, tomando el uso de la propiedad privada sin pagar, la figura es la expropiación sin pago, que es inconstitucional (Duquesne, 1989). En esto la legislación sobre la regulación está sujeta a los límites de la protección de la propiedad.

Hay acciones que por definición violan la propiedad privada: i) la ocupación física no compensada (Lucas, 1992); y ii) la eliminación de todos los usos económicamente posibles de una

propiedad (Lucas, 1992), aunque se acepta si es para evitar daños a terceros o se basa en prácticas del derecho común, la compensación no procede.

Cuando se trata de permisos que restringen el uso de la propiedad, hay que demostrar que las restricciones y su valor son equivalentes a los daños que se intenta prevenir (Nolan, 1987 y Dolan, 1994).

Aplicando los principios arriba identificados se han llegado a aceptar disminuciones de hasta el 75% y el 92.5% sin pago de compensaciones, sin que sean consideradas ilegales (Concrete Pipe, 113).

Las expectativas de los inversores en servicios públicos por lo general no han sido aceptadas como razones válidas para mantener ganancias excesivas. Mientras no haya una confiscación, las expectativas de los inversores y la pérdida de ganancias futuras han sido consideradas un pivote endeble para justificar un reclamo de confiscación (Andrus, 1979).

Las compañías están autorizadas para obtener un retorno equitativo, sobre un valor base equitativo de la propiedad útil y utilizada para servir al público (Smyth, 1898). Se ha determinado la base sobre el capital invertido (costo original según algunos, de reposición según otros, intermedio en algunos casos [Southwestern Bell] 1923).

Una tarifa, independientemente del valor equitativo, que le permite a una compañía operar exitosamente y atraer capital, no es confiscatoria, y la discusión del retorno sobre un valor equitativo está demás (Natural Gas Pipeline, 1942), pues lo importante y relevante no es el método aplicado, sino el resultado obtenido. Lo relevante es la integridad financiera de las compañías, pero la regulación no garantiza la obtención de ganancias netas (Hope, 1944). La regulación no supone garantizar que el ente regulado gane dinero, y puede basarse en costos promedios y no en los más altos de una compañía específica (Permian, 1968; Market Street Railway, 1945, y Texaco, 1974). La tarifa confiscatoria es un resultado, no un método.

Las empresas están sujetas al principio fundamental de que ninguna de ellas puede cobrar un retorno sobre la propiedad que no sea útil ni utilizable (Barash, 1987, y Duquesne, 1989) para prestar el servicio. Cuando los retornos totales son razonables, las discusiones sobre los métodos u otros detalles son irrelevantes, puesto que no existe un método constitucional consagrado, sino resultados. El riesgo de la confiscación no existe si la empresa no está en profundas dificultades financieras (Jersey Central, 1987), lo que parece indicar que los métodos pueden ser cambiados mientras existan retornos razonables en el agregado de los negocios de una empresa.

Más aún, la inhabilidad de operar en forma exitosa es una condición necesaria, pero no suficiente de la confiscación, pues la ganancia en el sistema estadounidense es un interés, pero no un derecho garantizado (Garamendi, 1994). En condiciones de monopolio, el precio del mercado no es la medida de precios justos y razonables (Texaco, 1974). El verdadero precio y el precio vigente no son lo mismo. Sin embargo, si el mercado es competitivo, el precio del mercado puede ser utilizado (Elizabethtown, 1993).

Las pérdidas derivadas de la competencia no son compensables (Covington, 1896), y la protección de la propiedad se aplica a valores económicos existentes, no para proteger valores históricos destruidos o de reproducción que no se quiere reproducir (Market Street, 1945), o para proteger valores destruidos como resultado natural de fuerzas económicas. En cualquier caso, no se puede pretender que se aplique la regulación para restaurar el valor de actividades que han perdido su rentabilidad por el juego de las fuerzas económicas.

Una pregunta importante es si el mercado puede ser utilizado como base de los precios sólo para las inversiones futuras o incluye además las inversiones pasadas. En cualquier caso, se ha insistido en que lo que no sería aceptable es que la regulación variara de foco y método, de modo

que su efecto fuera que los inversores absorbieran los riesgos de malas inversiones, y se los privara de los beneficios de las buenas.

En los rubros de gas y teléfonos se ha resuelto que la introducción de competencia no da lugar a compensaciones, pues no es un despojo ni toma de propiedad, a menos que los inversores se vean privados de la oportunidad de ganar un retorno razonable sobre sus inversiones. No se requieren métodos regulatorios específicos, siempre que los inversores sean autorizados para ganar un retorno razonable sobre sus inversiones. La competencia no es una confiscación y más aún, lo que se requiere es el análisis de los efectos totales, y esto es muy importante cuando se está tratando con *holdings* y empresas que triangulan:

“Concluimos que el alcance apropiado del análisis del *efecto total* debe incluir las ganancias resultantes de aquellas líneas de negocios relacionados, aunque no estén reguladas por la comisión. En esta concepción de ganancias amplias que contempla las oportunidades de ganancias de los accionistas, las que Duquesne sugiere que deben ser consideradas, lo relevante es si la tasa de retorno es razonable o no. Y es un criterio de situación final”.

Un reciente fallo de la Corte Suprema de la República Argentina establece que los servicios públicos tienen derecho a cobrar tarifas que les permiten recuperar los costos, incluidas las inversiones efectuadas, más una ganancia justa y razonable, porque sería inaceptable sostener que tienen derecho a utilidades objetivamente ilimitadas.¹³

Por consiguiente, los contratos administrativos por los cuales se otorga el derecho a prestar un servicio público a una persona privada generalmente contienen cláusulas especiales referidas a la provisión de garantías, la autoridad administrativa que ha de interpretar el contrato, las modificaciones destinadas a servir mejor al interés público, la resolución de conflictos, la determinación de sus efectos y la clarificación de cualquier duda que pudiera plantearse.¹⁴

En términos muy generales, puede decirse que las regulaciones pueden versar sobre los más diversos temas, incluidos la calidad del servicio prestado, su alcance y cobertura, la frecuencia o consistencia, precio y, en el caso de los servicios de agua potable, su impacto ambiental y la condicionalidad del uso del agua. Es más, pueden referirse a las estructuras de los mercados —como la ley de Public Utilities Holding de los Estados Unidos (1935)—, o la legislación, que requiere la desintegración del sector de la electricidad, las prácticas contractuales, la propiedad y transferencia de acciones, el acceso a la infraestructura y la condicionalidad y procedimientos conexos, la separación o prohibición de ciertas actividades, y la transferencia de precios, la información, la contabilidad, la divulgación de utilidades, etc.¹⁵

1. El rédito del concesionario

Esta sección no pretende entrar en las complejidades técnicas de los distintos sistemas de tarifas, sino describir algunos de los criterios en virtud de los cuales se fijan los parámetros que determinan la rentabilidad total para el concesionario de servicios públicos y su vinculación con las tarifas. Hay ejemplos en la legislación sobre el tema que sientan precedente al respecto. Así, por ejemplo, la legislación del estado de Nueva York establece que las tarifas por el uso del agua serán

¹³ 95.418, Telecomunicaciones Internacionales de Argentina, S.A. y otros, como la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, 22 de abril de 1997.

¹⁴ Véase el anteproyecto de la ley española de Contratos de la Administración Pública, artículo 7.

