



# Fomento de la eficiencia en prestadores sanitarios estatales: la nueva empresa estatal abierta

Juan Pablo Bohoslavsky



NACIONES UNIDAS

CEPAL



Ministerio Federal de  
Cooperación Económica  
y Desarrollo

**giz**



Liberté • Égalité • Fraternité  
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE  
Délégation régionale de coopération  
pour le cône Sud et le Brésil

# Fomento de la eficiencia en prestadores sanitarios estatales: la nueva empresa estatal abierta

Juan Pablo Bohoslavsky



NACIONES UNIDAS



Ministerio Federal de  
Cooperación Económica  
y Desarrollo



*Liberté • Égalité • Fraternité*

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**  
*Délégation régionale de coopération  
pour le cône Sud et le Brésil*

Este documento fue preparado por el consultor Juan Pablo Bohoslavsky bajo la coordinación de Andrei Jouravlev, Oficial para asuntos económicos de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), con colaboración de Caridad Canales, funcionaria de la misma división, en el marco de los proyectos “Sustentabilidad e igualdad de oportunidades en globalización. Componente 1, Tema 4: Construyendo compromiso, eficiencia y equidad para servicios sustentables de agua potable y saneamiento en América Latina y el Caribe” (GER 08/004), ejecutado por la CEPAL en conjunto con la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), y financiado por el Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo (BMZ) de Alemania, y “Gestión sostenible de los recursos naturales y de las infraestructuras” (FRA/09/002), ejecutado por la CEPAL en conjunto con el Ministerio de Asuntos Exteriores de Francia.

El autor agradece a Juan Bautista Justo por las tareas de investigación desarrolladas y a Raquel Alfaro Fernandois, Mabel Alvarez, Andrei Jouravlev, Emilio Lentini, Oscar Oszlak, Pablo Riberi, Mariana Rulli, Ricardo Sandoval Minero y Miguel Solanes por sus comentarios y aportes.

Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las de la Organización.

## Índice

Resumen.....	5
I. Introducción.....	7
A. Presentación del problema.....	7
B. El caso argentino y su proyección regional.....	8
II. La eficiencia en las empresas sanitarias estatales.....	11
A. Vuelta al Estado: algunos fracasos en el modelo de concesión privada.....	11
B. Factores que inciden sobre el desempeño de las compañías estatales.....	12
C. La eficiencia de las empresas sanitarias.....	14
D. Modelos empresarios estatales.....	15
III. Los desafíos de la empresa pública en los albores del siglo XXI.....	19
A. La progresión institucional-sanitaria en la Argentina.....	19
B. Esquema institucional establecido en el marco regulatorio de AySA.....	23
C. Definición del objeto económico y social de la empresa.....	25
D. Principios y asignaturas pendientes en lo institucional-organizativo.....	28
E. La necesidad de participación e independencia.....	30
1. Designación y remoción de los directivos de la compañía.....	33
2. Régimen laboral de los empleados de empresas estatales.....	35
3. Régimen de responsabilidad personal de los directores.....	36
F. Procedimientos de selección de contratistas.....	37
1. La posición del prestador en materia de contrataciones.....	37
2. Lineamientos del régimen de contrataciones del prestador.....	39
G. Los organismos de control interno, externo y auditoría de la empresa.....	42
1. Control integrado.....	42
2. Independencia en la fiscalización.....	43
3. Control interno.....	44
4. Labores de planificación, regulación y control.....	44
H. Juridicidad y eficiencia en la empresa pública prestadora.....	46
I. El rol de las asociaciones de usuarios.....	47
J. Medidas preventivas y sancionatorias de la corrupción.....	50
1. La corrupción en el sector sanitario.....	50
2. Modelo descentralizado de prevención y sanción de la corrupción.....	51
3. Adaptación al contexto institucional de la región.....	53

IV. Conclusiones y recomendaciones .....	55
Bibliografía .....	59

## Resumen

Este trabajo describe la progresión institucional del sector de agua potable y saneamiento, desde la época de la posguerra con el Estado asumiendo todas las instancias del servicio, pasando por la privatización y llegando a la actual re-estatización. Se analizan los factores que determinan el desempeño de las compañías estatales y las implicaciones que entraña el principio de eficiencia. La *corporativización* de las empresas estatales y el fenómeno de la *huida del derecho público* son especialmente estudiados, sosteniendo que la eficiencia debe promoverse mediante la estructuración de un bloque de juridicidad de la actividad fundado en los siguientes vectores: i) jerarquía supranacional del derecho humano al agua —que desde el derecho global vino a reafirmar muchos de los aspectos desarrollados tradicionalmente por la teoría del servicio público en la región—, entendido en el marco de un uso racional y; ii) democratización de la gestión de la compañía prestadora plasmada en directivas de experiencia, conocimiento, independencia, participación, transparencia y rendición de cuentas.

Esa empresa estatal —que aquí se denomina “abierta”— toma para sí los datos positivos del equilibrio entre eficiencia y equidad y los concreta participativamente. Esa perspectiva impone a la empresa la búsqueda de canales de comunicación e interacción con las autoridades políticas, expertos, usuarios, trabajadores y ciudadanos. La agencia de regulación y control debe responder a esas mismas demandas simultáneas de independencia, democratización y conocimiento en la toma de decisiones.

El análisis detenido del marco regulatorio de la nueva compañía estatal Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (AySA) que presta los servicios en el Área Metropolitana de Buenos Aires, junto a otras experiencias comparadas relevantes, ofrece elementos para el debate de cuestiones regulatorias específicas tales como el sistema de designación, remoción y sanción personal a los directores de las empresas, la independencia de éstas y del ente de control, la estabilidad de los empleados, los procedimientos de contratación y las recompensas económicas por denuncias de corrupción.

# I. Introducción

## A. Presentación del problema

En el análisis de la eficiencia de las empresas sanitarias el primer desafío es evitar ser capturado por visiones dogmáticas o ideológicas. En el sector sanitario, donde la competencia es reducida y la regulación tiende a ser intensa, no se presentan elementos definitorios que justifiquen elegir, *ex ante*, un esquema de prestadores estatales o privados (Alfaro Fernandois, 2009; Jouravlev, 2000). En efecto, no existen pruebas empíricas inequívocas que confirmen que las compañías privadas que operan en el sector sanitario sean más eficientes y más respetuosas de las obligaciones regulatorias que sus pares estatales (Renzetti y Dupont, 2003; Wallsten y Kosec, 2008). Esto no significa que las compañías estatales de servicios públicos no presenten problemas vinculados a la eficiencia. Los tienen y serios, y este documento se concentra en proponer para su discusión fórmulas que intentan minimizarlos.

La ineficiencia de las empresas sanitarias estatales de la región es un problema real y extendido (BID, 2007) que contribuye al llamado espiral vicioso en su pobre desempeño y afecta el crecimiento económico y desarrollo de los países (Baietti, Kingdom y van Ginneken, 2006). Más específicamente, genera una variedad de externalidades negativas que pueden listarse de manera ilustrativa: déficit fiscal, aumento de la deuda pública, incremento de los intereses reales, reducción de la inversión, menor predisposición de los usuarios para pagar las tarifas, desvío de fondos que eran destinados para fines esenciales y limitación de las oportunidades económicas para familias y firmas que no pueden optar por alternativas más eficientes, por estar constreñidas por situaciones monopólicas (Vagliasindi, 2008).

Todo ello justifica la discusión de medidas institucionales que mejoren en términos de eficiencia el desempeño de las compañías sanitarias estatales de la región. En la primera mitad del trabajo se intentará reconstruir cómo se llegó hasta el punto actual de la ola de re-estatización de esas compañías, para lo cual se describirá el funcionamiento y las variables que incidieron en los servicios durante los años noventa, cuando la inversión privada tuvo su mayor protagonismo en la operación de los servicios en la región. Luego se analizarán los factores que determinan el desempeño de las empresas estatales y las implicaciones de la eficiencia en una compañía específicamente sanitaria. Seguidamente se presentarán los modelos empresariales que desde la época de la posguerra han seguido las empresas estatales enmarcados en las técnicas de la *corporativización*.

Luego se analizará como estudio de caso la compañía estatal Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (AySA). Primero se expondrá la progresión institucional que sufrió el sector de agua potable y saneamiento de la Argentina desde su inicio hasta la reciente re-estatización y a continuación se describirán los aspectos más substanciales del nuevo marco regulatorio de AySA, que se aprobó en 2007 mediante la Ley N° 26.221. Este marco contiene algunas definiciones regulatorias novedosas en el paisaje estatutario argentino, incluyendo una omnipresente referencia a la eficiencia de empresas públicas y los derechos humanos, todo lo cual será objeto de especial estudio más adelante. Ese análisis permitirá formular diferentes propuestas sobre la configuración de la empresa estatal en el nuevo escenario, de cara a lograr los objetivos que ella tiene asignados, que se resumen en la noción de “empresa estatal abierta” como sujeto distintivo del recorrido que varios países han emprendido luego del fracaso de las experiencias privatizadoras.

Aunque el presente no pretende ser un estudio comparado de experiencias empresarias en el sector sanitario, al margen del caso argentino se realizarán de manera complementaria consideraciones acerca de las particularidades que presentan otras compañías que se consideran o se perciben como exitosas. Esta visión contextual brindará al lector un panorama más integral de las problemáticas analizadas al mismo tiempo que dará un sentido más realista a las recomendaciones propuestas.

Esto es así por cuanto algunas compañías estatales de la región demostraron durante los años ochenta y parte de los noventa que —aún en contextos de inestabilidad macroeconómica— podían llevar adelante desempeños relativamente eficientes. Esto se debió, básicamente, a ciertas características institucionales que —aunque perfectibles— registraron esas empresas (Yepes, 1990), particularidades que este trabajo pretende identificar y contextualizar en un marco contemporáneo.

## **B. El caso argentino y su proyección regional**

Son múltiples las razones por las cuales este trabajo se concentra primariamente en la compañía AySA como caso de análisis de un marco institucional específico en el sector sanitario así como sus implicaciones en términos de fomento del desempeño eficiente de empresas estatales.

La primera está vinculada a que la Argentina exhibe una progresión institucional rica en términos de materia prima para el análisis de los incentivos para la eficiencia que percibe un prestador de servicios de provisión de agua potable y saneamiento a través de diferentes esquemas institucionales. La Argentina ha pasado de un modelo inicialmente estatal y centralizado (Obras Sanitarias de la Nación (OSN), desde principios del siglo pasado), luego (desde finales de los años setenta) a otro aún estatal pero descentralizado —incluso a nivel municipal—, posteriormente derivó en un sistema privatizado en la década de los noventa (Aguas Argentinas S.A. (AASA)) hasta llegar en 2006 a la actual compañía AySA (Ordoqui Urcelay, 2007), cuyo paquete accionario pertenece en un 90% al Estado y un 10% a los empleados de la empresa, operando bajo un marco regulatorio signado estatutariamente por la premisa de la eficiencia y los derechos humanos.

En segundo lugar, y desde una perspectiva netamente cuantitativa, la Argentina ofrece para el análisis no sólo una empresa de magnitud (actualmente AySA provee servicio de agua potable a más de 8 millones de usuarios) sino también operadores locales en los que la economía de escala y las cuencas hidrográficas no son visualizadas como variables relevantes. Tercero, desde una perspectiva jurisdiccional, la Argentina brinda para su estudio una amplia variedad de modelos de servicios nacionales, provinciales, municipales y en menor medida cooperativos<sup>1</sup>.

Finalmente, la Argentina es el país más demandado en los tribunales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) por parte de inversores extranjeros,

---

<sup>1</sup> Estas dos dimensiones —la escala y jurisdicción del servicio— justifican estudios complementarios.



registrando un record de reclamos en el sector sanitario. Ya han sido dictados numerosos laudos contra el país en los que se han analizado ciertos principios regulatorios del sector (Bohoslavsky, 2010), con lo que esas decisiones arbitrales también pueden enriquecer el análisis. Todo ello contribuirá a identificar y ponderar las fortalezas y déficits del nuevo marco regulatorio de AySA.

Al mismo tiempo, la referencia a otros sistemas regulatorios que resultan relevantes y representativos (Bolivia, Chile, Ecuador, Escocia, EE.UU., Inglaterra y Gales, entre otros) permitirá evaluar la experiencia de AySA en el contexto comparado y eventualmente contribuir al fortalecimiento de las buenas prácticas y estándares regulatorios por medio de la identificación de la vinculación causal entre modelos y prácticas institucionales, por un lado, y éxitos y fracasos de las compañías sanitarias, por el otro.

Es necesario tener en cuenta que la importación automática de instituciones regulatorias no se traduce necesariamente en su adaptación al ámbito local. Por ese motivo es esencial hacer una reflexión previa acerca de las reformas que son realmente necesarias para gobernar el sector del agua de una manera sustentable y eficiente (Dourojeanni y Jouravlev, 2001).

## **II. La eficiencia en las empresas sanitarias estatales**

### **A. Vuelta al Estado: algunos fracasos en el modelo de concesión privada**

Enmarcado en el llamado “Consenso de Washington”, durante la década de los noventa se implementó en los países de la región un amplio programa de privatización de los servicios públicos. Aún así, en términos generales la participación del sector privado en el sector sanitario fue mínima (entre un 10 y 15% de la población urbana), excepto en los casos de la Argentina, Chile y Bolivia en los que aquélla fue masiva, utilizando en la mayoría de los casos la modalidad de la concesión, aunque con dispares periodos de vigencia (Estache, Guasch y Trujillo, 2003)<sup>2</sup>.

Desde la perspectiva pertinente a este trabajo, en ese proceso privatizador en general no se brindó especial atención a las particulares necesidades regulatorias que exigía el nuevo esquema de prestación de los servicios operados por sujetos privados, lo que conspiró en numerosas ocasiones contra la eficiencia y sustentabilidad que exige un buen funcionamiento de aquéllos (Choudhury, 2008; Solanes, 1999). Esto es así por cuanto la experiencia indica que las fallas de mercado derivadas de una situación monopólica en el sector sanitario, si no son oportunamente corregidas o encauzadas mediante claros incentivos provenientes de la regulación, pueden ciertamente facilitar los abusos en perjuicio de los consumidores y usuarios (Ducci, 2007; Jouravlev, 2003 y 2004)<sup>3</sup>. En el ámbito puntualmente sanitario se ignoraron experiencias regulatorias largamente testeadas en Europa Occidental y los EE.UU. (Kessides, 2004; Solanes y Jouravlev, 2007).

Una visión marcadamente ideológica llevó a los organismos multilaterales a promover las privatizaciones sin atender a las restricciones económicas reales de los mercados. En algunas

---

<sup>2</sup> Se debe apuntar una diferencia relevante entre los modelos de esos países: en la Argentina y Bolivia se implementó una concesión contractual (acordada entre las partes) de plazo fijo para prestar servicios, mientras que en Chile la concesión se refiere al permiso permanente o por plazo indefinido (establecido en legislación sanitaria general y no sujeto a negociación) para prestar servicios.

<sup>3</sup> Inversión reducida, no expansión a áreas de menores ingresos, tarifas altas, baja calidad del servicio, competencia con instalaciones de redes paralelas que terminan en monopolio, discriminación indebida, etc. (Flynn, 2005).

ocasiones la presencia del Estado se debía, simplemente, a que aquéllos no eran capaces de proveer ciertos servicios (Stiglitz, 2002), con lo que el reemplazo de la actividad en manos de un inversor privado replicó esas limitaciones. Los servicios sanitarios son productos de consumo local, lo cual significa que si las economías nacionales no pueden generar los recursos suficientes para afrontar las inversiones, los inversores privados no contribuirán con recursos adicionales y los servicios no serán sustentables (Jouravlev, 2003 y 2004).

Subestimando, así, el rol de una adecuada regulación capaz de garantizar la aplicación de reglas claras y promotoras de principios económicos sanos y la sustentabilidad del servicio, se potenciaron los efectos perniciosos de la corrupción y de la insuficiente calidad institucional que presentan numerosos países de la región. Esos problemas fueron, transitivamente, trasladados a los emprendimientos privados en los sectores de los servicios públicos e infraestructura (Manzetti, 1999; Stiglitz, 2002). Todos esos factores contribuyeron de algún modo a una reducción substantiva en la participación del sector privado en las inversiones en los servicios de distribución de electricidad, ferrocarriles (Vagliasindi, 2008) y agua potable y saneamiento (Lobina y Hall, 2007).

De este modo es conveniente tener presente las experiencias y reformas regulatorias previas al proceso de privatización, pues adecuada y selectivamente aplicadas podrían contribuir a mejorar el desempeño actual de empresas estatales (Gómez-Ibáñez, 2007). Esta premisa será aplicada cuando se analice más adelante el caso argentino y la situación previa a la privatización de OSN.

## **B. Factores que inciden sobre el desempeño de las compañías estatales**

Aún sin computar cabalmente el retroceso de las inversiones privadas en los servicios públicos mencionado en la sección anterior, los estudios empíricos indican que esa participación de privados está aún menos extendida de lo que los debates políticos parecieran sugerir (Estache y Goicoechea, 2005). El desempeño de las compañías estatales en los países de la región posee, así, una importancia mayor de la que se suele reconocer.

Aunque parezca una obviedad, lo que marca la diferencia inicial entre las compañías estatales y las privadas es la naturaleza jurídica de los socios y cómo ello se proyecta sobre los objetivos de la empresa. Mientras los sujetos privados darán prioridad a la renta y buscarán que la empresa sea eficiente en términos comerciales —aún cuando no lo sea necesariamente desde un punto de vista social—, el Estado tenderá, en principio, a incorporar fines no comerciales, como por ejemplo vinculados a la equidad, como reflejo del interés público que encarna al diseñar e implementar las políticas públicas (Vagliasindi, 2008).

Al mismo tiempo, el fin de lucro de los propietarios privados exigirá ciertos niveles de eficiencia económica<sup>4</sup>, lo cual no necesariamente ocurre en una empresa estatal. Sin juzgar aquí cualitativamente sus costos y beneficios, lo cierto es que la autoridad política a cargo de las decisiones de una empresa estatal puede decidir priorizar por sobre el desempeño del servicio las expectativas electorales de su partido político o el aumento de su propio patrimonio a través de actos de corrupción, y en todos esos casos, la eficiencia económica puede verse erosionada hasta el punto en que esa conducta es contrarrestada por el desgaste político del gobierno o un juez que investiga delitos económicos.

---

<sup>4</sup> Aunque frecuentemente se admiten ineficiencias en la medida que su incidencia pueda ser trasladada a la tarifa o a la calidad del servicio.

El segundo dato general es que, normalmente, los organismos estatales *no quiebran*<sup>5</sup>, puesto que el Estado respalda su solvencia. En el caso especial de las sociedades comerciales de propiedad del Estado —que operan bajo un régimen de responsabilidad limitada y personalidad jurídica propia—, podría postularse que el socio estatal no responde por las deudas de la empresa, sin embargo, esa perspectiva —aún cuando técnicamente correcta— omite que en términos políticos el Estado asume, si fuera necesario, la responsabilidad patrimonial de la sociedad. Esto es lo que cuenta para los fines de los incentivos.

El tercer factor genérico que incide sobre la eficiencia se vincula a las condiciones de mercado en las cuales funcionan las compañías estatales, esto es, competencia o monopolio. Salvo el caso de grandes clientes y autoprodutores, las empresas proveedoras de agua potable y recolección de aguas servidas mediante redes, desde y hacia los domicilios, tienden a operar en monopolios naturales<sup>6</sup>, donde las economías de alcance, proximidad y escala son relevantes, y es por eso que la eficiencia depende más del diseño institucional concreto en el cual opera la empresa antes que de la naturaleza estatal o privada de sus socios (Renzetti y Dupont, 2003; Schouten, 2009; Wallsten y Kosec, 2008). La limitación de competencia inherente a los monopolios naturales y la condición de “clientes cautivos” de los usuarios aumenta el riesgo de abusos contra ellos y genera pocos incentivos económicos a la eficiencia (Smith, 1776). Por ese motivo, más allá del carácter estatal o privado del socio, ciertas manifestaciones de competencia, aún cuando sean limitadas, tienden a generar un efecto positivo en términos de eficiencia (Caves y Christensen, 1980). Es por ello que debe diseñarse e implementarse una regulación adecuada que procure precisamente recrear las condiciones de competencia (Ogus, 1994). A través de ese instrumento se protege a los consumidores y usuarios contra tarifas excesivas, restricciones de producción, deterioro del servicio y discriminación indebida, a la vez que se estimulan comportamientos eficientes (Morin y Hillman, 1994). Puntualmente, la competencia por comparación parece haber mejorado la regulación tanto en esquemas de operadores privados, tal como surge del caso de Inglaterra y Gales (Sawkins, 1995a y 1995b), como en las compañías sanitarias estatales, tal lo exhibido en el caso de Holanda (De Witte y Marques, 2007; Saal y De Witte, 2010) y los EE.UU. (Wallsten y Kosec, 2008).

En ese orden, compartiendo con las privadas ciertas fallas del mercado, las variables que inciden concreta y más específicamente sobre el desempeño de las compañías estatales son la información asimétrica, los altos costos de transacción y la corrupción (Vagliasindi, 2008). Se pueden desagregar más los factores: la autonomía institucional, administrativa y financiera, el grado de interferencia política, la política sindical, la masa crítica institucional existente, la estabilidad financiera ligada a tarifas razonables que permitan cubrir los costos de operación y mantenimiento y ocasionalmente de inversión, el diseño de la estructura industrial del sector, la concepción prioritaria que se asuma del usuario (confianza) y las prácticas organizacionales de gestión eficientes (Yepes, 1990; Solanes, 2009).

