

Red de Cooperación en la Gestión Integral de Recursos Hídricos para el Desarrollo Sustentable en América Latina y el Caribe



Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)

N° 19 Diciembre de 2003

CARTA CIRCULAR N° 19

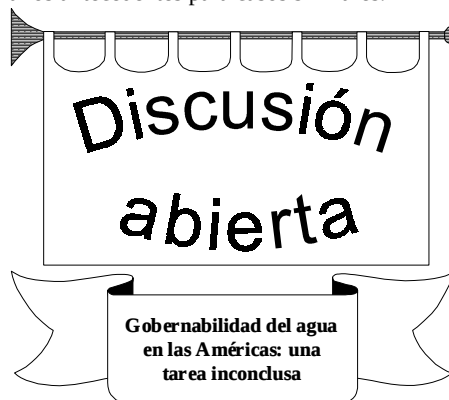
El proceso de privatización de los servicios públicos en los países de América Latina y el Caribe ha obedecido a una serie de motivos financieros, así como a cambios en los paradigmas ideológicos, políticos y económicos. Dicho proceso se ha generalizado progresivamente en la región desde mediados de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

Casi dos décadas después, la experiencia demuestra que algunos procesos de privatización de los servicios públicos no han dado los resultados esperados, por problemas en el contexto macroeconómico, por desajustes con la estructura social, o simplemente por defectos en los marcos regulatorios y en algunos casos por una combinación de estos factores.

La privatización de los servicios públicos, junto con la globalización, trajeron como consecuencia que cuestiones anteriormente internas a los países sean hoy resueltas en tribunales arbitrales, que no necesariamente tienen la integración, o los procedimientos para afrontar cuestiones estructuralmente conectadas al desarrollo y al bienestar general. Esto se agrava en economías en crisis, puesto que ante estos tribunales se presentan demandas que, en general, pretenden sustraer a los prestadores de los servicios públicos de los efectos de la crisis. Con ello se crean dos clases de actores económicos: los que gozan de todas las garantías independientemente de cambios en las circunstancias, y aquellos, usualmente ciudadanos ordinarios, que no tienen ninguna.

Con ello se abren eventuales efectos regresivos, pues mantener constante un retorno en economías en recesión, incrementa la participación relativa de algunos sectores a costa de otros. Sin embargo, no ocurrió lo mismo en otros países, como en los Estados Unidos en la depresión de 1929, donde las cortes reconocieron una declinación en las tasas de interés y las ganancias de las empresas en todo el país en tiempos de crisis,

y eran anuentes a aceptar tasas de retorno más bajas en los servicios públicos. Esto exige un doble trabajo, por un lado, ajustar los procedimientos a la naturaleza de los problemas, y por el otro, ajustar las soluciones a los antecedentes para casos similares.



En el número anterior se inició la presentación del documento titulado **"Gobernabilidad del agua en las Américas, una tarea inconclusa"** elaborado por Humberto Peña, Presidente del Comité Técnico Asesor para América del Sur (SAMTAC) de la Asociación Mundial para el Agua (*Global Water Partnership* — GWP) y Director de la Dirección General de Aguas (DGA) de Chile, y Miguel Solanes, Asesor Regional en Legislación de Recursos Hídricos y Regulación de Servicios Públicos de la CEPAL y miembro del Comité Técnico (TEC) de la GWP. La vez pasada la discusión se centró en torno al marco conceptual de la gobernabilidad del agua y las lecciones y consensos generales. En este número discutiremos más a fondo el proceso de construcción de una gobernabilidad efectiva del agua.

Cabe preguntarse acerca de los caminos que permiten avanzar en la construcción de marcos de gobernabilidad adecuados para el sector del agua. Al respecto los países de América Latina dan ejemplos de innumerables casos de reformas del sector que han quedado frustradas y de intentos que habiéndose aprobado en las instancias legales, han

terminado siendo letra muerta, alejados de los propósitos que se tuvieron en consideración al momento de ser aprobados (por ejemplo, en Chile, el control de la contaminación por residuos industriales líquidos fue motivo de una ley casi 70 años antes de que se pusiera efectivamente en aplicación).

Si se analiza el origen de las reformas que se han intentado, se puede comprobar que con frecuencia los cambios en el sector del agua no son más que resonancias de transformaciones iniciadas en otros ámbitos de la actividad pública, las cuales a su vez han respondido a cambios en los paradigmas ideológicos o económicos de la sociedad. Es

CONTENIDO

- **Editorial.**
- **Discusión abierta:**
 - Gobernabilidad del agua en las Américas: una tarea inconclusa.
 - Importante fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile.
- **Reuniones:**
 - Reunión sobre Temas Críticos de la Regulación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento en los Países de la Región.
- **Noticias de la RED:**
 - Comité Técnico Asesor para América del Sur (SAMTAC).
 - Prevención y reducción de las amenazas originadas por desastres naturales.
- **Noticias sobre Internet y WWW.**
- **Publicaciones.**

así como, por ejemplo, en Chile los movimientos sociales que propiciaron la realización de una reforma agraria impusieron el cambio de la legislación de aguas de 1969. Posteriormente, la transformación de la sociedad desde una perspectiva neoliberal exigió nuevamente una modificación en la legalidad de las aguas, la cual se materializó en la legislación de 1981. En ambos casos, las reformas que se pueden considerar consolidadas y han sido incorporadas efectivamente a la gestión de las aguas, son aquellas que, apartadas de todo ideologismo,

han respondido adecuadamente a la naturaleza de los problemas que ofrece la gestión de los recursos hídricos y han estado en sintonía con las concepciones y prácticas de la sociedad.

Del mismo modo, Perú ha realizado varios intentos a partir de los años noventa por reformar su legislación, siendo en algunos casos los anteproyectos de reforma, originados fundamentalmente en consideraciones político-económicas y financieras. Dichos proyectos proponían la creación de mercados de aguas sin regulaciones, sin dar atención a las condiciones locales, a los usos tradicionales y a la naturaleza propia del recurso hídrico. Fueron detenidos a partir de las críticas que surgieron desde especialistas nacionales, de la región y de los Estados Unidos de Norteamérica.

Por su parte, Bolivia en los últimos veinte años ha conocido numerosos intentos de reforma, sin que a la fecha exista una ley de aguas, debido a las dificultades que presenta conciliar las reivindicaciones legítimas de sus usuarios tradicionales, con una concepción del recurso hídrico más estrechamente vinculada a los objetivos de desarrollo productivo.