¹⁵ Véanse, por ejemplo, las referencias a los informes británicos sobre el gas de 1988 y 1993 de la Comisión de Monopolios y Fusiones, comentadas por Armstrong, Cowan y Vickers (1994, pp. 245-277); Sullivan (1977, pp. 126-127), y los casos del Terminal Railroad y de Otter Tail Power Company.

justas y razonables y nunca superiores a lo que faculte la ley o la orden de la comisión reguladora pertinente. Este tema por cierto se vincula con el de la rentabilidad razonable para el concesionario (*Consolidated Law Service*, 1983, pp. 158 y ss.).

a) Los controles de precios

Cuando la privatización por su diseño, estructura monopólica natural de las industrias privatizadas, o estrategia de mercado de las empresas de servicios no se ve acompañada de competencia, los controles de precios de los productos devienen fundamentales. Estos controles responden a razones de concentración de la oferta, y no es el tipo de control general de precios en una economía que ha sido sistemáticamente criticado.

La regulación de precios de los servicios en los mercados monopólicos de los servicios públicos responde a razones de eficiencia en materia de asignación de recursos y producción. Las dificultades son serias, pues el regulador no tiene toda la información que posee la firma o industria regulada (aunque para esto se han diseñado estructuras contables e indicadores que tienden, en la medida de lo posible, a subsanar este impedimento. Por otro lado, se podría complementar con principios sobre responsabilidad legal de la firma y sanción por no dar toda la información que se le solicita, en forma correcta (responsabilidad que debe ser objetiva), para determinar la razonabilidad de sus costos, definir lo que es una tasa de retorno razonable para permanecer en el mercado, descargar responsabilidades y conservar el crédito, y además para proveer incentivos a fin de que una firma mejore su eficiencia en un ambiente de ganancias reguladas.

Los problemas que deben ser solucionados incluyen el nivel de la tarifa, a fin de permitir el buen desempeño de las funciones de la firma, su estructura, en relación con su forma de producción respecto de los servicios que provee la firma y los distintos usuarios de los mismos, la calidad de los servicios y la relación entre el ente regulador y los grupos de interés. Sobre esto último, se ha señalado que los reguladores están más expuestos a la influencia de las empresas que regulan que de los usuarios que supuestamente protegen.

b) Tasas de retorno razonables

Este método ha sido desarrollado por las comisiones regulatorias y los jueces estadounidenses. Aparte de otras discusiones, el argumento fundamental es determinar qué es una tasa de retorno razonable sobre el capital invertido. Entre los distintos criterios utilizados se encuentran los siguientes: i) el retorno en industrias comparables, donde se plantea el problema de que esa industria es efectivamente comparable con un servicio público regulado; ii) el método de actualización de flujos de fondos (*discounted cash flow method*), en el cual el criterio es el nivel de retornos que ha sido necesario en la industria para atraer inversores en el pasado (costo del capital en el mercado de capitales para estas industrias). Sin embargo, aquí surgen otros problemas: ¿hasta qué punto el pasado es un indicador? ¿cómo se ve el presente afectado por el momento económico general actual?; iii) el método de evaluación de los activos de capital (*capital asset pricing*): en este sistema el problema se enfoca en términos de tasas de retorno sobre portafolios de inversión, modificados por la diferencia de los retornos por concepto de acciones en empresas de servicios públicos y otros de mercados más generales.

Se argumenta que puesto que las empresas pueden transferir sus costos de operación, no tienen incentivos para ahorrar y dado que pueden cobrar el retorno sobre el capital invertido, tienen incentivos para sobreinvertir. Se responde que precisamente el papel del regulador consiste en efectuar este control y que no hay prueba empírica de que el sistema opere peor que otros (Rees, s/f, p. 9).

c) El sistema de precio máximo

Inglaterra ha utilizado otro enfoque. Después de analizar varios sistemas en términos de eficiencia y costos administrativos, se llegó a la conclusión de que el mejor método era el denominado de “precio tope” (*price cap*), fijado en función de la variación del índice de precios al consumidor al que se resta un ajuste en función del potencial de eficiencia. Se estimó que el sistema era simple, fácil de entender, con bajos costos de administración, y como no requería gran información era difícil de “capturar” por los regulados. Se entendió que el sistema sería temporal hasta que la competencia se hiciera cargo de fijar precios a través del mercado.

Por muchas causas, el sistema no fue temporal, y el control de precios permanece. Regula los incrementos de precios y no los precios mismos, con lo cual siempre queda abierta la puerta de si el precio de partida es o no razonable o apropiado, o si los componentes de los gastos que no se controlan son efectivamente el resultado de mercados competitivos. Asimismo, no está suficientemente claro si las variaciones de precios generales reflejan adecuadamente las variaciones de precios de las empresas de servicios, por lo que se tuvieron que introducir factores de ajuste especiales, y además categorías de costos que se pasan en forma directa. La presunción original de que las necesidades de información serían limitadas, y que bastaría con un ejercicio regulatorio liviano, resultó no ser cierta (Rees, s/f, p. 11; Ogus, 1944, p. 313).

En el Reino Unido los sistemas de agua potable y saneamiento se privatizaron en 1989. La regulación de las tarifas se impuso mediante el establecimiento de precios máximos. El sistema funciona sobre la base del índice de precios mayoristas más un factor de ajuste K. En la industria del agua este factor es positivo debido a las características del subsector: uso intensivo de capital, grandes necesidades de inversión y baja productividad (Haarmeyer, 1994, p. 49).

Es interesante analizar la experiencia inglesa, puesto que ha dado origen a un debate público generalizado, el cual —de alguna manera— es único en cuanto a riqueza conceptual, sobriedad ideológica y transparencia. El sistema inglés se basa no en el control de las ganancias, sino en la fijación de topes máximos para las tarifas. Al hacerlo, el gobierno “inclinó la balanza a favor de los inversores en detrimento de los consumidores” (Stelzer, 1995). En el período 1992-1993, los ingresos de las compañías de agua se habían elevado en un 23%, en promedio, y las utilidades de operación habían aumentado un 34.3%, también en promedio. Esos niveles de rentabilidad parecían excesivos (Tiemán y otros, 1995). En marzo de 1994, la tarifa de agua absorbía una buena parte de los ingresos de la población de menores recursos y su capacidad de pago se convertía en el elemento fundamental para la determinación de los precios para 1994 (Booker, 1994, p. 61).

El sistema británico fue revisado en julio de 1994. La *Office of Water Services* (Oficina de servicios de agua) redujo el factor de ajuste dado el clima de descontento que reinaba entre los usuarios, quienes se quejaban de varios problemas: i) que los directores de las compañías de agua doblaban sus salarios duplicando el costo del agua para los consumidores (*The Times*, 25 de julio de 1994a); ii) que los costos de las compañías de agua no crecían de acuerdo con la inflación; iii) que los gastos de capital no eran los esperados, y iv) que se generaban pérdidas en negocios secundarios a la actividad central y otros inconvenientes. Esto ha hecho que algunos comentaristas auguren la posibilidad de aplicar criterios regulatorios más vinculados con la rentabilidad (Helm, 1994). Otros, más que augurar, sugieren que se introduzca un elemento de control de las ganancias y de la rentabilidad en el sistema regulatorio (Stelzer, 1995). Asimismo, dada la valorización de las acciones de estas compañías, se crearon impuestos a las ganancias eventuales.