Una mención especial merece la cultura organizacional y gerencial de la empresa, y así la importancia que registra una administración idónea y guiada por una ética profesional representada y llevada adelante por el gerente general y su equipo. Aquí se debe mencionar que los problemas asociados a la coordinación de la dirección y gerencia de la empresa y los sindicatos pueden manifestarse en salarios excesivos, condiciones laborales que facilitan la ineficiencia, incremento injustificado de la planta y prácticas anticompetitivas.

También es relevante el reconocimiento que las propias autoridades realicen respecto del impacto que esa actividad genera en el desarrollo económico y social, pues ello repercutirá en cada

---

<sup>5</sup> La ley de concursos y quiebras de la Argentina acepta como sujetos concursables a las sociedades comerciales con participación estatal, cualquiera sea el porcentaje de su participación (artículo 2).

<sup>6</sup> La prestación del servicio por una sola empresa se traduce en menores costos unitarios que si fuera realizada por dos o más compañías, y por ello la competencia no resulta posible o entrañaría una duplicación ineficiente y prohibitivamente costosa de los activos.

acción regulatoria (Solanes, 2009). Esto se puede manifestar en el grado de continuidad e intangibilidad que exhiban los recursos presupuestarios estatales asignados año a año a la empresa. Las variables relevantes típicamente de contexto que inciden sobre el funcionamiento de las compañías sanitarias son los marcos macroeconómicos, políticos y culturales del país en los que operan, tal como lo puso en evidencia el caso de la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias (EMOS) de Chile (Yepes, 1990).

Listadas las variables que pueden afectar el desempeño de las empresas estatales, se debe advertir que, desafortunadamente, la literatura especializada recién en los últimos años ha comenzado a profundizar en la tecnología regulatoria que las empresas sanitarias estatales requieren para operar de manera eficiente. Esto puede obedecer a que en el último período se había prestado mayor atención a la participación de inversores privados en la actividad, con la natural pérdida de interés por concentrarse en las compañías públicas, estado del arte éste que paulatinamente va cambiando y en el cual se enmarca este trabajo.

### **C. La eficiencia de las empresas sanitarias**

Tal como se adelantó más arriba, las compañías estatales pueden buscar satisfacer fines comerciales vinculados a la noción de eficiencia económica, y al mismo tiempo procurar fines no comerciales (Vagliasindi, 2008).

Una empresa eficiente específicamente sanitaria debiera reunir cuatro condiciones concomitantes (Alfaro Fernandois, 2009): i) cobertura máxima (llegar a todos los usuarios que lo soliciten dentro del área asignada); ii) calidad y seguridad (cumplimiento de las obligaciones exigidas); iii) operación al mínimo costo; y, iv) tarifas que permitan la autosuficiencia financiera (cubriendo los costos de las prestaciones y del capital).

El principio de eficiencia asume una mayor relevancia cuando se constata que generalmente no es la inexistencia del agua o la imposibilidad física de acceder a ella lo que provoca niveles bajos de acceso a los servicios de provisión de agua potable y saneamiento, sino los defectos institucionales y de administración de esos servicios (Gleick, 1996). La regulación de las compañías sanitarias y la administración eficiente asumen entonces un rol vital.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, las legislaciones sectoriales en general no efectúan diferenciaciones en cuanto a la naturaleza de los socios cuando se trata de exigirles estándares mínimos de eficiencia en el desempeño de empresas de servicios públicos. Esto es así sea que se analicen los sistemas legales latinoamericanos (Bohoslavsky, 2010), inglés o norteamericano (Hantke-Domas, 2007).

Ahora bien, en forma paralela a los niveles de eficiencia comercial, las características de la actividad demandan obligaciones distintas a las de esa racionalidad. En efecto, desde un punto de vista estrictamente comercial, las áreas más pobres sencillamente no podrían acceder a los servicios básicos de provisión de agua potable y saneamiento puesto que la firma tendería a concentrarse en zonas en las cuales ya realizó la inversión, asumió el riesgo y comprobó que el negocio era rentable. Esa misma perspectiva llevaría a focalizar la realización de nuevas inversiones en las áreas más rentables, seguras y de bajos costos (Valenzuela y Jouravlev, 2007), privando de accesibilidad al servicio a sectores amplios de la población.

Ello hace que el cumplimiento de fines sociales deba ser incorporado a la serie de variables que condicionan el desempeño de la empresa sanitaria. Esas obligaciones no comerciales pueden exceder la perspectiva sectorial —como lo sería llevar los servicios sanitarios a los sectores más vulnerables—, por ejemplo, cuando se asume como objetivo la contratación de personal para la reducción del índice de desempleo del país (Vagliasindi, 2008).

La fórmula teórica que se ha encontrado para no subestimar el cumplimiento de las obligaciones comerciales ni el de las no comerciales ha sido reconocer que la eficiencia y la equidad no son conceptos excluyentes sino complementarios (Solanes y Jouravlev, 2005). El marco regulatorio (Ley N° 26.221) de AySA dispone en su preámbulo: “*El principio de eficiencia debe ser entendido y aplicado de forma complementaria con el principio de equidad, por lo que en ninguna circunstancia los intervinientes podrán utilizar argumentos fundados en la incompatibilidad de ambos principios rectores*”. De hecho, una compañía que no satisface aquellas cuatro condiciones de eficiencia (cobertura máxima, calidad y seguridad, operación al mínimo costo y tarifas razonables) no puede aspirar seriamente a cumplir estándares mínimos de equidad en la sociedad en la que opera. La ley orgánica de empresas públicas de Ecuador aprobada en 2009 da cuenta de esta concepción, al fijar como principios de los servicios públicos el desarrollo humano, la racionalidad, la rentabilidad y la eficiencia (artículo 3).

Uno de los problemas de incorporar obligaciones no comerciales a la serie de factores determinantes del desempeño de las empresas sanitarias reside en que aún no se han desarrollado instrumentos eficaces para evaluar los costos y beneficios derivados de esa clase específica de obligaciones. Existen ciertos defectos metodológicos que pueden subestimar el verdadero impacto del abastecimiento de agua potable. Por ejemplo, dentro de la canasta de alimentos y bebidas, el agua potable distribuida por redes suele ser el producto más barato, lo que frecuentemente es desconocido por economistas, abogados e ingenieros civiles. Como no se puede vivir sin agua, la falta de acceso a este servicio puede provocar externalidades sociales y ambientales difíciles de prever. De esa manera, se torna difícil medir el éxito o fracaso de la tarea de complementación recíproca de la eficiencia y los fines sociales vinculados a la equidad que latén en las obligaciones no comerciales.

En todo caso, aún cuando puede considerarse que las compañías estatales puedan perseguir fines no estrictamente comerciales, lo cierto es que el descuido de la eficiencia puede llevar a afectar las posibilidades económicas de satisfacer los primeros (objetivos sociales) (Gómez-Ibáñez, 2007). Esto es precisamente lo que justifica, aún atendiendo a las obligaciones no comerciales, concentrarse en forjar el desempeño eficiente de esas empresas. Aún así, se debe anotar que el cumplimiento de fines comerciales es necesario pero no suficiente para el cumplimiento de las obligaciones no comerciales: concretamente, la expansión de las redes hacia áreas habitadas por amplios sectores de la población de bajos recursos requiere de inversiones financieras adicionales.

## D. Modelos empresarios estatales

En las tres décadas que sucedieron a la segunda guerra mundial hubo un incremento significativo del número e importancia de las compañías estatales. Algunos de los factores de ese fenómeno respondieron a la mayor influencia del modelo socialista debida en parte al colapso económico mundial en la década de los años treinta y el desprestigio del fascismo luego de la guerra, así como a una creciente preocupación política frente a actividades privadas que operaban en condiciones monopólicas en ciertos sectores de infraestructura y servicios públicos. Además, en los países en desarrollo los mercados de capitales locales no registraban un volumen considerable y los empresarios nacionales no gozaban de experiencia necesaria para realizar inversiones riesgosas y a gran escala como las que se necesitaban para consolidar el despegue económico de esos países. Por su parte, las naciones recientemente descolonizadas presentaban lógicamente una mayor desconfianza frente a inversores extranjeros. Frente a ese cúmulo de circunstancias las empresas estatales significaron una opción atractiva para articular la eficiencia de los inversores privados con cierta dosis de responsabilidad social (Gómez-Ibáñez, 2007).

A partir de la década de los años cincuenta y hasta mediados de los ochenta los gobiernos realizaron esfuerzos significativos tendientes a mejorar el desempeño de las compañías estatales. En esta ola de reformas se pudieron observar tres abordajes que no resultan excluyentes sino

complementarios. El primero (entre los años cincuenta y setenta) detectó un déficit en la capacidad física y humana de las firmas. Por ese motivo se intentó potenciar las capacidades internas de las compañías a través de programas de asistencia tecnológica, modernización de plantas y equipamientos y desarrollo de programas de entrenamiento de sus directivos y empleados.

El segundo (aplicado durante los años setenta y ochenta) se focalizó en los incentivos antes que en las capacidades de la compañía. Partía de la premisa de que la raíz de los problemas de las empresas estatales se ubicaba en la falta de objetivos y metas claros a fin de establecer la responsabilidad de los administradores y en la inexistencia de autonomía y facultades suficientes para alcanzarlos. La fórmula propuesta para superar estas dificultades fue determinar con precisión las misiones y deberes de la entidad (y sus directivos), otorgándole facultades y autonomía necesarias para poder alcanzar esos fines evitando la interferencia política en las operaciones cotidianas de la organización. Las empresas pasaron así a tener autonomía jurídica, incluso para perfeccionar y ejecutar contratos de desempeño con la administración pública centralizada, siendo su ejecución supervisada por una agencia separada.

El tercer abordaje (que se aplicó sólo de manera esporádica) partía de la base de que no había suficiente apoyo político de los grupos interesados en promover la eficiencia en el desempeño de las compañías estatales. Consecuentemente, lo que se necesitaba era movilizar y dotar de cierta dosis de poder a esos grupos de manera que pudieran presionar para que se cumplieran con las obligaciones comerciales de la empresa, aún cuando el Estado continuara siendo su propietario. Los contribuyentes, los inversores privados y los clientes de la firma eran los aliados naturales en este esquema. La provisión de más y mejor información con fines estadísticos y de comparación jugó un rol notable en el impulso de estas iniciativas (Gómez-Ibáñez, 2007).

Todas esas reformas previas a la era de las privatizaciones tuvieron un éxito más bien reducido, pero analizadas en contexto y selectivamente aplicadas pueden ser útiles para mejorar el desempeño actual de las compañías estatales. Esta sección se concentrará en el análisis de los esfuerzos por consolidar la autonomía de las compañías estatales, incrementar su profesionalización y minimizar la interferencia política. Esto conlleva a aplicarles de alguna manera el régimen de las sociedades comerciales privadas, dotándolas con autoridad estatutaria propia, personería jurídica y estados contables separados, directorio y gerentes propios, entre otras medidas, lo que se ha conocido como *corporativización*. Esas pautas de gobierno corporativo tienden a adaptarse a las características del sector en el que opera la compañía.

Cuando ha sido posible evaluar el impacto de la corporativización de las compañías estatales, los resultados indican que en principio mejora su rendimiento en términos de eficiencia (Aivazian, Ge y Qiu, 2005). El primer efecto es que las cuentas separadas aíslan y aseguran una información más cristalina acerca del desempeño de la firma. La corporativización también hace que mejoren el sistema de monitoreo y control de los gerentes y los canales de distribución de la información. El rendimiento de los gerentes también se incrementa cuando se vincula el desempeño de la firma con sus evaluaciones y remuneraciones (Vagliasindi, 2008), así como cuando se crea y se tiene conciencia en todo el ámbito de la empresa sanitaria acerca de la responsabilidad social que entraña esa actividad.

Una empresa estatal jurídicamente independiente puede perfeccionar contratos con la autoridad de aplicación (una concesión, por ejemplo). El contenido del acuerdo puede implicar obligaciones de desempeño del personal o de la organización, restricciones contractuales que se encuentran en línea con la corporativización recién aludida.

De todos modos, aún cuando se someta a las compañías estatales a procesos de reformas tendientes a incorporar las buenas prácticas de gobierno corporativo propias del sector privado, la especial relación de estas compañías con sus propietarios estatales es un dato que no puede obviarse en ningún momento. Así, existen al menos tres modalidades de vínculo entre las compañías estatales y las autoridades políticas (Vagliasindi, 2008).

La primera y más tradicional se denomina “*descentralizada*”, en la cual las compañías estatales operan bajo la órbita de los ministerios pertinentes, de acuerdo a la actividad comercial o servicio público que se brinde. Este modelo es utilizado, por ejemplo, en Finlandia y en alguna medida también en Alemania y su gran ventaja es la posibilidad de aprovechamiento de la experiencia sectorial. El principal problema que se presenta es que dificulta la separación neta entre la propiedad y la regulación, potenciando los riesgos de una excesiva interferencia política en las operaciones diarias de la firma.

La segunda modalidad es la llamada “*dual*”, donde si bien cada empresa se encuentra bajo el mando del ministerio pertinente, existe un ministerio u organismo central que coordina a todas ellas. Este esquema —utilizado en países como Corea del Sur, Grecia, Italia, Nueva Zelanda y Sudáfrica— puede, potencialmente, minimizar los conflictos de interés derivados del doble rol de propietario de la empresa estatal y representante de los clientes de esa misma firma, precisamente porque esas funciones son distribuidas en diferentes ministerios. Los problemas que registra este modelo son los que se derivan del hecho de que exista *más de un jefe* con las complicaciones en términos de coordinación que ello puede acarrear.

La tercera, llamada “*centralizada*” —ampliamente utilizada en servicios públicos privatizados—, concentra la propiedad y responsabilidad de todas las empresas estatales en un solo ministerio (generalmente el de economía o finanzas). Este modelo fue promovido con el auge de las privatizaciones y es implementado, por ejemplo, en Bélgica, Dinamarca, España y Holanda. Sus principales ventajas consisten en la clara responsabilidad de la compañía estatal frente al gobierno, la habilidad de éste para ejercer una supervisión fiscal rigurosa, desarrollar una política coherente en materia de empresas estatales y aprovechar al máximo los limitados recursos humanos especializados (Vagliasindi, 2008). La principal desventaja es la probabilidad de que el conocimiento empírico —específico a la actividad emprendida— del ministerio de economía sea más superficial que el que acumulan los ministerios sectoriales.

El modelo argentino general se ubica en el régimen *dual*, ya que algunas compañías estatales funcionan bajo la órbita del Ministerio de Economía, otras bajo el Ministerio de Defensa y la mayoría bajo el de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios. Algunas compañías de hecho operan bajo la dirección de más de un ministerio o, tratándose de un país federal, bajo más de una jurisdicción.

En el caso específico de AySA, el Ministerio de Planificación Federal es la autoridad que designa a los directores de la compañía estatal (artículo 5, Decreto N° 304/2006). Paralelamente, y de acuerdo a los artículos 29 y 44 de la Ley N° 26.221, la mayoría de integrantes de los directorios, tanto del Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS) como de la Agencia de Planificación (APLA) son nombrados por el Poder Ejecutivo Nacional a propuesta de los gobiernos de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Con esto se pretende significar que el modelo sanitario funciona bajo el esquema centralizado.

La ventaja de este esquema es que consagra una relación de responsabilidad inequívoca entre la empresa y una única autoridad, al tiempo que permite a ésta ejercer una supervisión fiscal eficaz, implementar políticas coherentes y disponer del mejor uso de los recursos humanos especializados en la Subsecretaría de Recursos Hídricos, que es el órgano asignado para el cumplimiento de esas tareas.

Precisamente por las razones recién expuestas es que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) recomienda en su guía para el gobierno corporativo de empresas de propiedad del Estado de 2005 la adopción del esquema centralizado (OCDE, 2005). En línea con estas recomendaciones, en Kosovo esa función unificadora es ejercida por una agencia independiente, aunque tal carácter independiente nos transporta a dificultades asociadas a la falta de responsabilidad por el impacto fiscal de las decisiones, fenómeno que puede convertirse en un problema serio en los países en desarrollo que funcionan bajo fuertes y continuas restricciones presupuestarias, tema sobre el cual volveremos más adelante.



### **III. Los desafíos de la empresa pública en los albores del siglo XXI**

#### **A. La progresión institucional-sanitaria en la Argentina**

OSN, la otrora compañía nacional que desde principios del siglo pasado y hasta su privatización en los años noventa prestó los servicios de suministro de agua potable y saneamiento en la Argentina, constituye un buen botón de muestra acerca de la concepción política reinante durante décadas en el sector sanitario: se trataba de un servicio público que debía ser operado en el sentido más amplio por el propio Estado.

Este organismo fue creado por Ley N° 8.889 de 1912 como reacción a una emergencia sanitaria generalizada, y estuvo destinado originariamente al estudio, construcción y administración de obras tendientes a satisfacer la provisión de agua potable para uso doméstico “*en las ciudades, pueblos y colonias de la Nación*”. A pesar del carácter provincial de los servicios sanitarios, desde ese entonces dicho organismo se extendió por todo el territorio nacional, sea a través de la prestación directa del servicio o mediante apoyo técnico, financiero u operativo a aquellas provincias y municipalidades que se lo requerían (Ordoqui Urcelay, 2007).

Particularmente en el área metropolitana de Buenos Aires se expandió y unificó el servicio, llegando a comprender 13 distritos de la provincia de Buenos Aires en el año 1940. Tal unificación fue promovida por características técnicas especiales: una fuente de agua segura y suficiente para todas las jurisdicciones, un sistema de gravitación que permitía recoger el 70% de los líquidos efluentes y la integración de los desagües pluviales que tenían como destino final el río de la Plata.

La misión política primaria de OSN estuvo fuertemente orientada a la construcción de obras, relegando a un segundo plano las prioridades vinculadas a la eficiencia en la operación del servicio (Ordoqui Urcelay, 2007). Gracias a una política pública continua de expansión del servicio, sostenida en una tarifa política, OSN cumplió un rol central en el desarrollo económico y social del país.

Con el tiempo OSN fue sufriendo una evolución jurídica<sup>7</sup> y su expansión no cesó, llegando a gestionar el 85% del sector sanitario del país (Azpiazu, Bonofliglio y Naón, 2008). Impulsada por una política orientada a mejorar las finanzas estatales y respondiendo a recomendaciones de organismos multilaterales de crédito, en 1970 por la Ley N° 18.586 se dispuso la transferencia a favor de las respectivas provincias de los organismos nacionales (entre ellos los del sector sanitario) que operaban precisamente en esas jurisdicciones locales, y en 1979 (Resolución Conjunta de los Ministerios del Interior y Economía de la Nación del 3 de diciembre de 1979, MI N° 9/79 y ME N° 1.332/79) comenzaron a transferirse efectivamente los bienes y servicios de OSN a las provincias, exceptuando el sistema integrado del área de Capital Federal y en ese momento de 13 distritos que conforman el llamado conurbano de la provincia de Buenos Aires.

Como resultado de ese proceso, las provincias pasaron a ser gestoras directas del servicio. Sin embargo, lejos de crear organismos o compañías autónomas e independientes, replicaron el esquema funcionalmente centralizado y políticamente dependiente que exhibía OSN.

La baja inversión de OSN y de las propias provincias que caracterizó a la década de los años ochenta (menos del 50% de lo invertido entre 1970-1980) redundó en el fracaso de la consecución de la universalización del servicio en un plazo razonable, así como en el volcado de las aguas servidas en cuerpos receptores sin tratamiento previo (Ordoqui Urcelay, 2007). Las compañías y entes prestadores provinciales no adecuaron sus tarifas ni mejoraron sus desempeños, con lo que las inversiones —y en ocasiones el propio mantenimiento del servicio— pasaron a depender de los recursos disponibles en los presupuestos provinciales, sujetos, de hecho, a fuertes variaciones y *sacudidas macroeconómicas*.

Las dos características institucionales tipificantes de OSN fueron la concentración excesiva de funciones y su captura política. Lo primero, por cuanto OSN diseñaba la planificación de las inversiones, ejecutaba las obras, definía las tarifas, fijaba las normas de diseño y operación y centralizaba la información sectorial. Estaba sometida sólo a auditorías internas y eventualmente a alguna externa sin mayor profesionalismo (Ordoqui Urcelay, 2007). A su turno, la captura política se evidenciaba en la dependencia funcional de los directores de la empresa respecto de las autoridades de la administración central, que intervenían directamente en las decisiones concernientes a las tarifas y a la financiación de obras. Esa dependencia se representaba en el sistema de designación y remoción de los funcionarios a cargo de la compañía (quienes registraron una asidua rotación), la aprobación y supervisión de la ejecución del presupuesto, el régimen de contratación de personal, el sistema de selección de contratistas aplicado y el régimen de recursos administrativos contra sus resoluciones, entre otras facetas.

En definitiva, esta versión de regulación endógena (Melo, 2002) reflejaba una visión política de la economía en la que los servicios públicos prestados directamente por el Estado formaban parte de una estrategia de desarrollo más general, ante la cual debían responder y subordinarse.

En ese escenario, no se desarrollaron incentivos particulares sobre los trabajadores estatales de manera de promover la eficiencia de la compañía (una de sus manifestaciones fue el sobredimensionamiento de la planta de personal). Tampoco la relación de OSN con los contratistas de suministros y obras mereció una particular atención política ni regulatoria, con lo que las prácticas contractuales poco transparentes y anticompetitivas devinieron habituales. El sistema de registros contables e informes de OSN tampoco contribuían, puesto que eran rústicos y no reflejaban hechos relevantes de la actividad económica de la empresa. No existía micromedición con lo que era inusual la noción del uso racional del agua; y finalmente los reclamos de los usuarios eran recibidos por OSN pero no existía una forma eficaz de supervisar las respuestas que la empresa les brindaba (Ordoqui Urcelay, 2007).