Existen además transformaciones del sector hídrico generadas a partir de un proceso interno del propio sector, el cual trasciende a los diferentes poderes de decisión presentes en la sociedad. Este camino en general es difícil y lento, porque supone la capacidad de romper el encapsulamiento característico del sector hídrico y el reduccionismo que prevalece en muchos ámbitos de decisión y que hace especialmente difícil comprometerlos en la temática hídrica.

Un ejemplo interesante a este respecto es el caso de Brasil, donde los especialistas ligados al recurso hídrico consiguieron, tras años de esfuerzo, llegar a los estamentos políticos con propuestas legales y organizativas que fueron aceptadas y reflejan el consenso gestado por el sector profesional. Lo importante de este caso es que se trata de un proceso de reflexión fundamentalmente nacional y por eso mismo con bases sólidas para su consolidación en el largo plazo.

Algo similar se podría decir del proceso que condujo al presente marco regulatorio de agua potable y saneamiento en Chile. También en este caso el elemento desencadenante fue la experiencia nacional en la regulación del sector y el proceso generó un fuerte involucramiento del ejecutivo, del congreso y de la opinión pública. En este mismo sentido, es digno destacar el caso de la presente ley de aguas de México, que en su momento representó una respuesta de los especialistas de más alto nivel del sector hídrico mexicano, a los cambios en los roles

asignados al estado y al uso de incentivos económicos para el mejoramiento de la gestión.

Los antecedentes presentados muestran que no es ineludible esperar un arreglo de la situación de gobernabilidad general de los distintos países para impulsar iniciativas en el sector del agua. En este sentido, la asociación e interacción regional de grupos profesionales motivados y con conciencia pueden ser decisivos en el mejoramiento de los problemas de gobernabilidad del sector y en orientar en una perspectiva de viabilidad técnica las propuestas de transformación. Del mismo modo, resulta fundamental la labor de difusión y la apertura del debate a la opinión pública, a los distintos actores involucrados y a una amplia gama de tomadores de decisión, con el fin de orientar la búsqueda de soluciones efectivas a los problemas existentes.

Es claro que, mientras no se alcance un consenso básico en los diferentes niveles y que ello trascienda hacia el mundo político, habrá pocas esperanzas de lograr avances sólidos en la región. De ahí la gran importancia de eventos como el Foro “*Agua para las Américas en el Siglo XXI*” (Ciudad de México, México, del 8 al 11 de octubre de 2002) (véase la Carta Circular N° 17), desarrollando por iniciativa del Gobierno de México.

En este escenario se entiende el alcance de los esfuerzos que se hacen a nivel internacional para promover la gestión integrada de los recursos hídricos. En efecto, a medida que la sociedad humana se hace más compleja y que la intensidad de los impactos del hombre sobre los recursos naturales es más fuerte, comienza a aparecer con fuerza la necesidad de integrar distintos elementos de la gestión de las aguas que, en un contexto más simple, son asumidos por la sociedad sin graves limitaciones en forma fragmentada.

El análisis atento de las consecuencias que tiene sobre la gestión de los recursos hídricos la contradicción entre una aproximación a los problemas del agua desde el mundo social, caracterizado por su fragmentación en múltiples entidades y sistemas de actuación, y desde el mundo natural, caracterizado a su vez por la unidad intrínseca de los procesos hídricos, muestra en definitiva ineficiencias en la gestión, pérdida de oportunidades para acceder a mejores soluciones y la generalización de los conflictos. En síntesis: en una pérdida de gobernabilidad del sector.

En efecto, la gestión habitual de los recursos hídricos presenta frecuentemente problemas que hacen conveniente una visión holística. Entre ellos se destacan: la coordinación de las políticas referidas a la oferta y a la demanda, de las referidas a los

temas de calidad y cantidad de los recursos hídricos, al uso conjunto de las aguas superficiales y subterráneas, al uso múltiple de los recursos, al manejo coordinado del territorio, de la cubierta vegetal y del agua, al manejo de externalidades y a las políticas de conservación ambiental.

De acuerdo a lo anterior, la GWP ha definido la gestión integrada de los recursos hídricos, como un proceso que promueve el manejo y desarrollo coordinado del agua, la tierra y los recursos relacionados, con el fin de maximizar el bienestar social y económico resultante de manera equitativa sin comprometer la sustentabilidad de los ecosistemas vitales. Según esta concepción, la gestión integrada no es un fin en sí mismo. Es un medio o, más precisamente, un “proceso”, o sea una forma de aproximarse a la gestión de los recursos hídricos dinámica, caracterizada por el abandono del reduccionismo. Su urgencia depende de las situaciones concretas, siendo ella menor en cuencas con un bajo nivel de explotación de sus recursos hídricos y con bajos impactos antrópicos, y en todo caso supone un desarrollo progresivo (“proceso”).

En definitiva, corresponde a un cambio cultural mayor, asociado al paso desde la sociedad industrial, caracterizada por la especialización (reduccionismo), la estructura piramidal (planificación), los recursos abundantes y el énfasis en la infraestructura, todo lo cual de alguna manera se refleja en la Declaración de Mar del Plata, a la Sociedad Post Industrial (del conocimiento) caracterizada por la integración (holismo), la participación y negociación, la conciencia de la limitación de los recursos y el énfasis en la gestión, lo que se aprecia en la Declaración de Dublín. Es por estas razones que la gobernabilidad efectiva del sector hídrico estará cada vez más estrechamente asociada a la gestión integrada de los recursos hídricos.

El texto de este y de varios otros estudios interesantes sobre temas relacionados con el agua, se encuentran disponibles en la biblioteca del Centro Virtual de Información sobre Recursos Hídricos en el Altiplano (AGUALTIPLANO) en <http://www.agualtiplano.net>.

**Importante fallo de la
Corte de Apelaciones de
Santiago de Chile**

La Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS) de Chile despachó los días 12 de abril y 10 de mayo de 2002, instructivos a las empresas de agua potable y saneamiento del país, a través de los cuales les ordenaba presentar, a partir de marzo de 2003, información de sus ingresos y costos de la actividad de los servicios de agua potable y saneamiento, con especificidad, detalle y uniformidad, lo que permitiría a la SISS

caracterizar en forma objetiva y respaldada, la Empresa Modelo, concepto base para la determinación de tarifas en el marco regulatorio chileno.