El decreto por el cual se regula el tema en Buenos Aires incluye referencias a la racionalidad y eficiencia del sistema; al equilibrio entre la oferta y la demanda; a la promoción de objetivos sanitarios y sociales; a la necesidad de reflejar los costos económicos más los beneficios del concesionario, y a transferencias entre distintos sectores de usuarios. Las tarifas están sujetas a

revisión en caso de existir variaciones significativas en los costos de operación, a saber: cambios en la calidad y el nivel de los servicios, en los impuestos que debe pagar la compañía, en la relación de cambio con el dólar o en la legislación ambiental o de otro tipo.¹⁶

Resulta interesante comparar lo anterior con el Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en España, en el cual se reclama precio cierto en moneda nacional y aclara que el precio debe ser el adecuado al mercado (artículo 13). Los reajustes deben reflejar oscilaciones reales en los mercados —que pueden ser regionales— y deben incluir las variaciones de los costos de mano de obra y de los elementos básicos que afecten al contrato (artículos 100 y 101 del Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

2. La prestación de servicios públicos

El ingreso de los proveedores de servicios al sistema de servicios públicos normalmente se encuentra sujeto a una autorización del Estado. El hecho de que algunos de estos servicios sean monopólicos resulta otro elemento de índole legal: las condiciones de prestación están (o deberían estar) sujetas a seguimiento a fin de evitar que el concesionario de los servicios obtenga rentas monopólicas a costa de los usuarios.

En consecuencia, se dan autorizaciones de servicio exclusivas o fundamentalmente exclusivas para ciertos servicios sujetos a condiciones de precio y calidad, sin competencia perfecta y por ende con regulación.

Se argumenta que el otorgamiento de concesiones por licitación reduce la necesidad de regular. El régimen es contractual, y a través de él se determina el precio y la calidad del servicio, aplicándose como sanciones la terminación o no renovación del contrato por desempeño no adecuado. Dejando de lado los problemas, relevantes en sí mismos, de que el régimen de contratos “cuasiviviles” para los servicios públicos presenta eventuales problemas de “captura” del proceso contractual por las empresas contratistas, hay además dificultades prácticas, derivadas de información imperfecta a todas las partes al comenzar el proceso, y de cambios en circunstancias y necesidades. Por ello, este régimen contractual, en que salvo en la secuencia temporal y el método de acuerdo no se ve diferencia con otros sistemas de determinación de precios y obligaciones, no ha significado que los contratos en materia de servicios sean intocables, como se ha señalado en otras partes de este trabajo. Además, se basa en el supuesto de la competencia perfecta en la licitación por los contratos, cuando en la práctica ésta es limitada por razones de control de oferentes, pero limitada al fin, o bien, es limitada como en agua potable y el saneamiento, porque en definitiva no hay muchos oferentes que garanticen un mercado perfecto. Como en otras materias, en los últimos años tan cargados de teoría, acá parece haber una diferencia de índole formal más que sustantiva.¹⁷

La autorización más o menos exclusiva se predica en las características de monopolio natural de la actividad, en el comportamiento rentístico, en la necesidad de prevenir el oportunismo, en la importancia de los servicios y en otras razones como la duplicación y el precio de la infraestructura, la falta de espacios de expansión, etc. Por supuesto que los empresarios tienen interés en evitar la competencia. En cualquier caso, solvencia, competencia, calidad y precios son siempre criterios relevantes. La diferencia con este método de licitación pública es que teóricamente, precio y calidad quedan fijados de entrada para ambas partes, lo que facilita el esfuerzo del regulador y se crea una situación de protección para el concesionario. Sin embargo,

¹⁶ Artículo 44 del Marco Regulatorio de la concesión de los servicios de agua potable y desagües cloacales en el Gran Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina).

¹⁷ Ogus ha preferido hablar de una diferencia de énfasis y no de sustancia (Ogus, 1994, p. 323).

esto no altera la esencia del contrato de servicios públicos, que es un contrato administrativo, sujeto a condiciones especiales para evaluar sus alteraciones.

Además, no garantiza la eficiencia en materia de asignación, pues una vez otorgado el contrato el precio no se regula. Otro problema es que para que haya competencia efectiva, la firma que esté a cargo del sistema no debería poder entrar en la competencia pues tiene una ventaja comparativa sobre las demás, que puede ser equiparable a una competencia desleal, por sus conocimientos y posición. El mismo comentario se aplica a las renovaciones de contrato. En otro lugar de este trabajo nos hemos referido a la reforma de resolver este problema en otros países y a la manera en que se ha dictado en Francia la Ley Sapin.

Los contenidos de los contratos incluyen calidad, precio, áreas marginales, grupos en desventaja, etc. Deberían abarcar además la obligación de suministrar información en las condiciones que se estipulen, lo que a su vez debería quedar sujeto a penalidades por no cumplimiento o incumplimiento deficiente del contrato. Otros elementos son fuero y legislación aplicable, duración del contrato, con sus consecuencias relativas a inversión, operación y mantenimiento, flexibilidad y precisión, y si es muy largo, consolidación del poder y las rentas monopólicas.

Un posible inconveniente del sistema de contratos licitatorios extremo es que permite entrar en el sistema, con propuestas no realistas, para luego manipular el proceso. A este respecto, cabe mencionar que ya están en marcha procesos en los cuales los prestadores de servicios a los que se ha dado acceso en virtud de una licitación, sin sujeción al principio de obtener retornos razonables, están utilizando hoy su posición de prestadores del servicio para cambiar las bases sobre las cuales se otorgó la concesión. Más aún, en algún caso las renegociaciones han marginado a los reguladores y a los usuarios, han hecho caso omiso de incumplimientos, y han aceptado las postulaciones de las empresas de las que las ofertas licitatorias contractuales fueron un trámite de la licitación. Esto abre serias interrogantes sobre la transparencia de los procesos (García, 1998).

En Francia, el sistema de contrato, sumado a una alta discrecionalidad y falta de transparencia, obligó a dictar la Ley Sapin. Ésta procura brindar transparencia y competitividad a la delegación de servicios públicos, normando así los procedimientos para su otorgamiento y renovación. La delegación de servicios requiere concurso público, con aprobación del Consejo Municipal, tanto para la apertura del concurso como para la selección del operador. Las ofertas son examinadas por una comisión integrada por el municipio y por expertos independientes en la materia. Se limitan las causales de renovación de los contratos, con el fin de estimular nuevas entradas. Además, a partir de 1995, se establecieron pautas de control financiero, que incluyen la obligación de informar sobre las cuentas relativas al servicio, su calidad, y las condiciones de ejecución del mismo. El informe es anual y la información es pública. Además, es verificable por las Cámaras Regionales de Cuentas. Asimismo, se han adoptado otras iniciativas, como son la creación de un Observatorio del Precio del Agua y la Fundación Servicios Públicos 2000. Una de ellas es una institución pública nacional y la otra ha surgido de las asociaciones de municipios. Los precios se publican y los usuarios intervienen en la discusión de los servicios.¹⁸

El Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de España permite la gestión privada de los servicios públicos cuando éstos tienen contenido económico y las atribuciones son delegables. No se puede contratar sin haber establecido previamente el régimen jurídico del servicio, las prestaciones a favor de los administrados y el hecho de que la actividad

¹⁸ Véase Corrales (1997, p. 38); Ley Sapin, 92-122 “Ley relativa a la prevención de la corrupción y a la transparencia de la vida económica y de los procedimientos públicos”. En realidad no es una ley de servicios públicos, pero dada la vinculación entre agua y política local, se los asimiló.

sea asumida como propia de la administración y que quede sujeta al poder de policía necesario (*police power*), a fin de asegurar el buen funcionamiento de los servicios (artículo 15).

