

OBSTÁCULOS ESTRUCTURALES PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE OBRAS SANITARIAS DE CORRIENTES COMO ENTE REGULADOR DEL SERVICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE

MAYRA EVELYNA BAJALES¹

La observación de las deficiencias institucionales desde el punto de vista normativo que refleja el Ente Regulador del servicio de agua potable, Administración de Obras Sanitarias de Corrientes (en adelante AOSC), en particular su proceso de creación a partir de transformarlo de órgano prestatario del servicio a órgano controlador del mismo, crean un marco propicio para su captura por parte de la empresa concesionaria (Aguas de Corrientes SA) o para la politización de sus decisiones.

La primera falencia se vincula a la creación del organismo, gozando de personalidad jurídica de derecho público y privado y dotado de **autarquía financiera y administrativa**. Del examen de la ley N° 3.573 (creación como ente prestador del servicio de agua potable y desagües cloacales) y los decretos N° 5.121 (asignación de funciones como ente regulador) y N° 4.350 (ampliación de sus atribuciones), parecería de imposible cumplimiento dicha autarquía pues tanto en sus contrataciones, operaciones de crédito y en general lo referente a la administración de sus bienes, así como la proyección del presupuesto de gastos y cálculo de recursos, plan de trabajos y el establecimiento del personal orgánico necesita de la aprobación del Poder Ejecutivo. Al margen de que la concesión del servicio de agua potable se realizó de manera apresurada y al parecer sin reflexionar acerca del impacto que produciría en los usuarios, principales destinatarios del mismo, surge de la lectura de las diferentes normativas que la autarquía financiera y administrativa proclamada no podría existir ya que, entre otras cuestiones, el decreto N° 5.121 estableció que el

¹ Abogada. Mediadora Familiar y Comunitaria. Docente Adscripta de Derecho Administrativo I, Cátedra "B" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE. Becaria de Investigación – Categoría INICIACION – de la Secretaría General de Ciencia y Técnica, UNNE. Maestrando en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales de la Universidad Nacional Tres de Febrero.

Administrador General organizaba la estructura interna y su funcionamiento, elevando por intermedio del Ministerio de Obras y Servicios Públicos la estructura propuesta para su aprobación por el Poder Ejecutivo (art. 4). El decreto N° 4.350 dispuso que la AOSC debe someter a aprobación del Poder Ejecutivo las normas que regulen los trámites internos referentes a sus contrataciones.

Siguiendo a CASSAGNE² que sostiene que la autarquía, en términos generales, consiste en la competencia del ente para autoadministrarse de acuerdo con normas dictadas por otra entidad que conserva potestades de control y vigilancia, en el caso analizado ella está ausente pues es de sentido común suponerla irrealizable si para aspectos esenciales que hacen a lo estructural y cotidiano es imprescindible la aprobación de otro.

La autarquía implica en principio una importante esfera de independencia que facilita la conformación de áreas estatales con un alto grado de especialidad funcional, las que están libradas de la potestad de mando e interferencias en cuanto a la oportunidad o conveniencia de las decisiones. Por lo que, siguiendo a AZPIAZU y SCHORR³, la AOSC deviene en su configuración efectiva como mera estructura administrativa-burocrática subsumida en la órbita de un Ministerio tornando escasa o nula su autarquía real.

Una de las claves para el funcionamiento correcto y eficaz de los entes reguladores es su independencia e imparcialidad, que deben estar garantizadas, advirtiéndose su ausencia en la AOSC frente al poder político de turno. Es así que cuando se suscita un conflicto sobre la interpretación del contrato, el organismo debe consultar a la Fiscalía de Estado sobre los problemas de índole económica y si bien se afirma su autarquía, ésta lo será **“sin perjuicio del contralor administrativo del Poder Ejecutivo, el que podrá intervenirlo**

² CASSAGNE, Juan C.: Derecho Administrativo, T. I, 7ª edición, LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, pág. 292.