Aguas Andinas interpuso el reclamo de ilegalidad, que discutía, fundamentalmente, la facultad de la SISS para solicitarle tal información y el hecho de que la petición significaría la implementación de un sistema de contabilidad especial y paralelo al que debía llevar. La Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó en forma unánime este recurso. Aguas Andinas no interpuso recurso en contra de este fallo.

Con este fallo se sentó un precedente respecto a las facultades de la SISS de requerir información sobre la contabilidad de costos e ingresos de las actividades reguladas y también de las no reguladas que comparten infraestructura con las reguladas. Cabe señalar que la sentencia tuvo presente el principio de libertad económica conjugado con el legítimo interés general de la comunidad de ser abastecida de agua potable con tarifas justas.

Por otro lado, cabe acotar que la decisión, importante en Chile, no es novedosa en derecho de servicios públicos comparado, pues el principio de acceso pleno a la información interna de las empresas reguladas, incluyendo la facultad del regulador de definir el sistema contable que deben utilizar las empresas bajo su control, está bien establecido en sistemas regulatorios con una larga tradición en la prestación de servicios públicos por el sector privado, especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica.

En este país a fines del siglo XIX y a comienzos del XX se prestaba poca atención a la contabilidad de las empresas reguladas. Debido a esta falta de atención se produjeron graves abusos tanto de los consumidores como de los inversionistas. En aquella época, las irregularidades contables eran un hecho frecuente: en la contabilidad se incrementaban artificialmente los costos operativos, resultaba imposible determinar con precisión las inversiones en instalaciones y equipos, no se discriminaba entre las actividades relacionadas y no relacionadas con la prestación de los servicios regulados, y la sobrecapitalización —en muchos casos a expensas de los inversionistas— era común.

Desde aquella época, se reconoce en general que los reguladores no pueden realizar una tarea eficaz si no poseen las atribuciones necesarias para definir el sistema contable que deben utilizar las empresas bajo su jurisdicción. En los Estados Unidos de Norteamérica, esta facultad de los reguladores fue reconocida por la Corte Suprema en 1912: “Para que la Comisión pueda desempeñar sus funciones adecuadamente con respecto a la

fijación de tasas razonables, no discriminatorias y libres de favoritismos, debe contar con información sobre las actividades de los portadores mediante un sistema contable que impida ocultar la realización de prácticas prohibidas”.

En vista de estos antecedentes es sorprendente que, más de una década después del inicio del proceso de privatización en el sector de agua potable y saneamiento y la creación de organismos reguladores, prácticamente ningún país de la región cuente con un buen y consolidado sistema de contabilidad regulatoria, herramienta fundamental para mitigar los efectos de la asimetría de la información. Este hecho genera varios problemas importantes:

- La imposibilidad de contar con información recopilada en forma estandarizada y consistente, puesto que actualmente, cada empresa clasifica sus ingresos y gastos esencialmente de acuerdo a su propia definición (y conveniencia), la que puede cambiar de un año (o caso) a otro estratégicamente. Como resultado de ello, el regulador se ve imposibilitado de disponer de información consistente y comparable entre las distintas empresas y a lo largo del tiempo.
- En el caso de empresas que junto con prestar los servicios de agua potable y saneamiento, participan en actividades no sujetas a regulación, compartiendo instalaciones y recursos entre ambos negocios, resulta problemático asegurar que en las tarifas se financien sólo los costos necesarios para prestar los servicios regulados y, por ende, determinar la rentabilidad real de la actividad regulada.
- Por las limitaciones de la contabilidad convencional, resulta difícil: (i) desagregar los gastos al nivel requerido para fines de regulación (por ejemplo, por actividad, etapa, localidad e instalación de infraestructura); y (ii) capturar correctamente ciertos tipos de costos (por ejemplo, los costos de reposición de inversión (es decir, reparaciones mayores) separados de los de reparación y mantención rutinaria (es decir, mantención de un equipo que está en pleno funcionamiento, normalmente dentro de su vida útil técnica original).
- El hecho de que la información disponible no es ni consistente ni comparable entre las distintas empresas y a lo largo del tiempo, esencialmente imposibilita la aplicación práctica de la competencia por referencia como una fuente útil de información.

En vista de estas consideraciones, una de las prioridades más urgentes para los organismos reguladores de los países de la

región es el desarrollo y la implementación de la contabilidad regulatoria.



El 22 de septiembre de 2003 se realizó, en la sede de la CEPAL en Santiago de Chile, la **Reunión sobre Temas Críticos de la Regulación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento en los Países de la Región**, evento organizado por la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la CEPAL con el auspicio de la SISS. En ella participaron expertos de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Estados Unidos de Norteamérica, México, República Dominicana y Perú, así como representantes de organismos internacionales.

El objetivo central de la reunión fue analizar los temas de importancia creciente en la regulación de los servicios de agua potable y saneamiento en los países de la región. Los debates se centraron en torno a los siguientes temas:

- La influencia de los acuerdos internacionales de protección a la inversión y el comercio sobre la capacidad nacional de regulación de servicios públicos.
- Temas críticos de la regulación de los servicios de agua potable y saneamiento en los países de la región.
- Lecciones de la regulación por tasa de retorno en los Estados Unidos de Norteamérica.
- La incorporación de la mitigación de desastres naturales en los marcos regulatorios del sector de agua potable y saneamiento.

Con respecto a la situación del sector de agua potable y saneamiento en los países de la región, los expertos llegaron a las siguientes conclusiones:

- Ausencia de políticas que posean un alcance integral del sector.
- Debilidad institucional que afecta la independencia de los entes reguladores.
- Poco conocimiento de la sociedad civil sobre el rol de las entidades de regulación.
- Deficiencia en la normativa regulatoria.
- Escasa participación de la sociedad civil en el sistema regulatorio.

