

XIV

Servicios públicos en la Argentina: desafíos pendientes desde una perspectiva de derechos humanos*

1. Introducción

El proceso de liberalización económica impulsado fundamentalmente por las instituciones financieras internacionales durante la década del 90 promovió, entre otras medidas, la privatización de los servicios públicos en distintos países. En América latina, la Argentina fue uno de los países que más eco se hizo de este mandato destinado a lograr Estados más “eficientes”, privatizando la mayoría de los servicios públicos esenciales.

En este sentido, en 1989, el Congreso Nacional declaró en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos y autorizó al Poder Ejecutivo a transferir activos públicos a empresas privadas,¹ con el argumento de la supuesta incapacidad del Estado de brindarlos de manera eficiente.

Si bien el otorgamiento de concesiones a manos privadas es uno de los modelos posibles para financiar la expansión de servicios públicos esenciales a todos los sectores de la población, son varios los ejemplos que dan cuenta de que ni las privatizaciones ni la presencia de capitales extranjeros garantizan *per se* una mayor eficiencia en la prestación. Mucho menos aún estas condiciones ga-

* Este capítulo ha sido elaborado por Jimena Garrote, abogada, miembro del Programa de Derechos Económicos Sociales y Culturales del CELS. La autora agradece los valiosos aportes de Daniel Azpiazu, Carolina Fairstein y Diego Martínez en la elaboración de este texto.

¹ Ley 23.696 (Ley de Reforma del Estado).

rantizan el acceso de los sectores más vulnerables de la población a estos servicios. Entre estos ejemplos se encuentra el de la privatización de la empresa estatal Obras Sanitarias de la Nación (OSN), hasta entonces a cargo de la prestación del servicio público de agua y saneamiento en la ciudad de Buenos Aires y 17 distritos del conurbano bonaerense.

El presente capítulo analiza las características de la concesión otorgada a la empresa Aguas Argentinas S.A. con el fin de identificar los motivos que, además de aquellos expuestos por el Poder Ejecutivo Nacional en el decreto que rescinde el contrato,² pueden haber provocado su fracaso. Asimismo, este análisis busca poner en evidencia los desafíos que, luego de la rescisión del contrato con Aguas Argentinas S.A. y la creación de la empresa Agua y Saneamientos Argentinos Sociedad Anónima (AYSA), aún están pendientes.

2. La concesión de Aguas Argentinas S.A.

Al igual que en el caso de otros servicios públicos esenciales, la falta de inversión en los años anteriores a la privatización había impedido tanto el mantenimiento como la expansión de las redes de agua y cloacas. En este sentido, el otorgamiento de la concesión del servicio a manos privadas buscó, en principio, revertir la situación. Fue así como en 1993 se concretó un proceso de licitación pública que culminó con el otorgamiento de la concesión a la empresa Aguas Argentinas S.A.

El proceso de privatización de OSN se inició formalmente con el llamado a una licitación pública nacional e internacional.³ Según los Pliegos de Bases y Condiciones,⁴ la concesión se adjudicaría al consorcio que ofreciera la menor tarifa base, es decir, la mayor reducción respecto a la tarifa cobrada por OSN. En diciembre de 1992 mediante una resolución de la Secretaría de Obras Públicas⁵ se adjudicó la licitación (*ad referendum* del Poder Ejecutivo Nacional) al consorcio de Aguas Argentinas S.A., cuyos accionistas mayoritarios en ese momento eran Suez Lyonnaise des Eaux-Dumez de Francia y el grupo Soldati.⁶

El contrato original establecía un conjunto de metas de inversión y expansión del servicio a cumplirse en 30 años, tendientes a lograr la extensión de la

² Decreto 303/06.

³ Resoluciones de la Secretaría de Obras Públicas y Comunicaciones (SOPyC) n° 97/91 y 178/91.

⁴ Véase resolución SOPyC n° 186/92.

⁵ Resolución SOPyC n° 155/92.

⁶ Inicialmente la composición accionaria de Aguas Argentinas era la siguiente: Suez Lyonnaise des Eaux-Dumez (25,4%), Sociedad Comercial del Plata (20,7%), Sociedad General de Aguas de Barcelona (12,6%), Meller (10,8%), Banco de Galicia y Buenos Aires (8,1%), Compagnie Générale des Eaux (7,9%), Anglian Water Plc. (4,5%) y Programa de Propiedad Participada (10%).

red a la totalidad de los habitantes de la jurisdicción.⁷ Dichas metas implicaban la extensión del servicio a aproximadamente 1,7 millones de habitantes en el caso de agua y a casi 2 millones con respecto a desagües cloacales. Otro de los puntos centrales del contrato, en materia de saneamiento, fue el establecimiento de metas para tratar los efluentes cloacales con el objetivo de eliminar progresivamente la contaminación de los cursos de agua con líquidos servidos.⁸

En el transcurso de los 10 primeros años de concesión se extendió la red de agua potable, incrementándose el número de personas conectadas al servicio, aunque no en el grado previsto contractualmente. Sin embargo, al no haberse previsto criterios claros para llevar adelante las obras de expansión, las prioridades establecidas por la empresa respondieron fundamentalmente al logro del mayor rédito económico posible, ignorando casi por completo la sustentabilidad social del proyecto. Paralelamente, se sucedió una serie de modificaciones al plan de mejoras y expansión original, que redujo sustancialmente las metas que habían sido comprometidas por la empresa al comienzo de la concesión.⁹

Como vimos, uno de los motivos principales por los cuales la concesión fue otorgada al consorcio de Aguas Argentinas fue que éste ofreció la mayor reducción tarifaria con respecto a la de OSN. Paradójicamente, un año después del inicio de la concesión las tarifas ya habían sufrido un aumento general del 13,5%,¹⁰ a pesar de que, conforme estaba previsto en el contrato original, en el primer decenio las tarifas debían decrecer en términos reales.¹¹ De acuerdo

⁷ La jurisdicción que correspondía a la empresa Obras Sanitarias de la Nación incluía la ciudad de Buenos Aires y los partidos de Almirante Brown, Avellaneda, Esteban Echeverría, La Matanza, Lanús, Lomas de Zamora, Morón, San Fernando, San Isidro, San Martín, Tres de Febrero, Tigre y Vicente López. En esa área habitaban al momento del otorgamiento de la concesión más de ocho millones de personas.

⁸ En el primer quinquenio, una de las principales metas a cumplir era la ejecución de la Cuarta Cloaca Máxima y el tratamiento primario en Berazategui. La realización de estas obras se fue postergando a través de las diversas modificaciones contractuales. Tanto así que las obras de la Planta de Berazategui nunca se concretaron.

⁹ Véase, entre otros, Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), "Informe sobre el grado de cumplimiento alcanzado por el contrato de concesión de Aguas Argentinas S.A.", septiembre de 2003.