---

<sup>7</sup> Por el Decreto N° 2.743 del 14 de julio de 1943 se la convirtió en Administración General de Obras Sanitarias de la Nación; en 1949 mediante la Ley N° 13.577 se dictó su ley orgánica; y en 1973 se aprobó la Ley N° 20.324 que la transformó finalmente en Empresa Obras Sanitarias de la Nación.

A partir de la llamada *crisis de la deuda* a finales de la década del setenta y durante los años ochenta, que potenciara el déficit fiscal con creciente endeudamiento público y el recrudecimiento de la inflación, el servicio sanitario se deterioró como resultado de la ausencia de inversiones y la reducción de las tarifas reales (se utilizaban las tarifas de los servicios como *anclas* nominales de precios frente a la inflación), con lo que la operación se tornó prohibitivamente ineficiente (Solanes y Delacámara, 2010). Todo eso se tradujo en una brecha creciente entre la oferta y la demanda del sector, llevando al servicio de suministro de agua potable al borde del colapso y al de saneamiento a generar externalidades ambientales negativas.

Con el fin de superar las fuertes restricciones macroeconómicas que padecía entonces la Argentina, y respondiendo al objetivo teórico de mejorar la gestión de los servicios públicos, en 1989 se aprobaron las leyes de emergencia administrativa (N° 23.696) y de emergencia económica (N° 23.697) mediante las cuales se facultaba al presidente de la Nación a privatizar las empresas públicas. OSN fue privatizada bajo la modalidad de concesión y numerosas provincias siguieron ese mismo camino. El contrato de concesión fue adjudicado, mediante licitación, a inversores internacionales del sector junto a socios locales. En 1993 se firmó el contrato de concesión de 30 años de duración, sin pago de canon al Estado y tampoco sin contribuciones por parte de éste (el servicio e inversión se sustentarían en la facturación), creándose así la compañía privada AASA.

El marco regulatorio original de la concesión se estableció mediante el Decreto N° 999/92, complementado por el contrato suscripto por las partes (Decreto N° 787/93). La operación del servicio estaba en manos privadas, mientras que la regulación y control se encontraban a cargo de un organismo —estatutariamente— independiente tanto de la compañía como de la administración central. Se estableció un sistema de tarifas máximas conjugado con la fijación de metas cuyo logro sería verificado por el Estado, confiándose en el inversor privado la elección de los medios a través de los cuales se alcanzarían aquellos objetivos.

La regulación y control del servicio estaban específicamente a cargo del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), cuyo directorio estaba compuesto por representantes de los Estados nacional, de la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sus directores rotaron al compás de la vida política nacional<sup>8</sup>. Si bien era un ente presupuestaria y administrativamente autónomo, sus actividades estuvieron signadas en gran medida por las renegociaciones contractuales con la empresa, que estaban a cargo de la administración central.

Con ese diseño institucional, el incumplimiento del prestador en materia de inversiones llegó en poco tiempo al 34% del valor contractualmente comprometido (ETOSS, 2003), aunque globalmente las inversiones realizadas fueron mayores que las registradas en periodos anteriores<sup>9</sup>. Si bien a partir del 2001 incidieron fuertemente factores macroeconómicos, ya desde 1993 se registraron incumplimientos en las metas. Aún cuando durante el período 1993-2001 hubo un avance en materia de cobertura de los servicios de provisión de agua potable y alcantarillado, no se alcanzaron los objetivos comprometidos para la expansión de los servicios y el mejoramiento de su calidad<sup>10</sup>. Entre 1993 y 2002 la tarifa del servicio sufrió un aumento del 88% —mientras que la inflación de los precios minoristas correspondiente al mismo periodo fue de tan sólo el 7,3%—, supuesto que no contemplaba (en esa extensión económica) el contrato original.

---

<sup>8</sup> En los 13 años de vida del ETOSS se designó un total de 22 directores, con un promedio de duración en su cargo de 3 años, la mitad del periodo de sus mandatos oficiales de acuerdo al marco regulatorio (Ordoqui Urcelay, 2007).

<sup>9</sup> En 1970-1980 la inversión anual en el sector de agua potable y saneamiento ascendió al 0,17% del producto interno bruto (PIB), en 1981-1991 fue del 0,08% del PIB y en 1993-2001 del 0,21% del PIB (Ordoqui Urcelay, 2007).

<sup>10</sup> A 2001 la empresa debía haber llegado a una cobertura del servicio de provisión de agua potable del 88% de los habitantes del área concesionada, mientras que alcanzó sólo el 79% (ese atraso equivalía a 800 mil habitantes sin acceso a ese servicio). El servicio de alcantarillado debía alcanzar al 72% a esa misma fecha, pero sólo se llegó a cubrir el 63% (la diferencia equivalía a 1 millón de personas). También a 2001 el tratamiento primario de desagües debía alcanzar al 70% de la población, y la empresa registraba sólo un 7% (Ordoqui Urcelay, 2007).

El periodo 2002-2005 estuvo signado por la emergencia económica de la Argentina. Los mecanismos y obligaciones derivadas de la regulación y el contrato fueron parcialmente suspendidos por el Estado nacional. Las inversiones realizadas se concentraron en intentar preservar la operación y calidad del servicio, y los pocos fondos remanentes se aplicaron a la expansión de redes pero no en planes de alcantarillado y tratamiento. La tarifa fue congelada en virtud de la crisis, con lo que la inflación impactó netamente en la ecuación de la compañía, aunque no al punto de generar resultados operativos negativos (Ordoqui Urcelay, 2007).

Debe tenerse presente que durante la concesión se alteraron ciertas pautas fundamentales de la regulación económica (tarifaria particularmente), medio ambiental e institucional (Azpiazu, Bonofiglio y Naón, 2008) que conspiraron contra la eficiencia del servicio, aún antes del colapso económico de la Argentina de 2001. Una oferta presumiblemente oportunista realizada por el inversor privado en la licitación por la concesión, sumada a una regulación liviana que no preveía incentivos firmes y a la ausencia de una autoridad reguladora y de control que pudiera mitigar las asimetrías, recurrir útilmente al sistema de “empresa modelo”, prevenir transferencias de precios ni aplicar sanciones eficaces para así cumplir adecuadamente sus funciones, todo ello conspiró contra la sustentabilidad del servicio en el mediano y largo plazo. Estas imperfecciones y debilidades regulatorias se debieron, en alguna medida, a que la inicial vocación de privatizar el servicio respondió a razones macroeconómicas antes que sectoriales (Nahón y Bonofiglio, 2007). Como dato positivo se debe acotar que en 2003 el ETOSS implementó con AASA un sistema de contabilidad regulatoria que mejoró el acceso del ente a la información disponible sobre la compañía y el servicio.

El modelo de gestión privada ya había comenzado a evidenciar su crisis con la rescisión en 1997 del contrato de concesión de Aguas del Aconquija S.A. que prestaba el servicio en la provincia de Tucumán, seguida en 2002 por la rescisión del contrato de Azurix S.A. en la provincia de Buenos Aires. En esos casos el Estado asumió la responsabilidad de prestar el servicio a través de empresas estatales de características comerciales. Ambos casos suscitaban reclamos de los inversores en tribunales arbitrales internacionales bajo el amparo de tratados bilaterales de inversión.

Finalmente, luego de un prolongado y tortuoso proceso de renegociación entre el Estado y AASA abierto a causa de la crisis socioeconómica desatada en la Argentina a partir de 2001 (Ley N° 25.561), el Estado nacional dispuso en 2006 la rescisión del contrato de concesión por culpa de la empresa. Los motivos invocados por el Decreto N° 303/2006 fueron el incumplimiento de las inversiones en la expansión de los servicios, deficiencias en la calidad del agua entregada a la población e incumplimientos en materia de continuidad y presión del servicio de provisión de agua potable.

En forma simultánea a esa rescisión contractual se creó la compañía estatal AySA (Decreto N° 304/2006, ratificado por Ley N° 26.100/2006) (Bohoslavsky, 2006). La composición accionaria de AySA es la siguiente: 90% el Estado nacional y 10% los empleados de la compañía bajo el programa de propiedad participada. Esta nueva empresa estatal es la responsable actual de la prestación del servicio en el área metropolitana de Buenos Aires.

En el marco de AySA —y por su parte numerosas provincias hacen otro tanto— el Estado nacional implementa una política que financia una proporción importante de los costos operativos de la prestación con aportes presupuestarios<sup>11</sup> ya que los ingresos tarifarios sólo cubren una parte de ellos, mientras que los costos de inversión son cubiertos en su totalidad con fondos del tesoro público.

---

<sup>11</sup> Como comentario general se debe señalar que la política de aportes de capital y subsidios que otorga el Estado a las empresas públicas no debería ser indiferente al desempeño que éstas presenten, sino que debería depender, en alguna medida, de los niveles de eficiencia que exhiba cada compañía. Esto no sólo podría incentivar a los operadores a ser más eficientes, sino también a que produzcan y exhiban más y mejor calidad de la información. Las compañías ineficientes procurarán disimular la información, pero la comparación con las más transparentes puede ser fatal. Este mecanismo también reduciría el rol del cabildeo.

Las secuelas jurídicas derivadas de la aplicación de medidas de emergencia que impactaron en la compañía privada fueron recientemente juzgadas por un tribunal del CIADI (“*Aguas Argentinas, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal contra la Argentina*”, Caso N° ARB/03/19) que en julio de 2010 dictó el laudo (Bohoslavsky, 2010). Esa resolución confirmó la legitimidad de la rescisión de la concesión y posterior estatización de la empresa, pero consideró que las medidas de emergencia habían violado el principio de tratamiento digno y equitativo en la medida en que afectaron las expectativas legítimas del inversor. Al mismo tiempo, rechazó la defensa de estado de necesidad, por entender que el Estado argentino disponía de medios más flexibles para superar la crisis sin afectar a los inversores —incluso sugirió qué tipo de medidas podría haber implementado el gobierno— y que el propio Estado había contribuido de manera substancial a la generación de esa situación. También se estimó que el carácter imperativo de la renegociación del contrato una vez que erupcionó la crisis y el rechazo estatal a actualizar las tarifas de acuerdo a las pautas del contrato de concesión inicial, habían vulnerado el estándar internacional recién aludido.

## **B. Esquema institucional establecido en el marco regulatorio de AySA**

Mediante la Ley N° 26.221 de 2007 se aprobó el marco regulatorio que rige a AySA, ratificando el convenio celebrado en 2006 entre el Estado nacional, la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esta nueva normativa dispuso la creación de la APLA y del ERAS, al mismo tiempo que disolvía el ente regulador (ETOSS) que había operado durante la etapa de AASA.

Las discusiones y negociaciones previas a la aprobación del convenio antedicho se llevaron a cabo en el marco de una comisión —no constituida formalmente— integrada, entre otros, por representantes y técnicos de la Subsecretaría Nacional de Recursos Hídricos, directores y gerentes de AySA y técnicos del entonces ETOSS, y con la cooperación —en una primera etapa y en algunos temas puntuales— de la División de Recursos Naturales de la CEPAL. Se realizaron consultas informales con asociaciones de defensa de los consumidores y usuarios.

Aunque ya en el Decreto N° 304/2006 se establecía que la relación entre AySA y el Estado se regiría específicamente por medio de un contrato de concesión —definición que se ratifica en la Ley N° 26.221, artículos 2 y 18—, recién en 2010 se suscribió el llamado *instrumento de vinculación* (Resolución N° 170/10, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios) que en la práctica cumple la misión del contrato de concesión. Básicamente reproduce las normas del marco regulatorio y presenta el plan de inversiones comprometido por el Estado nacional y AySA, padeciendo de una limitación omnipresente en la experiencia comparada de empresas estatales: los directores de la empresa no disponen de mecanismos eficaces para exigir al Estado el cumplimiento de los compromisos que asume frente a la compañía (Baietti, Kingdom y van Ginneken, 2006).

El Ministerio de Planificación tiene a su cargo el dictado de normas aclaratorias y complementarias del marco regulatorio, así como la aprobación de los planes de acción y el presupuesto. La autoridad de aplicación es ejercida por la Subsecretaría de Recursos Hídricos (que funciona bajo la órbita de ese mismo ministerio), y tiene a su cargo la relación entre la concesionaria y el Estado nacional, impartiendo las políticas, planes y programas vinculados con el servicio y ejerciendo el poder de policía, regulación y control en materia de la prestación del servicio público (artículos 20 y subsiguientes, Ley N° 26.221; anexo del Decreto N° 1.142/2003).

A su turno, el ERAS es una entidad autárquica con funciones básicamente de control más allá del enunciado inicial de otorgamiento de facultades adicionales de regulación (artículo 3, Ley N° 26.221). De la lectura de sus funciones concretas se desprende que el ERAS no desarrolla una labor realmente regulatoria, sino que se centra en velar por el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la concesionaria, estén éstas vinculadas a la prestación del servicio, la contabilidad

regulatoria, las tarifas, los usuarios, la facturación o la información que debe ofrecer y publicar la empresa (artículos 38 y 42). Este control incluye la contaminación hídrica que pueda generar AySA.

En el ámbito del ERAS actúa la Sindicatura de Usuarios, que está integrada por representantes de las asociaciones de usuarios (artículo 54). Su labor es *ad honorem*, y los dictámenes que emite deben ser considerados por el directorio pero no son vinculantes. También en el marco del ERAS se prevé la labor de un Defensor del Usuario, cuya misión principal es representar institucionalmente los intereses de los usuarios en las audiencias públicas, así como en cuestiones contenciosas o de procedimientos administrativos en las que el ERAS sea parte y en las que los derechos de aquéllos puedan estar afectados (artículo 54). Este cargo se integra mediante concurso público que a septiembre de 2010 aún no había concluido.

La APLA lleva adelante y coordina las funciones de evaluación, estudio, planificación, proyecto, aprobación, ejecución y control de las obras (inversiones) destinadas a la expansión y mejoramiento de la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento a cargo de AySA (artículos 4, 27 y subsiguientes).

Los directorios del ERAS y la APLA son interjurisdiccionales (están integrados por representantes de la Nación, la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), aunque el Estado nacional conserva una mayor dosis de poder por cuanto es quien finalmente nombra a todos los miembros de ambos directorios (inclusive a los representantes de la provincia y de la ciudad) y elige al presidente del ERAS (artículos 29, 44 y 45). También estos dos organismos cuentan con sus correspondientes Comisiones Asesoras de amplia representación jurisdiccional<sup>12</sup>, cuyos cargos son remunerados y su principal función es realizar dictámenes fijando opinión sobre los temas a decidir por los respectivos directorios. Su tratamiento es obligatorio por parte del directorio pero su contenido no es vinculante.

¿Por qué motivo el marco regulatorio de AySA intenta consagrar un sistema con ciertos rasgos de regulación y control independientes de la administración central? ¿Por qué no se otorgaron a AySA facultades de planificación, ejecución de obras y determinación de tarifa, tal como ocurría con OSN? En general, ¿Por qué no se volvió al esquema de regulación endógena o implícita que había caracterizado a OSN? Probablemente el sector sanitario haya capitalizado algunas lecciones acerca de los riesgos que entraña estar expuesto a una captura política frontal y concentrar todas las funciones posibles en una compañía estatal. No parece conveniente que un sector que requiere de estrategias públicas continuas y sustentables se encuentre sometido a los vaivenes contingentes de la política cotidiana, así como tampoco es recomendable que se deposite en un solo ente la capacidad de tomar todas las decisiones concernientes a un servicio (Rose-Ackerman, 1999).

En el diseño regulatorio comentado también incide el nuevo bloque constitucional establecido en la reforma de 1994, que eleva los derechos de los usuarios de servicios públicos a una categoría jurídica máxima<sup>13</sup>, y limita, consecuentemente, la posibilidad de interferencias políticas que puedan afectar el desempeño eficiente de las compañías prestadoras. El cumplimiento de obligaciones no

---

<sup>12</sup> Está integrada por tres representantes de los municipios comprendidos en la jurisdicción de AySA, uno por la provincia de Buenos Aires, uno por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, uno por el Ente Nacional de Obras Hídricas y Saneamiento (ENOHSA) y otro por la Subsecretaría de Recursos Hídricos (artículo 54).

<sup>13</sup> “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de 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, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, 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 de las provincias interesadas, en los organismos de control” (artículo 42, Constitución Nacional).

comerciales de las firmas estatales de servicios públicos no puede justificar la violación de los derechos constitucionales de los usuarios. Por el contrario, se debe procurar su armonización o, mejor aún, buscar fórmulas regulatorias que los potencien recíprocamente.

Lo cierto es que, tal como se verá en detalle más adelante, la independencia del ente regulador y en algún punto del propio prestador del servicio requiere más que una declaración normativa emancipadora. Así, se deben ponderar las restricciones que de hecho existan para que las agencias reguladoras puedan ejercer de manera autónoma sus competencias (Maggetti, 2009). Puntualmente, si el ente regulador en la práctica no es independiente pero la norma insiste con que lo es, se corre el riesgo de inhibir la participación de los usuarios que confían plenamente en el criterio y probidad de los integrantes del ente. Se debe monitorear y evaluar de manera permanente el funcionamiento general del modelo regulatorio.

Si los sistemas convencionales de control público son insuficientes, tornando irresistible la captura política de la compañía y el ente regulador, lejos de validar organizativamente esa situación se deben buscar y alentar aliados capaces de sostener las funciones de operación, regulación y control de un modo independiente. Numerosas experiencias comparadas demuestran que la participación e influencia de grupos externos a las empresas resulta útil para fraccionar el poder de los gobernantes de manera que no prioricen intereses políticos de corto plazo sino que también persigan objetivos como calidad y sustentabilidad financiera del servicio (Baietti, Kingdom y van Ginneken, 2006).

Siendo que la participación de socios privados está jurídicamente descartada en el caso de AySA,<sup>14</sup> indudablemente los usuarios del servicio en la Argentina están llamados a ejercer tenazmente aquel rol. La propuesta de modelo descentralizado de prevención de la corrupción que se desarrolla más adelante es un ejemplo de ese enfoque.

### **C. Definición del objeto económico y social de la empresa**

Uno de los aspectos con mayor gravitación para el diseño del marco regulatorio al cual debe ceñirse la prestación del servicio de agua potable y saneamiento reside en el impacto que sobre tal actividad produce el hecho de que su objeto posea rango de derecho fundamental consagrado a nivel convencional (CESCR, 2002)<sup>15</sup>. La calificación del acceso a agua potable y saneamiento como un derecho humano que encuentra amparo normativo, procedimental y orgánico a nivel internacional condiciona el papel de cada uno de los actores de la industria en el ámbito de sus respectivas competencias en un nuevo nivel. En efecto, si bien con anterioridad a ese proceso, una gran cantidad de derivaciones jurídicas de esa jerarquización encontraban recepción en el régimen del servicio público, la perspectiva internacional opera como un condicionamiento sobre las autoridades domésticas que aquél no contemplaba.

Ello es especialmente relevante en aquellos casos en los que el Estado pasa a absorber —a través de sus diferentes departamentos— los papeles de otorgamiento del título para el desarrollo de la actividad (concesión, planificación, regulación, control y prestación), como sucede actualmente en el sector sanitario de la Argentina al igual que en numerosas experiencias comparadas. Esa acumulación de roles en la autoridad estatal debe ser compatibilizada con los estándares mínimos de aseguramiento del derecho al agua y con las obligaciones emergentes de aquéllos, para lo cual tanto el diseño del

---

<sup>14</sup> Las acciones del Estado son intransferibles y su participación accionaria del 90% no puede ser disminuida por operación societaria alguna (Decreto N° 373/2006; ratificado por Ley N° 26.100/2006).

<sup>15</sup> En igual sentido, Asamblea General, Naciones Unidas, *Resolución sobre derecho humano al agua y el saneamiento*, A/64/L.63/Rev.1, 26 de julio de 2010.

marco regulatorio como la actividad del ente regulador, de la autoridad de planificación y de la compañía prestadora deben reflejar esos factores.

Los parámetros desarrollados tradicionalmente desde la dogmática del servicio público que ha caracterizado a los países de la región (Marienhoff, 1996) deben ser compatibilizados con el —más recientemente reconocido— contenido del derecho humano al agua potable y las obligaciones que éste engendra en cabeza tanto del Estado como de los sujetos privados desde el plano internacional. Ese ejercicio de compatibilidad permitirá un abordaje de la actividad que dote de mayor precisión y dinamismo a los lineamientos esenciales de la regulación, al combinar los estándares utilizados históricamente por los operadores jurídicos en América Latina con las nuevas directivas que van construyéndose en el campo de los tratados internacionales. En ese sentido, el artículo 7 de la Ley N° 26.221 califica a la actividad económica de abastecimiento de agua potable y desagües cloacales como servicio público, estableciendo a partir de tal conceptualización las directivas de continuidad, regularidad, calidad y generalidad —caracteres tradicionales de esa institución— a lo cual se adicionan las exigencias de eficiencia, equidad y protección del medio ambiente.

En definitiva, el papel de los diferentes sujetos de la actividad y especialmente —a los efectos de este trabajo— del prestador, se encuentra condicionado por un conjunto de reglas y principios derivados de la combinación del régimen tradicional del servicio público asociado a un *bien vital* con los nuevos requerimientos que produce la consagración internacional del derecho humano al agua. Desde esa óptica, la labor del prestador se ve atravesada por una serie de condicionantes que impregnan la definición de su objeto económico y social como empresa y que resaltan la importancia de equilibrios entre las finalidades comerciales y las que no lo son. La gestión de la compañía, el marco regulatorio y la aplicación que se haga de él deben dar necesaria cuenta de las condiciones esenciales para el aseguramiento de la sustancia del derecho al agua, estableciendo mecanismos que permitan satisfacer las exigencias que, en materia de disponibilidad, calidad y accesibilidad (CESCR, 2002), el Estado se ha comprometido a respetar, sea por sí mismo o por conducto de sus intermediarios en la gestión del servicio.