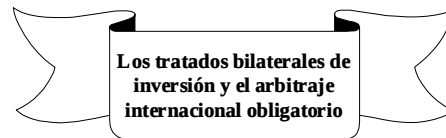
- Déficit de cobertura y calidad en la prestación de los servicios.
- Metas de expansión implican inversiones cuantiosas frente a la capacidad de pago de la población.
- Ausencia de mecanismos de subsidios eficaces, salvo contadas excepciones.
- Problemas de asimetría de información entre regulador y regulados.
- Resultados poco alentadores de procesos de privatización.
- Tratados de protección a los inversionistas que, de acuerdo a la experiencia de Argentina, derivan en mecanismos de arbitrajes menoscabando los poderes del Estado y privilegiando los derechos de los inversionistas.

Cabe agregar que, en sus presentaciones, varios expertos destacaron como uno de los temas prioritarios a ser analizado por la CEPAL, la influencia de los acuerdos internacionales de protección a la inversión y el comercio sobre la capacidad nacional de regulación de servicios públicos.

Como resultado de las deliberaciones, los expertos llegaron a las siguientes recomendaciones:

- Formulación de políticas de alcance integral, incluyendo gestión del recurso y protección del medio ambiente, que se basen en las necesidades de la comunidad y en sus condiciones socioeconómicas.
- Fortalecer la capacidad técnica y la sostenibilidad financiera de los entes de regulación, como elementos esenciales para la independencia y autonomía de gestión.
- Difundir información sobre el rol de las entidades de regulación que facilite una mejor comprensión de sus objetivos tendientes al mejoramiento de la prestación.
- Promover la participación de los usuarios, y de la sociedad civil en general, en el sistema regulatorio.
- Asegurar que los planes de los prestadores consideren de manera equilibrada las necesidades del servicio y la capacidad de pago de la población.
- Instrumentar mecanismos de financiamiento y subsidios que garanticen la sostenibilidad socioeconómica del servicio.
- Implementar programas de fortalecimiento de los entes reguladores y otros actores relevantes del proceso.
- Mejorar los marcos regulatorios, con particular atención a los mecanismos de adjudicación y los marcos contractuales, así como los instrumentos para hacer efectiva la gestión del regulador.
- Profundizar el análisis de las experiencias regionales con relación a los mecanismos de arbitraje en materia de contratos de servicios públicos.

- Promover la difusión e intercambio entre los países de la región de sus experiencias y lecciones, tanto en materia de práctica regulatoria como en la problemática de los arbitrajes internacionales en materia de contratos de servicios públicos.



A continuación presentamos las conclusiones de la presentación “**Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema jurídico argentino**” de Horacio Rosatti, Procurador del Tesoro de la Nación Argentina, en la reunión.

El sistema de arbitraje al estilo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que se dispara a partir de determinados presupuestos contemplados en los tratados bilaterales de inversión constituye un mecanismo *hermético* (una vez que se ingresa en él ya no es posible salir de él) y *autorreferencial* (se trata de un dispositivo que se interpreta a sí mismo) que inhibe toda pretensión de control ‘contenidista’ —por vía de un tribunal nacional— entre el texto, la interpretación y la aplicación de un tratado y normas de jerarquía superior vigentes en el país.

La imposibilidad de ejercer el control judicial local de inconstitucionalidad no es para la República Argentina una cuestión *procesal* sino *sustancial*, en la medida en que traduce una inhibitoria para ponderar la vigencia de los siguientes *principios de derecho público* a cuya observancia condiciona la Constitución Nacional la validez de los tratados internacionales de comercio: la *forma representativa, republicana y federal de gobierno*, el *principio de juridicidad* y el *de reserva*, el *principio de igualdad*, el *carácter no absoluto de los derechos* y la *pauta de razonabilidad para su reglamentación* y el *debido proceso legal*.

Prima facie los *principios de derecho público* argentino citados precedentemente pueden encontrar fuente de vulneración en cierta conjunción entre los tratados bilaterales de inversión y el CIADI, en los siguientes supuestos: la *forma representativa de gobierno*, en la medida en que se inhibe o acota la actividad de los poderes nacionales constituidos (el Poder Legislativo, en la hipótesis de prohibición de modificar las condiciones legales iniciales de la inversión por imperio de la llamada ‘cláusula de estabilización legal’, y el Poder Judicial, en la hipótesis de imposibilidad de actuar en materia de control de constitucionalidad); la *forma republicana de gobierno*, en la medida en que confiscadas o retaceadas las

atribuciones de los Poderes Legislativo y Judicial nacionales, se genera un desbalance hacia el Poder Ejecutivo (que es quien designa a los árbitros, encargados —en gran medida— de reemplazar a los citados poderes constituidos nacionales), desdibujándose en consecuencia el criterio de ‘división de poderes’ que es consustancial a la forma republicana de gobierno; el *principio de juridicidad* y *de reserva*, en la medida en que la sobrestimación del valor jurídico de los tratados de comercio introduce una modificación en la jerarquía normativa argentina prevista por la Constitución Nacional por métodos diferentes a los previstos por la misma; el *principio de igualdad*, en la medida en que —bajo determinadas circunstancias y por aplicación conjunta o separada de las cláusulas de ‘nación más favorecida’ y/o de ‘estabilización legal’— se prohíbe una situación de discriminación en favor de personas jurídicas extranjeras; el *carácter no absoluto de los derechos*, en la medida en que opere la inhibitoria de modificación legislativa para ciertos derechos vinculados con el status original de la inversión por aplicación de la citada cláusula de ‘estabilización legal’; y el *debido proceso legal*, en la medida en que se impida, frustre o interrumpa el acceso a la jurisdicción nacional, se vulnere el criterio del juez natural o se retaceen vías recursivas locales idóneas.

La incipiente jurisprudencia del CIADI en relación a la interpretación de los tratados bilaterales de inversión tiende a generar una brecha cada vez más amplia entre las ópticas *nacional* e *internacional* en materia de controversias sobre inversiones y amenaza con derrumbar el ámbito de confianza pacientemente reconstruido entre países como Argentina (seguramente hay otros) y el sistema jurídico internacional.

En el caso “*Maffezini, Emilio Agustín vs. Reino de España*”, en virtud de una peculiar aplicación del principio de la *nación más favorecida*, y como si lo que estuviera en juego fuese una cuestión de naturaleza meramente *procesal*, se ha multilateralizado la imposibilidad de ejercer un control judicial local sobre la relación de inversión extranjera. A partir de este precedente la cláusula debería llamarse del *inversor más favorecido*.