¹⁰ *Página/12*, 18 de octubre de 1998, "Suma y sigue/Agua y obras sanitarias que por contrato no aumentarían en diez años, ya subieron 46 por ciento desde la privatización, y negocian nuevas prebendas".

¹¹ Durante ese período sólo se "podrían efectuar ajustes tarifarios de carácter 'extraordinario' como consecuencia de modificaciones (extraordinarias) de costos —siempre y cuando se registraran incrementos superiores a un umbral del 7%, en un índice compuesto de costos de los principales insumos de la empresa— o de acontecimientos ajenos a la responsabilidad del concesionario, relevantes y no previsibles al momento de la licitación" (Azpiazu, Daniel, Forcinito, Karina, "Historia de un fracaso: la privatización del sistema de agua y saneamiento en el área metropolitana de Buenos Aires", *Recursos públicos, negocios privados. Agua potable y saneamiento ambiental en el AMBA*, Buenos Aires, Universidad Nacional de General Sarmiento, 2004).

con datos del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), la factura media del servicio se vio incrementada en un 88% desde el inicio de la concesión hasta el 2002, magnitud muy superior a la inflación registrada en dicho período.¹² Asimismo, y más allá del establecimiento de sistemas de facturación que incluían esquemas de subsidios cruzados entre zonas y tipos de edificación, orientados a favorecer a los usuarios de menores recursos y la universalización del servicio, el contrato de concesión original no incluyó explícitamente la existencia de una tarifa menor para sectores de escasos recursos. El Programa de Tarifa Social se creó recién en el año 2001,¹³ con el fin de atenuar los efectos de la crisis económica en los grupos de bajos recursos. Y, aun así, la empresa siguió estando facultada para realizar cortes del servicio ante la falta de pago.

Éstas y otras situaciones similares fueron posibles gracias a las reiteradas modificaciones contractuales y del marco regulatorio realizadas a través de decretos y resoluciones dictados por el Poder Ejecutivo,¹⁴ que terminaron desvirtuando gran parte de los objetivos iniciales de la concesión. Incluso el propio mecanismo previsto para realizar modificaciones al contrato fue drásticamente reformulado, perdiendo el carácter excepcional con el que había sido creado.¹⁵

Las opiniones coinciden en que las modificaciones contractuales que se realizaron respondieron a los intereses de la empresa, aun provocando graves perjuicios para los usuarios y la población en general. Las modificaciones redundaron en ganancias más que considerables para la concesionaria,¹⁶ sobre todo teniendo

¹² Véase Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), *op. cit.*

¹³ Este programa prevé tres medidas: el no corte y restitución del servicio y la suspensión del reclamo por vía judicial de la deuda realizada por la concesionaria. Para la instrumentación se estableció un Foro de Participación del Programa de Tarifa Social y se decidió que el receptor solicitara la inclusión a través del Municipio por medio de una solicitud y formulario de encuesta social, y a través de asociaciones de usuarios y ONG que acercaran casos de posibles receptores.

¹⁴ Al momento de la rescisión del contrato se encontraban vigentes la Ley Orgánica de OSN (ley 13.577) y sus modificatorias, las leyes 14.160, 18.503, 20.324, 20.686 y 21.066, en lo que sea de aplicación; el Marco Regulatorio de la Concesión aprobado por el decreto del PEN 999/92; el Pliego de Bases y Condiciones de la licitación y la Oferta presentada por el consorcio ganador a tal efecto; y el Contrato de Concesión suscripto entre el Estado Nacional y la empresa AASA aprobado por el decreto del PEN 787/93. Las modificaciones al contrato de concesión fueron instrumentadas mediante los decretos del PEN 149/97, 1167/97, 1087/98 y 1369/99 y las resoluciones de la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable (SRNyDS) 1.103/98, 601/99, 602/99 y 1.111/99. Y por último, la ley 25.561 sancionada en el año 2002 estableció modificaciones al régimen económico de la concesión.

¹⁵ Véase Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), "Evaluación del impacto en los derechos humanos de la inversión extranjera directa: el caso de Aguas Argentinas S.A.", 2006.

¹⁶ De los balances de la empresa surge que entre 1994 y 2001 se registró en promedio una tasa de beneficio sobre patrimonio neto de 20,3%, mientras que, por ejemplo, en el mismo período

en cuenta el riesgo empresario casi nulo que comportaba la actividad. Mientras que normalmente existe una relación positiva entre la tasa de ganancia de una actividad económica y el riesgo empresario que ésta conlleva, en este caso la regla se invirtió registrándose una correspondencia inversa entre los beneficios obtenidos y el respectivo riesgo empresario.¹⁷

La falta de regulación adecuada permitió asimismo que los niveles de endeudamiento de la empresa se elevaran tanto por sobre lo previsto en la oferta original como respecto a los admisibles para este tipo de compañías a nivel internacional.¹⁸ Esto profundizó aún más la situación crítica que enfrentó la empresa en el 2002 cuando, como consecuencia de la devaluación del peso y el congelamiento de las tarifas, vio sustancialmente afectada su capacidad de pago de las deudas que había contraído internacionalmente en dólares.

A pesar de que, como se mencionó anteriormente, las sucesivas modificaciones que sufrió el contrato de concesión tendieron a favorecer a la empresa, los objetivos y obligaciones contractuales asumidos por Aguas Argentinas fueron continuamente incumplidos. Esto motivó la aplicación de sanciones, de las cuales la empresa sólo pagó el 42%.¹⁹ Además, las distintas renegociaciones contractuales posibilitaron que los propios mecanismos de control fueran modificados, limitando cada vez más sus atribuciones y su capacidad de sanción. En este sentido, se redujeron las multas a imponerse a futuro y se permitió licuar las que ya habían sido impuestas.²⁰

A principios de 2002 el Congreso Nacional aprobó la Ley de Emergencia Económica²¹ que estableció, entre otras cosas, el abandono del régimen de convertibilidad, el congelamiento de las tarifas de servicios públicos y el llamado a una renegociación integral de los contratos de concesión de estos servicios con

el conjunto de las 200 empresas más grandes de la economía argentina registró, también en promedio, una tasa de beneficio del orden del 3,5% en términos de sus ventas anuales. La desproporción es evidente también en términos sectoriales ya que los porcentajes de rentabilidad que se manejan son entre el 6,5% y el 12,5% en los Estados Unidos, y entre el 6% y 7% en Gran Bretaña.