También la asignación de recursos, el diseño de los proyectos de mejora y expansión y —en general— la planificación de la actividad se encuentran condicionados por los deberes convencionales en este campo, entre los que adquiere una decisiva repercusión la necesidad de remover toda discriminación de facto que prive a ciertos individuos o grupos de los medios para lograr el derecho al agua. En ese marco, una inadecuada asignación de recursos puede devenir discriminatoria si la inversión favorece un suministro costoso de agua a una pequeña y privilegiada fracción de la población en vez de invertir en servicios que beneficien a un sector mayor (CESCR, 2002). Ello es especialmente gravitante frente a las políticas de expansión de redes, pues reafirma desde el régimen de los derechos humanos la imposibilidad del prestador de desatender determinadas áreas por razones económicas y del Estado de convalidar esa práctica. Ese aspecto da cuenta de la necesaria complementación entre eficiencia y equidad que la autoridad regulatoria debe —obligatoriamente— promover y el prestador acatar. En este sentido, el Decreto N° 303/2006 por el cual el Estado argentino rescindió el contrato de concesión de AASA consideró como especialmente grave que la concesionaria hubiera “*priorizado su interés económico proveyendo servicios en áreas rentables de la concesión*” y “*dejado a los sectores de la población más humildes desprovistos de agua potable, desconociendo el carácter de servicio público que posee el servicio que presta*”.

Frente a esas experiencias, no es casual, entonces, que la normativa dictada por el Estado argentino posterior a la salida del prestador privado fije como uno de los objetivos esenciales de la política de mejora y expansión de los servicios de agua potable y saneamiento, la “*aplicación de criterios de eficiencia empresarial a fin de garantizar la prestación universal del servicio en el área regulada, en el menor tiempo posible y priorizando a los sectores más vulnerables de la población, resultando responsabilidad primaria e indelegable de la Concesionaria el cumplimiento del mismo*” (artículo 3, Decreto N° 763/07). El cumplimiento riguroso de esta obligación exige, como contrapartida, que el Estado concedente asegure la disponibilidad de recursos suficientes, sea



aprobando un régimen tarifario racional o realizando los aportes de capital que exigen las inversiones. Las contribuciones financieras que el Estado nacional ha realizado periódicamente a favor de AySA desde su estatización pueden reflejar el cumplimiento de ese deber, que compensa el notable *retraso* que registra el régimen tarifario de la compañía.

De igual manera, la labor del prestador —tanto público como privado— debe reflejar las obligaciones de respeto<sup>16</sup>, protección<sup>17</sup> y cumplimiento<sup>18</sup> características del derecho analizado, las cuales involucran, entre otros, tarifas razonables, accesibles y equitativas —aspecto éste último que veda la imposición de cargas tarifarias desproporcionadas sobre los hogares pobres en relación a los de mayor poder adquisitivo—, tratamiento sustentable del recurso para asegurar su provisión a las futuras generaciones, extensión progresiva de las redes de saneamiento, entre otras (CESCR, 2002). También las obligaciones básicas inderogables, esto es, el deber inmediato de aseguramiento de niveles mínimos de goce del derecho humano de acceso al agua, conllevan requerimientos insoslayables en las tareas de regulación y prestación. En este plano, dada una masa cierta de recursos disponibles, es recomendable la utilización de técnicas normativas que consagren *obligaciones de resultado* antes que *de medios*, entendiéndose siempre el acceso al agua potable en el marco de su valoración económica que conduce a un consumo adecuado a las necesidades. Esto no significa que los medios (planes concretos de inversiones) sean irrelevantes. De hecho, las autoridades políticas y regulatorias, así como los propios usuarios, deben involucrarse para definir las metas y los instrumentos (tarifarios) que determinarán el derrotero que seguirán las inversiones, en línea con los principios de eficiencia y equidad.

Si bien es cierto que tratándose de un derecho social, económico y cultural el mandato convencional involucra la asignación del máximo de recursos disponibles al logro progresivo de la plenitud de tal acceso, también está clara en la lógica de los tratados involucrados la presencia de obligaciones inmediatas. El Estado debe exponer, en forma inmediata, logros básicos como son la ausencia de discriminación y la cobertura de niveles esenciales de disfrute de cada derecho<sup>19</sup> y

---

<sup>16</sup> La obligación de respeto implica en esta materia abstenerse de realizar cualquier práctica o actividad que obstaculice o limite el acceso igualitario a agua adecuada, de interferir arbitrariamente en los mecanismos consuetudinarios o tradicionales para el suministro de agua, de disminuir o contaminar el agua (CESCR, 2002).

<sup>17</sup> La obligación de protección enfatiza el indelegable deber regulatorio que prevenga la interferencia de terceros, incluyendo individuos, grupos, corporaciones y otras entidades, en el disfrute del derecho. Ello comprende la adopción de medidas legislativas o de otro carácter que resulten eficaces para evitar que esos terceros lleven a cabo actividades de obstaculización del acceso igualitario al recurso, contaminación o extracción inequitativa del mismo. En la Argentina, una muestra clara de ese tipo de medidas, en el caso judiciales, se observa con el proceso colectivo vinculado con la contaminación de la cuenca de los ríos Matanza-Riachuelo que sustancia la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) (“*Mendoza*”, 2006). Puntualmente, cuando los servicios de agua (redes, tanques, acceso a ríos o lagos) son operados o controlados por terceros, los Estados deben evitar que los mismos comprometan el acceso igualitario y accesible a suficiente agua de calidad. Para prevenir esos abusos debe establecerse un sistema regulatorio efectivo de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (CESCR, 2002), que incluye monitoreo independiente (entes reguladores), participación pública genuina (participación directa de los usuarios en el diseño de los marcos regulatorios y tarifas) e imposición de penalidades por incumplimiento (prerrogativas sancionatorias en el marco de contratos de concesión de servicio público o licencias). Como puede notarse, la regulación del servicio público de suministro de agua potable y saneamiento encuentra parámetros concretos desde el prisma de los derechos en juego en materia tarifaria, control por autoridades independientes, participación ciudadana y medidas frente a incumplimientos.

<sup>18</sup> La obligación de cumplimiento implica facilitar, por medio de medidas positivas para la asistencia de individuos y comunidades, el goce del derecho al agua; promover, por medio de una educación apropiada sobre el uso higiénico del agua, protección de las fuentes de agua y métodos para su ahorro, proveer el agua a aquellas personas o grupos impedidos, por razones ajenas a su control, de realizar el derecho por medios a su alcance (CESCR, 2002).

<sup>19</sup> Lo cual en esta materia implica asegurar, como mínimo, el acceso a una cantidad mínima de agua apta para uso doméstico y personal y para prevenir enfermedades, la no discriminación en el acceso a los servicios, el acceso físico a agua suficiente, segura y regular, evitando cortes de suministro o distancias excesivas entre el usuario y la fuente del recurso, una ubicación adecuada de las instalaciones que permita un acceso igualitario al recurso, entre otros aspectos (CESCR, 2002).

—concomitantemente— se encuentra obligado a adoptar medidas encaminadas a lograr paulatinamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>20</sup> (CESCR, 1990).

Como puede verse, el impacto del bloque normativo convencional, que viene en cierta medida a reforzar los conceptos desarrollados desde la teoría del servicio público, debe ser necesariamente asumido en el diseño regulatorio, evitando relajar indebidamente el alcance de las obligaciones relacionadas con la efectividad del derecho, en especial mediante una excesiva programaticidad del mismo en las regulaciones sectoriales domésticas o la fijación de metas que adolezcan de una marcada ambigüedad o que concedan al Estado un cierto margen para el incumplimiento de sus propios compromisos. En la práctica esto se traduce en la fijación de planes de acción con objetivos cuantitativos y cualitativos empíricamente verificables en materia de áreas de cobertura, obras y mecanismos de expansión, mantenimiento o mejora, que —a su vez— deben verse acompañados de la identificación de sus fuentes de financiamiento.

## D. Principios y asignaturas pendientes en lo institucional-organizativo

El marco regulatorio establecido en el Área Metropolitana de Buenos Aires luego de la salida del operador privado y el ingreso del estatal recepta en gran medida los siguientes lineamientos jurídicos:

- reconocimiento explícito del acceso al agua potable para consumo personal como un derecho humano;
- prestación eficiente del servicio como objetivo prioritario;
- comprensión de la eficiencia como condición necesaria para lograr la equidad en la gestión del servicio;
- deber de garantizar el mantenimiento y promover la expansión del sistema de provisión de agua potable y desagües cloacales e industriales;
- protección de la salud pública, los recursos hídricos y el medio ambiente;
- calidad, regularidad, generalidad y continuidad de los servicios sanitarios; y
- tarifas razonables y equitativas (preámbulo y artículo 4, Ley N° 26.221).

Tales definiciones jurídicas han sido inequívocas y se encuentran en línea con la llamada *corporativización* de las empresas estatales. Sin embargo, al mismo tiempo, AySA participa de la tendencia organizativa conocida como *huida del derecho público* (Martin-Retortillo, 1996; García de Enterría y Fernández, 2006) que caracterizó a las prestadoras estatales en la etapa previa a las privatizaciones y que en gran medida legitimó ese proceso como resultado de las graves falencias que caracterizaron a esas compañías en materia de opacidad, ineficiencia, corrupción y déficit de rendición de cuentas. Esa modalidad se distingue por la utilización por parte del Estado de figuras empresariales o societarias para liberarse de los controles y limitaciones procedimentales propios de la administración pública, lo cual se logra mediante una técnica de descentralización funcional en la cual aquél transfiere la ejecución de parte de sus cometidos a entidades dotadas de cierto grado de autonomía que se ven dispensadas de las reglas administrativas y sometidas a un régimen de derecho

---

<sup>20</sup> El criterio de máxima utilización de recursos disponibles para ese logro se transforma, de ese modo, en un componente esencial de la juridicidad del obrar estatal. Los gastos superfluos del Estado no generan ya un problema de distorsión política del sistema republicano, sino que pueden resultar *per se* inválidos, desde que infringen ese deber. La libertad estatal para elaborar su propio presupuesto debe ser claramente matizada desde este prisma.

privado mercantil. Como resultado de ello, esas compañías quedan regidas en su accionar por la normativa diseñada para firmas comerciales privadas y se ven, consecuentemente, relevadas de la aplicación de las normas estatales sobre procedimientos administrativos, contrataciones de bienes y servicios, régimen del personal, obras públicas, y en general de las directivas y principios estructurados para disciplinar la actuación de los organismos públicos.

El fin teórico en que se ha procurado justificar estas prácticas de exención de las regulaciones públicas ha sido el de dotar a las firmas estatales de mayor flexibilidad en sus acciones para obtener niveles superiores de eficiencia a los que presenta la administración. Sin embargo, diversas experiencias recientes muestran que los resultados de esa metodología distan de ser los esperados. Ni las empresas exceptuadas de las reglas públicas son *per se* más eficientes, ni la sujeción a estándares de objetividad, transparencia o publicidad propios del derecho público compromete necesariamente la eficacia de sus labores; antes bien, la promueve (Martin-Retortillo, 1996). Si —pese a desarrollar cometidos públicos, administrar fondos de igual carácter y encontrarse sujetas a la voluntad dominante del Estado— se dota a estas entidades de inmunidad frente a los recaudos que éste debe cumplir al momento de gestionar sus recursos lo único que se logra es privarlas de los incentivos propios de esa organización —reglas, controles y responsabilidad— sin ofrecerles nada a cambio.

En efecto, esa ausencia de controles y penalidades no será suplida por las reglas de actuación propias del mercado y se encontrará de frente con la falta de incentivos resultante de la garantía estatal sobre la solvencia de la firma —imposibilidad de quebrar y ausencia de riesgo empresarial—, la presencia de situaciones de monopolio y la captura política de las autoridades, conformando un cuadro que conspira contra la eficiencia que se procura lograr. Estos riesgos hacen que en muchos casos la proliferación de entes públicos sujetos al derecho privado sea el resultado de una utilización instrumental y táctica del derecho mercantil que les permite disfrutar de las ventajas del ordenamiento público —prerrogativas y garantías de solvencia— y del privado —libertad de acción— sin tener que soportar sus limitaciones (Sala Arquer, 1992).

El desafío del nuevo rol asignado a las compañías estatales en este punto consiste en prevenir esa “laguna de incentivos” a la eficiencia derivada de la ausencia de reglas públicas e inaplicabilidad de la lógica privada por las características del ente y para ello uno de los aspectos centrales consiste en el establecimiento de estándares más precisos y vinculantes en materia de juridicidad de la actividad e independencia de sus operadores y reguladores. Así, el papel de la eficiencia en esta nueva etapa viene delimitado por un bloque de juridicidad específico cuyo aseguramiento dependerá en gran medida de la independencia de los sujetos encargados de aplicarlo, conforme se detalla en la siguiente sección. Ese bloque de juridicidad está compuesto, como vimos, por el régimen tradicional del servicio público utilizado en América Latina con las necesarias adaptaciones establecidas en los instrumentos internacionales de protección del derecho humano objeto de la actividad y encuentra recepción parcial en algunos instrumentos internos, como el artículo 42 de la constitución argentina y el propio marco regulatorio de AySA.

Por ello, los instrumentos aplicativos deben empeñarse en asegurar que las compañías públicas contrarresten los efectos nocivos del fenómeno de huida del derecho público que signó la suerte de sus predecesoras en la etapa del Estado intervencionista, mediante la estructuración de un conjunto de reglas de la actividad fundado en los siguientes vectores substanciales, orgánicos y procedimentales: jerarquía supranacional del derecho humano al agua, eficacia en su protección y democratización de la gestión de la empresa prestadora plasmada en directivas de independencia, transparencia y rendición de cuentas en su organización interna.

## E. La necesidad de participación e independencia

Cuando se produce la reasunción del servicio, el Estado pasa a acumular —a través de sus diferentes departamentos— las atribuciones de definición del acceso, regulación, planificación, prestación y control de la actividad de provisión de agua potable y saneamiento. Esa concentración de roles debe ser acompañada de un proceso de democratización de la gestión del servicio que permita construir y actualizar participativamente un marco normativo de la actividad que se vea ejecutado sin desvíos por los diferentes estamentos involucrados.

Ese proceso de democratización es la consecuencia natural de asumir que el objeto de la actividad es un derecho fundamental, pues a partir de ese dato —y a falta de otras herramientas superiores en eficacia— nos veremos en la necesidad de trasladar a su desarrollo el bagaje conceptual que para la regulación de este tipo de intereses ofrece el constitucionalismo democrático anclado en la autonomía individual (Nino, 1989). Los destinatarios del servicio son titulares de un derecho humano y de la eficiencia del prestador depende su goce efectivo. Para que ese goce efectivo sea posible, y habida cuenta de las experiencias en este campo, deben reafirmarse las técnicas usuales que nos ofrece el Estado de derecho democrático en materia de gestión servicial<sup>21</sup>:

- En primer término, el carácter fiduciario de las prerrogativas decisorias, en cuanto a que —a diferencia de los poderes privados— las potestades públicas deben ser ejercitadas en interés ajeno al propio y egoísta del titular. Los órganos estatales actúan por definición en beneficio de un tercero, al que deben rendir cuentas de la temporal administración de sus intereses y ese patrón debe aplicarse en la actividad de prestación del servicio.
- En segundo lugar, la superación de la dicotomía autoridad-libertad mediante la noción de autodisposición de la sociedad sobre sí misma, que se traduce en la actuación conforme a reglas en cuya formulación participan —directa o indirectamente— sus destinatarios. La generación de lazos de identidad entre dirigentes y dirigidos procura satisfacer el principio de autonomía por medio de una mayor participación de los sujetos en la construcción del orden al cual se encuentran sometidos.
- Por último, el control como precondition de ese vínculo y la consiguiente capacidad del mandante —titular del derecho gestionado— de verificar en todo momento la obediencia del mandatario —titular de las potestades— a esas reglas. La pérdida de esa posibilidad conlleva una enajenación definitiva de facultades no admitida por el sistema.

En resumidas cuentas, los principios fundantes de relaciones democráticas de mando y obediencia deberían dar lugar a mecanismos de gestión que resulten superadores de la centralización en el poder decisorio y la limitación del control, en especial porque en experiencias pasadas esos rasgos dieron lugar a prácticas contrarias a la eficiencia y comprometieron, con ello, el goce efectivo del derecho en juego. Son los titulares del derecho fundamental involucrado quienes deben guiar el gobierno de la actividad que lo satisface porque es ése el principal reaseguro del compromiso entre la organización y sus fines. Ello no es más que la lógica de autodisposición de la comunidad —en este caso, de usuarios— sobre sí misma en que se asienta el estado de derecho y todas sus ramificaciones.

Frente a la concreción de ese ideario, el gran déficit del siglo XX ha sido el de una excesiva enajenación de esas capacidades ciudadanas que se vio reflejada en la escisión de las acciones gubernamentales del interés de sus destinatarios, en el aislamiento del aparato estatal y en la

---

<sup>21</sup> Las bases fundantes de ese vínculo son conocidas: “que todo poder reside en el pueblo, y, en consecuencia, deriva de él; que los Magistrados son sus administradores v sirvientes, en todo momento responsables ante el pueblo” (Declaración de Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776, artículo 2) y que “La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración” (Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, artículo 15).

incapacidad de la ciudadanía para retomar su control. La empresa pública de la época absorbió en ocasiones ese déficit y construyó su gestión de espaldas a la población. Por ello, el mismo objetivo general de recuperación de los espacios de autonomía ciudadana tiene aquí su correlato en una mayor demanda de apertura de la compañía a los usuarios.

Para viabilizar esta forma de gestión afincada en la titularidad de un derecho y sus proyecciones, el objetivo central será neutralizar los riesgos de desvíos de la actuación fiduciaria del prestador en materia de corrupción, captura política e ineficiencia. En la empresa abierta los que mandan (autoridades regulatorias y directores) lo hacen en tanto obedecen al orden en que fundan sus decisiones —por eso deben aplicarlo con independencia— y los que obedecen (usuarios) lo hacen en tanto mandan a través de la formulación de ese orden normativo, conservando en todo momento la capacidad de supervisión.

Además, la lógica de apertura de la compañía prestadora también responde al contenido del derecho que ella tutela. El derecho al agua tiene como rasgo característico el de la participación genuina de los afectados en la adopción de decisiones vinculadas con él (CESCR, 2002), porque su goce pleno requiere de políticas públicas complejas que deben ser construidas participativamente.

En definitiva, la empresa pública abierta es un paso más en el proceso de especificación de los derechos fundamentales (Bobbio, 1991; Salomoni, 1999) que ha marcado la evolución de los diferentes ordenamientos constitucionales y convencionales a partir de una gradual determinación de sus sujetos titulares. Esta especificación de los derechos supone que los mismos ya no están dirigidos a un hombre genérico, sino que se centran en aquellos colectivos situados por razones culturales, sociales, físicas, económicas, administrativas en una situación de inferioridad que es necesario compensar desde los derechos humanos (Peces-Barba, 1995) y es justamente con esa base que, en la temática que nos ocupa, se ha entendido que *“los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial”* (Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), *“Ledesma”*, 2008). Como resultado de ese fenómeno, el proceso de especificación implica en el área de los servicios públicos que las mayores demandas de participación ciudadana que en términos generales se plantean a los Estados democráticos tienen su reflejo puntual en las actividades de prestación a través de técnicas de intervención que se resumen en la idea de compañía abierta.

Por ello, y contrariamente a la orientación explicitada en varios momentos de la historia que parecen repetirse hoy, la eficiencia de una entidad estatal que desarrolla actividades económicas no se logra mediante la ausencia de regulaciones de derecho público, sino a través de estándares mínimos de juridicidad en su gestión cuyo aseguramiento debe encontrarse a cargo de operadores independientes dotados de una serie de resguardos que los prevengan de alterar sus respectivas agendas. Esa juridicidad traduce el equilibrio que debe existir entre los intereses políticos de corto plazo con objetivos sectoriales tales como la sustentabilidad financiera, la buena administración de la empresa y el mejoramiento de la calidad del servicio.

La perspectiva de la eficiencia como ausencia de límites jurídicos que, en general, orienta el diseño de las compañías estatales desde el paradigma de la huida del derecho público ha demostrado ser ineficaz y justamente contribuyó al colapso de numerosas empresas estatales prestadoras de servicios públicos al crear una laguna de incentivos a la eficiencia. Ni el mercado podía proveer esos incentivos por las connotaciones de la compañía, ni las reglas de gestión administrativa suplían el vacío, al declarárselas inaplicables. Tampoco los usuarios tenían reconocida la capacidad de incidir en forma relevante en la gestión, pues en general se les concebía —bajo la figura de “administrados”— desde un rol pasivo frente a la autoridad más que desde un papel de titularidad activa de derechos exigibles frente al prestador.

La premisa de la eficiencia en esta nueva apuesta por la gestión pública del servicio debería implicar, así, el establecimiento de un bloque de juridicidad de la actividad elaborado participativamente, que sea flexible y progresivo, y la presencia de actores independientes que

cumplan sus respectivas competencias, emulando de algún modo la tercera etapa de reformas de compañías estatales que promovían la movilización y participación de *socios externos* (véase la página 16). Insistir en la huida del derecho público de estas empresas genera el riesgo de repetir errores del pasado. La eficiencia como ausencia de reglas puede resultar una falacia en este campo.