³ ASPIAZU, Daniel y Martín SCHORR: Regulación de los Servicios Públicos Privatizados y Gobernabilidad en la Argentina. Principales Desafíos para una nueva Administración Gubernamental, Trabajo presentado en el II Congreso Argentino de Administración Pública organizado por la Asociación Argentina de Estudios de Administración Pública, Universidad Nacional de Córdoba, 27 al 29 de noviembre de 2003, y elaborado en el marco del Proyecto “Privatización y Regulación en la Economía Argentina” que cuenta con el patrocinio de la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica y del CONICET, publicado en la Biblioteca Virtual TOP con autorización de los autores.

si las exigencias del buen servicio lo hicieran indispensable...”, como lo que hasta el presente ocurre con la interminable intervención del organismo aún cuando resulta totalmente improcedente en los entes regulatorios previstos en el art. 42 de la Constitución nacional y el art. 48 de la reformada Carta Magna correntina, incluso en los creados por decreto que revisten el carácter de entes autárquicos.⁴

Tal vez el problema más grave que encontramos en el ente regulador de la empresa concesionaria, Aguas de Corrientes S.A., y por el cual consideramos que no constituye un verdadero ente regulador, es su falta de independencia, o mejor dicho, la dependencia que tiene con el Poder Ejecutivo, haciendo que la designación o destitución de los funcionarios se encuentre totalmente controlado por éste, reduciendo al mínimo el lineamiento con la empresa que surge de la forma de financiamiento. BARBARÁ⁵ entiende que la especialización de los Entes supone que los mismos debieran ser conducidos y manejados por expertos en la especificidad respectiva, esto es, por técnicos, no por políticos. Pero para que las decisiones de los expertos sean técnicas, esto es, ajustadas al conocimiento de la materia a controlar y regular, es menester que los mismos tengan independencia.

El ejercicio de la función regulatoria aparece no sólo aconsejado sino exigido que se confíe a entes independientes a cargo de expertos, sustrayéndosela, hasta donde fuese posible, a las instancias políticas que, paradójicamente, invisten legitimación democrática directa. En el decreto N° 4.350 se determina que la designación del Administrador General queda a cargo del Poder Ejecutivo, sin establecer ningún tipo de procedimiento de selección ni tampoco la duración del mandato de aquel, sino solamente los requisitos de que tanto él como los Jefes del Departamento Técnico y del Departamento Administrativo, Contable, Legal deben ser graduados a nivel universitario en la rama de Ingeniería los primeros y el último en la de Ciencias Económicas y ser argentino nativo o naturalizado con diez años de ejercicio de la ciudadanía (art. 2 incs. a y c). La falta de mayores requisitos que los mencionados, de un procedimiento

⁴GORDILLO, Agustín: Derecho Administrativo, edición digital en www.gordillo.com, Cap. XV- 5.

⁵BARBARÁ, Jorge E.: República Argentina: Ruptura de contratos sociales y la cuestión de Entes Reguladores independientes, Segundo Congreso Argentino de Administración Pública. Sociedad, Estado y Administración.

de selección que garantice transparencia e igualdad entre los concurrentes y de la duración de los mandatos autorizan a pensar que el diseño del ente y su estructura interna se asemeja a una especie de “apéndice” del Poder Ejecutivo, respondiendo a los intereses partidarios de turno. A diferencia de Corrientes y a modo de ejemplo, en Mendoza se creó por ley N° 6.044 el Ente Provincial del Agua, organismo autárquico del Estado con plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del Derecho Público y Privado. Su presidente es designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado provincial, traduciendo una suerte de relativa equidistancia del poder político de turno al precisar del acuerdo de la Cámara Alta, que garantiza con el debate del candidato propuesto mayor discusión respecto a sus calidades técnicas y profesionales para evitar que éste no responda a los intereses de la Administración Central.

Resulta a todas luces primordial mecanismos de designación de las personas que ocuparán los cargos, de los cuales el de concurso público es muy propugnado por la mayoría de la doctrina. Facultando al Poder Ejecutivo la elección se dificulta que la AOSC actúe como órgano independiente, por ello es adecuado que el poder de elección esté en manos del Poder Legislativo, quien debe pronunciarse de acuerdo a una terna elevada por las universidades nacionales y privadas y que dicha selección se realice por concurso público, entre las personas con antecedentes en los campos científicos y técnicos que tienen trascendencia para la actividad del ente regulador.

El condicionamiento del poder político se puede dar, asimismo, a través del manejo presupuestario incompatible, en rigor, con la autarquía, ya que la AOSC, continuando con las mismas atribuciones conferidas en la ley N° 3.573, está limitada en este punto por el Poder Ejecutivo quien debe aprobar el proyecto anual de Presupuesto de Gastos y Cálculo de Recursos así como el Plan de Trabajos (art. 4 inc. f). Además, la autarquía resulta seriamente afectada en otras situaciones previstas por la normativa, como ser: precisa autorización del Poder Ejecutivo para realizar operaciones de créditos con instituciones oficiales, privadas o mixtas, nacionales o extranjeras (inc. a), establecer el régimen del personal de su dependencia a los efectos de proponer al Poder Ejecutivo su designación y promociones, en los cargos de su estructura orgánica (inc. h), celebrar, *ad-referendum* del Poder Ejecutivo, convenios con entidades nacionales, provinciales y municipales para el cumplimiento de sus fines (inc. k), proponer al Poder Ejecutivo los reglamentos de orden técnico, de viáticos, compensaciones y reintegro de gastos y de concesión de premio y estímulo a su personal

y los demás previstos en esta ley y todo otro necesario para el mejor ejercicio de las facultades otorgadas por la misma (inc. 1). Ejemplos de esta magnitud dan la pauta de la influencia e intromisión del Poder Ejecutivo, perturbando la autarquía e independencia del ente regulador respecto a aquel, en detrimento de los fines a los que debe servir sin interferencias de ninguna índole.