¹⁷ Azpiazu, Daniel, Forcinito, Karina, *op. cit.*

¹⁸ El "Informe sobre el grado de cumplimiento alcanzado por el contrato de concesión de Aguas Argentinas S.A.", presentado en Septiembre de 2003 por el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS) a la Unidad de Renegociación (UNIREN), destaca que "Aguas Argentinas S.A. optó por una estructura de capital con un nivel de endeudamiento superior a la prevista en la oferta así como a los admisibles para este tipo de compañías a nivel internacional. La normativa específica fue nuevamente flexible a favor de la empresa en la negociación de 1997/99, al aceptar niveles de endeudamiento superiores a la oferta por solicitud expresa de la compañía y así poder evitar el aporte de capital propio para cubrir las exigencias financieras de la Concesión, lo que derivó en una situación crítica de endeudamiento a partir del año 2002".

¹⁹ Véase Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), *op. cit.*

²⁰ Véase Defensor del Pueblo de la Nación, "Informe sobre el Servicio de Agua Potable y Cloacas", 2003.

²¹ Ley 25.561.

las empresas prestatarias. La renegociación del contrato de concesión con la empresa Aguas Argentinas estuvo abierta desde entonces hasta marzo de 2006, cuando el gobierno decidió por decreto rescindir el contrato²² y crear la empresa Agua y Saneamientos Argentinos Sociedad Anónima,²³ una sociedad con capital mayoritario estatal, que desde entonces está a cargo de la prestación del servicio.²⁴

3. La responsabilidad del Estado en el fracaso de la concesión de Aguas Argentinas S.A.

Es claro que los servicios públicos de carácter esencial no pueden quedar supeditados a los vaivenes típicos de la actividad empresarial. El hecho de que un Estado decida transferir a manos privadas la obligación de prestar estos servicios no significa que pueda desentenderse de la responsabilidad que le cabe de garantizarlos en condiciones de igualdad a toda su población. Esta responsabilidad queda aún más en evidencia si se tiene en cuenta que el acceso a este tipo de servicios es condición necesaria para el ejercicio efectivo de ciertos derechos humanos básicos.²⁵

El Estado tiene la responsabilidad de crear la regulación y los mecanismos de control y participación necesarios para garantizar que el actor privado que se haga cargo de la prestación del servicio respete el carácter público y esencial de éste y la función social que le es propia. En particular, el Estado tiene la obligación de que esa función social se vea reflejada en los términos del contrato de concesión y en el marco regulatorio. Asimismo, es responsable de que la regulación que se cree sea estable y no pueda verse afectada por los diversos intereses particulares de cada gobierno de turno.²⁶

Para ello, deberá encargarse de diseñar y garantizar la aplicación de un sistema de modificación de la regulación aplicable a la concesión que sea democrático, transparente, participativo y de carácter excepcional. Además, deberá garantizar un sistema de control efectivo, que sea independiente y transparen-

²² Decreto 303/06.

²³ Decreto 304/06.

²⁴ El 90% del paquete accionario está en manos del Estado y el 10% restante en manos de los trabajadores de la empresa.

²⁵ Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n° 15, "El derecho al agua (artículos 11 y 12)", E/C.12/2002/11; Observación General n° 4, "El derecho a una vivienda adecuada (artículo 11(1))", párr. 8, inc. b; Observación General n° 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)", E/C.12/2000/4, párr. 12, inc. a y párr. 43, inc. c; entre otras.

²⁶ Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n° 15, *op. cit.*, párrs. 47 y 50.

te, y establecer un canal de diálogo fluido con los usuarios y con la sociedad en general que promueva una participación activa de quienes en definitiva están en mejores condiciones para evaluar el funcionamiento del servicio y de proponer los cambios necesarios para mejorarlo.²⁷

En el caso de Aguas Argentinas, así como respecto a muchas otras concesiones, el papel del Estado distó sustancialmente de aquel que le corresponde en tanto garante último del acceso al servicio en condiciones de igualdad. Como mencionamos más arriba, el contrato de concesión se modificó en múltiples oportunidades, desvirtuando completamente cualquier lógica con la que podía haber sido concebido; dichas modificaciones se realizaron por decreto, sin ningún tipo de participación del Congreso Nacional ni consulta a la sociedad civil (hasta el año 2000, cuando tuvo lugar la primera audiencia pública); los cambios realizados tendieron a favorecer a la empresa, aun a costa de perjudicar a los usuarios actuales y potenciales del servicio, pertenecientes a los sectores más vulnerables de la población; y, a pesar de que se creó un ente regulador²⁸ éste demostró de manera constante su incapacidad para cumplir con los objetivos de controlar, regular y sancionar al concesionario.²⁹

Desde 1993 y hasta el 2000 (cuando se realizó la primera audiencia pública), la información relativa a las sucesivas renegociaciones contractuales sólo estuvo disponible de manera *ex post*,³⁰ impidiendo así la participación de la sociedad. En algunos casos, incluso, la información nunca fue publicada. En este sentido, el Defensor del Pueblo de la Nación denunció que la resolución SDSyRN n° 602/99, que modifica sustancialmente la estructura tarifaria establecida en el contrato original, nunca fue publicada en el Boletín Oficial, en tanto su texto ordena exclusivamente la notificación a la empresa y al ETOSS.

El mecanismo de audiencias públicas fue establecido por el ETOSS en 1995 (res. 140/95), sin embargo la primera fue convocada recién cuatro años después. Además, hasta el 2000 el procedimiento establecido sólo se activaba a partir de una decisión discrecional del Ente de Control. Recién la convocatoria a audiencia pública para discutir las propuestas de modificaciones al Plan de Expansión y Mejora del Servicio (Res. 42/00) estableció criterios amplios para la participación.³¹

²⁷ Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n° 15, *op. cit.*, párrs. 48 y 49.

²⁸ Ley 23.696.

²⁹ Véase Defensor del Pueblo de la Nación, *op. cit.* y Auditoría General de la Nación, resolución 7/04.

³⁰ Véase Reglamento del Usuario, art. 50.

³¹ La resolución se refiere a los usuarios reales o potenciales, individualmente o en grupos, a los prestadores de servicios de aguas y cloacas en jurisdicción de la zona regulada por el decreto 999/92 y/o sus ampliaciones, los municipios de la provincia de Buenos Aires dentro de dicha jurisdicción, la provincia de Buenos Aires, el Estado nacional y la ciudad de Buenos Aires, la Autori-

El Congreso Nacional, por su parte, tuvo un papel prácticamente irrelevante. Si bien la Ley de Reforma del Estado creó una Comisión Bicameral de Seguimiento de las Privatizaciones, que debía ser informada de manera periódica sobre los distintos procesos de concesión, el carácter no vinculante de sus decisiones hizo que en la práctica tuviera poca incidencia sobre el Poder Ejecutivo.

En lo que respecta a las características del ETOSS, la inexistencia de mecanismos formales para la designación de sus autoridades, sumada al hecho de que su financiamiento proviene de una porción fija (2,67%) de la facturación del servicio, atenta y pone en duda su independencia y consecuentemente la efectividad de sus atribuciones como órgano de control.

