

La gestión del agua potable y el sustento material Constitucional (*)

José Grando y Marcos Medina

Planteo de la Cuestión

En el derecho hay una serie de conceptos que, a través del tiempo, han sufrido modificaciones importantes. Uno de ellos es el servicio público. En este sentido, la amplitud y dinamismo hace, incluso, que cada autor tenga su propio criterio para definir.

Esta modificaciones incidieron también en la amplitud de las clasificaciones que se fueron efectuando entre lo que es servicios públicos y los privados. Esto se debe al progreso, la renovación y la ampliación de la regulación jurídica y de la ciencia que la estudia, debidas a la modificación de las formas de vida de los ciudadanos.

De allí que empiecen a aparecer distintas clases, como ser servicios públicos (fuertemente regulados), servicios de regulación degradada (farmacias, taxis, etc.) y servicios de regulación privada (de distribución de alimento, ropas, etc.). A esto hay que agregar que en épocas excepcionales puede haber una ampliación en la regulación a través del instituto del poder de policía.

El concepto mismo de “servicios públicos” ha sufrido modificaciones sustanciales. Para DUGUIT¹ la noción de servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento de derecho público; éste será el derecho objetivo de los servicios públicos. Su filosofía empírica lo lleva a descartar todas las construcciones tradicionales, no admitiendo otras ideas que aquellas que se deducen de la pura interpretación de los hechos². En el polo opuesto se puede mencionar a GORDILLO³, quien (en algún momento) sostuvo una posición extrema al plantear la supresión lisa y llana del concepto, dado que introduce más confusiones que clarificaciones dentro del pensamiento jurídico sistemático.

Dentro de los servicios públicos hay una serie de criterios de clasificación que los agrupa en: nacionales, provinciales, municipales; obligatorios, facultativos; gratuitos, tarifados; *uti universi* y *uti singuli*; etc. En lo que aquí interesa hay servicios públicos esenciales, prestados en forma de monopolio (ya sea natural o artificial). Dentro de estos últimos esta el servicio público de prestación de agua potable.

El mismo será analizado teniendo en cuenta los distintos estadios políticos jurídicos por lo que pasaron. Desde el Estado de bienestar, pasando por las privatizaciones y concluyendo con la modificación de la constitución que promueva la virtud cívica.

(*) El presente trabajo es parte de la investigación “El ciudadano y la gestión del agua”. Financiada por el Programa Universidades del Banco Río. Perfeccionamiento Docente.

¹ DUGUIT, León: Las transformaciones del Derecho Público, pag. 85 y 107, Madrid, 1926.

² MAIORANO, Jorge: Algunas reflexiones acerca de la noción de servicio público. Revista Argentina de Derecho Administrativo, Nro. 14, pag. 15 y ss.

³ GORDILLO, Agustín: Tratado de Derecho Administrativo, T. II, cap. XIII, pag. 12.

El agua potable

La prestación del servicio de agua potable es sin duda uno de los más importantes por distintas razones, entre las que se pueden mencionar el pensamiento higienista, en la prestación estatal, a fines del siglo XIX, que venía desarrollándose como rama emergente de la medicina y tuvo carácter fundante con respecto a la regulación de las cuestiones urbanísticas que entonces comenzaban a tratarse. La naturaleza del tema fue justificación para que el acceso a las redes no estuviera determinada por la estratificación de ingresos, por lo cual la red de agua nace como política social y bajo la política de subsidios cruzados en todo el territorio del país y de uso irrestricto “canilla libre”⁴.

El fundamento de este tipo de política fue la prestación universal a todos los habitantes. Es más, la modificación de paradigma y el consiguiente cambio de prestación estatal a concesión del servicio, está dado porque la prestación por el Estado era muy burocrática, habiendo incluso corrupción de los funcionarios de turno.

Del Estado de Bienestar a las privatizaciones

Esta modificación de modelo no fue propia de la Argentina sino un cambio de orientación mundial de las ideas económicas.

El Estado de Bienestar había alterado el equilibrio entre lo público y lo privado bajo la creciente vocación interventora y prestacional del Estado que reducía la esfera privada y aumentaba –a veces de forma espectacular- la pública. Los instrumentos de regulación social, el acceso a un número creciente de servicios y la resolución de problemas tanto individuales como colectivos ya no dependían de las relaciones en el ámbito privado, sino que fueron asumidos como responsabilidades públicas⁵.