Y, más grave aún, a partir del laudo sobre aceptación de jurisdicción en “*CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina*” se ha abierto la puerta (en realidad se trata de una tranquera) para que cualquier accionista minoritario pueda accionar contra un Estado soberano en función de una inversión sobre la que no tiene un control efectivo. Se trata de un caso que, so pretexto de resolver una cuestión procesal, ha implicado un profundo daño —aun no debidamente cuantificado— a un país

soberano, en términos de multiplicación de la litigiosidad, de fomento del ‘abuso del proceso’ arbitral, de temeridad jurisdiccional internacional y de potencial disrupción de los procesos de renegociación contractual en ciernes. Este precedente revela hasta qué punto el sistema de arbitraje gira sobre sí mismo, sobre sus propios intereses, desentendiéndose de las consecuencias económicas, institucionales y sociales que genera.

Si el arbitraje internacional en temas comerciales no se asume como un *sistema*, vinculándose —por un lado— con otros arbitrajes comerciales planteados contra el mismo Estado soberano y —por otro lado y ‘de alguna manera’— con el orden normativo nacional, la consecuencia está a la vista: el éxito del primer inversor será inversamente proporcional al éxito de los demás, pues ‘no alcanzará para todos’. Esto originará —entre otras consecuencias disvaliosas— la distorsión de uno de los objetivos básicos invocados en la celebración de los tratados bilaterales de inversión, como es el de lograr un ‘marco jurídico estable’ y mayores niveles de ‘seguridad jurídica’ para las inversiones extranjeras.

Remontar la escalada de creciente desconfianza supone asumir *recíprocamente* los errores (y los abusos) cometidos en el pasado, morigerar la mentalidad solamente comercialista con la que se suelen enfocar ciertas cuestiones (prescindiendo del contexto socioeconómico global), revisar el perfil de los árbitros, su representatividad y su responsabilidad y —fundamentalmente— no abandonar el *sentido común*, que es fuente hermenéutica de la *buena fe jurídica*.

¿Expresa la realidad de las cosas una cláusula que estipula la duración de un proceso controversial en los tribunales argentinos (¿y de cuantos países más!), desde su planteamiento inicial hasta la obtención de una sentencia definitiva en dieciocho meses? Un muestreo realizado por la Dirección Nacional de Auditoría de la Procuración del Tesoro de la Nación, sobre un universo de mil seiscientos juicios de relevante significación económica que tuvieran al Estado Nacional como demandado, presentados entre los años 1985 y 2000 y acotado a procesos de conocimiento con controversias requeridas de prueba, es decir de naturaleza similar a la propia de un conflicto generado por incumplimiento de un tratado bilateral de inversión, reveló que la “duración promedio” del proceso judicial —computando desde la presentación de la demanda hasta la obtención de sentencia de primera instancia— es de seis años y un mes. No se trata de una anomalía imputable a los juzgados intervinientes; otras muestras realizadas en otros fueros respecto de procesos de conocimiento con controversias requeridas de prueba arrojan una “duración promedio” similar.

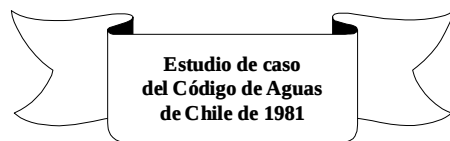
Un nuevo *default* (esta vez jurisdiccional) de los países receptores de inversiones puede significar un duro revés no sólo para los inversionistas y para el desarrollo sustentable

y armónico de las naciones afectadas sino para el sistema jurídico internacional que, en la medida en que refleje posiciones decantadas y sensatas —antes que el triunfo *a sangre y fuego* de una posición dominante— permitirá expresar el avance de una conciencia universal que, más allá de sus heterogeneidades, está dispuesta a reconocer valores supranacionales.

El texto de este y de otros trabajos presentados en la reunión se encuentran disponibles en <http://www.eclac.org/dni/noticias/noticias>.



La *ToolBox* es una herramienta diseñada por la GWP que busca facilitar el intercambio de experiencias respecto de buenas y malas prácticas de gestión de los recursos hídricos (véase la Carta Circular N° 17). Se complementa con una serie de estudios de caso que ilustran el uso de las herramientas propias de la *ToolBox*. En el número anterior presentamos los estudios de caso realizados por el SAMTAC en Buenos Aires, Argentina; Cochabamba, Bolivia; y Talcahuano, Chile. En este número presentamos el documento “*Mercados de agua: estudio de caso del Código de Aguas de Chile de 1981*” por Guillermo Donoso.



El trabajo tiene como objetivo fundamental desarrollar un estudio de caso del mercado de derechos de agua establecido en el Código de Aguas de Chile de 1981, como mecanismo asignador del recurso hídrico. Con este fin, se analiza la formulación, desarrollo, puesta en marcha y evaluación de los resultados obtenidos con la operación de dicho mercado. En el marco del análisis del estudio de caso, se realizó una mesa redonda para derivar las principales lecciones del caso. A continuación se presentan los principales resultados.

¿Cuáles son las condiciones que parecen indispensables para establecer un sistema de mercado de derechos de aprovechamiento en

una sociedad determinada? En general, los integrantes coinciden que las condiciones prioritarias son:

- La existencia de escasez del recurso. Es decir, cuando el agua presenta un precio de escasez.
- La protección de la intangibilidad de los derechos de agua.
- Derechos de aprovechamiento claramente definidos.
- Libre transferibilidad del derecho.
- Regulaciones adecuadas que aborden las externalidades, perjuicios contra terceros, y el interés público, entre otras.
- Un contexto cultural de la sociedad acorde con el paradigma económico.
- Inventario del recurso hídrico
- El agua debe tener sentido de individualidad, separarlo de la tierra.
- Seguridad del derecho: (i) física: manejo, conocimiento y control de la fuente; y (ii) jurídica del derecho.
- Infraestructura que permita transferir los derechos.
- Mecanismo ágil para la resolución de conflictos.