Frente a esos objetivos, es posible observar que —así como en la etapa de privatizaciones el servicio involucraba al menos a cuatro estamentos (poder concedente, concesionario privado, ente regulador y usuario)— a partir de su reasunción por parte del Estado nos hallamos ante la ampliación de la cantidad de esos actores y de sus competencias. Ello, lejos de suponer una simplificación de los procesos de toma de decisiones, implicó una amplia fragmentación formal de competencias asignadas a diferentes órganos estatales. La primera particularidad de la nueva modalidad sería, así, una ampliación del número de actores y de competencias. El caso argentino da cuenta de ello pues el servicio de prestación de agua potable pasó de cuatro actores con competencias diversas (autoridad concedente, ente regulador, prestador y usuarios) a cinco (Estado concedente, ERAS, APLA, AySA y los usuarios).

Al mismo tiempo, la ampliación formal de los actores puede generar, sin embargo, una concentración material de competencias esenciales en un actor (la autoridad de aplicación), y con ello el riesgo de concentración excesiva de poder y la generación de desvíos o prácticas ineficientes. Ese riesgo debe ser atemperado mediante una fuerte jerarquización, sustentabilidad y autosuficiencia de las diferentes competencias involucradas, lo cual exige el establecimiento de marcos normativos precisos e inequívocos para el cumplimiento de cada rol y especialmente de garantías efectivas de independencia. Del mismo modo, de nada serviría fijar garantías de independencia para las autoridades del ente regulador o de la autoridad de planificación si ello no se ve acompañado de similares dispositivos en el seno de quien ejecuta sus directivas, el prestador.

En el nuevo modelo de prestación estatal los roles de concedente, prestador, ente regulador y planificador (nueva competencia) son desplegados por órganos dependientes —directa o indirectamente— de la misma persona. Ello hace que el desafío de la eficiencia resida en gran medida en la capacidad que disponga cada uno de esos órganos para cumplir de manera coordinada con el rol funcional asignado dentro del sistema, precisamente evitando la colonización de las agendas que corresponden a cada actor, lo cual reedita la necesidad de establecer mecanismos de independencia y equilibrio entre ellos. Tal diseño institucional permite aislar a la agencia reguladora de influencias impropias así como fomentar el desarrollo y aplicación del conocimiento técnico, que se potencian recíprocamente: el conocimiento técnico contribuye a resistir presiones externas, y la autonomía organizativa fomenta el conocimiento técnico (Smith, 1997).

Como veremos en la siguiente sección, si se procura el establecimiento de reglas claras de gestión de la compañía que consulten el bloque de juridicidad de la actividad es necesario que quienes se encargan de esa labor se vean protegidos frente a injerencias externas al sistema de prestación. Si ese amparo no se asegura, se corre el riesgo de permitir que la tarea de aplicación del marco regulatorio se vea capturada por el predominio de objetivos diferentes a los que guiaron su establecimiento, generando una disociación entre el ejercicio de la facultad y sus finalidades. La juridificación de la empresa conlleva la independencia de sus dirigentes porque de esa manera se evita que el ejercicio de las competencias reconocidas con un propósito puntual de eficiencia en la actividad termine respondiendo a propósitos políticos, económicos o personales diferentes. La independencia es un requisito lógico de preservación de la identidad de intereses entre los administradores y la organización que gobiernan.

La jurisprudencia supranacional ha desarrollado algunos indicadores útiles para la evaluación de este requisito de independencia:

- modo de designación de sus miembros;
- plazo de duración de los cargos;

- existencia de garantías contra presiones externas; y
- apariencia de independencia (esto es, la percepción de la ciudadanía sobre dicho requisito como un valor digno de tutela en una sociedad democrática)<sup>22</sup>.

Ellos deberían orientar el diseño de las reglas de organización interna del prestador, desechándose, por el contrario, el recurso a esquemas discrecionales de nombramiento, mando y remoción propios de las compañías privadas, que generalmente se utilizan desde la lógica de la eficiencia como sinónimo de regulación inexistente.

El requisito de independencia como reaseguro de la juridicidad en el desarrollo de la actividad, esto es, de la satisfacción de los principios convencionales, constitucionales, legales y reglamentarios ampliamente perfeccionados para su desempeño debe, entonces, condicionar los diferentes aspectos de la organización del prestador y el sector, tal como se explicará con mayor detalle en las siguientes secciones. La independencia, lógicamente, debe ser acompañada por una dosis correlativa de responsabilidad. Por ejemplo, exigiendo procesos de toma de decisión transparentes, publicación de las resoluciones y sus motivaciones, prohibición de conflictos de intereses, control de la ejecución presupuestaria y sometimiento a auditores externos, entre otras medidas (Smith, 1997).

## 1. Designación y remoción de los directivos de la compañía

Como vimos, AySA no ha permanecido ajena al fenómeno de corporativización de las compañías estatales. Una ley específica la crea y respalda, goza de personería jurídica propia, administra sus cuentas en forma separada de la administración central y es gestionada por su propio directorio, tal como sucede en firmas privadas. Sin embargo, un aspecto poco estudiado es la relación que en términos reales existe entre los integrantes del directorio y las autoridades ministeriales (Vagliasindi, 2008).

En este punto, la independencia —que aquí se postula como precondition de la eficiencia de la empresa sanitaria— involucra dos aspectos íntimamente relacionados. Por una parte, la organización jurídica de la entidad como tal y, por la otra, el establecimiento de mecanismos tendientes a impedir la captura de sus órganos por las autoridades políticas.

Desde la primera perspectiva, la organización de la compañía debe asegurar una gestión independiente pero sujeta al bloque de juridicidad que regula la actividad. Para ello puede recurrirse a la técnica de la descentralización que —como principio organizativo— desplaza a la noción de jerarquía propia de la desconcentración. De acuerdo a ello, la firma prestadora debe contar con personalidad jurídica y patrimonio propios, gozando de niveles razonables de autoorganización y autonomía funcional que sustituyan la potestad jerárquica —deber de obediencia a las órdenes del superior— por el control de tutela —supervisión del respeto al ordenamiento por parte de la entidad— (Linares, 1983).

Sin embargo, el margen de independencia que permite la técnica de descentralización puede verse socavado por la falta de establecimiento de mecanismos objetivos de designación y remoción de los órganos de gobierno de la empresa. En ese caso, aún cuando la entidad cuente formalmente con ciertas dosis de autonomía funcional, la dependencia inmediata de sus directores de la voluntad de las autoridades políticas para el acceso y permanencia en el cargo comprometerá decisivamente la independencia que se procura asegurar.

Por ello, no resulta suficiente establecer una organización descentralizada, sino también asegurar que no exista relación jerárquica tanto *de iure* como *de facto* entre los directores de la compañía y los funcionarios políticos. Ello dependerá de la conjugación de garantías de independencia

---

<sup>22</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “*Campbell y Fell contra Reino Unido*”, 28 de junio de 1984; “*Incal contra Turquía*”, 9 de junio de 1998.

—nombramiento mediante procedimientos competitivos y públicos, derecho a la permanencia en el cargo y ausencia de remoción discrecional<sup>23</sup>— con mecanismos tendientes a hacer efectiva la responsabilidad personal de aquellos por los desvíos en que puedan incurrir. Un punto importante a considerar es el ámbito laboral específico (su actividad previa) del cual provienen (o no deben provenir) los posibles directores, puesto que, por ejemplo, si su función permanente se ubica en un ministerio con fuerte sentido de pertenencia, y luego de su mandato como director de la empresa planea regresar a sus funciones ministeriales, la independencia puede verse naturalmente limitada.

El artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) brinda referencias gravitantes en este campo, al considerar a la selección de los funcionarios en base a principios de eficiencia y transparencia y a criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud como precondiciones para la lucha contra la corrupción en el sector estatal (el cual, de acuerdo al artículo 2 de esa convención, incluye a las compañías públicas).

La estructura organizativa de AySA —pese a que recurre a la descentralización— establece que los directores encargados de la administración y representación de la empresa son designados y removidos libremente por el Estado —representado por el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios dependiente del Poder Ejecutivo— como accionista mayoritario en la asamblea de la sociedad (artículos 16 y 17 del Estatuto aprobado por Decreto N° 304/2006). No existen reglas objetivas en materia de nombramiento, permanencia y remoción, a diferencia de lo que sucede en otras compañías estatales<sup>24</sup>. De esa manera, si bien se cumple con el requisito de independencia mediante la descentralización, sería saludable el diseño de mecanismos que permitan proteger en un mayor grado a los directores contra presiones externas, protección que se extendería, transitivamente, al nivel ejecutivo o gerencial de la empresa.

Por ejemplo, incorporando el recaudo de la existencia de una causa seria y comprobable para la remoción de los directores, o también previendo la posibilidad de que la sociedad civil exprese sus consideraciones fundadas acerca de las personas que estén siendo consideradas para ser designadas como directores, tal como sucede en la Argentina con la designación de los jueces de la CSJN en virtud de lo establecido por el Decreto N° 222/2003. Los antecedentes que presente el candidato en ejercicio de la función pública o privada deberían ser referencias decisivas para evaluar su idoneidad —de ahí la importancia de procedimientos objetivos de selección—. Del mismo modo, un buen desempeño en la empresa puede constituirse en referencia al momento de la salida de la función y la inserción en nuevos espacios públicos o privados, lo que potencia la independencia durante su función en la empresa estatal.

Es que un modelo de gobierno de la entidad con falencias en materia de independencia puede dar lugar a la configuración de una firma prestadora que actúe, por una parte, como una compañía privada en cuanto a la libertad de gestión (ausencia de los límites y controles propios del Estado) pero, al mismo tiempo, como pública en cuanto a sus atribuciones y a su dominio por parte del poder político (quien al acceder al gobierno pasa a disponer discrecionalmente de los destinos de una firma que ostenta prerrogativas superiores a las de cualquier compañía privada). El resultado puede ser un desvío de los fines de la empresa, tanto por corrupción como por postergación de los objetivos sectoriales a manos de otros intereses coyunturales, es decir el riesgo de utilización de la entidad con objetivos diversos a los que justifican su existencia. La corporativización de la compañía estatal, si no

---

<sup>23</sup> En una alternativa intermedia, la administración de la empresa podría encontrarse integrada de un modo equilibrado entre directores designados discrecionalmente por la autoridad política y directores sometidos a procedimientos de selección en base a la idoneidad, cumpliendo los requisitos de transparencia, igualdad y participación ciudadana. El modo de nombramiento debe asegurar la premisa de la independencia del órgano de gobierno de la empresa, aún cuando algunos de sus miembros encarnen la orientación política de la gestión gubernamental de turno.

<sup>24</sup> En la compañía de agua de Burkina Faso los directores son designados mediante decreto del consejo de ministros, decisión que debe tomarse sobre la base de la experiencia y competencia de los directores, e incluye a miembros de los ministerios, el gobierno municipal y los usuarios (Baietti, Kingdom y van Ginneken, 2006).



va acompañada de recaudos de independencia de sus autoridades para concentrarse en la gestión eficiente del servicio, termina otorgando a las autoridades políticas los recursos y las potestades estatales sin los límites y las responsabilidades que les son inherentes en una república. Dicho de otro modo, los derechos sin las obligaciones. Esa deficiencia genera, como dijimos, una laguna de incentivos a las buenas prácticas que ha resultado decisiva para el fracaso de los modelos de gestión estatal previos a la etapa privatizadora en América Latina.

## **2. Régimen laboral de los empleados de empresas estatales**

El artículo 8 del Decreto N° 304/2006 y el artículo 110 de la Ley N° 26.221 establecen que AySA se rige en las relaciones con su personal por la normativa laboral establecida para el empleo privado. El sometimiento a ese régimen marca como dato característico la libre elección de los empleados y su falta de estabilidad, esto es, la posibilidad de su remoción sin causa seguida de indemnización.

Por las razones que se vienen apuntando, es posible pensar que la independencia (frente a los directores especialmente) de los gerentes o empleados y la profesionalización que la actividad demanda se verían amparadas de mejor manera a partir de la utilización de figuras dotadas de mayor estabilidad, en especial las vinculadas con el empleo público. Ese régimen se caracteriza por imponer reglas de selección públicas y competitivas para el acceso al empleo sobre la base de la idoneidad, responsabilidad personal por el desarrollo de las labores y permanencia en el puesto mientras dure la buena conducta, dispositivos desarrollados precisamente para asegurar la independencia de los agentes como modo de preservación de la juridicidad de la actividad y prevención de los desvíos. El sometimiento al régimen laboral privado no genera de manera apropiada esos incentivos de independencia, sino de fidelidad al empleador y por ello es que su utilización puede ser inadecuada cuando la organización involucrada desarrolla actividades de interés público y administra fondos estatales.

La estabilidad en el empleo es una garantía pensada a favor de la organización y sus fines y no tanto del individuo, pues procura asegurar un nivel determinado de independencia de los operadores de esa organización que permita la consecución de esos fines. En una actividad desregulada no tiene sentido establecer independencia pero sí en una regulada que no se limita a un fin de lucro, sino que tiene asignadas competencias y finalidades públicas esenciales.

El sometimiento de los agentes de una firma fuertemente regulada con competencias públicas a un sistema laboral privado no constituye un incentivo central a la eficiencia, pues sustituye lealtad a la institución por temor al funcionario con potestades de remoción. La eficiencia se logra con la sujeción a las normas que disciplinan la labor de la empresa y para que ello ocurra se requiere de agentes protegidos contra presiones externas, lo cual sucede mediante procedimientos objetivos de selección en base a la idoneidad y estabilidad en el empleo. Esto no significa que los directores de la compañía no deben disponer de facultades para contratar personal y fijar condiciones laborales. De hecho, las experiencias comparadas exitosas han demostrado que esas facultades coadyuvan al desempeño eficiente de las empresas estatales. En definitiva, es deseable un equilibrio entre las garantías contra abusos de poder y las facultades de los directivos de la compañía para establecer las condiciones laborales y perfil del empleado que mejor se ajuste a las necesidades de la firma.

En todo caso, la CNUCC (artículo 7) establece que los sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos deben respetar los principios de eficiencia y transparencia y estar basados en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud. También se debe establecer una remuneración adecuada y escalas de sueldo equitativas y procedimientos adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción, así como, cuando proceda, la rotación de esas personas a otros cargos.

Otra arista del componente laboral de las compañías estatales está relacionada al destino final del resultado derivado de un desempeño más eficiente de la organización. Los incentivos para el

trabajo eficiente pueden redundar en mayores ganancias para la empresa que lógicamente deben beneficiar en algún punto a los empleados a través de aumentos de sueldos y mejoras en las condiciones de trabajo. Pero también pueden ser destinadas a mano de obra redundante o contratos con influencia indebida o con sobreprecios. El desafío aquí es asegurarse que los beneficios derivados de la mayor eficiencia se trasladen a los usuarios y a los empleados de una manera transparente, de forma tal que lleven a ambos grupos a una relación de confianza y apoyo virtuosos.

### 3. Régimen de responsabilidad personal de los directores

Está fuera de duda que la responsabilidad de la compañía como persona jurídica por incumplimientos de obligaciones propias del servicio constituye una garantía frente a los usuarios. Sin embargo, en términos de incentivos a la eficiencia es poco lo que produce puesto que no conecta las decisiones de los directores y agentes de la empresa con sus consecuencias.

Es por ese motivo que las garantías de independencia desarrolladas anteriormente deben ser acompañadas de reglas claras, previsibles y transparentes en materia de responsabilidad de los directores de la firma y personal en general. Ella demanda una delimitación precisa de las competencias de esos órganos —que permita discernir razonablemente la imputabilidad de las consecuencias de las acciones u omisiones— conjugada con pautas inequívocas de conducta en el marco regulatorio —que permita identificar razonablemente la ilicitud de la acción u omisión—. La combinación de esos dos elementos con las reglas usuales en materia de responsabilidad civil, penal y administrativa pueden constituir elementos útiles para revertir las tendencias a la impunidad y brindar incentivos adecuados para buenas prácticas.

En función de los fines esenciales que tiene a su cargo y del uso de fondos públicos, la empresa prestadora debe encontrarse abierta a un régimen de responsabilidad personal de los directores y empleados gerenciales que atienda los daños que resulten de las violaciones a sus deberes y a los derechos que se enuncian en los tratados internacionales sobre la materia, constitución nacional, leyes y reglamentos.

Por ejemplo, esa obligación genérica ha sido descripta en el artículo 1 del decreto N° 763/07 —reglamentario de la Ley N° 26.221— en los siguientes términos: “*los funcionarios y empleados de los organismos, entidades y empresas intervinientes en la prestación del servicio público de agua potable y desagües cloacales deberán asegurar, promover, controlar y hacer cumplir los objetivos de los servicios y su prestación en condiciones de eficiencia, en beneficio de los usuarios presentes y futuros mediante la implementación de adecuadas prácticas regulatorias, técnicas y gerenciales y mecanismos que aseguren la transparencia y control adecuados*”.

En línea con el modelo adoptado por algunas compañías sanitarias exitosas, el marco regulatorio argentino ha dado pasos significativos en esa dirección. Por un lado, reconoce la responsabilidad institucional de la empresa y la posibilidad de sancionarla (artículo 105, Ley N° 26.221), lo cual pone en crisis el principio de cooperación y unidad de acción que impide al Estado sancionarse a sí mismo<sup>25</sup>. Por otro lado, y más importante, se consagra la responsabilidad institucional de los directores y demás integrantes de la compañía si, habiendo actuado con dolo o culpa grave, provocaron un incumplimiento de obligaciones específicas en materia de provisión de agua potable o saneamiento (artículos 104 y 105).

No existen limitaciones legales en cuanto a quiénes están legitimados para presentar las denuncias por incumplimiento, con lo que podrían ser iniciadas de oficio por alguno de los actores regulatorios del esquema sanitario o por los usuarios mismos. Como se trata de un mecanismo de responsabilidad operando *ex post facto*, es razonable pensar que la autoridad de aplicación, el ERAS o

---

<sup>25</sup> Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación N° 441/2004 y N° 053/2005.

la APLA focalizarán en la prevención y solución de los problemas antes que en la aplicación de sanciones; y en todo caso, los directores pueden ser removidos por la autoridad política.

Por ese motivo se debe pensar también en el rol de denunciantes que pueden asumir los usuarios y las asociaciones que los nuclean. El resultado negativo que usualmente se deriva del análisis de costo/beneficio que los usuarios realizan al plantearse la posibilidad de formular una denuncia podría ser incidido, de alguna manera, con la propuesta de recompensas por denuncias de corrupción que se desarrolla más adelante. De todos modos, es aconsejable fortalecer y organizar a la sociedad civil de manera que los usuarios y sus organizaciones estén técnicamente capacitados y dispuestos a formular denuncias, al mismo tiempo que controlados y limitados por mecanismos eficaces de rendición de cuentas. El Observatorio Ciudadano del Agua y Saneamiento de México es un buen ejemplo de ese tipo de organización<sup>26</sup>.

Para la determinación de la sanción a aplicar se deben ponderar los siguientes factores: i) la gravedad y reiteración de la infracción; ii) los perjuicios ocasionados al servicio, las instalaciones, los usuarios o terceros; iii) el grado de negligencia, culpa o dolo del o de los infractores; y iv) la diligencia puesta de manifiesto en subsanar los efectos del acto u omisión imputada (artículo 108, Ley N° 26.221). Los hechos derivados de un caso fortuito o fuerza mayor no son imputables a los directores, siempre y cuando los hubieran denunciado al ERAS o la autoridad de aplicación dentro de los cinco días de acaecido o conocido por la concesionaria (artículo 107).

El sistema de imposición de las sanciones ha establecido una relación proporcional entre la gravedad de la sanción prevista y el grado de injerencia del poder político en la toma de decisión acerca de la imposición de la misma. La decisión de aplicar la sanción sólo corresponde al ERAS cuando se limita a amonestaciones, a la autoridad de aplicación cuando se trata de sanciones a la empresa o la suspensión de los directores, y al Poder Ejecutivo nacional cuando el hecho pueda merecer la remoción del investigado (artículo 106). De hecho, las sanciones que imponga el ERAS o la autoridad de aplicación son recurribles administrativamente (artículo 109), con lo que, en la práctica, todas las decisiones concernientes a la sanción de la empresa y los directores se concentran en el poder ejecutivo.

Otra forma de profundizar mecanismos que propicien una gestión responsable que lleve a los directores a internalizar como propios los riesgos de decisiones inadecuadas consiste en la posibilidad de que aquellos sean convocados obligatoriamente a explicar sus decisiones cuando se demanda a la entidad. Tal alternativa puede darse, por ejemplo, en los juicios de contenido patrimonial contra el prestador fundados en hechos u omisiones de sus directivos y agentes, mediante el deber de los representantes de la entidad de solicitar la convocatoria a juicio de estos últimos para integrar la relación procesal y de esa forma determinar las responsabilidades personales de los directores en ese mismo proceso. En consonancia con el punto anterior, los representantes legales de la firma deberían iniciar, obligatoriamente y en un plazo determinado desde el cumplimiento de la condena, juicio de repetición civil contra el directivo o agente que haya sido declarado responsable personalmente, tal como lo prevén numerosos estatutos administrativos.