4. La relación con inversores extranjeros: otro punto controvertido

Más allá de los beneficios que trae aparejada la llegada de capitales extranjeros dispuestos a invertir en el país, son varios los conflictos que pueden surgir al otorgar la concesión de un servicio público esencial a capitales extranjeros, y que es indispensable tener en cuenta al momento de definir contratos y marcos regulatorios de la inversión.

Esto vuelve aún más importante el papel del Estado como regulador. Y así como el Estado está obligado a dictar la regulación necesaria para garantizar el acceso de la totalidad de la población al servicio público en condiciones de igualdad, también debe abstenerse de adoptar medidas que puedan poner en riesgo el cumplimiento de primera obligación. En este sentido, la ratificación de tratados de protección y promoción de inversiones debe evaluarse con sumo cuidado, de manera tal que la adopción de los compromisos que este acto supone no ponga en peligro o desvirtúe la función social de los servicios públicos esenciales.

Por un lado, los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) otorgan a los inversores extranjeros ciertos derechos adicionales respecto de los que gozan los nacionales. Estos derechos especiales los protegen de ciertas medidas que, aun

dad de Aplicación del Contrato de Concesión aprobado por el Decreto 787/93 del PEN, los usuarios de los servicios, las entidades no gubernamentales debidamente constituidas cuyo objeto social establezca facultades para la defensa de consumidores y usuarios de servicios públicos, incluyendo las asociaciones previstas en la ley 24.240 como asimismo cámaras y asociaciones empresarias, mutuales, cooperativas y asociaciones vecinales y de fomento y todo organismo nacional, de carácter legislativo o ejecutivo, provincial o municipal que tenga competencia para el caso, el defensor del usuario, el Defensor del Pueblo creado por la ley 24.248, la Comisión Asesora creada por Decreto PEN 999/92, y la Comisión de Usuarios creada por la resolución 38-ETOSS-99.

adoptadas por el Estado receptor haciendo uso de sus facultades regulatorias, puedan poner en riesgo la inversión o modificar sustancialmente las condiciones en las que ésta se realizó originariamente.

Otra de las herramientas que aportan estos tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones y que ha resultado de las más efectivas para los inversores, es la opción del foro que ofrecen para resolver controversias respecto a los derechos y obligaciones establecidos en el tratado. A través de la utilización de esta opción los inversores logran evadir la jurisdicción local recurriendo directamente a tribunales arbitrales internacionales —en la mayoría de los casos el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI)— para discutir medidas adoptadas por los gobiernos nacionales, que consideran violatorias al derecho internacional sobre inversiones establecido en los TBI pero que en muchos casos son adoptadas con el fin de proteger el interés público.

Estos tribunales, en su gran mayoría, han demostrado ceñirse demasiado literalmente al contenido de los tratados bilaterales, desestimando todo otro argumento presentado por los Estados demandados tendientes a explicar las razones que motivaron la adopción de medidas que para los inversores demandantes resultan violatorias de sus derechos como inversores extranjeros. Su poder reside fundamentalmente en la capacidad con que cuentan de establecer medidas compensatorias millonarias. Medidas de este tipo resultan ser disuasivas hacia el futuro tanto para los Estados condenados como para los Estados que podrían verse expuestos a este tipo de contiendas.

En el caso de la Argentina, como en el de muchos otros países de América latina, los TBI fueron ratificados sin que haya existido un análisis significativo de los compromisos que implicaba su firma a la luz de otras obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de derechos humanos, medio ambiente y derechos de los usuarios y consumidores.

Hoy pueden verse las consecuencias de no haber tomado estas precauciones. Combinados, los derechos especiales en cabeza de los inversores extranjeros que les permiten cuestionar medidas de carácter general y la posibilidad de demandar al Estado directamente ante una instancia internacional han demostrado tener un efecto devastador. A raíz del dictado de la Ley de Emergencia Económica, que congeló las tarifas de los servicios públicos, el Estado nacional ha debido enfrentar una gran cantidad de reclamos internacionales que, de hecho, lo ubican en el primer lugar en la lista de países demandados ante el CIADI.³²

Estas demandas tienen el potencial de afectar sustancialmente el patrimonio del Estado, en tanto de prosperar aumentarían aún más el abultado pasivo

³² Véase <www.worldbank.org/icsid>.

que actualmente tiene la Argentina. Decisiones de este tipo suelen tener un efecto disuasivo ya que —a fin de evitar nuevas condenas en el futuro— los Estados podrían autolimitar su capacidad regulatoria en materias vinculadas a la defensa del interés público. De hecho, a raíz del impacto económico que tendría una condena en este marco, los reclamos internacionales han servido como herramienta de presión para las empresas concesionarias de servicios públicos interesadas en lograr a nivel local una renegociación contractual que les resulte favorable, lo que entre otras cosas implica un aumento en las tarifas del servicio.³³

En este sentido, las presiones por parte de las empresas de servicios públicos a raíz del congelamiento de las tarifas comenzaron ni bien se tomó la medida, bastante antes de que se iniciaran las demandas ante el CIADI. Debido a las implicaciones financieras del congelamiento para las empresas que habían contraído sus deudas en el exterior, las presiones tendientes a lograr aumentos tarifarios fueron recurrentes y en distintos niveles. Las empresas presionaron directamente al gobierno argentino y también a sus gobiernos de origen, quienes, a través de la vía diplomática o por intermedio de instituciones internacionales de las cuales son miembros, insistieron para que se aumentaran las tarifas.

En particular cabe mencionar el papel del Fondo Monetario Internacional en este contexto. Instados por los países de origen de estas empresas que a su vez son miembros de la Junta de Gobernadores del organismo, los representantes del Fondo Monetario Internacional insistieron en presionar al gobierno argentino para que aumentara las tarifas de los servicios públicos, aun a sabiendas de que hacerlo implicaba violar el procedimiento previsto legalmente para llevar adelante estos aumentos. Que el aumento de tarifas fuera una exigencia del Fondo para realizar un nuevo desembolso sin dudas disminuía sustancialmente la capacidad de negociación del gobierno frente a las empresas privadas. De hecho, el establecimiento de este tipo de condiciones transforma un proceso de negociación, cuyo resultado *a priori* debería ser incierto, en una parodia.