En consecuencia, los instrumentos legales por los cuales se otorga una autorización para prestar servicios públicos tienen ciertas características que los diferencian de los contratos comunes. Una de ellas, muy importante, por cierto, es que las pautas tarifarias quedan sujetas a revisión periódica para asegurar que la tarifa sea razonable y que cumpla efectivamente con su papel de atraer inversiones, cubrir los costos y no representar una exacción monopólica sobre los usuarios.

En el derecho argentino, en cuya doctrina y jurisprudencia influye mucho la experiencia europea, se dice que: “la concesión no es un contrato de derecho civil... entre partes iguales... sino que es una delegación en una empresa para la debida prestación del servicio público...”, según Meyer, “la concesión es un acto administrativo que mal puede englobarse entre los contratos de derecho privado”. Por consiguiente, “en las controversias el derecho civil es de aplicación supletoria y sólo en la medida que no contraríe el interés general”; además, “los derechos que surgen son derechos públicos subjetivos”. El derecho estadounidense aplica conceptos similares, puesto que la posibilidad de prestar un servicio público depende de licencias, franquicias o permisos administrativos, todos ellos conceptos que llevan implícita la noción de que se trata de condiciones especiales. Esto tiene consecuencias importantes por cuanto el acto jurídico queda obligado a cumplir con reglamentos y disposiciones aun posteriores a la concesión.¹⁹

En un fallo del Reino Unido se resolvió que las empresas de agua potable y saneamiento debían operar bajo control estatal. Refiriéndose a South West Water, el tribunal decidió que, a pesar de su carácter privado, South West Water emana del Estado dado que es responsable de un servicio público controlado por un regulador designado por el Estado. La forma legal de organización del prestador del servicio es irrelevante, puesto que el servicio público está bajo control del Estado (*Financial Times*, 26 de agosto de 1994).

3. Los concesionarios como usuarios institucionales del agua

El manejo de las empresas de servicios públicos de agua ejerce un impacto tanto en la cantidad como en la calidad del recurso. Por este motivo, los concesionarios son considerados como grandes usuarios y están sujetos a una serie de controles y requisitos con respecto al uso del recurso. La proliferación de los usos del agua, sus efectos recíprocos y su impacto agregado en el medio ambiente han demandado el establecimiento de estructuras organizacionales y legales para su control, planificación y armonización.

También existe la tendencia a separar las demandas de agua para usos específicos, por un lado, y la política y gestión a nivel nacional del agua, por otro. En general, la responsabilidad de la política hídrica y la planificación del agua es asignada a los ministerios que tienen a su cargo todo lo relacionado con el medio ambiente, los recursos naturales o los recursos hídricos. Lo más relevante aquí es que ésta es una forma adecuada de asegurar la imparcialidad y la objetividad en el manejo de un recurso sujeto a deterioro ambiental y a múltiples demandas. En un informe del Secretario General de las Naciones Unidas al Comité de Recursos Naturales (Naciones Unidas, 1994), se citan ejemplos de esta tendencia en varios países, incluidos Canadá, Francia, Guatemala, Israel (con ciertas características distintas), Omán y Estados Unidos entre otros.

¹⁹ Véase Spota (1941, vol. 2, pp. 908-925) y la doctrina y jurisprudencia allí citadas; Phillips Jr. (1993, pp. 94-96 y 136); y 94 US, *Munn vs. Illinois*, 1877.

Además, algunos países han modificado sus sistemas de control y manejo integrado del agua junto con el sistema bajo el cual operan las empresas de servicios públicos de agua potable y saneamiento.

Así, en 1992 México reformó su legislación de aguas mediante la introducción de un paquete de medidas que incluyen la adopción de un sistema de derechos de agua transables, el establecimiento de autoridades de cuenca como una forma de reducir la fragmentación del sector hídrico, la imposición de multas por contaminación, y la posibilidad de privatizar las empresas de servicios públicos de agua potable y saneamiento del país (Casasús, 1994).

Uno de los méritos de la reforma del sistema de abastecimiento y manejo del agua potable que se llevó a cabo en el Reino Unido es que separa a las empresas de aguas del sistema de control y manejo del recurso; en otras palabras, el regulador ha sido separado del objeto de regulación. En la actualidad, el sistema anglosajón aplica una serie de controles a las empresas de agua, como son los controles del sistema como tal y los controles ambientales y del uso del agua son administrados por diferentes autoridades públicas (Jeffrey, 1994, p. 64).

Las empresas de agua del Reino Unido deben cumplir con ciertas obligaciones ambientales (Water Industry Act, 1991, artículos 3-5). El prospecto que describe los términos de venta de las acciones de empresas de aguas establece ciertas condiciones referidas al uso corporativo del agua. Dicho prospecto indica que, de acuerdo con la Ley de Aguas, los concesionarios de las empresas de servicios públicos de abastecimiento de agua deben obtener permisos para derivar cursos de agua o para crear ciertos tipos de embalses. La autoridad responsable de los recursos hídricos tiene a su cargo la regulación de las descargas o vertimientos, el establecimiento de las condiciones según las cuales se pueden realizar los vertimientos y el otorgamiento de permisos de derivación de los cursos de agua (*The Water Share Offers*, 1989, pp. 29 y 30).

En el sistema de privatización usado en el Gran Buenos Aires, el decreto que establece el régimen regulatorio estipula que la gestión del control de la contaminación deberá ajustarse a las disposiciones regulatorias de la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano y a los anexos que establecen el marco regulatorio sobre el tema en esta área; la contaminación del agua será controlada por el ente regulador del servicio (que lo diferencia del sistema anglosajón, donde la regulación y el control de la contaminación están a cargo de un organismo diferente al que supervisa la gestión de la empresa de servicios públicos como tal). Finalmente, el concesionario de los servicios tiene derecho a usar el agua subterránea y a efectuar derivaciones de aguas superficiales.²⁰

El sistema de otorgamiento de derechos de agua puede impedir la competencia en materia de provisión de servicios públicos. Para corregir esta situación, las leyes de aguas generalmente contienen disposiciones referidas al uso efectivo de los recursos hídricos dentro de ciertos períodos para aquellos propósitos que el sistema legal considera beneficiosos. El objetivo de estos principios es impedir que los individuos establezcan monopolios absolutos sobre el recurso (Beck, 1991, p. 106 y ss.).

En relación con este punto, cabe destacar que en el caso de la generación hidroeléctrica, los permisos de uso otorgados que no están sujetos a condiciones de uso efectivo pueden de hecho crear monopolios. También se ha observado que es un factor de distorsión en la generación de energía —segmento de la cadena de generación-transmisión-distribución que por sus características, puede considerarse no regulable (según algunas legislaciones modernas)— que está

²⁰ Artículos 17, 29 y 76 del Marco Regulatorio para la concesión de los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales en el Gran Buenos Aires.

abierto a la competencia. El otorgamiento de derechos de agua sin condiciones específicas permite la creación de monopolios (De Andrade, 1995, p. 10; Sánchez Albavera, 1994, p. 22).

Dos decisiones de las autoridades antimonopólicas de Chile han reconocido la relación entre la monopolización de los servicios públicos y la estructura de los derechos de agua.²¹ Además, una decisión reciente de la Corte Constitucional ha rechazado los reclamos que sostienen que las enmiendas a la legislación hídrica vigente violarían los derechos constitucionales para adquirir propiedad privada.²²

Otra cuestión que relaciona las empresas públicas con los recursos hídricos es si las mismas deben pagar aranceles por el uso del recurso. En algunos lugares, tales como Mendoza, en Argentina, no hay discusión de que existe una obligación legal para pagar por el uso del agua. En Suiza, por el contrario, el Water Service of the Industrial Services de Ginebra se resistió a un intento del gobierno de introducir una tarifa de agua para pagar la restauración de los ríos cantonales (*Financial Times*, 1996).