## **F. Procedimientos de selección de contratistas**

### **1. La posición del prestador en materia de contrataciones**

Siguiendo la tendencia de huida del derecho público que ya ha sido relatada, el artículo 11 del Decreto N° 304/2006 establece que AySA se regirá por las normas y principios del derecho privado, por lo que no le serán aplicables las disposiciones nacionales de procedimientos administrativos, contrataciones

---

<sup>26</sup> <http://www.aguas.org.mx/ocas/index.php>.

del Estado o de obras públicas, ni en general, normas o principios de derecho administrativo. El único elemento de regulación pública que parece subsistir es la admisión de los controles que resulten aplicables por imperio de la normativa de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificatorias<sup>27</sup>.

Pese a que la tajante exclusión de las normas públicas, entre ellas las de contratación, indicaría el sometimiento del prestador a un régimen de libertad contractual privada, una mirada integral del sistema de prestación obsta a esa conclusión. En efecto, el modelo regulatorio analizado parecería inclinarse hacia un régimen jurídico mixto que conjuga ciertos aspectos de la contratación privada con la necesidad de respetar y asegurar una serie de principios de la contratación pública.

En ese orden, la Ley N° 26.221 (artículo 22) establece como obligaciones de la concesionaria el cumplimiento de requisitos vinculados con la eficiencia en los gastos operativos y de gestión, la publicidad de la información vinculada con el funcionamiento de la empresa y en especial la suministrada a los usuarios sobre contratos suscriptos y condiciones de contratación en términos de transparencia y competitividad.

El marco de gestión de la concesionaria en materia de contrataciones se encuentra, así, en un punto intermedio entre la excepción a los procedimientos de la contratación pública (artículo 11) y la aplicación de una serie de principios rectores de aquella (artículo 22). Ello ubica a la firma prestadora en un régimen mixto que conjuga aspectos de los contratos del Estado con características de la libertad de gestión de la compañía privada.

Ese punto intermedio resulta compatible con el desarrollo jurisprudencial construido en relación a las sociedades estatales en el período previo a las privatizaciones, de acuerdo al cual las particulares características de este tipo de entes, si bien admiten su sujeción a ciertos criterios rectores de la actividad privada, determinan la aplicación de una serie de principios de derecho público<sup>28</sup>. En definitiva, si bien no se exige un sometimiento directo y automático a las reglas de contratación pública, sí se demanda la satisfacción de los principios que la orientan (transparencia, publicidad, competencia, igualdad, eficiencia, etc.).

Con esa orientación, la corte federal argentina consideró que esas empresas quedan sujetas a un régimen jurídico mixto que perfila un *“sistema complejo presidido por disposiciones del derecho*

---

<sup>27</sup> El artículo 8 de la Ley N° 24.156, considera a las *“Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado Nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias”* como integrantes del Sector Público Nacional sometidas a dicho régimen.

<sup>28</sup> En general, no se ha admitido una liberación absoluta de estos entes respecto de los condicionantes jurídicos derivados de la influencia estatal en su constitución y funcionamiento. La Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) sostuvo reiteradamente que *“el Estado Nacional y aún la Administración Pública, más allá de toda disquisición relativa a su organización administrativa y descentralización, sea orgánica o funcional, debe ser rigurosamente entendida como una unidad institucional, teleológica y ética”* (Dictámenes 130:103, 190:187, 193:56, entre muchos otros). Es por ello que *“cuando se trata de entidades del Estado constituidas en forma jurídica privada se impone la superación de la personalidad del ente frente a la realidad estatal, de la propiedad, el gobierno y dirección de la entidad”* (Dictámenes 219:145, entre muchos otros). De igual modo, *“tratándose de entidades predominantemente regidas por el derecho privado, deben considerarse de aplicación ciertas normas y principios de derecho público no incompatibles con las finalidades de su creación. Ello así, porque en última instancia y aún con el más amplio grado de descentralización, integran la organización administrativa del Estado”*. Por su parte, para la corte suprema argentina no cabe distinguir entre los bienes del Estado y una empresa de su propiedad pues *“en definitiva su titular es el Estado”* (CSJN, *“Provincia de La Pampa”*, 1962; *“Gómez”*, 1969). En esa senda ha recalcado que *“como regla, las entidades autárquicas no pueden ampararse en las normas de derecho común que establecen la personalidad de las sociedades o personas de existencia ideal ni sostener que son ajenas a los actos de administración que se realizan sin intervención de ellas, pues dichas entidades se desenvuelven en la órbita del Estado y éste puede atribuirles las funciones y obligaciones que estime convenientes”* (CSJN, *“Hormical Argentina”*, 1969).

*privado en lo que hace al objeto específico de actuación, atribuido a la empresa por su estatuto, y en lo relativo a su organización de gobierno (Presidencia, Directorio, Sindicatura, etc.), pero influido por normas de derecho público, en especial procedimentales, derivadas de la estatalidad del ente y de su carácter instrumental y vicarial, en todo aquello que no interfiera con el destino industrial o comercial de su actividad” (CSJN, “La Buenos Aires”<sup>29</sup>, 1988; Bianchi, 1988<sup>30</sup>).*

Si el estándar es que “*el carácter estatal de la empresa, aun parcial, tiene como correlato la atracción de los principios propios de la actuación pública, derivados del sistema republicano de gobierno*” (CSJN, “La Buenos Aires”, 1988) será necesario encontrar los contornos de ese régimen jurídico mixto que condiciona al prestador estatal del servicio de agua potable. Producto de la utilización de figuras mercantiles en su organización, la compañía podrá disponer de un margen importante de acción para procurar el logro de sus objetivos comerciales con flexibilidad, pero ello deberá ser necesariamente conjugado con la satisfacción de principios de publicidad, transparencia y juridicidad en la gestión que no responden ya a un abordaje estrictamente comercial y cuyo ámbito normal de desarrollo ha sido el público. El dato de lo mixto veda, justamente, tanto la exclusión absoluta e indiscriminada de criterios de acción provenientes de la esfera privada como de la pública, planteando la necesidad de equilibrios entre ellos.

## 2. Lineamientos del régimen de contrataciones del prestador

En el caso argentino, el artículo 118 de la Ley N° 26.221 establece lineamientos precisos para la definición de los contornos de ese régimen jurídico mixto en materia de contrataciones del prestador. Esas pautas configuran pisos mínimos que deberían complementarse con otro tipo de medidas que se consideren eficaces para promover la eficiencia de la compañía, en especial desde la perspectiva de la democratización de su labor. La pauta a seguir será, de esa forma, la utilización de procedimientos de contratación ampliamente participativos (artículos 13 de la CNUCC y III.5 de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)).

### a) Prioridad a favor de los bienes y servicios de origen nacional

En primer término, la Ley N° 26.221 (artículo 118) exige que la empresa otorgue prioridad en sus contrataciones a los bienes y servicios de origen nacional. Aún no ha sido testeada la validez de esta norma a la luz de los tratados bilaterales de inversiones, el Protocolo de Contrataciones Públicas del MERCOSUR (artículo 5) ni las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC), aunque la experiencia de los EE.UU. en esta materia indica que *prima facie* es legítimo el fomento de ciertos sectores de la economía nacional mediante beneficios razonables (“*ADF Group Inc. contra los EE.UU.*”, CIADI, Caso ARB(AF)/00/1, 2003).

<sup>29</sup> No es menor apuntar que en este “*leading case*” argentino sobre el régimen aplicable a las empresas públicas, el demandante procuraba sencillamente acceder al expediente de una licitación convocada por una empresa de ese tipo para la contratación de un seguro. La firma estatal negó tal acceso aduciendo que las normas administrativas que consagran ese derecho no se le aplicaban. El oferente tuvo que llegar a la corte suprema y logró tener acceso al trámite años después de su finalización.

<sup>30</sup> Explica ese autor que “*cuando se produce la fusión de capitales públicos y privados para la formación de estas sociedades, no ocurre, como habitualmente suele creerse, que el Estado se despoja de sus atribuciones y desciende a la arena de los particulares, sino precisamente a la inversa: son los particulares quienes deciden invertir su patrimonio en un sector de la Administración, quien se ha reservado de antemano no sólo el control patrimonial de la compañía —si se trata de una Sociedad Anónima con participación estatal mayoritaria— o el control de dirección —si se trata de una Sociedad de Economía Mixta— sino que ha decidido retener además el ejercicio de todas las prerrogativas de poder público necesarias para asegurar la consecución de sus fines*”.

## **b) Licitación u otro procedimiento competitivo comparable de precios**

El marco regulatorio (artículo 118) exige que el prestador recurra en sus contrataciones a la “licitación u otro procedimiento competitivo comparable”. No exige expresamente la utilización de la licitación pública, pero sí de un procedimiento competitivo. Dado que la licitación pública resulta el sistema más perfeccionado en materia de mecanismos competitivos de selección, por cuanto tiende a optimizar la satisfacción de los principios de concurrencia, igualdad y publicidad, tal debería ser por vía de principio la modalidad establecida por el prestador para contratar. Así lo confirman los artículos 9 de la CNUCC y III.5 de la CICC.

En otras palabras, en el diseño del marco de contrataciones de la firma debería fijarse como regla la licitación pública y delimitar claramente las excepciones a tal sistema cuando se verifique de modo objetivo y fundado que la utilización de la competencia no es posible o resulta contraproducente con los fines de la contratación (Jouravlev, 2003; Hantke Domas, 2010a). El directorio de AySA aprobó una serie de reglamentos internos de contratación que en esencia siguen las pautas antedichas.

En este punto es destacable la experiencia regulatoria de Inglaterra y Gales, que a través de la OFWAT ha reglamentado los procedimientos de contrataciones con el fin de reducir los precios de transferencia (OFWAT, 2005). Aunque la prestación del servicio sanitario inglés está privatizada, los principios administrativos y corporativos que animan a aquellos procedimientos también son sanos y aplicables en el ámbito de compañías estatales: contrataciones en condiciones de transparencia y competitividad (Jouravlev, 2003; Hantke Domas, 2010a).

## **c) Principios rectores de los procedimientos competitivos de selección**

El marco regulatorio establece que los procedimientos competitivos que el prestador debe seguir para las contrataciones deben como mínimo garantizar transparencia en la información para todos los oferentes y competitividad entre ellos, a efectos de lograr mayor eficiencia en cuanto a la gestión económica para la provisión de insumos y servicios (artículo 118, Ley N° 26.221).

Ahora bien, los desafíos que la nueva experiencia de prestación estatal involucra —y en especial la necesidad de evitar los problemas que llevaron al colapso de sus antecedentes pre-privatizaciones— hacen que la satisfacción de las directivas procedimentales de transparencia y competitividad, conjugadas con la pauta teleológica de la eficiencia, sean un objetivo prioritario del sistema cuyo logro en gran medida debe hacerse depender de la utilización de procedimientos ampliamente participativos. La publicidad, el debate abierto y el control descentralizado pueden constituirse en herramientas útiles para evitar desvíos y es posible, en ese marco, pensar en un diseño procedimental que promueva la vigencia de esos principios en los tres momentos de la contratación: selección, celebración y ejecución.

De esa manera, los objetivos de transparencia y competitividad deben ser asegurados no sólo desde la visión tradicional de los principios de la licitación pública (concurrencia, igualdad y publicidad), sino también estableciendo un plus de participación de los diferentes involucrados tendiente a brindar salvaguardas contra desvíos desde la génesis misma de la contratación y hasta su finalización. Ello incluye a proveedores de bienes y servicios, usuarios, vecinos, organizaciones no gubernamentales y ciudadanos en general. Ese plus de participación puede canalizarse, entre otros, mediante los siguientes mecanismos.

En primer lugar, para establecer un sistema efectivo de protección de la eficiencia en las contrataciones, la participación de los afectados no debe relegarse a una etapa posterior a la definición del objeto y condiciones del contrato, donde su incidencia disminuye. Por el contrario, y siguiendo los lineamientos del Principio 11 de Limburgo sobre la Aplicación del PIDESC, el aseguramiento de condiciones mínimas de publicidad y transparencia demanda que la participación y consulta sean genuinas y no meramente formales. El modo de promover mecanismos auténticamente participativos durante las diferentes etapas del trámite consiste en reconocer legitimación directa a los afectados y

permitirles una intervención oportuna —previa a la resolución de que se trate— y útil, es decir, precedida por la plena divulgación de la información relevante (CESCR, 2008).

De ese modo, cuando la contratación posee un impacto relevante en el servicio, la participación de los afectados debe asegurarse desde el diseño mismo de las bases de la contratación. Obviamente este mecanismo debe reservarse para contrataciones significativas y programadas. Los contratos de menor cuantía y las situaciones de emergencia requieren soluciones ante todo prácticas. La elaboración participativa de las bases podría componerse de diferentes etapas.

En primer término, la publicidad y difusión del proyecto de bases de la contratación, seguido de la apertura de una etapa previa al inicio del procedimiento de selección para recibir observaciones al mismo. En tales casos, el prestador daría una amplia divulgación a la convocatoria que se combinaría con la invitación a entidades que nucleen a los productores, fabricantes, comerciantes y prestadores del producto o servicio de que se trate, asociaciones locales del lugar donde deban efectuarse las provisiones u obra, organizaciones de cualquier especie que ostenten representatividad respecto de los destinatarios de la obra o servicio, e incluso —siempre que lo justifique la relevancia social o económica del contrato— a un número determinado de usuarios residentes en el lugar de realización de la obra o servicio, sorteados en base al padrón de usuarios, para que todos ellos brinden sus aportes, observaciones y propuestas en el diseño de las bases del futuro contrato. En esa oportunidad se ofrecería amplia información sobre la obra o servicio requerido y se fijaría un plazo razonable para viabilizar la participación.

Vale aclarar que el mecanismo del sorteo posee un gran potencial para la empresa abierta: puede ser útil no sólo para evitar el problema de participación selectiva —por la cual sólo algunos sujetos especializados o con intereses puntuales o especiales terminan interviniendo en esos procedimientos—, sino, en particular, para generar en los usuarios una valiosa cultura de pertenencia e integración a partir del carácter potencial y abierto de la participación que es inherente a la aleatoriedad del instrumento. Cualquier usuario puede en cualquier momento transformarse en un participante directo en el control y ello lo hace parte permanente del sistema, además de permitir a la compañía recolectar aportes, miradas y conocimientos —por ejemplo, del lugar de la obra, actividad o tarea— que la estandarización de criterios usualmente no permite computar o incorporar satisfactoriamente (CEPAL, 2007; Durston, 1999). Esos factores de integración y pertenencia son una arista más de la idea de empresa abierta que pueden resultar decisivos para la neutralización de desvíos y la detección de prácticas ineficientes. Todos los usuarios son todo el tiempo potenciales sujetos directos e inmediatos de la toma de decisiones. Ese status los acerca al sistema, los hace sentirse partes y de ese modo contribuye a la creación de lazos de cohesión. Una vez más, son modalidades de concreción de la idea de autodisposición de las personas sobre sí mismas como pieza clave de la lógica democrática.

A partir de la apertura a participantes comentada, el proyecto de bases de la contratación queda a disposición de los interesados para la formulación de observaciones y aportes. Ello puede incluir la convocatoria a reuniones públicas y la promoción del debate entre los intervinientes acerca del contenido del proyecto. Finalmente, y aún cuando no tendrían efectos vinculantes, esos aportes deberían ser obligatoriamente tomados en cuenta —y eventualmente rebatidos de modo fundado— por el prestador al momento de establecer las bases que regirán la selección y ejecución.

Una vez que se establecen de modo participativo las bases de la contratación y se da inicio formalmente al procedimiento de selección, deben asegurarse mecanismos efectivos para una amplia difusión de la convocatoria<sup>31</sup> de modo de asegurar la concurrencia de la mayor cantidad de interesados en presentar ofertas.

---

<sup>31</sup> El artículo 118 de la Ley N° 26.221 exige solamente publicar un aviso en un medio y forma adecuados, detallando la contratación prevista y la fecha para la cual se requiere la prestación, e invitando a cualquier persona a ofertar los bienes o servicios requeridos, salvo los casos que la reglamentación aplicable prevea otro mecanismo.

En esta etapa también deben establecerse mecanismos para promover activamente la participación de diferentes actores en el control del procedimiento de contratación, lo cual puede incluir asociaciones de proveedores, organizaciones no gubernamentales y especialmente la intervención directa de un número determinado de usuarios que resulten sorteados. Todos ellos contarán con plenas facultades para la participación en el procedimiento de selección y tendrán total acceso a las actuaciones desde la apertura de las ofertas y al asesoramiento técnico que requieran.

Finalizado el procedimiento de selección en los términos anteriores, otra instancia valiosa de democratización podría funcionar mediante la recolección de opiniones no vinculantes de ciudadanos que acrediten especialización en la materia de que se trate previo a resolver la adjudicación del contrato. A fin de viabilizar esos aportes y con ello fomentar un control abierto y descentralizado del procedimiento y las ofertas, podría recurrirse a la convocatoria pública, solicitud a colegios profesionales y entidades debidamente reconocidas que nucleen especialistas en la materia objeto de contratación, consulta a universidades y centros académicos especializados, entre otros. Una vez más, el prestador podría recabar la opinión no vinculante de usuarios residentes en el lugar de realización de la obra o servicio, elegidos por sorteo y remunerados en alguna medida. Todas esas intervenciones deberían revestir la calidad de carga pública.

El artículo 118 de la Ley N° 26.221 exige otorgar la debida consideración a las ofertas recibidas, procurando que la contratación sea a precio razonable y el menor entre las ofertas admisibles. En este punto puede pensarse en la utilización del sistema de *precios testigos* —listados estadísticos de precios de mercado para bienes y servicios con características uniformes frente a los cuales se confrontan los ofrecidos a la empresa— e instrumentos de referencia que también sean resultado de procedimientos participativos.

Finalmente, la participación no debería limitarse a la etapa de selección, sino que —perfeccionado el pertinente contrato— la ejecución y control de su cumplimiento también deberían encontrarse abiertos a esquemas participativos en la línea propuesta precedentemente. Esa participación operaría como condición previa para la admisión de modificaciones vinculadas con la calidad, cantidad o precio del contrato y también como antecedente necesario de la recepción definitiva de la obra o de aprobación de cumplimiento del contrato.

¿Cómo hacer para que la mayor participación comunitaria en los procedimientos de contratación no afecte el normal funcionamiento de una compañía sanitaria? La programación anual o bianual de las contrataciones facilitaría calzar los plazos de aquellos procedimientos con las necesidades operativas de la firma. De esta manera, siendo que los especiales recaudos procesales descriptos se justifican cuando exhiben cierta relevancia económica, la mayoría de los contratos estarían así protegidos por esas garantías de competitividad y transparencia.

## **G. Los organismos de control interno, externo y auditoría de la empresa**

La compañía prestadora, en virtud de los cometidos públicos que tiene a su cargo, de su integración y de su situación de monopolio debe encontrarse sujeta a un control integrado y externo que permita la prevención de desvíos.

### **1. Control integrado**

El control debe encontrarse integrado en el procedimiento de emisión y ejecución de las decisiones del prestador. Dada la envergadura de los cometidos asignados a la empresa, es posible pensar en la estructuración de órganos de control dotados de garantías de independencia que en ciertos supuestos cuenten con la posibilidad de paralizar la ejecución de aquellas decisiones que se aparten



ostensiblemente de los principios y regulaciones aplicables al prestador. Nuevamente, una de las exigencias fundamentales en materia de eficiencia consiste en evitar los desvíos antes de que se produzcan. Los sistemas que estatuyen reglas de responsabilidad por daños consumados han demostrado ser ampliamente ineficaces, no sólo por la excesiva duración de los procedimientos de verificación de la responsabilidad sino por la insolvencia de los sujetos a los cuales se reclama la reparación del perjuicio.

No alcanza, entonces, con establecer mecanismos de control posteriores a las actuaciones del prestador, sino que resulta necesario integrarlos a procesos de toma de decisiones que incluyan la posibilidad de su paralización y el consiguiente sometimiento a escrutinio y responsabilidad.

Por ejemplo, siempre que se trate de contratos de cierto volumen y excluyéndose las contrataciones perentorias o de emergencia, podría establecerse que frente a la observación efectuada por el órgano de control interno<sup>32</sup>, la ejecución de la medida quede demorada y dé lugar a instancias más exigentes de escrutinio. De ese modo, ante el desacuerdo correspondería que el directorio de la empresa dicte una resolución de insistencia que habilitaría la ejecución pero que quedaría rodeada de diferentes recaudos: i) delimitación de la responsabilidad directa de los firmantes por el eventual perjuicio que pueda derivarse del acto observado, tanto para la compañía como para terceros; y ii) amplia difusión de la observación y del acto de insistencia y remisión de éstas al ente regulador y al Defensor del Pueblo. Ello permitiría que tanto el Defensor del Pueblo, el Defensor del Usuario, la Sindicatura de Usuarios, organizaciones no gubernamentales, el Ministerio Público y ciudadanos en general recurran a la impugnación administrativa o judicial de tal acto en caso de corresponder.

Un primer elemento para la eficacia del control sería, entonces, un examen de juridicidad integrado a los procedimientos de toma de decisiones con la posibilidad de paralizar su eficacia y activar un escrutinio más intenso en ciertos supuestos. Al mismo tiempo se dotaría de una válvula de escape (la declaración de insistencia del directorio) de manera tal que la regularidad del servicio no se vea afectada por estas impugnaciones.

## 2. Independencia en la fiscalización

El control integrado descrito precedentemente no debería ser desarrollado por funcionarios jerárquicamente dependientes del sujeto controlado.