En función de lo expuesto, los actuales procesos de privatización que se dieron en gran parte del mundo no son otra cosa que un *recorsi* al modelo liberal. El neoliberalismo es la respuesta liberal a la crisis del Estado y, en ella, las privatizaciones serían la punta de lanza para lograr las finalidades propuestas. Cuando se habla aquí de privatizaciones nos estamos refiriendo al sentido amplio (como lo hace la ley de Reforma del Estado) de traspaso, no de la actividad (habría traspaso a la esfera privada) sino de la gestión y, por lo tanto, el Estado sigue siendo titular del servicio (ej. Concesión, permiso, locación administración regulados en el art. 17 de la L.R.E.)

Entre las fallas que se le suelen imputar al sector público los neoliberales destacan:

- El Estado utiliza más recursos de los necesarios para producir un bien.
- No suele aprovechar todas las oportunidades tecnológicas.
- La burocracia estatal cuida más sus intereses que los intereses para los cuales han sido creados.

⁴ CATENAZZI, Andrea: Privatizaciones y Universalidad de los servicios urbanos en la región metropolitana de Bs. As., Curso de Posgrado *Desarrollo Local en Áreas Metropolitanas*, modulo 5, pag. 33 y ss.

⁵ GOMÀ R. y Q. BRUGUÉ: Algunas matizaciones en relación a la privatización de los servicios públicos. Cuadernos de Relaciones Laborales, N° 8, Serv. Publ. UCM, Madrid, 1996.

- La propensión a utilizar más personal que el necesario.

Por supuesto, en Argentina se podría asumir el aforismo “ser más papistas que el Papa”, ya que cuando se estableció la privatización del servicio público de agua y saneamiento el Dto. 1443/91 dispuso que fuera concesionada un área de más de 10.000.000 de habitantes, siendo en ese momento el área más grande del mundo concesionada.

El cambio de modelo se en forma natural en razón de la enorme crisis macroeconómica por la que atravesaban varios países latinoamericanos, entre ellos Argentina. De allí que fue fácil pasar de un extremo (A) a otro (B)⁶.

- A) Un modelo de gestión mayoritariamente público y altamente centralizado, liderado por un aparato estatal, que en la mayoría de los casos se caracterizaba por tener mucho poder pero cuya capacidad gerencial e institucional fue disminuyendo. Durante estas décadas la prioridad en la prestación de servicios fue ampliar la cobertura, aún en detrimento de la calidad y eficiencia económica de las entidades operadoras.
- B) El paso a una desintervención política de los servicios a través de tres instrumentos interrelacionados: un nuevo marco legal que pautó la adecuada separación de roles y la creación de instancias reguladoras independientes; una política y estructura de tarifas que permita sostener (económica y financieramente) los servicios y la incorporación de operadores privados que puedan mejorar la eficiencia de los mismos y separar la operación de los servicios de las funciones reguladoras y controladoras del Estado.

Problemas ocasionados por las Empresas prestadoras de Servicios Públicos

Sin perjuicio de las excepciones, las empresas prestadoras privadas tuvieron importantes grados de incumplimiento. Para poder determinar dichos grados es necesario definir cuales son los caracteres esenciales de los servicios públicos⁷, a saber:

- Continuidad: Implica que la prestación no puede ser interrumpida. En los servicios dados en concesión el Estado es el encargado de controlar la continuidad de los mismos.
- Regularidad: Significa que debe ser prestado de conformidad con las reglas (normas positivas o condiciones preestablecidas).
- Igualdad o uniformidad: Todo habitante tiene derecho a exigir y recibir el servicio en igualdad de condiciones.

⁶ CORRALES, María: Gobernabilidad de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento en América Latina. Abril 2002, Caracas, Venezuela, pag. 2 y 3.

⁷ Se sigue la clasificación de MARIENHOFF, Miguel: Tratado de Derecho Administrativo. T. 2, Abeledo Perrot, 1978, pag. 64 a 82.

- Generalidad: Todos los habitantes tienen derecho a utilizar los servicios públicos de acuerdo a las normativas que los rigen.
- Obligatoriedad: Es la característica más importante, que implica que el prestador no puede interrumpir el servicio o negarse a prestarlo.