¿Ha permitido el mercado la reasignación de los derechos de aprovechamiento de usos de menor valor a los de mayor valor y en qué condiciones ello se ha presentado? Los integrantes coinciden en que:

- Los trasposos se han realizado desde quienes valoran menos el recurso hacia los que lo valoran más.
- En el sector de agua potable y saneamiento, el más activo es Santiago, pero la cantidad de agua transferida de un sector a otro es casi la misma a la transferencia histórica y ha sido similar al crecimiento de la ciudad.
- Las empresas de agua potable tienen un poder comprador abierto; se han creado condiciones para las transacciones.
- Los trasposos desde el sector agrícola al sector de agua potable corresponden a aguas del sector agrícola que han sido usadas en forma marginal o han quedado en desuso o han quedado cubiertas por casco urbano.
- No hay ningún caso de uso intensivo en la actividad agrícola que haya sido traspasado, a menos que se haya vendido la tierra, o que le haya sobrado el agua.
- Las excepciones a esta afirmación son: (i) el caso del Río Loa: hay compras importantes de empresas mineras, aguas que estaban siendo utilizadas en el sector agrícola pasan al minero, pero la agricultura en el Loa no es tan importante; y (ii) el caso del sistema Paloma: el mercado de corto plazo es muy ágil y significativo.
- Transacciones ocurren cuando no hay agua disponible para que el Estado la entregue

gratis, entonces el fenómeno de la escasez es fundamental para la existencia del mercado.

Se llega al consenso de que no existe información adecuada para contestar formalmente la pregunta si el mercado ha permitido la reasignación de los derechos de usos de menor valor a los de mayor valor, lo que hace fundamental la creación de una buena base de datos y que esta sea pública, para verificar la operatividad del mercado.

¿Qué tipo de problemas han sido resueltos a través del mercado y en qué situaciones? Se concluye que:

- El mercado permitió valorar el agua cruda.
- Ha permitido el desarrollo minero en zonas de escasez al comprar derechos agrícolas, (como por ejemplo, en el río Loa).
- Las empresas de agua potable han solucionado sus problemas de mayores demandas (como por ejemplo, Agua Potable Cordillera).
- Ha colaborado en resolver problemas de escasez cuando se ha necesitado una rápida respuesta (como por ejemplo, empresa minera Manto Verde en Copiapó).

¿Qué problemas no han sido resueltos con este mecanismo de asignación?

- Aumentar eficiencia del uso de agua en todos los sectores, no tan sólo el agrícola.
- Problemas ambientales, mantener reservas ecológicas de agua.

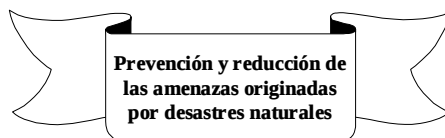
¿Qué elementos han obstaculizado la reasignación a través del mercado?

- La falta de obligación de uso, lo cual induce a comportamiento monopólico.
- Falta de un registro de los dueños de derechos.
- Falta de un mecanismo ágil de resolución de conflictos.
- Derechos de agua no claramente definidos.
- Poca flexibilidad a los traspasos temporales.
- Rigideces de las infraestructuras que no permiten el funcionamiento del mercado.

¿Se han presentado problemas de monopolización de derechos? Los integrantes concluyen que este comportamiento:

- No es un problema del mercado, sino de la asignación inicial gratuita y sin obligación de uso.
- Se ha presentado, pero no es culpa del mercado. Más bien es por la asignación inicial y de la estructura del derecho de agua. También por la forma como la administración entrega los derechos de agua.
- Existe evidencia de monopolización de derechos de aprovechamiento otorgados

bajo el Código de Aguas de 1981, en cuencas específicas, en derechos consuntivos y no consuntivos



Presentamos las conclusiones preliminares de los cuatro estudios de caso (subcuenca del Arroyo del Medio, Argentina; cuenca del Río Limarí, Chile; cuenca del Río Tunjuelo, Colombia y cuenca del Río Sisa, Perú) realizados en el marco del proyecto **“Prevención y reducción de las amenazas originadas por desastres naturales”** (véase las Cartas Circulares N° 16 a 18), que ejecuta la CEPAL, por medio de la División de Recursos Naturales e Infraestructura, con el aporte de la Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ).

- Introducir, a través de la educación y la información pública masiva, el concepto preventivo de los riesgos en la cultura institucional y ciudadana; debería ser la columna vertebral de los planes gubernamentales para la reducción de riesgos en cualquier territorio, sea nacional, departamental o municipal.
- El manejo de riesgos debe ser parte integrante de las políticas, planes y programas de desarrollo, así como del manejo ambiental, urbanístico, constructivo y de los servicios públicos.
- El manejo integral de cuencas y el ordenamiento territorial con concepto preventivo constituyen instrumentos fundamentales para evitar la generación de nuevos riesgos y reducir los ya existentes.
- Los Sistemas Nacionales para el manejo de riesgos y desastres multi-institucionales, multisectoriales, multidisciplinarios y descentralizados o desconcentrados, que incluyen el concepto subsidiario y en los que cada entidad nacional, departamental y municipal actúe bajo su propia responsabilidad y con sus propios recursos técnicos y financieros y en los que se integren los demás actores de la sociedad, constituyen la mejor garantía para la sostenibilidad del proceso de reducción de riesgos en un país, un departamento o provincia o en el nivel municipal,
- La participación de las diferentes instituciones vinculadas con el tema de los riesgos no puede ser cuestión de simple buena voluntad de éstas; se requieren normas que establezcan responsabilidades individualizadas para cada institución. Igualmente, es indispensable disponer de normas que responsabilicen explícitamente a quienes generen riesgos, sean actores

públicos, privados o ciudadanos. En este sentido es necesario propiciar que las administraciones territoriales definan políticas que delimiten las responsabilidades públicas y privadas frente a los riesgos y generen estrategias de transferencia de riesgos que abarquen el seguro de los bienes públicos e incentiven el privado.