Este requisito involucra dos aspectos. Desde una perspectiva que se centra en la organización empresarial en sí misma (hacia adentro), se hace referencia a los mecanismos de auditoría que la empresa debe implementar para la gestión transparente de sus cometidos diarios, dando cuenta así en su propio esquema organizativo de un control integrado en manos de sujetos independientes. Por su parte, desde la faceta de la gestión del servicio por parte de la compañía, esto es, la actividad que produce efectos sobre los destinatarios del servicio y terceros en general (hacia fuera), la labor de fiscalización requiere la conformación de una serie de resguardos que tiendan a asegurar la independencia del órgano regulador y de control. Dicho de otro modo, el control independiente debe contemplar primero el desempeño interno del sujeto que presta el servicio (monitoreo de la gestión de la compañía a través de mecanismos de auditoría) y luego el modo en que cumple ese cometido en el plano externo (monitoreo de la gestión del servicio a través de los órganos de planificación y control).

---

<sup>32</sup> Concretamente en el caso de AySA, el control interno de la gestión está a cargo de la comisión fiscalizadora cuya mayoría de integrantes es propuesta por la Sindicatura General de la Nación (SIGEN), conforme artículo 28 del estatuto de AySA, aprobado como anexo en el Decreto N° 304/2006. Su labor debe ser facilitada por el Comité de Auditoría que deben conformar al menos tres miembros del directorio calificados de 'independientes', por imperio de las Normas Mínimas de Control Interno para el Buen Gobierno Corporativo en Empresas y Sociedades del Estado aprobadas por la resolución de la SIGEN N° 37 de 2006.

### 3. Control interno

En el caso concreto de AySA, el artículo 11 del Decreto N° 304/2006 que dispone la constitución de la entidad prevé su sometimiento a los controles “*que resulten aplicables*” de acuerdo a la normativa que regula la administración y control del sector público nacional (Ley N° 24.156). En principio, ese régimen exige la sujeción de la compañía al sistema de control interno supervisado y coordinado por la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) —órgano dependiente del poder ejecutivo nacional— y desarrollado en el seno de cada departamento por las Unidades de Auditoría Interna. Paralelamente, implica la sujeción a las competencias de la Auditoría General de la Nación, como órgano de control externo dependiente del Poder Legislativo.

Adicionalmente, la Ley N° 26.221 (artículo 102) prevé específicamente que la autoridad de aplicación elegirá mediante concurso público los auditores técnico y contable independientes cuyas funciones serán las de auditar y certificar, con el alcance que profesionalmente les competa, que la empresa está llevando adecuadamente sus registros y que éstos reflejan razonablemente la realidad. El rol de los auditores es básicamente de colaboración con las funciones de control del servicio, sus contratos duran tres años y la información que obtengan es confidencial (esto significaría que no puede ser revelada salvo por pedido de la empresa o un juez). En cierta medida, estas previsiones parecen brindar mayores garantías de independencia que el modelo general en la materia previsto en la Ley N° 24.156 sobre Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, en cuyo marco los auditores carecen de toda estabilidad en sus cargos y pueden ser libremente removidos por el sujeto controlado (Decreto N° 971/93, artículo 4).

### 4. Labores de planificación, regulación y control

Así como los mecanismos de auditoría desarrollados por funcionarios independientes deben posibilitar una fiscalización eficaz de la gestión interna de la firma, también resulta fundamental controlar externamente la gestión del servicio, es decir, las labores que impactan directamente en la esfera de los destinatarios de la actividad y los terceros. En este campo también se requiere la conformación de una serie de resguardos que tiendan a asegurar la independencia del órgano regulador y de control. Esto presume la separación de la función de planificación respecto de la regulación y control de la prestación del servicio, confiriéndole a éstas últimas funciones institucionalmente independientes y técnicamente capacitadas (Ferro y Lentini, 2010).

En países con una amplia asignatura pendiente en términos de derechos económicos, sociales y culturales, la cobertura y acceso a los servicios sanitarios deben constituir un componente central de las políticas públicas del Estado, puesto que demandan una fuerte decisión presupuestaria en infraestructura. Al mismo tiempo, tratándose de un servicio monopólico la regulación económica es esencial por cuanto corrige fallas del mercado y reproduce los estímulos competitivos en pos de la eficiencia. La independencia de los actores del sector es así una cuestión clave porque facilita que cada uno de ellos cumpla con sus objetivos y agendas institucionales, sin que una anule a la otra.

Un protagonismo absoluto y excluyente de las políticas públicas, a costa de sacrificar ciertos principios rectores en materia de regulación económica, puede afectar la sustentabilidad del servicio. Por ejemplo, si con un propósito redistributivo se reducen excesivamente las tarifas se estimula el derroche y uso irracional del agua, y se afecta el rendimiento financiero de la compañía —y su capacidad de mantener, operar, reponer y expandir los activos—, dejando de ese modo al servicio a merced del estado de las finanzas públicas y preferencias del gobierno de turno. Del otro lado, una priorización desequilibrante de la regulación económica que desconozca el componente político-social de la planificación e inversión se traducirá en la afectación de los fines esenciales involucrados en la actividad, en tanto no dará suficiente cuenta de los condicionamientos económicos y sociales decisivos que para aquélla debe implicar el acceso al agua potable.

¿Cómo pueden hacer los reguladores para encontrar un equilibrio entre los intereses, valores y perspectivas que se tensionan permanentemente durante el ejercicio de sus funciones? Los reguladores no pueden (ni es deseable) estar completamente aislados de la política. Son las instituciones democráticas las que determinan las guías básicas de las políticas públicas, y el sector sanitario no es una excepción. Así, deben ser receptivos a las definiciones políticas, pero también deben ser capaces de resistir a los requerimientos de corto plazo cuando de esa manera se afecten perspectivas estratégicas de largo plazo. La proporcionalidad, la eficiencia, la sustentabilidad integral y demás principios regulatorios avanzados deben guiar las definiciones del regulador.

En el sector sanitario argentino la regulación depende de la autoridad de aplicación (artículo 20, Ley N° 26.221) y no del ente *regulador*. El ERAS controla (artículo 38 y subsiguientes) pero no establece los lineamientos de la actividad, pues carece de competencia reglamentaria. Sus atribuciones se limitan a fiscalizar el cumplimiento de disposiciones emanadas de otros órganos, es decir a la tarea de aplicación de un régimen normativo en cuya formulación no interviene, de modo similar a lo que sucede en el modelo colombiano<sup>33</sup>. En algunos aspectos directamente no ejerce esa facultad de control, tal como sucede con las controversias relativas al alcance de las metas en materia de presión de agua que son resueltas por la autoridad de aplicación, con la intervención previa de la APLA (artículo 9).

En cuanto a la independencia, los tres integrantes del directorio del ERAS son nombrados directamente por el Poder Ejecutivo nacional, aunque dos de ellos a propuesta del gobierno de la provincia de Buenos Aires y otro del de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El presidente es siempre designado por el Poder Ejecutivo nacional (artículos 44 y 45). Los ingresos del ERAS están vinculados a los de la compañía controlada, por cuanto representan básicamente un porcentaje (al igual que en el caso del ETOSS fijado en el 2,67%) de la facturación a los usuarios (artículo 50)<sup>34</sup>.

De acuerdo a la línea que se viene exponiendo, es de hacer notar que la precondition de la independencia podría procurarse de una manera más eficaz a través de un proceso de designación transparente, abierto y participativo de los sujetos encargados de la labor de control, conjugada con garantías de estabilidad que eviten remociones sin causa, y preferentemente con la intervención tanto del poder ejecutivo como del legislativo. Los plazos de duración de los cargos no deberían coincidir con los de los mandatos políticos electivos (Phillips, 1993; Smith, 1997). La capacidad técnica, la incumbencia profesional y la experiencia específica de los directores y del personal superior deberían ser presupuestos medianamente reglados a fin de limitar sus nominaciones, asegurando condiciones de solvencia y así de independencia mínimas en cabeza de aquellos funcionarios.

De igual forma, y habiendo sido creado por ley, en general el ERAS podría estar sometido a una cierta supervisión por parte del poder legislativo. Se podría alegar que entes como la OFWAT en Inglaterra y Gales, que rinde cuentas al parlamento, en realidad funcionan bajo ese esquema precisamente en virtud del sistema parlamentarista del país, a diferencia de la dependencia ministerial de los entes en la Argentina, país típicamente presidencialista. Sin embargo, los EE.UU., también con un presidencialismo marcado, concede un mayor rol al congreso en el control de los entes reguladores (Phillips, 1993).

Por su parte, la participación de representantes de asociaciones de defensa de los usuarios en los directorios de los entes de control ha sido establecida en algunas compañías sanitarias estatales

---

<sup>33</sup> En el sector de agua potable y saneamiento de Colombia, mientras la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) define la regulación (incluida la tarifaria), el control de su aplicación está en manos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD).

<sup>34</sup> La independencia del ERAS se ve potencialmente aún más limitada por otras dos circunstancias concomitantes: i) ese porcentaje que continúan pagando los usuarios ahora es compartido entre el ERAS y la APLA (antes su totalidad se destinaba sólo al ETOSS); y, ii) al estar retrasados los valores tarifarios, ese porcentaje genera aportes aún más reducidos, lo que explica que la propia AySA y el tesoro nacional terminen adelantando fondos al ERAS.

presentadas como exitosas, tales como las de Burkina Faso y Uganda (Baietti, Kingdom y van Ginneken, 2006).

## H. Juridicidad y eficiencia en la empresa pública prestadora

Si bien inicialmente podría considerarse que los sistemas de contrataciones o de control analizados pueden conspirar contra la eficiencia de la compañía y la celeridad de sus operaciones, las experiencias que dieron lugar a la justificación de los procesos privatizadores, vinculadas en especial con la corrupción y los desvíos, así como los fines esenciales de la empresa —satisfacción directa de un derecho humano— hacen aconsejable establecer instancias novedosas de control ciudadano que a mediano plazo permitan consolidar la transparencia y eficiencia de la firma. Los fines en juego demandan principios y regulaciones acordes.

De esa manera, no es aconsejable que la regulación del derecho privado y la libertad empresarial puedan operar irrestrictamente en este campo, pues —como tiene dicho la CSJN haciéndose eco de su par americana en *“Munn contra Illinois”* (1876)— existe la absoluta libertad de contratar y fijar el precio de las cosas y los servicios *“sólo cuando la propiedad o la actividad personal se hallan dedicados a objetos puramente privados, mas no cuando lo están a cosas públicas, en especial si se explota alguna concesión, privilegio o monopolio concedido por el Estado”* (*“Gómez”*, 1926).

Por otra parte, el argumento de la competitividad debe ser adecuadamente ponderado en el escenario concreto de monopolio natural propio de la actividad. La celeridad en la capacidad de respuesta que se demanda de esa firma no es igual a la que puede requerir una sometida a las reglas de mercado competitivo.

Como ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, que es una de las finalidades de los Estados. Por ello, si bien éstos pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen en todo momento la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. Como resultado de lo anterior, la delegación a la iniciativa privada en este campo exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar la ejecución de la tarea, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible (*“Ximenes Lopes contra Brasil”*, 2006).

Si, como en este caso, hablamos de un prestador público, con mayor razón deben asegurarse instancias de fiscalización, efectividad y responsabilidad de la compañía. La obligación conforme la cual los Estados están compelidos a respetar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, *“se extiende a todos los niveles de la administración, así como a otras instituciones a las que los Estados delegan su autoridad”* (*“Ximenes Lopes contra Brasil”*). Esto significa que tanto el Estado como el prestador —público o privado— son responsables solidarios frente a la obligación de garantía que titularizan los usuarios de un servicio público.

En igual sendero, el Protocolo de San Salvador<sup>35</sup> reconoce en su artículo 11 el derecho a *“contar con servicios públicos básicos”*, lo cual denotaría —en la sistemática propia de la convención— que el Estado se encuentra obligado a proveer, por sí o por terceros, la satisfacción de

---

<sup>35</sup> Es el Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

ese derecho. Ello nuevamente da cuenta de la presencia de obligaciones estatales irrenunciables en la actividad que impactan decididamente en la organización de la firma prestadora y conllevan la imposibilidad de dispensarla de instancias eficaces de control.

Frente a tales directivas, la huida indiscriminada del derecho público resulta abiertamente ineficaz —como lo prueba la historia económica de los países de la región— y por ello, inconsistente con las directivas internacionales que ponen en cabeza del Estado obligaciones inderogables. De hecho, casos como el de EMOS en Chile demuestran que el derecho público puede propender a un desempeño eficiente, ya que al corporativizarse tal prestador continuó rigiéndose sin mayores problemas por los reglamentos de contratación del Ministerio de Obras Públicas (MOP) y demás reglamentos internos (Alfaro Fernandois, 2009).

## I. El rol de las asociaciones de usuarios

Desde una perspectiva constitucional, la presencia de los usuarios en la gestión del servicio puede suplir algunos defectos de diseño y operación que generen desvíos en la operación de una empresa estatal. La explicación es que los usuarios pueden intentar resistir una conducta gubernamental abusiva o no deferente de sus necesidades básicas, en especial en un campo donde se encuentran en juego aspectos tan sensibles para la subsistencia (esto explica, por ejemplo, por qué es recomendable que los indicadores de *benchmarking* sean fácilmente comprendidos por los usuarios).

En el caso argentino, tanto el prestador privado como el estatal quedan sujetos a una serie de estándares constitucionales resultantes del proceso de especificación de los derechos fundamentales ya aludido, el cual en este campo se tradujo en la consagración de una serie de derechos de máxima jerarquía en cabeza de los usuarios, tales como el trato digno y equitativo, protección de los intereses económicos, libertad de elección, información adecuada y veraz, calidad y eficiencia del servicio, entre otros (artículo 42, constitución argentina). A ello cabe adicionar los lineamientos planteados por la CIDH en el caso “*Ximenes Lopes*” y por CESCR (2002) (sección III.C).

La especial protección que esos diferentes abordajes dispensan al usuario del servicio público conlleva, con particular gravitación para este trabajo, la consagración de su participación directa en los diferentes aspectos de la actividad, lo cual implica un ejercicio de los derechos de una manera inmediata y sin intermediarios. Una vez más, la nueva etapa de prestación estatal encuentra en el robustecimiento de instancias participativas en la gestión del servicio el dato diferencial frente a las experiencias previas. La democratización del servicio y la instauración de sistemas de gestión abiertos y participativos deberían ser el componente decisivo de este nuevo regreso al Estado con el fin de evitar la repetición de fracasos pasados y refutar el dogma de la eficiencia como patrimonio exclusivo de la lógica económica privada.

Esa nueva perspectiva nos permite dividir las experiencias históricas, diferenciando a la compañía pública “cerrada” que colapsó en los años ochenta de la empresa pública “abierta” a la que debería apostarse en los inicios del siglo XXI. La bisagra entre las experiencias previas y la etapa que se inicia consiste en pasar de un modelo de gestión aislado de la participación ciudadana a uno participativo. Ese debe ser el dato distintivo de cara al desafío de la eficiencia y así, transitivamente, la equidad y sustentabilidad. El tránsito de la concepción del destinatario de la actividad de “administrado” —súbdito de la autoridad prestadora— a “usuario” —sujeto de derechos fundamentales exigibles— resume el cambio.

El rol del usuario y las asociaciones que los nuclea resulta central en esa nueva configuración e involucra dos aspectos. El primero está relacionado con la participación integral de los usuarios en la gestión de la empresa, más precisamente en los sistemas de contratación y de control así como en la intervención en los procesos públicos de nombramiento de directores. El segundo está vinculado con la participación de los usuarios en la fijación del régimen tarifario.

En cuanto al primer aspecto, específicamente la participación en el diseño, aprobación y ejecución de la regulación, debe señalarse que en la Argentina no está prevista la participación de los usuarios en los procedimientos de la autoridad de aplicación (artículo 21, Ley N° 26.221), y la comisión asesora del ERAS no comprende representantes de los usuarios, pero sí la Sindicatura de Usuarios (artículo 54), cuya función es emitir opiniones no vinculantes acerca de cuestiones atinentes al servicio y está compuesta por una multiplicidad de asociaciones de usuarios (resolución ERAS N° 14/2007). El Defensor del Usuario, cuyo proceso de nominación aún en marcha, anuncia rasgos de profesionalismo e independencia<sup>36</sup>, representa institucionalmente los intereses de estos en audiencias públicas así como en cuestiones contenciosas que pudieran afectarlos, y sus posiciones pueden no ser coincidentes con las de la Sindicatura de Usuarios (artículo 54), aunque formas más amplias de participación social de control son posibles<sup>37</sup>.

Una dinámica participativa también demandaría la elaboración y aprobación de los planes de inversión. Aunque la amplia composición territorial de la comisión asesora de la APLA (participan los representantes de los municipios involucrados) es un dato positivo, lo cierto es que esa comisión no contempla la participación de representantes de los usuarios. De hecho el artículo 6 del reglamento de funcionamiento de la APLA asume explícitamente que los municipios (sus representantes en la comisión asesora) *involucran y contienen a los vecinos y a la sociedad civil*.

La participación de los usuarios en la gestión de la compañía concesionaria no está contemplada en el marco regulatorio, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con el Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado (SEMAPA) de Cochabamba, Bolivia<sup>38</sup>, que reconoce la participación de *directores ciudadanos*. Esta participación profunda de los usuarios tampoco es la panacea si no es acompañada por reformas institucionales estructurales, ya que la mutación y sobrevivencia de las elites políticas y la llamada *ley de hierro de la oligarquía* (Michels, 2008) se las ingenian para que los *directores externos* no impliquen el cambio de representatividad esperado. El SEMAPA registra problemas concretos de esa naturaleza (Driessen, 2008).

Aún ello, está claro que uno de los principales efectos del reconocimiento jurídico de los derechos económicos, sociales y culturales que han remarcado en forma constante los órganos que aplican los pactos internacionales, consiste en la obligación estatal de garantizar procedimientos participativos verdaderos respecto de la emisión de normas sobre planes vinculados con un determinado derecho, actos administrativos y contrataciones públicas (CESCR, 2000). Ello dota de legitimación directa a los afectados no sólo para la impugnación sino también para la intervención previa en esos procesos de toma de decisiones, tal como se explicó más arriba. En Porto Alegre (que presenta altas tasas de cobertura del servicio) y en otras ciudades brasileñas relativamente grandes (Recife, Caxias do Sul, Santo André, Jacaré, Piracicaba, etc.) funciona el presupuesto participativo, incluido el correspondiente al sector sanitario (Balanyá y otros, 2005).

La segunda instancia de participación se vincula con la fijación y aplicación de tarifas, que debe contabilizar especialmente la presencia de sujetos dotados de una especial protección y de titulares de derechos económicos, sociales y culturales insatisfechos. En consonancia con ello, la naturaleza colectiva de los derechos en juego demanda la participación auténtica y previa de los afectados, sean actualmente usuarios o no. La Ley N° 26.221 (artículo 73) no prevé la realización de una audiencia pública en forma previa al dictado de las normas sobre régimen tarifario y menos aún la obligación de fundamentar las decisiones cuando se desestimaran las opiniones de los participantes (si las audiencias se llevaran a cabo) (Azpiazu, Bonofliglio y Naón, 2008). Aún así, el fundamento

<sup>36</sup> Véase el procedimiento de designación, jurado y postulantes en <http://www.eras.gov.ar/defensor-del-usuario.asp>.

<sup>37</sup> La Ley Orgánica de Empresas Públicas de Ecuador (2009) ha consagrado el sometimiento de esas entidades no sólo a los controles tradicionales sino también al llamado Consejo de Participación Ciudadana (artículo 47). Ese órgano está compuesto por postulantes propuestos por organizaciones sociales y la ciudadanía (artículos 19 y subsiguientes, Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, 2009).

<sup>38</sup> <http://www.semapa.com.bo>.

constitucional que sustenta al instituto de la audiencia pública sugiere que su realización es, en rigor, imperativa (Gordillo, 2009).

En el caso argentino, la consagración de los derechos del usuario en el plano constitucional (artículo 42) contribuye decisivamente a que ese sujeto se encuentre en la posición de exigir del Estado y el prestador diferentes conductas que necesariamente imprimen ciertas características sobre la firma prestadora a cargo del servicio. Por una parte, la norma prevé un piso básico de tutela que resulta común a todos los consumidores y usuarios de cualquier tipo de servicio, consistente en la protección de la salud, seguridad e intereses económicos, el derecho a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. Paralelamente, la cláusula constitucional establece que la legislación debe prever procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos.

Esa misma norma, adicionalmente, concede a los usuarios de servicios públicos los derechos a exigir la calidad y eficiencia de los mismos, a contar con marcos regulatorios con rango legislativo y que prevean —con carácter imperativo— la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control.

De esa forma, el artículo 42 establece un *plus* de protección del usuario del servicio público, operando la normativa genérica de defensa del consumidor como un piso mínimo frente a aquél. Ese plus se traduce en determinadas garantías sustanciales y orgánicas, tales como la calidad y eficiencia del servicio como estándar jurídicamente exigible, el origen parlamentario —y no ejecutivo— de las normas que integran el marco regulatorio (Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “OC 6/86”, 1986) y la necesaria participación de los usuarios en los organismos de control. Esos derechos resultan operativos y condicionan, en consecuencia, la formulación de las políticas del servicio público, activando —de esa forma— la garantía de participación en aspectos tales como la elaboración del marco regulatorio y tarifario, en los órganos de control y en los procesos de selección y remoción del prestador<sup>39</sup>.