Todos estos caracteres tienen plena vigencia, tanto en los servicios prestados por el Estado como en los servicios públicos privatizados.

Sin embargo, lo que pasó, en gran parte de Latinoamérica y con mayor grado en Argentina es que los servicios públicos básicos que consiguieron mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos como la Electricidad, el agua, los transportes, entraron a formar parte de la estricta lógica del mercado.

Pero las razones por las cuales fueron privatizados (falta de inversión del Estado que permitía la prestación del servicio y el déficit que provocaban los servicios públicos -como ej, se solía citar a los ferrocarriles-) fueron incluso no cumplidas por los prestadores privados.

Para ver lo patológico del proceso privatizador en Argentina basta mirar la rentabilidad económica de la empresa adjudicataria de la Concesión Aguas Argentinas S. A. en la región Metropolitana de Bs. As.. En ese proceso se estableció una concesión gratuita a 30 años a través de un sistema licitatorio de oferta con menores tarifas. Si bien los términos de la concesión se basaban en una reducción de tarifas de más del 20% de la que venía aplicando Obras Sanitarias de la Nación. Asimismo, esta concesión gratuita ponía como obligaciones por parte del concesionario garantizar dos objetivos principales: conexión de la totalidad de los habitantes a las redes de agua y saneamiento y tratamiento de la totalidad de las aguas recolectadas.

Los recursos para extender el servicio se consiguieron con aumento de tarifas. En razón de que la rentabilidad se obtenía del funcionamiento de la infraestructura existente en las áreas urbanas consolidadas sobre un mercado cautivo y no vía extensión del servicio, el objetivo de la extensión a los sectores de bajos ingresos planteaba para la empresa un problema de falta de incentivos. Actualmente se pretende que sea un derecho adquirido por la empresa y el problema de los sectores de bajo ingresos pase a ser un problema de política social a cargo del Estado⁸. Eso incumple lo establecido en el contrato.

Algunas alternativas para subsanar los servicios públicos dentro del mismo modelo.

Para subsanar las deficiencias del mercado en la provisión de los servicios públicos (dentro del mismo modelo) se empezaron a instrumentar marcos regulatorios para impedir tarifas excesivas o malos servicios, como también crear entes reguladores que controlaran el funcionamiento del servicio público.

La necesidad de regulación aparece a efectos de armonizar y establecer un adecuado equilibrio entre el poder del prestatario y el interés de los usuarios y de los ciudadanos en general. La regulación será mayor en casos como el del agua donde se presentan situaciones de monopolio y exclusividad.

⁸ CATENAZZI, Andrea: Privatizaciones y Universalidad de los servicios urbanos en la región metropolitana de Bs. As., Curso de Posgrado *Desarrollo Local en Áreas Metropolitanas*, modulo 5, pag. 37.

En cuanto a los entes reguladores en la Argentina, en muchos casos, su conformación y actuación ha sido posterior a la privatización de la prestación del servicio. Los entes reguladores, para poder cumplir satisfactoriamente su función, deben ser neutrales, independientes y autónomos. Neutralidad e independencia para poder decidir con objetividad e imparcialidad propia de los expertos. Neutralidad significa, en este contexto, la exclusión de la influencia de las fuerzas políticas dominantes. Ello impide que existan presiones de intereses que hagan unidireccional la acción y las conclusiones a las que en cada caso arribe el ente, con lo que se impide la mejor solución técnica.

En la práctica la implementación de sistemas de control por parte de los entes reguladores de las empresas de servicios privatizados ha sido fuertemente criticada. Entre los fundamentos que se mencionan para ello están: no respeto por los principios de legalidad, tipicidad, proporcionalidad, culpabilidad y hasta el del debido proceso legal, poniendo en crisis la metodología utilizada por dichos organismos de contralor para la aplicación de las sanciones que las normas autorizan⁹.

En Argentina, en muchos casos los organismos de control fueron creados por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional, lo que sujeta su accionar a una voluntad jurídica más fácilmente modificable. Si a ello agregamos que cuando al poder de turno no le gustó la política establecida por el Ente simplemente lo intervino, o en el caso de las renegociaciones de agua potable que fueron tomadas sin participación de los organismos de regulación del sector; entonces vemos que los principios básicos establecidos no fueron respetados.