- La constitución de dependencias especializadas permanentes en los gobiernos territoriales para el manejo integral de los riesgos contribuye de manera significativa a elevar la continuidad y eficacia de dicho manejo y a crear espacios de integración y coordinación de los diversos actores vinculados con el tema en cada territorio.
- Con el fin de institucionalizar el manejo integral de riesgos, deben explicitarse en normas departamentales y municipales las funciones y responsabilidades de cada uno de los órganos de la administración, como los de planificación, finanzas, salud, educación, servicios públicos, infraestructura y ambiente, para que trabajen el tema bajo su propia responsabilidad y con sus propios recursos en las áreas que les competen. El eje central del marco jurídico debe ser que la organización pública, privada o el ciudadano que genere riesgos debe responder con sus recursos en la prevención, mitigación, preparativos, respuesta y reconstrucción que se deriven de tales riesgos.
- La evaluación, zonificación, monitoreo y alerta sobre los riesgos son instrumentos indispensables para introducir el tema en los procesos de toma de decisiones sobre inversiones públicas y para un adecuado manejo de las emergencias. Así mismo, la cooperación debe orientarse de acuerdo al nivel de desarrollo institucional y cultural del lugar.
- Debe hacerse el mayor esfuerzo posible para generar mecanismos y procedimientos para la participación de los actores sociales en los procesos de toma de decisiones sobre actividades a desarrollar y sobre la inversión pública para el manejo de los riesgos.
- La descentralización política, administrativa y financiera de un país es condición casi insoslayable para la autonomía, responsabilidad y sostenibilidad de una acción eficaz de reducción de riesgos a nivel departamental o provincial y municipal. Sin embargo, en aquellos países con administración muy centralizada debería tenderse, por lo menos, a la desconcentración de funciones, responsabilidades y recursos.

- Vincular la problemática de los riesgos con temas como la cultura, la gobernabilidad, el ambiente, el desarrollo territorial, la salud, la educación, los servicios públicos y la superación de la pobreza, crea mayores posibilidades de sostenibilidad política, social y financiera para la reducción de riesgos.
- Una estrategia complementaria debería ser la incorporación del tema de los riesgos en las campañas políticas para elecciones gubernamentales en los diferentes niveles del Estado, con el fin de comprometer desde ese momento a los futuros gobernantes.
- Promover la introducción del tema de los riesgos en los planes de gobierno de las administraciones nacionales y territoriales es igualmente un paso indispensable para lograr apoyo político y asignación de recursos técnicos y financieros durante el mandato correspondiente.
- Una legislación para el ordenamiento del territorio con un profundo concepto preventivo se constituye en una de las más serias posibilidades para que los países de América Latina y el Caribe puedan alcanzar, en el largo plazo, una reducción real de los riesgos siconaturales. Este análisis debe hacerse a nivel local o del municipio que es donde existen las limitaciones y potencialidades para definir desde allí y con consenso y compromiso ciudadano las acciones que puedan realizarse.
- Los desastres son parte de los problemas estructurales que existen en la región, y son el reflejo de los problemas no resueltos del desarrollo. Por ello es que su tratamiento debe ser parte de una política de Estado vinculada a la seguridad humana en general.

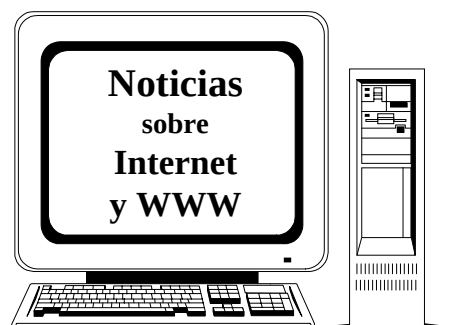
Información adicional puede solicitarse a la siguiente dirección:

Matías Renard

Tel.: (56-2) 210-22-84

Fax: (56-2) 208-02-52

E-mail: prad@eclac.cl



Entre los lugares de Internet que vale la pena visitar en relación con temas de gestión y

aprovechamiento de los recursos hídricos destacamos los siguientes:

- Los documentos presentados en el **Seminario Internacional "Transferencia de Experiencias del Programa de Reforzamiento Institucional de la Superintendencia de Servicios Sanitarios de Chile"** y en el **Tercer Encuentro de la Asociación de Entes Reguladores de Agua Potable y Saneamiento de las Américas** (ADERASA), que se realizaron del 23 al 25 de septiembre en Santiago de Chile, se encuentran disponibles en <http://www.siss.cl/seminario/portada.htm>.
- El objetivo del **Grupo Hidro-ecológico** (GHeN) es la oportuna preservación de la calidad del agua y de los recursos naturales potencialmente renovables. Se puede suscribirse a la lista de discusión del GHeN en <http://groups.yahoo.com/group/hidro-ecologico>.
- Una detallada base de datos con las **leyes de políticas estatales de recursos hídricos en Brasil** puede consultarse en <http://www.perh.hpg.ig.com.br>.
- La **Compañía Anónima Hidrológica Venezolana** (HIDROVEN) fue constituida el 24 de mayo de 1990. Comenzó a funcionar conjuntamente con diez Empresas Hidrológicas Regionales, teniendo como responsabilidad el desarrollar políticas y programas en materia de abastecimiento de agua potable, recolección y tratamiento de aguas servidas y drenajes urbanos, así como el establecimiento de directrices para la administración, operación, mantenimiento y ampliación de los sistemas atendidos por cada una de sus filiales. En su sitio web (<http://www.hidroven.gov.ve>) se encuentra disponible abundante información sobre HIDROVEN y sus empresas filiales, institucionalidad del sector de agua potable y saneamiento en Venezuela, indicadores de gestión, normas técnicas, licitaciones, publicaciones, síntesis de prensa, etc.
- Les invitamos a conocer el **Consejo del Sistema Veracruzano del Agua** en <http://www.csva.gob.mx>. El Sistema Veracruzano del Agua (SVA) es el instrumento rector de las políticas, lineamientos y normatividad técnica para la planeación, formulación, promoción, instauración, ejecución y evaluación de la Programación Hidráulica del Estado de Veracruz-Llave de México. La misión del Consejo es fortalecer al SVA a través de su planeación, coordinación y supervisión para encauzarlo hacia la eficiencia y eficacia en la gestión del agua.
- La misión del **Centro Regional de Información sobre Desastres** (CRID) es

promover el desarrollo de una cultura de prevención en los países de América Latina y el Caribe, a través de la recopilación y difusión de información sobre desastres y la promoción de esfuerzos cooperativos para mejorar la gestión de riesgo en la región. Sus objetivos son: (i) mejorar y ampliar la recopilación, procesamiento y diseminación de información sobre desastres, ofreciendo servicios de información de calidad a una amplia gama de usuarios de la región; (ii) fortalecer la capacidad subregional (América Central, América del Sur y el Caribe), nacional y local de crear y mantener centros de información y documentación en desastres; (iii) promocionar la comunicación por Internet y desarrollar servicios de información electrónicos; y (iv) contribuir al desarrollo del sistema regional de información sobre desastres. Mayores informaciones sobre sus actividades están disponibles en <http://www.crid.or.cr>.