La ausencia de independencia técnica también ha quedado comprobada con sólo observar el grado de participación en calidad de meros asesores técnicos en la tramitación de las renegociaciones de los contratos vinculados a la prestación de servicios públicos.⁶ Esto aconteció con la AOSC en el año 2.004 cuando por Decreto N° 2.962 se homologó el Acuerdo Marco celebrado con la empresa concesionaria del servicio de agua potable y desagües cloacales, ya que la provincia se adhirió por ley provincial N° 5.429 a los arts. 8°, 9° y 10° de la ley nacional N° 25.561 de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario, facultándose al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos que tuvieran por objeto la prestación de servicios públicos en el ámbito provincial, y que se vieran impactados por la Emergencia declarada. En dicha oportunidad la AOSC elevó al Poder Ejecutivo un informe técnico circunstanciado en el cual se detallaba con precisión, el estado de las redes de provisión de agua potable y desagües cloacales, así como también, las distintas obras necesarias para la prestación de este servicio esencial, del que surgía una situación de agravamiento como consecuencia de las condiciones generales de la provincia de Corrientes, como así también, del país que son de público y notorio, las cuales han quedado reflejadas, entre otras normas, con las contenidas en el régimen de la Ley de Emergencia Pública N° 25.561.

Otra cuestión trascendente, y vinculada a las falencias estructurales observadas, es el escaso o nulo conocimiento de los usuarios correntinos acerca de la existencia de la AOSC como ente regulador y las formas de reclamo que poseen, en muchos casos producto de la ausencia de conocimientos técnicos que les permitan canalizar sus quejas además del hecho de que el organismo controlador no fue investido normativamente de la función jurisdiccional ante los reclamos de los usuarios del servicio. Sin embargo ello no implica que no puedan comprometerse y actuar al servicio del bien común, que se obtiene a través de una medida módica de buena conducta pública, de obediencia a leyes

⁶ PÉREZ HUALDE, Alejandro: Sistema de protección constitucional del usuario de los servicios públicos: fundamentos y dificultades, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acader.unc.edu.ar>, 2006.

legítimas, y sobre todo a una capacidad de participación activa mínima en la cosa pública.

FANELLI EVANS⁷ señala alguna de las asimetrías que perjudican la participación y control por parte del usuario, aplicables al ámbito de la provincia de Corrientes, a saber:

–Confusión entre las diversas normas que regulan los distintos servicios públicos, estableciendo distintos requisitos y trámites para reclamar.

–Desconocimiento de múltiples direcciones y teléfonos de los entes reguladores. Si bien cada tanto éstos hacen publicidad, lo cierto es que a la hora de presentarse inconvenientes, sus datos no siempre están a la mano de los consumidores. Debería incluirse esta publicidad al dorso de las facturas de cada servicio.

–Desinformación. Amén de que las cuestiones numéricas relativas a cada servicio en particular son de por sí complejas, el consumidor carece de la adecuada información para el correcto encuadre de su queja e incluso para discernir si ésta está justificada. Los concesionarios se preocupan por saturar al ente regulador y a los consumidores de información favorable a sus intereses, ocultando la que puede fundamentar impugnaciones o reclamos. La única posibilidad de detectar esto es mediante el cruce de información con otros prestadores, siempre que el servicio no sea monopólico y exista una verdadera competencia no pasible de oligopolio. De cualquier modo, el ente debiera facilitar la información a su alcance a los consumidores y las Asociaciones que defienden sus intereses (art. 42, párr. 1º, Constitución Nacional).

–Falta de tiempo para análisis de la información. Aun cuando se tenga acceso a la información disponible, debe otorgarse suficiente tiempo para su análisis o procesamiento para quienes no están familiarizados con ellos. En este sentido, deben alargarse los plazos para presentaciones por parte de los consumidores y las asociaciones que los representa (art. 42, párr. 3º, Constitución Nacional).