Las presiones surtieron efecto ya que el gobierno del entonces presidente Eduardo Duhalde intentó en reiteradas oportunidades efectivizar aumentos

³³ La íntima vinculación que en muchos casos existe entre las demandas internacionales y el proceso de renegociación queda en evidencia, por ejemplo, en la decisión del Ministerio de Economía (resolución 308/02 del 16 de agosto de 2002, art. 11) a través de la cual se excluye del proceso de renegociación integral de los contratos de servicios públicos a aquellas empresas que durante su desarrollo efectuaren una presentación ante un tribunal arbitral. En el caso de Aguas Argentinas específicamente esta relación puede apreciarse en el acuerdo firmado entre la empresa y el gobierno argentino por el cual se decide suspender el trámite y ejercicio de las cuestiones de fondo del trámite ante el CIADI mientras dure el acuerdo provisorio al que se arribó en el marco de la renegociación (Acta del acuerdo suscripto el 11 de mayo de 2004, entre la Presidencia de la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos y la empresa Aguas Argentinas S.A., art. 2 ap. 2) inc. b.).

por fuera del proceso de renegociación integral de los contratos. Dichos intentos fueron frenados exitosamente por presentaciones judiciales realizadas por distintas organizaciones de usuarios y por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires.³⁴

El éxito de las presentaciones judiciales, sumado al hecho de que el nuevo gobierno no estuvo dispuesto a desconocer el proceso de renegociación integral en curso para satisfacer los intereses de las privatizadas, motivó la presentación de demandas internacionales que, casi en su totalidad, aún se encuentran en trámite. Teniendo en cuenta los antecedentes jurisprudenciales que existen, resulta probable que los reclamos iniciados por los inversores extranjeros prosperen y el Estado argentino resulte condenado a pagar cifras millonarias. Sólo resta esperar que estos tribunales decidan abandonar el criterio restrictivo imperante para analizar casos como los que enfrenta la Argentina y comiencen a sopesar también otro tipo de obligaciones internacionales asumidas por los Estados demandados vinculadas a la protección del interés público, así como las relativas a derechos humanos y a la protección del medio ambiente.

5. La estrategia de la sociedad civil para hacer frente a este contexto

Como se mencionó anteriormente, en el año 2002 el Congreso Nacional estableció el llamado a una renegociación integral de los contratos de servicios públicos con las empresas privatizadas para su adecuación al nuevo escenario económico. Bajo este régimen los aumentos de tarifas sólo podían darse luego de analizar cada contrato en su totalidad, y garantizando la participación de todas las partes interesadas (incluidos los usuarios) en ese proceso de evaluación.

Sin embargo, el Poder Ejecutivo en reiteradas oportunidades buscó aumentar las tarifas de los servicios públicos, entre otras razones para cumplir con las condiciones impuestas por el Fondo Monetario Internacional. Y, frente a ese escenario, la sociedad civil jugó un papel fundamental para evitarlo.

Todas las medidas ilegítimas que adoptó el gobierno para conseguir aumentos tarifarios fueron frenadas por los usuarios, quienes a través de organizaciones que los agrupan o de la representación por parte de distintas Defensorías del Pueblo supieron combinar las estrategias necesarias para actuar exitosamente. Así, las primeras dos convocatorias a audiencias públicas con el objetivo de analizar el aumento tarifario fueron suspendidas por acciones judiciales

³⁴ Véase Nino, Ezequiel y Garrote, Jimena, "Argentinian groups challenge IMF pressure on utility prices", *Bretton Woods Update, March/April 2003*, Londres, Bretton Woods Project, 2003.

interpuestas por numerosas ONG de consumidores y usuarios³⁵ y por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires.³⁶ Luego de ello, el gobierno dictó el 2 de diciembre de 2002 un decreto de necesidad y urgencia. En esta norma se dispone el aumento de la tarifa de los servicios públicos, incrementándose un 7,2% las tarifas de gas y un 9% las de electricidad.³⁷ En esta oportunidad, el decreto fue impugnado judicialmente por el Defensor del Pueblo de la Nación, por la Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y por numerosas entidades de defensa de los usuarios y fue suspendido por la justicia.

Paralelamente, el CELS, junto con un grupo de organizaciones de usuarios,³⁸ denunció ante la Oficina de Evaluación Independiente³⁹ del Fondo Monetario Internacional las presiones ejercidas por los funcionarios del organismo al gobierno argentino por resultar contrarias tanto a la legislación interna del país como al propio Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional.⁴⁰ Este último impide al organismo defender los intereses de alguno de los países miembros por sobre los de otro y, en este caso, fue clara la actitud de los representantes del Fondo tendientes a satisfacer los intereses de las empresas privatizadas, en su gran mayoría con capitales europeos.

Si bien los hechos denunciados no fueron tenidos en cuenta por la Oficina, cuyo mandato la habilita a evaluar discrecionalmente la información que recibe, la iniciativa logró instalar el tema en la opinión pública local con mayor fuerza y visibilizar el accionar fraudulento de los funcionarios del Fondo.

La falta de transparencia que prevaleció durante toda las negociaciones con el Fondo Monetario Internacional, que culminaron en el acuerdo alcanzado en enero de 2003, motivó una presentación de las organizaciones en los tribunales locales por acceso a la información, que completó la presentación ante-

³⁵ Véase “Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/Estado Nacional PEN, Ministerio de Economía s/sumarísimo”.

³⁶ Cfr. *Clarín*, 15 de noviembre de 2002, “La suba de la tarifa del agua quedaría para enero”.

³⁷ *La Nación*, 2 de diciembre de 2002, “El Gobierno dio a conocer el decreto que dispone el aumento en las tarifas de luz y gas”.

³⁸ Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, Unión de Usuarios y Consumidores, Ariel Caplan (el entonces representante de los usuarios en la Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos) y la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ).

³⁹ Véase <<http://www.imf.org/external/np/ieo/index.htm>>.

⁴⁰ El artículo XII sección 4 del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional establece que “en el desempeño de sus funciones, el Director Gerente y el personal del Fondo se deberán por completo al servicio del Fondo y no al de ninguna otra autoridad”. Y continúa diciendo que “los países miembros del Fondo respetarán el carácter internacional de este deber y se abstendrán de todo intento de ejercer influencia sobre cualquier funcionario en el desempeño de sus funciones”.

rior. Si bien se hicieron públicos los borradores de la carta de intención, distintos trascendidos periodísticos indicaban la existencia de anexos secretos a esos documentos en los que el gobierno argentino comprometía aumentos tarifarios como condición para conseguir un nuevo acuerdo de préstamo.

A través de esa presentación, iniciada por el mismo grupo de organizaciones que se presentaron ante la Oficina de Evaluación Independiente, se reclamó al gobierno que informara si efectivamente estos anexos secretos existían y en su caso cuál era su contenido específico. Finalmente la información no fue proporcionada ya que a mitad del proceso judicial el desembolso fue aprobado, aunque los aumentos no se efectivizaron. Sin embargo, la sola presentación de la acción instaló en la opinión pública argentina un debate sobre las políticas de transparencia del Fondo Monetario Internacional que está presente a nivel internacional. Durante su visita al país en junio de 2003, el director del Fondo Horst Köhler discutió estas cuestiones con representantes de la sociedad argentina, entre ellos el presidente del CELS, quien destacó que la presión para un aumento de tarifas es contradictoria con las finalidades del Fondo Monetario Internacional de “mantener altos niveles de ocupación y de ingresos reales” de la población.