De allí que como conclusión se pueden establecer, como es de público conocimiento, logros muy deficitarios que no pudieron inclinar la balanza para la obtención de servicios públicos esenciales (en este caso el agua) que tengan simplemente los caracteres de uniformidad, regularidad, continuidad, etc. Cualquier ciudadano que viva en cualquier provincia puede tener una visión parecida aun con las particularidades que tenga su Provincia.

El cambio de modelo

Ese modelo fue cambiado desde el punto de vista normativo a partir de la reforma Constitucional de 1994. Sin perjuicio de que, desde el punto de vista práctico, las modificaciones de conductas recién se están viendo en la actualidad. No puede haber un cambio normativo si no va acompañado de un cambio político que modifique las estructuras culturales, económicas y sociales de la población. Es por ello que la adaptabilidad del texto constitucional al cambio social y político se ha hecho por vía de la interpretación.

El nuevo art. 42 de la Constitución Nacional establece:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación al consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, en la relación al consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados,

⁹ D` ATRI, Francisco: Entes reguladores: Eficacia legal de su potestad sancionatoria. RAP (296) Sección doctrina, pag. 17.

al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y las provincias interesadas, en los organismos de control.”.

Es este artículo uno de los más importantes de la Reforma Constitucional. Implica que aunque el Estado deje de ser el prestador igual tiene obligaciones que pasan por el control, en resguardo del interés público.

El art. 42 establece diferentes tipos de obligaciones para el Estado¹⁰. Entre ellas:

- Protección de los usuarios.
- Establecimiento de marcos regulatorios.
- Defensa de la competencia y control de monopolio.
- Promoción de la participación de los usuarios en los organismos de control.

Esta modificación confirma que el derecho es un sistema dinámico, sujeto a cambios en el tiempo. La modificación de normas constitucionales es una de las fuentes más importante de este cambio. Ahora bien, como lo expresa BULYGIN, lo que caracteriza al orden jurídico, en tanto sistema de normas, es el hecho de que forman parte de él no sólo las expresamente formuladas (normas originarias) sino también todas las que son consecuencia lógica de aquéllas (normas derivadas).

De allí la importancia de este artículo, dado que incluso en la interpretación de las normas de rango infraconstitucional los principios establecidos por la Constitución deben ser respetados. Por ejemplo, si la legislación plantea un efecto más restrictivo que lo que establece la constitución es esta última la que primará.

Ello sucede porque las normas deben ser interpretadas sobre la base de conocer la significación valorativa de este derecho fundamental... siendo la ley orientada por las normas constitucionales y por la preeminencia valorativa de determinados bienes jurídicos que de ellas se deducen¹¹.

Para poder hacer operativo lo afirmado se debe cambiar el modelo que considera a todas las personas libres e iguales con capacidad de obligarse, debiendo ellas sujetarse a lo pactado como a la ley misma. En esta visión, donde por un lado existen poderosos empresarios (con capitales transnacionales) y, por el otro, consumidores sin organización, se produce una situación de indefensión para estos últimos.

En relación a los servicios públicos, el tener una información veraz y adecuada (art. 42 CN) pasa no sólo por instruir al usuario de sus derechos frente al prestador sino que se extiende a conocer las características del servicio que recibe¹².

Para modificar la concentración de un Estado que mira para otro lado es importante, entre otras acciones, pasar a un modelo que en su base promueva el afianzamiento de la virtud cívica. El republicanismo es una alternativa viable, dado que promueve la vuelta al *ciudadano activo*, que implica la formación de una clase que ejerza la virtud y que se ocupe de la cosa pública. Con esta posición, en donde sus sostenedores buscan mecanismos que eviten la concentración del poder en unas pocas manos y que, por otro lado, les garanticen

¹⁰ DELLA VIA, Alberto: Manual de Derecho Constitucional. Lexis Nexis, Bs. As. 2004, pag.

¹¹ LARENZ, Karl: Metodología de la Ciencia del Derecho, Ariel, Barcelona, 1994, pag. 340 y 341.

¹² DEAMBROSSI, Jorge: El artículo 42 de la Constitución Nacional y los usuarios de los servicios públicos. JA 1996-III-773.

la posibilidad de hacerse oír, se le otorgará al art. 42 de la Constitución Nacional su adecuada potencialidad axiológica.