Finalmente, es muy oportuno destacar que dada la importancia del agua como insumo, y de los derechos sobre la misma, como activos de las empresas y factor de promoción de las inversiones, se producirían graves ineficiencias e inseguridad jurídica, si para una misma zona geográfica varias instituciones pudieran otorgar derechos. Sobre lo mismo, en los sistemas donde la inversión privada en aguas es relevante, la emisión de derechos no está sujeta a superposición de funciones.

4. Determinación del área de prestación de servicios

La delimitación de las áreas de prestación de servicios de agua potable y saneamiento debe basarse en dos objetivos: por un lado, asegurar que no queden áreas sin servicios o que las distintas zonas dentro de un distrito político se incorporen gradualmente a ellas, y por otro, crear áreas que permitan lograr economías de escala.

Ésta ha sido uno de las metas de la reforma del sistema de abastecimiento de agua potable y saneamiento en la Ciudad de México, donde la fragmentación del servicio entre varias municipalidades ha producido un debilitamiento del sector (Casasús, 1994).

El concepto de economías de escala debería ser una consideración fundamental en la regulación de las empresas públicas, privatizadas o no. Esto significa que el contenido de las recomendaciones sobre descentralización de los servicios al nivel más bajo debe ser más específico. Este principio se podría complementar con el de las economías de escala. Se ha sugerido que algunos países establezcan empresas regionales que agrupen varios sistemas pequeños o que las empresas de mayor envergadura absorban a las más pequeñas (Phillips Jr., 1993, p. 839).²³

Si bien estas consideraciones pueden parecer un tanto obvias, algunos países aún están haciendo esfuerzos por descentralizar sus empresas públicas a nivel político, a pesar de que las unidades políticas básicas quizás no siempre sean la mejor opción desde el punto de vista técnico y/o económico.

²¹ CPC 992/636/97 y CR 480/97, Chile.

²² Tribunal Constitucional, Autos Rol N° 260, 13 de octubre de 1997, Chile.

²³ En algunas circunscripciones las compañías más pequeñas contratan servicios de manejo con compañías especializadas o más grandes, con lo cual ahorran la contratación de alguien en forma directa.

5. Obligaciones y derechos genéricos de los concesionarios

Según una síntesis muy útil preparada por Phillips, los concesionarios de las empresas públicas tienen cuatro obligaciones básicas: i) atender a todos los usuarios comprendidos dentro de su área de servicio que estén dispuestos a pagar por él. Esta obligación general puede incluir la de atender áreas que no son rentables y que deben ser subsidiadas por otros servicios ofrecidos por el concesionario. También puede incluir la construcción de infraestructura para satisfacer demandas futuras; ii) prestar un servicio seguro y adecuado que satisfaga las demandas en forma inmediata; iii) atender a todos los usuarios sin crear discriminaciones arbitrarias, injustas o indebidas, y iv) sólo pueden cobrar un precio justo y razonable por los servicios que presten.

Los derechos genéricos de los concesionarios incluyen: i) la protección legal de su propiedad; ii) el derecho a cobrar un precio razonable por sus servicios, ya que no se los puede obligar a trabajar a pérdida aun cuando el Estado no siempre les garantice que efectivamente obtendrán una ganancia razonable; iii) las tasas y las regulaciones a las que su servicio está sujeto deben ser razonables e incluir el derecho a desconectar al usuario en ciertas circunstancias; iv) el derecho, en algunos casos, a protección respecto de la competencia dentro de su área de servicio, y v) en general, el derecho de expropiación que incluye el derecho a expropiar propiedad privada, imponer servidumbres en forma forzada, obtener acceso, requerir información y otras medidas relacionadas con su capacidad para cumplir con sus responsabilidades (Phillips Jr., 1993, p. 121).

El Proyecto de Ley de Contratos de la Administración Pública de España exige que los concesionarios tengan solvencia técnica, financiera, económica y profesional.

6. Algunos elementos específicos de las empresas públicas de abastecimiento de agua

Las empresas públicas de abastecimiento de agua tienen ciertos deberes que incluyen aspectos específicos de los derechos y obligaciones genéricos analizados en el acápite anterior.

Están obligadas a suministrar servicios de agua dentro de su área de servicio y a mantener, mejorar y ampliar la correspondiente infraestructura, así como a cumplir con ciertas normas operativas. De conformidad con los términos y condiciones financieros de la concesión, deben suministrar servicios e infraestructura a los usuarios que los requieran, lo que se complementa con el derecho a requerir conexiones forzadas. Los términos financieros pueden incluir pagos, depósitos, instalación de medidores y otras condiciones.

En algunos sistemas se establece la responsabilidad civil del concesionario ante los usuarios si éste no cumple con sus obligaciones. El concesionario puede ser eximido de esta responsabilidad mediante prueba de diligencia debida.

Entre las obligaciones del concesionario están la de suministrar una cantidad suficiente de agua de buena calidad, mantener la continuidad de dicho servicio a una presión de agua adecuada y asegurar que las conexiones se mantengan en óptimo estado de función. Bajo ciertas circunstancias, esta obligación se puede extender a usos no domésticos. Los requerimientos de calidad del agua revisten particular importancia y los concesionarios están obligados a respetar las pautas que se dicten sobre los propósitos para los cuales se puede usar el agua, las sustancias que el agua puede o no contener, las concentraciones de sustancias específicas, los sistemas de muestreo, monitoreo e información sobre la calidad de las fuentes de agua que se usan, etc.

Las obligaciones del concesionario se pueden extender a los aspectos técnicos de los métodos utilizados para suministrar el servicio, la construcción y diseño de infraestructura, y la calidad y características del equipo y de las instalaciones. Estas obligaciones se complementan con una serie de derechos, como son el de requerir medidores en ciertos casos, controlar a los usuarios, evitar actividades que contaminen el agua, y controlar los vertimientos o descargas en el sistema de drenaje. Por su parte, los concesionarios mismos están sujetos a estándares cada vez más estrictos relativos al nivel de contaminación que pueda derivarse de sus actividades.

Una de las obligaciones del concesionario, que reviste particular importancia, es proporcionar, en forma adecuada y oportuna, información al público y a las autoridades gubernamentales. A tal efecto, el concesionario debe llevar ciertos registros y contar con catastros y planos y mapas de las redes del servicio, publicaciones, informes e información sobre el estado del sector, etc.²⁴

Las empresas hidroeléctricas están sujetas a normas o regulaciones que se refieren, entre otros aspectos, a la seguridad pública, el control ambiental, el impacto ambiental, el uso del agua, y la operación de las plantas de energía que afecten a los recursos hídricos (coordinación con otros usos).²⁵

7. La protección de los consumidores

Existe consenso entre las organizaciones sobre la protección de los consumidores de que las normas no cumplen con sus objetivos y que dicha protección es deficiente.

“Es una regulación mínima, de carácter ofertista, que deja de lado los intereses de los consumidores. Los reguladores no poseen ni la información necesaria, ni la autonomía necesaria para cumplir eficazmente con su labor, ni los recursos humanos o financieros necesarios” (National Consumers Council, 1993).

Si bien esta formulación de la problemática de los consumidores puede ser susceptible de calificaciones en casos especiales, no deja de reflejar una visión del problema en la región.