–Asesoramiento jurídico y técnico. Casi nunca el usuario cuenta con esa clase de asesoramiento en calidad y cantidad suficiente. El ente regulador respectivo a su requerimiento debiera garantizarlo (art. 42, párr. 2º, Constitución Nacional).

⁷ FANELLI EVANS, Guillermo: La reforma de la Constitución Nacional y los Entes reguladores (La posición jurídica del usuario. Las audiencias públicas), LL 1995-A, 1044.

—Adecuada publicidad de sus actos. A este respecto se observa que el Boletín Oficial de la República Argentina ha adoptado el errado sistema de publicar a menudo los actos de los entes reguladores (verdaderos actos administrativos) bajo el rótulo genérico de “Avisos”, sin resumen de su contenido en el pertinente Sumario de primera página. Este equivocado proceder atenta contra el derecho de defensa de usuarios y consumidores y seguramente habrá de dar lugar a más de una cuestión por falta de conocimiento por errónea publicación, fecha de entrada en vigencia de actos de alcance general, etcétera.

A modo de comparación respecto al tópico de análisis, cabe señalar la experiencia de la provincia de Río Negro en la que se han privatizado o reconvertido en sociedades del Estado, como paso previo a su privatización, distintos organismos prestadores de servicios públicos, algunos de ellos altamente eficientes y especializados en el cumplimiento de sus funciones, como es el caso del ex Departamento Provincial de Aguas (en adelante DPA), que funciona actualmente como ente regulador de sus antiguas funciones como prestador del servicio de agua potable, asumidas por Aguas Rionegrinas Sociedad del Estado (en adelante ARSE) y actualmente Aguas Rionegrinas Sociedad Anónima (en adelante ARSA). Este proceso es similar a lo acontecido en la provincia de Corrientes en la que el organismo prestador se convirtió en ente regulador.

Importa destacar que, a diferencia de Corrientes que nada ha dispuesto respecto a los reclamos de los usuarios, en Río Negro los procedimientos que permiten viabilizarlos están estipulados en el marco regulatorio, en los contratos de concesión y en el Reglamento del Usuario que fuera aprobado en su momento por ARSE (actualmente ARSA) y el DPA. Este reglamento fue distribuido a todos los usuarios vinculados a ARSE, indicando que los reclamos deben presentarse en una primera instancia y en todos los casos frente al prestador. Por su parte el DPA habilitó al mismo tiempo una línea telefónica gratuita para brindar a los usuarios orientación ante consultas o reclamos pero no con la intención de recepcionar ni dar respuesta a esos reclamos. En los casos de los servicios de agua y saneamiento, los reclamos que se recepcionan se encuentran fundamentalmente referidos a problemas de facturación y no a la calidad de los servicios.

Resulta interesante la organización del ente regulador del servicio de agua potable en Río Negro, ya que si bien atravesó un proceso similar al de Corrientes, este modelo plantea una nueva vinculación entre el Estado, el Usuario, la Empresa y el Ente Regulador, aún cuando queda mucho camino por recorrer para lograr perfeccionarlo.

Como colofón de todas las observaciones hechas, se pueden extraer muchas conclusiones del análisis realizado. Por una parte podría decirse que si bien en Argentina se pretendió tomar como antecedente de los actuales entes reguladores al modelo norteamericano, la realidad demuestra que los organismos de contralor, especialmente la AOSC, se acercan más al modelo de Gran Bretaña, organizado como departamento administrativo con sujeción al poder político de turno. Comparando los sistemas norteamericano y británico, puede observarse que las “*independent agencies*” del primero de ellos se reservan un mayor poder de decisión respecto del Poder Ejecutivo, poseen un esquema de administración que apunta a la descentralización efectiva de las funciones y las ejercen por medio de acciones básicamente regladas. En cambio en el sistema británico existe un mayor grado de discrecionalidad y, por otra parte, las agencias sólo poseen autonomía funcional, quedando sujetas a un mayor nivel de dependencia del gobierno, situación similar a la que acontece en Corrientes.

Actualmente los entes reguladores no gozan plenamente de las características mencionadas, ya sea o porque dependen económicamente de los recursos que la Administración les desea asignar coartando su campo de acción, o su plantel de personal es designado y removido por ella, o su ausencia como tribunal administrativo en las cuestiones que les compete, entre otros. Sin recursos, ni personal idóneo, ni la asunción de su papel jurisdiccional es imposible que cumplan las características de un verdadero ente de control.