Como mencionamos anteriormente, el fracaso de las presiones diplomáticas a través de los organismos internacionales de crédito motivó en los inversores extranjeros la búsqueda de nuevos mecanismos de reclamo. Así es que, sobre todo a partir del año 2003, comenzó a presentarse una considerable cantidad de solicitudes de arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias sobre Inversiones.

A partir de ese momento la atención estuvo puesta en estos arbitrajes. La dimensión institucional de estas causas es innegable. Por un lado, por la íntima vinculación entre las discusiones que se generan en su marco con el proceso de renegociación de los contratos que se lleva a cabo en forma paralela en la Argentina. Por otro lado, porque lo que estos tribunales analizan es la legitimidad de una medida de carácter general tendiente a garantizar el acceso a servicios esenciales por parte de la población y sobre todo de los sectores más vulnerables.

A esto se sumó la exclusión del representante de los usuarios en el proceso de renegociación de los contratos de servicios públicos. Su participación estuvo prevista originalmente⁴¹ pero dejó de estarlo cuando al asumir su mandato el presidente Kirchner disolvió la Comisión de Renegociación de los contratos y creó en su lugar la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN). De esta manera los usuarios dejaron de tener información pormenorizada sobre el avance de las renegociaciones.

⁴¹ Decreto 293/02.

El marcado interés público de estos arbitrajes, sumado al hecho de que el proceso de renegociación de los contratos dejó de estar abierto a la participación de la sociedad civil luego de la asunción del nuevo gobierno, llevaron a un grupo de organizaciones, entre ellas el CELS, a presentarse ante el CIADI en calidad de *amicus curiae*.

A pesar de la imposibilidad de participar activamente del proceso de renegociación y de no poder acceder a información pormenorizada sobre éste, las organizaciones continuaron insistiendo frente a la UNIREN, en la importancia de que el proceso respetara contenidos mínimos en materia de derechos humanos presentes en los tratados internacionales suscriptos por Argentina.

La empresa Aguas Argentinas S.A.⁴² demandó al Estado nacional ante el CIADI por el dictado de la Ley de Emergencia Económica, argumentando que el congelamiento de las tarifas del servicio luego del *default* era de carácter expropiatorio y reclamó una indemnización por los supuestos daños causados a sus inversiones a raíz del dictado de dicha medida.

Teniendo en cuenta la estrecha vinculación entre el acceso al servicio de agua potable y saneamiento y la posibilidad de ejercer otros derechos humanos básicos como el derecho a un nivel de vida adecuado, a la vivienda digna y a la salud, el caso de Aguas Argentinas fue el elegido para realizar la presentación en calidad de *amicus curiae*.

De acuerdo a la actual normativa que rige el procedimiento ante el CIADI,⁴³ la tramitación de los casos se mantiene en secreto, las presentaciones de las partes no se dan a publicidad y tanto las audiencias como las deliberaciones del tribunal se celebran en privado sin publicarse posteriormente. Por esta razón, el primer escrito presentado por las organizaciones se concentró en remarcar que la confidencialidad de los procedimientos en los cuales se discutían cuestiones de interés público es inadmisibles.⁴⁴

Otro de los puntos del escrito argumenta a favor del claro interés público del caso y afirma que “las decisiones cuestionadas por Aguas Argentinas S.A. constituyen medidas de carácter general adoptadas por el Estado Argentino haciendo uso de su potestad regulatoria, que guardan íntima relación con el modo en que los habitantes acceden y gozan de un servicio público esencial como es el de agua potable y saneamiento”. Por esta razón, es necesario que se reconozca que “la decisión que adopte este tribunal afectará de manera directa la protección y garantía de derechos fundamentales de los residentes del área de

⁴² Luego de iniciada la controversia la empresa Aguas Argentinas desistió del reclamo continuando como demandantes los accionistas Aguas de Barcelona, Anglian Water, Suez y Vivendi.

⁴³ Véase Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje en <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partA.htm>>.

⁴⁴ Disponible en <<http://www.cels.org.ar>>.

prestación de servicios. Y en el mismo sentido resulta claro que el proceso no puede ser conducido en secreto y sin la participación de la sociedad civil, particularmente de las personas directamente afectadas”.

Finalmente, también se cuestiona como fuente de potenciales conflictos de intereses la estrecha relación existente entre el CIADI y las restantes instituciones que forman el Banco Mundial, en particular el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y la Corporación Financiera Internacional (CFI). El presidente del Banco Mundial es también presidente del Consejo Administrativo del CIADI, y puede en ciertos casos designar árbitros del tribunal incidiendo por lo tanto de manera decisiva en la suerte de los arbitrajes y las conciliaciones. Este tema es fuente de conflictos ya que las instituciones del Banco tienen interés concreto en los casos que se ventilan ante el CIADI. Cabe recordar que la CFI se hizo acreedora del 5,12% de las acciones de Aguas Argentinas S.A. y el BIRF ha jugado un papel protagónico en el diseño del marco regulatorio de los servicios públicos concesionados, y en el proceso de privatización, incluyendo el de aguas.

La solicitud fue admitida por unanimidad del tribunal arbitral del CIADI luego de haber consultado a las partes en el caso. Mientras el Estado argentino se manifestó a favor de la participación de las organizaciones, los accionistas de Aguas Argentinas se opusieron por considerar que “la importancia pública e institucional’ del caso no existe”.⁴⁵

El tribunal resolvió que el caso “no entraña una simple diferencia contractual entre partes privadas en la que cualquier intento realizado por personas que no sean partes por intervenir en calidad de amigos de la corte podría ser considerado como una ingerencia oficiosa”. Por el contrario, el tribunal consideró que el caso reviste especial interés público en tanto “la diferencia relativa a inversiones gira en torno de los sistemas de distribución de agua y alcantarillado de una extensa zona metropolitana: la ciudad de Buenos Aires y los municipios que la rodean. Esos sistemas proporcionan servicios públicos básicos a millones de personas y, en consecuencia, podrían plantear una amplia gama de cuestiones complejas en materia de derecho público e internacional, incluidas consideraciones relativas a derechos humanos”.⁴⁶

Y concluyó resolviendo que “toda decisión emitida en este caso, sea a favor de los Demandantes o de la Demandada, tiene el potencial de afectar el funcionamiento de esos sistemas y, por consiguiente, a la población que los mismos atienden”. Por esta razón, en una resolución sin precedentes en la historia, el CIADI, reconoció el carácter de interés público del caso y la posibilidad

⁴⁵ Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* del 19 de mayo de 2005.