En este documento sólo se mencionarán los temas básicos de interés de los consumidores, para que los mismos sean tenidos en cuenta por los legisladores.

Los principales tópicos de interés para los consumidores incluyen: el acceso a los servicios (facilidad y permanencia de las conexiones); la equidad (en una serie de servicios, el consumidor doméstico no tiene mayor elección, y por ello es fundamental tener presente de qué manera se consideran sus intereses frente a los de los concesionarios, los accionistas y los grandes clientes comerciales); la información (¿son abiertos los sistemas de información y dan garantía de responsabilidad al concesionario?).

Los consumidores tienen fundamental interés en: i) que los principios de prestación de servicios públicos sean comunes a todos los servicios; ii) que el criterio fundamental para la ganancia de las empresas sea el principio del retorno razonable a servicios eficientes; iii) que la publicación sea un deber de los reguladores de los criterios sobre los cuales se fijan las tarifas; iv) se brinde un análisis detallado de opciones bajo consideración; v) que los posibles resultados de diferentes opciones, particularmente respecto de consumidores domésticos, se consigne en información suficiente para conocer el juicio de los consumidores; vi) que haya posibilidad de participación informada y oportuna en el debate, y vii) que se conozca la justificación de las decisiones.

²⁴ Los ejemplos que se dan en esta sección se han tomado de: la legislación inglesa (Water Industry Act, 1991); Prospectus, 1989; y Marco Regulatorio para la concesión de los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales en el Gran Buenos Aires.

²⁵ Proyecto de Pliego Hidroeléctrico Mendoza, Provincia de Mendoza, República Argentina, 16 de julio de 1992.

Además, los reguladores deberían publicar información comparada sobre los precios cobrados a distintos sectores e informar al público sobre las medidas disciplinarias a que se someterán las compañías.

Los temas sustantivos a un nivel más operativo sobre la protección de los consumidores se pueden resumir de la siguiente manera, subrayando que éstos:

- Tienen interés en la eliminación de los estrangulamientos en las industrias de servicios públicos potencialmente competitivas; en consecuencia, se debe facilitar la interconexión, estandarizar normas para permitir la compatibilidad, facilitar el acceso y el transporte, compatibilizar los sistemas de apoyo y las funciones de manejo.
- Tienen preocupación por que las ventajas estratégicas y de costos de los operadores les sean transferidas mediante una reducción de las tarifas.
- Estiman que por ser una obligación pública, se debe garantizar el servicio a las áreas con costos altos, asegurar el acceso abierto a los sistemas de transporte común, y otorgar garantías de confiabilidad y calidad, como así también servicios de emergencia y garantía de seguridad con respecto a la prevención de riesgos.
- Exigen a que no se desregule el servicio bajo la presunción de que existe competencia, porque luego en la práctica esto no se cumple. Antes de desregular, se debe verificar la cantidad de proveedores, la disponibilidad efectiva de servicios competitivos comparables, la sustitución de éstos a precios competitivos, la participación en el mercado de las distintas empresas competitivas y la existencia de rentas monopólicas.

8. Obligaciones de los reguladores

A fin de lograr un trato justo a los consumidores, deben darse las siguientes circunstancias y garantías:

- a) El regulador **siempre debe tener una competencia residual para regular de nuevo**, si la competencia teórica no se produce por cualquier motivo.
- b) Siempre que exista poder de mercado y monopolio, la regulación debe aplicarse en forma intensiva; de lo contrario, los consumidores se sienten defraudados al no verse protegidos porque se supone una competencia que de hecho no existe.
- c) En las entidades que proveen servicios a mercados cautivos y a clientes por los que se compite, debe existir una total separación y prohibición de subsidiar a los mercados competitivos a costa de los cautivos.
- d) Se debe regular y prevenir el “*holding*” y la transferencia de precios, como también la triangulación entre empresas subsidiarias.
- e) Es fundamental el acceso del ente regulador a los registros contables, a la información y a los lugares. La información falsa debe ser seriamente sancionada.
- f) No se debe permitir que la compañía de servicios públicos los utilice para obtener ventajas estratégicas en negocios colaterales, como podría ser una compañía de aguas dedicada a negocios inmobiliarios (Public Utilities Report Inc., 1994, pp. 141-169).

IX. Conclusiones

Existen pocos países que hayan evaluado ampliamente los resultados de los procesos de privatización y regulación. En aquellos en que se han llevado a cabo, fundamentalmente por especialistas privados o en carácter de expertos académicos, y no por los grupos interesados en los procesos ya sea por haber participado en ellos o por intereses sectoriales, las conclusiones han sido las siguientes:

1. La regulación y la propiedad pública de las empresas puede haber sido excesiva para ser económicamente justificable.
2. La regulación puede haber sido utilizada por grupos de interés; sin embargo, todo el proceso legislativo, administrativo, con o sin regulación, puede ser empleado por grupos de interés, incluso por aquellos que rechazan la regulación como el mejor medio de proteger los intereses del grupo.
3. Si bien la regulación es una solución de segundo mejor (*second best*), existen situaciones en las cuales hay fallas de mercado: monopolios, externalidades, bienes públicos en los cuales la regulación se impone. Allí la alternativa es peor que el segundo mejor, pues implica que en la práctica se deja que subsistan monopolios u otras situaciones de falta de equidad o ineficiencia que son paliadas.
4. La regulación en los casos en que es necesaria tiene costos, pero la no regulación en casos de fallas serias de los mercados también y los costos de no regular no sólo son económicos, sino también sociales y políticos.

5. La regulación por contrato no está exenta de la regulación general, sin embargo, existen problemas pues los gobiernos en ejercicio pueden descuidar los temas de corto plazo por la ventaja de transferir activos del Estado, que tomó generaciones en construir, y capitalizarlos en un solo período de gobierno.
6. La regulación por contrato licitativo presenta otros problemas como la rigidez, el hecho de que la puedan escribir los representantes de los postulantes, la limitación de postulantes, y la presentación especulativa, a efectos de lograr entrar y luego cambiar las condiciones regionales.
7. Por lo dicho, los contratos subsisten dentro de un marco regulatorio, y en materia de servicios públicos los contratos tienen un significado de respeto de ciertas garantías: no confiscación, no discriminación, no trabajo a pérdida, no ganancias monopólicas, o extorsivas pero sí ganancias razonables.
8. Sin embargo, es irreal suponer que los contratos de largo plazo serán rígidamente cumplidos frente a cambios de circunstancias y conocimientos, o a efectos inicialmente no previstos.
9. Si se revisan los contratos, no hay argumentos serios para retornar a sistemas de propiedad pública de la infraestructura, ni para confiscar o afectar la propiedad privada. Ello sería no sólo inconveniente, sino inconsecuente, en el mediano y largo plazos, generando serios problemas de credibilidad.
10. Sin embargo, la revisión de contratos es posible, y siempre que no se prive a los contratistas de retornos razonables, conforme a los criterios anotados en otras partes de este trabajo, es legal.
11. El mismo principio se aplica a la vigencia y al cambio de las regulaciones.
12. Pese a que ha habido excesos regulatorios en el pasado, éstos han tendido a proteger no sólo intereses sectoriales, sino además a los consumidores y el medio ambiente, y a este respecto existen requerimientos de mayor elaboración.
13. Las formas regulatorias o contractuales o de estructuras de derechos que han dado lugar a monopolios injustificados o no regulados, o barreras de entrada y rentas monopólicas son merecedoras de un análisis crítico.
14. Las agencias regulatorias deben ser efectivamente independientes y estar sujetas a requisitos sustantivos y procesales y de control. También deben vigilar el comportamiento de sus miembros para asegurar su imparcialidad. La proliferación de reguladores suele generar ineficiencias.
15. No es función del regulador entrar en la gestión interna de las empresas, sino proponerles pautas en términos de objetivos de resultado. Sin embargo, deben estar en condiciones de verificar que los retornos financieros de las empresas sean razonables.
16. Existen servicios como el agua potable y el saneamiento en que hay serios elementos de monopolio natural, los que requieren la consideración de economías de escala y de alcance en procesos de descentralización en beneficio de los usuarios.
17. La información, la consulta y la participación de los consumidores es un elemento clave, pues por definición tienen menos acceso que los grupos con intereses sectoriales y acceso preferencial.
18. Existe una visión filosófica explícita que explicita los costos que significa regular, pero no los costos de no regular, ni los beneficios de la regulación.
19. La regulación no se define por sus méritos abstractos sino por su necesidad, sus medios y sus efectos en casos concretos.