Resulta necesario reconocer que un regulador es un “agente” con múltiples “principales” (vgr., el poder político, diferenciado en los distintos poderes o partidos políticos dependiendo del contexto relevante, los grupos de interés, también clasificables de acuerdo a su rol —empresa regulada, competidoras, consumidores, etc.), y que el diseño de su autonomía debe lograr un “equilibrio” satisfactorio o “eficiente”, anticipando que dicho agente estará expuesto a recibir incentivos contradictorios por parte de los distintos principales. Así, no debe esperarse que el desempeño deseado de estos organismos sea una función

creciente de la autonomía con la que se la diseña, sino que es comprensible que existan distintos grados de autonomía (del poder político) deseables como forma de alcanzar ese equilibrio eficiente dependiendo del contexto en que se desempeñe esa agencia (vgr., en función de los mandatos que reciba, con distinta fuerza, de sus distintos “principales”, de la “asimetría informativa” existente, y de la capacidad reactiva para corregir desvíos de magnitud). Esto arroja una luz distinta al concepto y valoración de la “autonomía” de las agencias públicas.⁸

El encauce institucional para lograr las cualidades de “autarquía”, “independencia” y “neutralidad” en un organismo administrativo de este tipo, implica necesariamente excluirlo de la relación jerárquica, o si se prefiere, de la relación de tutela administrativa. Es decir, requiere la conformación de una burocracia profesional políticamente neutral. Reviste trascendental importancia el sistema que arbitre la ley para la designación y remoción de los funcionarios que encabezan estas autoridades independientes. En este contexto, REIRIZ⁹ sostiene que la independencia se logra mediante:

- un alto rango de la norma de descentralización (la propia Constitución o la ley), máxime desde la vigencia del art. 5 inc. a) de la ley 25.152;
- una gran independencia de los órganos directivos, asegurada por la forma de elección (posiblemente, algún tipo de acto complejo con intervención del Poder Ejecutivo y el Congreso), la estabilidad, la remoción no discrecional y la no sujeción a órdenes e instrucciones;
- la atribución de competencias decisorias (no consultivas), exclusivas o excluyentes (no indistintas), no sujetas a autorizaciones o aprobaciones;
- el control de legalidad de sus actos y contratos directamente por los órganos judiciales, sin recurso de alzada ante el Poder Ejecutivo;
- la autarquía económica, asignándole legislativamente recursos genuinos, provenientes de impuestos y tasas que gravan la actividad controlada. A estas condiciones, CARRILLO la regla de la renovación sucesiva, no si-

⁸ URBIZTONDO, Santiago y otros: *La Autonomía de los Entes Reguladores Argentinos: Agua y Cloacas, Gas Natural, Energía Eléctrica y Telecomunicaciones*.

⁹ Citado por CARRILLO, Santiago en *Entes reguladores: rumbo a las autoridades administrativas independientes*, EIDial.com, Suplemento de Derecho Económico, Doctrina, 18 de Noviembre de 2005 – Año VIII – N° 1916.

multánea, previendo una discontinuidad con el mandato presidencial que impida que todos los miembros del directorio de un ente sean designados por un solo Presidente.

Finalmente deviene necesario contar con usuarios educados que conozcan todas las aristas que reviste la relación de consumo y de servicios, como condición necesaria y previa para que participe activamente en la regulación, orientación y transformación del servicio público a través de sus decisiones. Para ello el Estado debe garantizar el pleno acceso de los usuarios a los entes reguladores a fin de interponer sus quejas o reclamos en punto al fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas por las empresas prestatarias de los servicios (en este caso, Aguas de Corrientes SA), en especial en materia de formación de precios, tarifas e información. Es que como lo afirma FANELLI EVANS¹⁰ **“el consumidor o usuario, al alzarse contra una ilegitimidad o una injusticia, está contribuyendo al buen funcionamiento del sistema”**. En consonancia a esto FELDER y LÓPEZ¹¹ destacan el Modelo Ciudadano en el que además de que el usuario sea escuchado, debe colaborar en la solución de los problemas que lo aquejen como tal, en contraposición al Modelo de la Orientación al Cliente, en el cual se privilegia la provisión de información y el conocimiento de la opinión de los receptores de los servicios públicos para mejorar la calidad de las prestaciones, dificultando su capacidad de decisión sobre los objetivos públicos a conseguir.

¹⁰ Citado por GOLDENBERG, Isidoro H. y Néstor A. CAFFERATTA en El papel del Estado en la etapa de posprivatización. Los entes reguladores, LL 1998-F, 1172.

¹¹ FELDER, Ruth y Andrea LÓPEZ: Participación de los usuarios en el control de los servicios públicos privatizados. La experiencia argentina, publicado en la Revista del CLAD Reforma y Democracia, N° 14, Caracas, 1999, pág. 3.