⁴⁶ *Ibid.*

de que la sociedad civil someta a su consideración escritos en carácter de *amicus curiae*.

El tribunal también tuvo en cuenta una tendencia creciente en otros tribunales encargados de resolver contiendas comerciales, que comenzó en el marco del mecanismo de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y luego en los arbitrajes sobre inversiones del NAFTA, que destaca que en las circunstancias apropiadas las opiniones ofrecidas por *amici curiae* idóneos pueden resultar fundamentales para la correcta resolución de caso.

Sin embargo, y a pesar de que en la resolución resaltó la importancia de otorgar mayor transparencia al mecanismo en los casos en los que se discuten cuestiones de interés público, el tribunal rechazó parcialmente la presentación al no admitir el acceso de la sociedad civil a las audiencias por la expresa oposición de Aguas Argentinas S.A.

En noviembre de 2006 las organizaciones realizaron una nueva presentación en la que solicitaron formalmente autorización para ser consideradas como *amicus curiae*, tal como lo había solicitado el tribunal en la resolución del 12 de agosto de 2005.

6. Lecciones aprendidas y desafíos hacia adelante

En pos de garantizar que las inversiones en servicios públicos contribuyan efectivamente al ejercicio pleno de los derechos sociales cuya realización se vincula al acceso a éstos, resulta fundamental que los gobiernos cuenten con la capacidad y la voluntad de adoptar las medidas necesarias. En este sentido, el caso de Aguas Argentinas resulta emblemático e ilustra claramente sobre algunas cuestiones a tener en cuenta al momento de pensar las características de una nueva concesión.

A comienzos del 2002, la Ley de Emergencia Económica estableció el inicio de un proceso de renegociación integral de los contratos de servicios públicos privatizados. Cinco años más tarde, la mayoría de los procesos de renegociación sigue abierto. En el caso de Aguas Argentinas, sin embargo, en marzo de 2006 el Poder Ejecutivo Nacional decidió interrumpir la negociación y rescindir el contrato de concesión. La gravedad de las causales que provocaron la rescisión contractual motivó que ésta se hiciera efectiva a través de un Decreto de Necesidad y Urgencia.⁴⁷ Luego de la rescisión, el gobierno creó una nueva empresa, Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (AYSA) que desde entonces se ha hecho cargo de la concesión.

⁴⁷ Decreto 303/06.

Fundamentalmente, el gobierno basó su decisión en la existencia de incumplimientos graves por parte de la empresa, “especialmente referidos a las inversiones en expansión del servicio que fuera el eje de la concesión, y de los objetivos de calidad que en este servicio público se relacionan directamente con la salud de la población”.⁴⁸

Sin embargo, además de los puntos expuestos por el Poder Ejecutivo en el decreto que rescinde el contrato de concesión, existen otros hechos que resultan sumamente graves y que deben necesariamente ser revertidos en esta nueva etapa.

Entre otras cosas, una de las deficiencias más grandes fue la falta de transparencia y mecanismos de participación y control. Las modificaciones al contrato y al marco regulatorio fueron múltiples y en todos los casos se realizaron a través de decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo. Hasta el año 2000, la participación de los usuarios en este tipo de procesos no estaba prevista. Además, la gestión del Ente Regulador, encargado de ejercer control sobre el funcionamiento de la empresa, resultó ser deficiente y no pudo evitar los reiterados incumplimientos contractuales que se dieron durante los años de concesión.

Todas estas cuestiones han sido plasmadas en diferentes publicaciones e informes realizados por organismos estatales, organizaciones no gubernamentales y el Defensor del Pueblo de la Nación.⁴⁹ A pesar de ello, y de la aparente intención del gobierno actual de revertir las deficiencias del servicio en el pasado y trabajar en pos de garantizar su acceso a los sectores tradicionalmente más postergados de la población, aún no se ha suscripto un contrato de concesión y sigue vigente el marco regulatorio que rigió durante la concesión.

Esto resulta particularmente relevante si se tiene en cuenta que gran parte del fracaso de la concesión anterior se debió a la discrecionalidad con la cual manejaron el tema los distintos gobiernos de turno. Ni las sucesivas renegociaciones contractuales con Aguas Argentinas ni las modificaciones al marco regulatorio de la concesión, que desvirtuaron completamente la función social que debe cumplir un servicio público esencial, hubieran sido posibles sin la conformidad del gobierno encargado de autorizarlas. Este manejo discrecional se vio particularmente facilitado por la ausencia de controles democráticos suficientes.

Por esta razón es que resulta fundamental, a los efectos de garantizar esa función social intrínseca a un servicio público esencial, que la normativa que se cree para regular la concesión sea estable y no pueda verse afectada por los diversos intereses particulares de cada gobierno de turno. Esto implica, como mencionamos más arriba, que el sistema de modificación de la regulación apli-

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Véase, entre otros, Defensor del Pueblo de la Nación, *op. cit.* y Auditoría General de la Nación, resolución 7/04.

cable a la concesión sea democrático, transparente, participativo y de carácter excepcional. Además, es necesario que exista un sistema de control efectivo, independiente y transparente, y que garantice la participación de los usuarios.

En este sentido, la decisión de rescindir el contrato de concesión con la empresa Aguas Argentinas S.A. y constituir la sociedad Agua y Saneamientos Argentinos S.A. otorga al gobierno del presidente Kirchner una oportunidad única para revertir los errores del pasado y sentar las bases que garanticen que éstos no se repitan. Un primer paso en este sentido ha sido dado al reconocer expresamente el acceso al agua potable como un derecho humano en el decreto a través del cual se rescinde el contrato de concesión anterior.⁵⁰ Paradójicamente, determinadas actitudes posteriores del Poder Ejecutivo distan de reivindicar estos valores que llevaron al gobierno a dar por finalizada la relación con la empresa Aguas Argentinas.

Por medio de una maniobra de una discreción sorprendente, el Poder Ejecutivo envió al Congreso para su aprobación un proyecto de marco regulatorio del servicio de agua potable y saneamiento que desconoce estándares mínimos en materia de transparencia, participación y control. A pesar de que su preámbulo también se refiere al acceso al agua potable como un derecho humano, el proyecto no cumple con los estándares mínimos necesarios para garantizarlo.⁵¹ Corresponde resaltar el avance cualitativo respecto al modelo anterior que significa que el marco regulatorio del servicio sea aprobado por ley y no por decreto. Sin duda se trata de una contribución sustancial a la estabilidad del sistema normativo que rige la concesión. Sin embargo, las particularidades del proceso opacan este avance.