20. La regulación no soluciona problemas estructurales de distribución de ingresos. Éstos son problemas macroeconómicos que se resuelven a otro nivel.
21. La discusión de los mecanismos de control de precios ha supuesto teóricamente que el sistema de precios máximos era más simple y efectivo que la tasa de retorno. En la práctica estas ventajas relativas no se han manifestado y el sistema ha generado sus propias incertidumbres, políticas conflictivas, decisiones con carga política (cómo se determina el factor de eficiencia X), y en definitiva, sus necesidades de información y sus necesidades operativas lo han llevado a acercarse mucho al sistema de la tasa de retorno.
22. Entre otros problemas comunes está el de las tasas de retorno que deben asegurar la inversión sin abuso de posiciones dominantes.
23. Ambos sistemas requieren un marco institucional coherente, que incluye los principios legislativos que deben determinar el marco de aplicación de la política de precios máximos.
24. Las empresas deben estar sujetas a obligaciones y penalidades estrictas en materia de información y rendición de cuentas, como también otros tipos de información, que entre otras cosas, facilita la actuación de los grupos de consumidores.
25. Los mecanismos teóricamente aptos para la determinación e implementación de los subsidios no necesariamente son viables en todas las situaciones.
26. Cuando los derechos de aguas son un elemento importante en la prestación de servicios, éstos no deben ser entregados o administrados de tal manera que generen monopolios e inestabilidad o incertidumbre legal.
27. Los acuerdos que establecen procedimientos para la resolución de conflictos, además de los tribunales nacionales, deberían tener en cuenta la selección de la ley aplicable y de los foros competentes.

Bibliografía

- Armstrong, Mark, Simon Cowan y John Vickers (1994), *Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press.
- Banco Mundial (1996), "Toolkits for Private Sector Participation in Water Supply and Sanitation", Washington, D.C., noviembre, borrador.
- Barraqué, B. (1993), "Water management in Europe: beyond the privatization debate", *Economia delle fonti di energia e dell'ambiente*, vol. 36, Nº 3, Milán, Università Commerciale Luigi Bocconi, Istituto di Economia delle Fonti di Energia.
- Beck, Robert (1991), *Water and Water Rights*, vol. 2, Virginia, The Michie Company.
- Bonbright, James C. (1961), *Principles of Public Utility Rates*, Nueva York, Columbia University Press.
- Booker, Alan (1994), "British privatization", *Journal of the American Water Works Association*, marzo.
- Casasús, Carlos (1994), "Privatizing the Mexican water industry", *Journal of the American Water Works Association*, marzo.
- CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (1994), *Políticas públicas para el desarrollo sustentable: la gestión integrada de cuencas (LC/R.1399)*, Santiago de Chile.
- Clark, Ephraim y Gerard Mondello (1997), "An option approach to a water delegation", Ceram, Sophia Antipolis, Francia. Informe presentado en la Segunda Conferencia de Toulouse sobre Ambiente y Economía de Recursos (14 al 15 de mayo de 1997).
- Congreso de los Diputados de las Cortes Generales de España (1992), *Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 26 de octubre.
- Consolidated Laws Service* (1983), vol. 26, Nueva York.

- Corrales, María Elena (1997), *Modernización de los servicios de agua potable y saneamiento en América Latina. Estudio de casos*, vol. 2, Corporación Andina de Fomento (CAF) - Hidrocapital, mayo.
- De Andrade, Roberto (cons.) (1995), Reestructuración del mercado eléctrico en América Latina: la difusión de la experiencia chilena (LC/R.1499), Santiago de Chile, CEPAL.
- Dourojeanni, Axel (1994), “La gestión del agua y las cuencas en América Latina”, *Revista de la CEPAL*, N° 53 (LC/G.1832-P), Santiago de Chile, agosto.
- Elnaboulsi, J. (s/f), *Water Services in France: Management and Privatization. What Can We Learn From?*, Boulder, Colorado.
- Environmental Protection Agency (1977), *Survey of Operating and Financial Charges of Community Water Systems*, Washington, D.C.
- Estados Unidos (1935), *Public Utility Act*.
- Financial Times* (1996), “Water report”, N° 6, 4 de septiembre.
- Findley, Roger y Daniel Farber (1992), *Environmental Law*, tercera edición, Minnesota, Estados Unidos, West Publishing Company.
- García, Américo (1998), “La renegociación del contrato de Aguas Argentinas”, octubre.
- Gelbman, Ross (1997), *The High Stakes Battle Over Earth’s Threatened Climate*, Cambridge, Massachusetts, Addison-Wesley Publishing Company.
- Gerchunoff, P. y Guillermo Cánovas (1993), *Las privatizaciones en la Argentina: impactos micro y macroeconómicos*, Buenos Aires, Instituto Torcuato di Tella.
- Gray, Horace (1940), “The passing of the public utility concept”, *Journal of Land and Public Utilities Economics*, N° 16.
- Haarmeyer, David (1994), “Privatizing infrastructure: options for municipal systems”, *Journal of the American Water Works Association*, marzo.
- Hayek, F.A. (1973), *Law, Information and Liberty*, Chicago, University of Chicago Press.
- Helm, Dieter (1994), *The Times*, Londres, 29 de julio.
- Water Industry Act* (1991), “Artículos 6 al 17”, Londres, HMSO Publication Centre.
- Honduras (1990), *Ley de Municipalidades*.
- Hyman, Leonard (1995), *The privatization of public utilities*, Public Utilities Reports, Vienna, Virginia.
- Jeffrey, Jack (1994), “Privatization in England and Wales”, *Journal of the American Water Works Association*, marzo.
- Kasserman, David y John Mayo (1991), “The measurements of vertical economies and the efficient structure of the electric utility industry”, *Journal of Industrial Economics*, septiembre.
- Kay, J. (1988), “Forms of regulation”, *Financial Regulation or Overregulation*, A. Seldom.
- Kaysen, Carl y Donald Turner (1959), *Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- Kowka, John E. (1996), *Vertical Integration and Its Alternatives for Achieving Cost-Efficiency in Electric Power*, George Washington University, marzo.
- Larraín, F., J. Quiroz y R. Chumacero (1996), *El Mercurio*, Santiago de Chile, 26 de octubre.
- Marco Regulatorio de la Concesión de Servicios de Agua Potable y Desagües Cloacales*, arts. 17, 29, 44 y 76, Buenos Aires.
- Merrill Lynch (1991), *Global Utility Fund*.
- Naciones Unidas (1994), *Aspectos legislativos e institucionales de la ordenación de los recursos hídricos. Cuestiones institucionales vinculadas con la ordenación integrada de los recursos hídricos. Informe del Secretario General* (E/C.7/1994/6), Nueva York, Comité de Recursos Naturales.
- National Consumers Council (1993), *Paying the Price*, Londres.
- National Council on Public Works (1987), *The Nation Public Works: Report on Water Supply, Consulting report*, Washington, D.C., Wade Miller Associates Inc.
- Ogus, Anthony I. (1994), *Regulation, Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Law Series, Oxford.
- OLADE/CEPAL/GTZ (Organización Latinoamericana de Energía/Comisión Económica para América Latina y el Caribe/Sociedad Alemana de Cooperación Técnica) (1997), *Energía y desarrollo sustentable en América Latina y el Caribe: enfoques para la política energética*, Quito.
- Paredes, Ricardo (1997), “Un dilema de eficiencia: ¿regular conductas o estructuras?”, *El Mercurio*, Economía y negocios, Santiago de Chile, 21 de junio.
- Phillips Jr., Charles F. (1993), *The Regulation of Public Utilities*, Arlington, Virginia, Public Utilities Reports Inc.