- Las presentaciones efectuadas en el evento **"Planificación y Gestión Social de Cuencas Hidrográficas en el Contexto del Plan Nacional de Desarrollo"**, que se realizó del 8 al 9 de septiembre de 2003 en Ibagué, Colombia, se encuentran disponibles en <http://www.ut.edu.co/fif/0906/pgsch/index.html>.
- El **Centro Interamericano de Recursos del Agua** (CIRA) fue establecido el 21 de enero de 1993 como una dependencia académica de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Autónoma del Estado de México. A través de su sitio web (<http://cira.uaemex.mx>) se puede acceder a información sobre sus actividades, así como conocer el Sistema de Información Geográfica del Curso Alto del Río Lerma.
- Las juntas de vigilancia son uno de los tipos de organizaciones de usuarios de agua definidos en el Código de Aguas de Chile de 1981. Sus objetivos principales son: (i) administrar y distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros en los cauces naturales; y (ii) explotar y conservar las obras de aprovechamiento común. Una de estas organizaciones es la **Junta de Vigilancia del Río Elqui y Sus Afluentes**, que se constituyó en 1993, reemplazando a la anterior Asociación de Canalistas del Río Coquimbo y sus Afluentes, conformada en junio de 1943. Mayores informaciones sobre sus actividades están disponibles en <http://www.riodelqui.cl>.
- El **FREPLATA** (Proyecto Protección Ambiental del Río de la Plata y su Frente Marítimo: Prevención y Control de la Contaminación y Restauración de Hábitats) es una iniciativa conjunta de Argentina y Uruguay, los dos países ribereños del Río de la Plata y su Frente Marítimo, ejecutado

por intermedio de la Comisión Administradora del Río de la Plata (CARP) y de la Comisión Técnica Mixta del Frente Marítimo (COFREMAR). En su sitio web (<http://www.freplata.org>) se encuentra disponible información sobre el proyecto, sus actividades, documentos (por ejemplo, “*Gestión ambiental de espacios acuáticos transfronterizos. El Río de la Plata y su Frente Marítimo: enfoques y desafíos*”) y bases de datos (de organismos y proyectos ambientales, de instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, y de referencias bibliográficas).

- El boletín electrónico **ENREDADERA** ofrece artículos, noticias e informaciones vinculadas a los territorios amazónicos, cubriendo especialmente Brasil, Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia. Se puede suscribirse a este boletín en <http://ambiental.net/amazonia>.
- En el sitio web del **SAMTAC** se encuentran disponibles muchos documentos interesantes, como por ejemplo, “*Gobernabilidad de los servicios de agua potable y saneamiento en América Latina*”, “*Calidad de los cuerpos de agua de la ciudad de Montevideo*” e informes de varias reuniones realizadas en Argentina, Chile, Ecuador, Perú, Uruguay y Venezuela (<http://www.eclac.org/drni/proyectos/samtac/samtac.htm>).
- El principal objetivo del **Centro del Agua para Zonas Áridas y Semiáridas de América Latina y el Caribe** (CAZALAC) es procurar el fortalecimiento del desarrollo técnico, social y educacional de distintas instituciones de la región sobre la base de un aprovechamiento y una gestión mejorados de los recursos hídricos en las zonas áridas y semiáridas de América

Latina y el Caribe y, asimismo, fortalecer el rol de las comunidades en el desarrollo de una cultura del agua, siendo un organismo catalizador y coordinador de diversas actividades, proyectos y programas en estas materias. En su sitio web (<http://www.cazalac.org>) se encuentra disponible información sobre sus actividades, proyectos y eventos. Además, se puede suscribirse a un interesante boletín electrónico del CAZALAC.

Publicaciones



Publicaciones recientes de la División de Recursos Naturales e Infraestructura sobre temas relacionados con el agua:

- “**Acceso a la información: una tarea pendiente para la regulación latinoamericana**” por Andrei Jouravlev (LC/L.1954-P, agosto de 2003, Serie Recursos Naturales e Infraestructura N° 59). Este informe tiene por objeto contribuir al debate que se lleva a cabo en los países de la región sobre el perfeccionamiento de los marcos regulatorios del sector de agua potable y saneamiento. La atención se centra en cómo se garantiza la disponibilidad de la información para la regulación económica. Se hace hincapié en las consecuencias y condicionantes de la asimetría de la información entre el regulador y las empresas reguladas, así como en los procedimientos que pueden ser utilizados para superarla. Se examinan las prácticas

regulatorias de los países desarrollados, principalmente las de los Estados Unidos de Norteamérica y el Reino Unido, las cuales se contrastan con la situación existente en los países de la región. La conclusión principal que se obtiene de este trabajo es que los marcos regulatorios de los países de la región no garantizan un acceso adecuado de los reguladores a la información que necesitan para el desempeño de sus funciones y que algunas de las características de su diseño tienden a exacerbar la ventaja informativa de las empresas reguladas. En la región, se ha prestado mayor atención al desarrollo de procedimientos teóricos de acceso a la información —basados en promoción de alguna forma de competencia— que no han funcionado en la práctica y se ha ignorado las experiencias de los países con una larga tradición en la prestación de servicios públicos por el sector privado. La prioridad ahora es fortalecer, consolidar y hacer operativos los procedimientos de acceso a la información interna de las empresas reguladas, especialmente la contabilidad regulatoria, el control de compras y contrataciones con empresas vinculadas, y la participación de los consumidores.

Las publicaciones de la División de Recursos Naturales e Infraestructura se encuentran disponibles gratuitamente en dos formatos: (i) como documentos impresos cuyas copias individuales se distribuyen a través de correo aéreo; y (ii) como archivos electrónicos (Microsoft Word o PDF) que se distribuyen a través de correo electrónico como “attachments”, o pueden bajarse directamente en <http://www.eclac.org/drni>. Los pedidos hay que enviar a ajouravlev@eclac.cl o la **División de Recursos Naturales e Infraestructura, CEPAL, Casilla 179-D, Santiago, Chile**.

NACIONES UNIDAS

UNITED NATIONS



NATIONS UNIES

Comisión Económica para América Latina y el Caribe
División de Recursos Naturales e Infraestructura
Casilla 179-D
Santiago de Chile

IMPRESOS
VIA AEREA