Antes de hacer referencia a las características del marco regulatorio promovido por el Poder Ejecutivo, una mención especial merece el proceso a través del cual el proyecto logró su aprobación por el Senado, sin que la opinión pública tomara siquiera conocimiento de que iba a ser tratado. En primer lugar, el marco regulatorio fue enviado al Congreso como anexo a un proyecto de Convenio Tripartito caracterizando la provisión de agua potable como un servicio público⁵² por lo que no resultaba posible saber de su existencia a par-

⁵⁰ Decreto 303/06.

⁵¹ Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n° 15, *op. cit.*, entre otros.

⁵² Textualmente el proyecto figura publicado como Convenio Tripartito Suscripto entre el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, caracterizando la provisión de agua potable y desagües cloacales como un servicio público y creando el Ente Regulador de Agua y Sanemiento (ERAS) y la Agencia de Planificación. El artículo sexto de dicho convenio reza: "Apruébase el Marco Regulatorio para la prestación del servicio público de agua potable y desagües cloacales en el ámbito establecido por el decreto 304 de fecha 21 de marzo de 2006, ratificado mediante ley 26.100, cuyo texto como Anexo 2 en copia autenticada forma parte integrante de la presente ley".

tir de la lectura del listado de proyectos ingresados que figura en el sitio web de la Cámara Alta. Tampoco podrían haberse enterado de su existencia quienes se hubiesen interesado por acceder al texto completo del convenio tripartito ya que éste no se encontraba disponible *on line*. Una nueva oportunidad habría tenido la opinión pública de tomar conocimiento de esta iniciativa del gobierno si el tratamiento del proyecto hubiera sido incluido en el orden del día de la sesión del 13 de noviembre de 2006, confeccionada en la reunión de labor parlamentaria que se celebró el día anterior. Sin embargo, el proyecto tampoco fue mencionado en dicha oportunidad. La inclusión sobre tablas de este tema en la anteúltima sesión del año sorprendió a la opinión pública e incluso a varios de los senadores que se encontraban presentes en el recinto.

A la falta de transparencia con la que se manejó el tema y la consecuente ausencia de participación de la sociedad civil en el proceso, se suma la ausencia de debate en el ámbito parlamentario. De hecho, dos semanas y media después de haber ingresado al Senado, el proyecto ya había sido tratado y aprobado en la sesión plenaria. Con la misma celeridad, el proyecto fue girado con urgencia a la Cámara de Diputados para ser aprobado ese mismo día. La oposición rechazó la propuesta de tratarlo sobre tablas pero el bloque oficialista pidió que la iniciativa tuviera una preferencia para ser tratada en la siguiente sesión. Sin embargo, por un error de cálculo, y ante el retiro masivo del recinto de los diputados de la oposición, el oficialismo no logró el quórum necesario para tratar el proyecto.

El relato hecho hasta aquí da cuenta de la falta de voluntad por parte del Poder Ejecutivo y del Senado de debatir adecuadamente el proyecto. El sorpresivo fracaso de la iniciativa en la Cámara Baja brindó una nueva oportunidad para dar esta discusión y generar finalmente una instancia de diálogo abierta que promoviera la participación de los distintos sectores interesados en el tema.

Con respecto al texto del proyecto de nuevo Marco Regulatorio, como dijimos, éste no garantiza estándares mínimos en materia de transparencia, participación y control. En particular resultan preocupantes las disposiciones previstas en el proyecto en materia de regulación y control ya que no garantizan el principio de independencia de los órganos encargados de esas funciones. En este sentido, el nuevo Ente Regulador de Aguas y Saneamiento (ERAS) se crea en el ámbito del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios. Además, quien elige a los directores del organismo es el Poder Ejecutivo Nacional, uno de ellos directamente y los otros dos por recomendación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires. Para promover la independencia del organismo de control deberían establecerse concursos públicos para seleccionar a sus autoridades, tal como ocurre en los marcos regulatorios de electricidad y gas.

Teniendo en cuenta la composición accionaria de la empresa concesionaria del servicio, de capital mayoritario del Estado nacional, resulta de particular im-

portancia garantizar la independencia del organismo de control. Sin embargo, y al margen del mecanismo de selección de su directorio, las funciones de regulación y control del nuevo ente regulador son relativas ya que quedan fuera de su órbita de supervisión cuestiones sustanciales tales como el establecimiento de metas de expansión y la determinación de tarifas. En este sentido, es la Subsecretaría de Recursos Hídricos, en su calidad de Autoridad de Aplicación, la que establece el monto de las tarifas y dispone su aumento, y la Agencia de Planificación (cuyo presidente es el mismo subsecretario de Recursos Hídricos) es la que dispone las metas de expansión y las modifica, sin que se garantice ningún tipo de consulta a los usuarios. En este nuevo esquema, la participación de los usuarios y el debido acceso a la información tampoco se encuentran garantizados. A modo de ejemplo, no está prevista la celebración de audiencias públicas previas a la modificación de cuestiones sustanciales vinculadas al acceso al servicio, como cambios en las metas de expansión o en el esquema tarifario.

Asimismo, al momento de establecer criterios de expansión de la red, el proyecto tampoco garantiza el acceso prioritario al servicio de los sectores más vulnerables de la población del área de concesión. Por otra parte, si bien se establece una tarifa social, no son claros los criterios para otorgarla. El texto permite definir “casos prioritarios” para acceder al beneficio, lo cual no garantiza que la totalidad de las personas que efectivamente lo necesiten puedan acceder a él. Por último, respecto de los estándares mínimos de calidad establecidos en la nueva regulación, el texto faculta a la Subsecretaría de Recursos Hídricos a modificarlos y nada se prevé para impedir que las eventuales modificaciones que se realicen no impliquen la reducción de los estándares existentes.

En resumen, si bien es auspiciosa la intención del gobierno de que el nuevo marco regulatorio sea adoptado por ley, el relato hecho hasta aquí da cuenta de las deficiencias del proceso y del marco regulatorio en sí. El hecho de que AYSA sea una empresa privada (el Estado Nacional detenta el 90% del capital accionario pero se trata de una sociedad anónima), que presta un servicio público esencial de manera monopólica y que fue designada por decreto y no a través de un proceso licitatorio transparente y participativo, torna esencial que se establezcan canales de participación para los usuarios del servicio y de la sociedad civil en general, en la formulación y ejecución de cualquier regulación, estrategia, política o programa vinculado al acceso al agua, lo que comprende también la incorporación de la sociedad civil en las renegociaciones y modificaciones contractuales. El cumplimiento de estos recaudos redundará en que en esta nueva etapa no se repitan los errores del pasado y se establezcan criterios adecuados que garanticen el acceso al servicio público por parte de toda la población, fundamentalmente de aquellos sectores en situación de mayor vulnerabilidad, cuyos derechos y necesidades han sido desatendidos hasta hoy.