- Popowsky, Irwing A. (1996), *Legal Framework for the Regulation of Public Utilities*, Michigan State University, 29 de julio.
- Public Utilities Report Inc. (1994), *The Electric Industry in Transition*.
- Rees, Judith (s/f), "Protecting the consumer", inédito.
- República Argentina (1992), Proyecto de Pliego Hidroeléctrica Mendoza, Provincia de Mendoza, Argentina, 16 de julio.
- Ross, Tieman y otros (1995), "The tide turns at last for water customers", *The Times*, Londres, 31 de marzo.
- Sánchez, Fernando (1994), "Globalización, Estado y regulación energética en América Latina", Santiago de Chile, CEPAL, inédito.
- Spota, Alberto (1941), *Tratado de derecho de aguas*, tomo II, Buenos Aires, Jesús Méndez.
- Stelzer, Irwin (1995), "The long arm of the regulator needs to be strengthened", *The Times*, Londres, 24 de marzo.
- Sullivan, Lawrence (1977), *Antitrust*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company.
- The Water Share Offers. Prospectus* (1989), noviembre.
- Vuylsteke, Charles (1988), "Techniques of Privatization of State-Owned Enterprises", World Bank Technical Paper, vol. 1, N° 88, Washington, D.C., Banco Mundial.
- Weiner, Michael y otros (1995), "Preparing for industry upheaval: why electric utilities must reengineer", *The privatization of public utilities*, Leonard Hyman, Public Utilities Reports, Vienna, Virginia.



NACIONES UNIDAS

CEPAL

Serie

ECLAC

recursos naturales e infraestructura

Números publicados

- 1 Panorama minero de América Latina a fines de los años noventa, Fernando Sánchez Albavera, Georgina Ortiz y Nicole Moussa (LC/L.1253-P), N° de venta: S.99.II.G.33 (US\$ 10.00), 1999 [www](#)
- 2 Servicios públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas de mercado, Miguel Solanes (LC/L.1252-P), N° de venta: S.99.II.G.35 (US\$ 10.00), 1999 [www](#)

Otros títulos elaborados por la actual División de Recursos Naturales e Infraestructura y publicados bajo la Serie Medio Ambiente y Desarrollo:

- 1 Las reformas energéticas en América Latina, Fernando Sánchez Albavera, Hugo Altomonte, (LC/L.1020), abril de 1997.
- 2 Private participation in the provision of water services. Alternative means for private participation in the provision of water services, Terence Lee, Andrei Jouravlev, (LC/L.1024), mayo de 1997. (Inglés y español).
- 3 Procedimientos de gestión para un desarrollo sustentable (aplicables a municipios, microrregiones y cuentas), Axel Dourojeanni, (LC/L.1053), septiembre de 1997. (Español e inglés).
- 4 El Acuerdo de las Naciones Unidas sobre pesca en alta mar: una perspectiva regional a dos años de su firma, Carmen Artigas, Jairo Escobar, (LC/L.1069), septiembre de 1997. (Español e inglés).
- 5 Litigios pesqueros en América Latina, Roberto de Andrade, (LC/L.1094), febrero de 1998. (Español e inglés).
- 6 Prices, property and markets in water allocation, Terence Lee, Andrei Jouravlev, (LC/L.1097), febrero de 1998. (Inglés y español). [www](#)
- 8 Hacia un cambio en los patrones de producción: Segunda Reunión Regional para la Aplicación del Convenio de Basilea en América Latina y el Caribe (LC/L.1116 y LC/L.1116 Add/ 1), vols. I y II, septiembre de 1998.
- 9 Proyecto CEPAL/Comisión Europea “Promoción del uso eficiente de la energía en América Latina”. La industria del gas natural y las modalidades de regulación en América Latina, Humberto Campodónico, (LC/L.1121), abril de 1998. [www](#)
- 10 Proyecto CEPAL/Comisión Europea “Promoción del uso eficiente de la energía en América Latina”. Guía para la formulación de los marcos regulatorios, Pedro Maldonado, Miguel Márquez, Iván Jaques, (LC/L.1142), septiembre de 1998.
- 11 Proyecto CEPAL/Comisión Europea “Promoción del uso eficiente de la energía en América Latina”. Panorama minero de América Latina: la inversión en la década de los noventa, Fernando Sánchez Albavera, Georgina Ortiz, Nicole Moussa, (LC/L.1148), octubre de 1998. [www](#)
- 12 Proyecto CEPAL/Comisión Europea “Promoción del uso eficiente de la energía en América Latina”. Las reformas energéticas y el uso eficiente de la energía en el Perú, Humberto Campodónico, (LC/L.1159), noviembre de 1998.
- 13 Financiamiento y regulación de las fuentes de energía nuevas y renovables: el caso de la geotermia, Manlio Coviello, (LC/L.1162), diciembre de 1998.
- 14 Proyecto CEPAL/Comisión Europea “Promoción del uso eficiente de la energía en América Latina”. Las debilidades del marco regulatorio eléctrico en materia de los derechos del consumidor. Identificación de problemas y recomendaciones de política, Patricio Rozas, (LC/L.1164), enero de 1999. [www](#)

- 15 Proyecto CEPAL/Comisión Europea “Promoción del uso eficiente de la energía en América Latina”. Primer Diálogo Europa-América Latina para la Promoción del Uso Eficiente de la Energía (LC/L.1187), marzo de 1999.
- 16 Proyecto CEPAL/Comisión Europea “Promoción del uso eficiente de la energía en América Latina”. Lineamientos para la regulación del uso eficiente de la energía en Argentina, Daniel Bouille, (LC/L.1189), marzo de 1999.
- 17 Proyecto CEPAL/Comisión Europea “Promoción del uso eficiente de la Energía en América Latina”. Marco Legal e Institucional para promover el uso eficiente de la energía en Venezuela, Antonio Ametrano, (LC/L.1202), abril de 1999.

-
- Los títulos a la venta deben ser solicitados a la Unidad de Distribución, CEPAL, Casilla 179-D, Santiago, Chile, Fax (562) 210 2069, publications@eclac.cl.
 -  : Disponible también en Internet: <http://www.eclac.cl>

<p>Nombre:</p> <p>Actividad:.....</p> <p>Dirección:.....</p> <p>Código postal, ciudad, país:</p> <p>Tel.:..... Fax:.....E.mail:.....</p>
--