Estos criterios constitucionales imponen conductas concretas a la administración y la propia compañía estatal, aún ante la ausencia de previsión legal expresa, pues la directiva constitucional que debe satisfacerse en cada caso presupone la implementación de los mecanismos que mejor aseguren la participación. El objetivo debe ser, así, “*la democratización de las decisiones, formar consenso acerca de ellas y dar transparencia a los procedimientos*” mediante la participación de “*los usuarios, sus representantes y otros sujetos que puedan estar involucrados*” (CSJN, “*Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires*”, 2006). En este sentido una interpretación amplia de la cláusula constitucional que resulte consecuente con los fines de democratización propuestos y le permita alcanzar su máximo efecto útil en el escenario posterior a la reasunción estatal de la prestación de estos servicios justifica incluir en alguna medida dentro de su ámbito a la participación de los usuarios en la gestión de la empresa. En efecto, el artículo 42 alude a la participación en los entes de control porque al momento de su sanción no existía la compañía prestadora de propiedad del Estado y el único actor público del sistema era la autoridad de control. Cuando la propia firma prestadora pasa a manos del gobierno, una interpretación encaminada a ampliar la capacidad de protección de las garantías

---

<sup>39</sup> Esa faceta de participación resulta central, al punto que —como se ha expresado— de la redacción de la norma “*se desprende la clara intención de los constituyentes de 1994 de que consumidores y usuarios, expresamente en la forma de asociaciones, e implícitamente de un modo genérico, participen en la elaboración de ciertas disposiciones de alcance general a cargo de la Administración, cuando, como en el caso, ellas, al fijar tarifas para una modalidad de la prestación del servicio telefónico, puedan proyectar los efectos sobre sus derechos e intereses*” (CSJN, “*Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires*”, 2006, disidencia de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti).

consagradas a favor de los usuarios sugiere reconocer su participación en ese nuevo participante estatal de la actividad.

Como puede notarse, las instancias de democratización en la gestión del servicio constituyen una exigencia obligada desde los diferentes cuerpos normativos que conforman el bloque de juridicidad al cual se encuentra sometida la actividad. La apertura de la compañía pública a la participación —empresa pública abierta— resulta, en ese punto, el corolario natural de los progresos jurídicos acaecidos desde los años ochenta a la fecha, en especial desde la perspectiva de la consagración internacional de ciertos derechos.

Sin embargo, no resulta suficiente poner a disposición de los ciudadanos y usuarios esos canales de participación, sino que es necesario, al menos en una primera etapa de concientización sobre el impacto de ciertas prácticas en la esfera de cada persona, generar capacidades e incentivos específicos a fin de promover esa participación en la que tantas expectativas se depositan frente al desafío de la eficiencia.

## J. Medidas preventivas y sancionatorias de la corrupción

### 1. La corrupción en el sector sanitario

El panorama mundial de la corrupción indica que es un problema masivo (Transparencia Internacional, 2009). Sus secuelas perniciosas también están fuera de duda y alcanzan al propio funcionamiento macro de la economía (Mauro, 1995). La impunidad de aquellos que cometen actos de corrupción constituye uno de sus principales factores que los facilitan. Por ese motivo, el esfuerzo en prevenir la corrupción mediante el incentivo de la concreta aplicación de las sanciones se encuentra plenamente justificado. Desde la perspectiva racional o económica del fenómeno de la corrupción (“*rational choice approach*”) se ha depositado la atención en los incentivos positivos y negativos que los corruptos perciben al planificar y ejecutar sus planes (Klitgaard, 1988; Rose-Ackerman, 1999). El desafío es desarrollar medidas operacionales que efectivamente generen los estímulos necesarios para que los actos de corrupción sean desincentivados, denunciados, investigados y sancionados, y así se conviertan en un *mal negocio*.

Las causas más generales de la corrupción en el sector público están relacionadas con el poder monopólico, la amplia discreción, la falta de transparencia en la toma de decisiones y debilidad del sistema de rendición de cuentas (Klitgaard, 1988; Rose-Ackerman, 1999), y el sector sanitario presenta ciertas características que lo hacen particularmente atractivo para el diseño y ejecución de actos de corrupción (Campos y Bhargava, 2007). Esas características tipificantes son, entre otras, la amplia circulación de dinero público, frecuentemente la presencia de agencias donantes sin coordinación, discreción en la toma de decisiones sobre las inversiones, la condición monopólica del servicio, fallas en el área financiera y de recuperación de costos, problemas de tarifas y subsidios, el elevado costo de los activos (equipamientos e infraestructura) del servicio, la asimetría de información entre el proveedor y los usuarios, las complejidades de los propietarios, sistemas y niveles del servicio, y las funciones y roles institucionales (Plummer y Cross, 2007). Aunque la corrupción afecta a todos los países cualquiera que sea el ingreso por habitante que registren, se estima que en los países en desarrollo los costos de las conexiones domésticas a las redes de agua potable aumentan aproximadamente en un 30% a causa de la corrupción (Hantke-Domas, 2010b; Transparencia Internacional, 2008).

Más aún, en los sectores de *alta renta* la corrupción puede generar externalidades negativas que se proyectan sobre todo el gobierno ya que tienden a debilitar las instituciones y la regulación para poder operar de manera cómoda. Desde una perspectiva específicamente regulatoria esto se puede traducir en una captura de las autoridades que deben diseñar, ejecutar y controlar el cumplimiento de las normas.



Las propuestas para mejorar la prevención o sanción de la corrupción tienden a ubicarse en alguna de las siguientes cuatro categorías: dilución del poder monopólico, reducción (no su transferencia a niveles superiores menos visibles) de la discreción, incremento de la transparencia y mejoramiento de los sistemas de rendición de cuentas. Dado que es la menos explorada, en esta sección se propone operar sobre la última de esas categorías mediante la implementación —en el marco regulatorio sectorial del agua potable gestionado por la empresa pública— de un sistema de recompensas económicas por denuncias de corrupción.

## 2. Modelo descentralizado de prevención y sanción de la corrupción

La propuesta desarrollada en esta sección consiste en un sistema descentralizado de prevención y control de la corrupción en la compañía prestadora, concebido para que funcione de manera complementaria a los resortes ya desarrollados en materia de contrataciones, fiscalización y responsabilidad de agentes y directivos.

Los EE.UU. cuenta con el llamado “*False Claim Act*” mediante el cual se regula el sistema de recompensas económicas por denuncias de corrupción<sup>40</sup>. Desde su implantación esta herramienta le ha permitido al gobierno norteamericano recuperar más de 24 mil millones de dólares desviados mediante actos de corrupción<sup>41</sup>. La propuesta aquí es la implementación de esta herramienta, aunque adaptada a la cultura jurídica y política de los países en cuestión y a las características del sector de agua potable y saneamiento.

En el marco de la legislación sectorial sanitaria sería útil el reconocimiento de una recompensa económica a favor del denunciante de un acto de corrupción concreto, otorgándole la posibilidad procesal de velar por su derecho durante las investigaciones, de manera que pueda alzarse con parte del ahorro que implica la frustración del acto corrupto o bien la recuperación de los activos substraídos, o una combinación de ambas variables. Una norma así encontraría sustento en las cláusulas paraguas que prevén la CNUCC (artículos 1, 31 y 57) y la CICC (artículos III.8 y 11).

Ese esquema colocaría cara a cara a diversos intervinientes de la vida política, económica y social, que estimulados por el rédito de corromperse así como de denunciar y promover investigaciones, los haría enfrentarse en pos de un mismo objetivo: ganar dinero. Son bien diversas las consecuencias derivadas de una y otra conducta que pueden ser generadoras de ganancias. Mientras la corrupción socava al sistema democrático y obstaculiza el cumplimiento de las obligaciones de una empresa estatal, la ganancia derivada de la denuncia precisamente refuerza aquel sistema y promueve la eficiencia, puesto que se premia el cumplimiento de la ley y, adicionalmente, permite la recuperación de los bienes substraídos del erario público.

En el modelo ideal la determinación del monto base para la recompensa no es tarea simple. El daño cuyo acaecimiento se frustró gracias a la denuncia puede no coincidir con los activos efectivamente recuperados. Una fórmula que articule ambos montantes sería apropiada, de manera tal de no cargar al denunciante con el riesgo de la efectiva recuperación de los bienes.

Esto tiene relación con quién es el obligado al pago de la recompensa. En principio el que corrompió al funcionario así como éste último. Pero si entre ambos no cubren la suma debida al

<sup>40</sup> La vasta experiencia que registra los EE.UU. en el desarrollo de estas acciones se puede consultar en la página web del *Taxpayers Against Fraud Education Fund* (<http://www.taf.org>). Los estados de California, Delaware, Florida, Hawai, Illinois, Louisiana, Massachusetts, Nevada, Nuevo México, Tennessee, Texas, Virginia y el Distrito de Columbia disponen de normas propias en esta materia. Los antecedentes de esta norma se remontan a 1863, cuando Abraham Lincoln intentó poner freno a los abusos de los proveedores y acuerdos colusorios a los que se veía sometido el ejército durante la guerra civil.

<sup>41</sup> Las estadísticas sobre recuperación de activos realizada por el Departamento de Estado desde 1987 a la fecha pueden consultarse en <http://www.taf.org/FCAstats2009.pdf>.

denunciante, el Estado debería reconocerle a éste un privilegio mínimo sobre los activos efectivamente recuperados. Y si nada se recupera, pues el Estado debería pagar los gastos del proceso más una suma mínima de consuelo.

El fomento de las denuncias elevaría los costos de la corrupción y con ello se erigiría un mecanismo de control descentralizado, lo cual podría lograrse por medio de una amplia y pública incentivación a denunciar, que promovería su aceptación y legitimación política y social. También a través del correcto funcionamiento del sistema de adjudicación de premios al denunciante, en el que sería clave el carácter confidencial de ciertos datos de su persona<sup>42</sup>.

Ante el peligro de estimular denuncias triviales o temerarias, o bien tratarse de simples acosos o venganzas, rigen las reglas generales en la materia: la falsa denuncia ya se encuentra tipificada penalmente, y el régimen de imposición de costas contempla esas situaciones, aunque la previsión adicional de una sanción económica, reservada para casos extremos contra denunciantes de mala fe, mejoraría los estándares de las denuncias.

A partir de la experiencia norteamericana en la materia, que tiene un sistema de recompensa económica que no tramita por medio de un proceso penal sino civil —aunque puede de hecho derivar lateralmente en un proceso criminal—, es conveniente establecer que el denunciante denote cierto conocimiento real del objeto de su presentación, y no tratarse de una mera suposición general, es decir, debe implicar una contribución real para la investigación. Además, debe referirse a hechos dolosos y no culposos (aunque la ignorancia deliberada podría ser asimilada al dolo), y no cubrir cuestiones tributarias, que requieren de un abordaje y normas específicos.

La denuncia debería ser canalizada directamente ante un órgano judicial, aunque no cabe excluir en este punto el valor de la intervención ante del ente regulador, la autoridad de aplicación o la firma prestadora misma. Muchas veces serán uno o más de esos órganos quienes se encuentren en mejores condiciones de paralizar la maniobra o —en su caso— recabar la información necesaria para atemperar los efectos del acto ilícito y responsabilizar a los involucrados, con lo que esta intervención podría complementarse con el procedimiento sancionatorio administrativo.

En el esquema norteamericano, una vez formulada la denuncia, la consolidación del derecho a percibir la recompensa estará sometida a una condición suspensiva: que se aplique una sanción. No es relevante si se condena a la persona denunciada o a otras; o si finalmente se tipifica la conducta de una manera distinta a la propuesta por el denunciante. Lo importante es que los hechos de la denuncia sean en esencia los mismos que justifican finalmente la aplicación de la sanción.

En México, el Ayuntamiento de Monterrey soslayó todas las complejidades técnicas apuntadas hasta aquí, consagrando un régimen bien sencillo. Estableció en 2007<sup>43</sup> que, por el lapso de un año, el gobierno gratificaría económicamente a aquellas personas que interpusieran denuncia ante la contraloría municipal contra servidores públicos, aportando las pruebas que demuestren la certeza de los hechos denunciados, y siempre que la autoridad municipal competente dictara resolución administrativa determinando como ciertos los hechos materia de la denuncia. La gratificación tenía un valor uniforme de diez mil pesos mexicanos. Los servidores públicos municipales de Monterrey no podían ser denunciantes bajo este régimen.

---

<sup>42</sup> En línea con la vocación de proteger a los denunciantes de actos de corrupción (artículo 33 de la CNUCC).

<sup>43</sup> “Acuerdo que Establece las Bases Generales para Otorgar Gratificación Económica a Ciudadanos que Denuncien a Servidores Públicos y en cuya Resolución se Demuestre que son ciertos los Hechos Denunciados, aprobado en la Sesión de Cabildo del 25 de enero de 2007”, *Periódico Oficial*, tomo CXLIV, 5 de febrero de 2007, número 22, Monterrey, Nuevo León.

### 3. Adaptación al contexto institucional de la región

Las características del sistema de recompensas descritas hasta aquí deben ser confrontadas y adaptadas al paisaje institucional concreto en el que pretende ser aplicado, trabajo que le corresponde tanto a los expertos, legisladores, gobernantes, reguladores como a los ciudadanos. Por ejemplo, en cuanto a la exigencia de una condena para que se consolide el derecho de recompensa, así presentado tal recaudo podría frustrar el funcionamiento eficaz del sistema en países que presentan un alto grado de corrupción sin aplicación real de sanciones. Por ese motivo podría pensarse, alternativamente, en un sistema más parecido, en ese punto, al que opera en el ayuntamiento de Monterrey explicado más arriba: un acto administrativo que reconozca la veracidad de la denuncia, la buena fe del denunciante y su contribución real a la investigación, más allá de la suerte final del proceso penal.

También es cierto que esa alternativa administrativa podría generar un nuevo problema, puesto que no vincula de manera lineal la recompensa económica con una mayor aplicación de condenas por corrupción: aunque el sistema de recompensa funcione correctamente desde un punto de vista formal, no se generan los estímulos negativos para los corruptos buscados por este mecanismo. Aún ello, una recompensa concedida en base a procedimientos y estándares materiales serios presumiblemente impulsaría el proceso penal contra los autores del acto de corrupción.

A fin de reducir el riesgo de que sea el propio agente corrupto quien decida acerca de la seriedad de la denuncia en su contra y así la procedencia de la recompensa, podría estudiarse la viabilidad institucional de crear, por ejemplo, una comisión integrada por representantes de diversos organismos de control y ciertas organizaciones no gubernamentales (por ejemplo, tribunal de ética del Colegio de Abogados, asociaciones de usuarios, representantes de jurisdicciones provinciales, representantes parlamentarios, representantes de los organismos reguladores, de control, etc.), que tengan a su cargo la administración del sistema de recompensa y canalización posterior de las denuncias presentadas a fin de que sigan su curso judicial. También podría diseñarse un sistema en el que las denuncias sean presentadas ante la agencia regulatoria siempre que ésta presente rasgos robustos de independencia en el cumplimiento de su agenda y sea complementada y limitada con la participación de algunos de los colectivos antes mencionados.

Es cierto que quienes más padecen las consecuencias de la corrupción no estarían, en principio, en condiciones de asumir el rol de denunciantes aquí propuesto. Los sectores postergados de la sociedad, que sufren en forma directa (por ejemplo, aumentos de tarifas de servicios públicos) o indirecta (como incidencia de la corrupción sobre la oferta y demanda agregadas de la economía o la reasignación del gasto público) las consecuencias de las políticas públicas fruto de los actos de corrupción, presumiblemente no gozan de información privilegiada, ni pueden contratar expertos para interpretar los hechos y formular adecuadamente las denuncias.

Pero sí podrían hacerlo ciertas organizaciones de base e instituciones no gubernamentales, con contactos con la vida política y con cierto grado de participación en sus estructuras incluidas las sectoriales, y de esa manera, con conocimiento preciso de actos de corrupción. También determinadas compañías, sobre todo aquéllas que no hayan querido o podido participar en contratos definidos por el factor corrupción, podrían tener interés y los medios para promover las denuncias. Otro tanto respecto de denunciantes particulares o *free riders*, así como ciertos grupos que participan formal o informalmente en el sistema político.

Eventualmente pueden generarse grupos profesionales que, dotados con información y técnicas específicas, hagan de la denuncia de casos de corrupción una verdadera empresa. La crítica que merecería tal fenómeno sería la misma que suele envolver a los abogados que promueven reclamos multimillonarios contra compañías que contaminan el medio ambiente o las tabacaleras. La respuesta es la misma: la consecuencia es el incremento de los costos de la actividad lesiva, que pueden crecer hasta tornar no rentable al negocio.

## IV. Conclusiones y recomendaciones

El fomento de la eficiencia en la empresa pública sanitaria nos exige en primer lugar una tarea retrospectiva: indagar en los factores que llevaron al fracaso de experiencias similares en el pasado y que legitimaron procesos privatizadores que en general no remediaron esos problemas; y al mismo tiempo identificar los motivos que facilitaron las experiencias exitosas. En cada caso los factores exógenos y endógenos operaron sobre las compañías de una manera diferenciada, con lo que no se pueden efectuar generalizaciones absolutas ni recomendaciones universales. Este trabajo sólo pretende poner en evidencia experiencias y problemas pasados y actuales, de manera que el lector esté mejor preparado para elaborar respuestas a los nuevos desafíos que plantean las empresas sanitarias estatales modernas.

El caso del sector sanitario argentino ofrece abundante materia prima para aprender, con sus aciertos y errores. Su progresión se inserta claramente en el ritmo de la evolución general de la intervención del Estado en la economía, las herramientas jurídicas e institucionales que los Estados han utilizado a tal efecto y las reformas que han implementado para mejorarlas. El actual marco regulatorio de AySA, con su diseño institucional complejo creando diversas agencias de planificación, regulación y control, sus referencias a la eficiencia y derecho humano al agua, y sus intentos de corporativización son así un laboratorio y disparador de interrogantes útiles para los propósitos de este documento.

Con todo lo antedicho, se puede observar que el equilibrio macroeconómico tiende a ser una pieza clave en la sustentabilidad del servicio, tal como se evidenció en numerosas compañías sanitarias de la región en la década de los años ochenta. Esto es así por cuanto la dependencia financiera y funcional respecto de la administración central terminaba por contagiar al sector con la crisis general del país. OSN es un buen ejemplo de este supuesto. Al mismo tiempo, experiencias como la de EMOS demuestran que es posible aislar al sector de tales incidencias externas, lo cual se puede lograr asegurando el autofinanciamiento de la empresa, forjando su operación cada vez más eficiente (Yepes, 1990) y realizando esfuerzos estatales que protejan la inversión pública en el sector frente a ajustes que afectan otras actividades del Estado.

La cultura y modelo corporativos aplicados a las compañías estatales coadyuvan a generar incentivos para la eficiencia. Aquí el caso EMOS también ofrece un buen ejemplo, ya que siendo estatal y luego introducidos adicionalmente los ajustes corporativos, la empresa exhibió resultados relativamente exitosos (Fischer y Serra, 2004; Yepes, 1990).

La técnica de la corporativización no debe implicar la generación de espacios de inmunidad a reglas mínimas de participación, control y transparencia que usualmente se construyen en el ámbito

público. Ello sucede cuando se dispensa a la firma de toda regulación pública, incluidos sus incentivos de control y responsabilidades, pero no se la dota —porque ello no es posible por las características del propietario y del servicio— de los incentivos del mercado. La consecuencia de esa combinación es un vacío de herramientas de fomento de la eficiencia (laguna de incentivos) y la consiguiente vulnerabilidad de la firma frente a su captura por parte de intereses que no comparten sus fines.

De hecho, no existen pruebas definitivas de que la exención de reglas públicas traiga aparejada una mayor eficiencia. El sometimiento a normas de derecho público en materia de contrataciones no ha impedido que diversas compañías sanitarias estatales aparentemente exhiban un desempeño eficiente, tal como ha sucedido en los casos de Singapur, Haiphong (Vietnam), Johannesburgo (Sudáfrica) (Baietti, Kingdom y van Ginneken, 2006) y Santiago (Chile).

La nueva época de la compañía estatal plantea desafíos negativos y positivos. Desde la perspectiva negativa, el régimen de estas entidades no debe caer en la tentación de la *huida del derecho público* que signó la suerte de sus predecesoras en la etapa del Estado intervencionista, salvo que se piense en la posibilidad y conveniencia de una neoprivatización. Desde una perspectiva positiva, la eficiencia debe promoverse mediante la estructuración de un bloque de juridicidad de la actividad fundado en los siguientes vectores substanciales, orgánicos y procedimentales: jerarquía supranacional del derecho humano al agua, eficiencia en su protección y democratización de la gestión de la compañía prestadora plasmada en directivas de independencia, transparencia, participación, acceso a la información y rendición de cuentas en su organización interna. Las reglas en materia de contrataciones, personal, directivos, responsabilidad, control y demás aspectos analizados a lo largo de este trabajo deben ser receptivas a aquellos vectores.

La nueva configuración que el siglo XXI parece exigir a estas firmas en América Latina se resume en la idea de “empresa pública abierta”, por oposición a la “empresa pública cerrada” que predominó en la instancia previa a las privatizaciones y que con los rasgos *supra* descritos derivó en el fracaso estatal en ese campo (Valenzuela y Jouravlev, 2007; CEPAL, 1994).

Esa empresa pública abierta toma para sí los datos positivos del equilibrio entre eficiencia y equidad y los concreta participativamente. Esto significa que este tipo de empresa potencialmente genera un impacto positivo sobre la etapa por la que aún transitan numerosos países de la región en sus sistemas sanitarios (entre la expansión y la gestión).

En ese sentido se registran experiencias positivas cuando los usuarios se involucran en las empresas, tal como sucede en Porto Alegre (que presenta altas tasas de cobertura del servicio) y en otras ciudades brasileñas relativamente grandes (Recife, Caxias do Sul, Santo André, Jacaréí, Piracicaba, etc.) en las cuales funciona el presupuesto participativo (Balanyá y otros, 2005), aunque siempre es necesaria la prevención que pondere adecuadamente el peso de otros factores en el desempeño de la empresa. Lo cierto es que esas modalidades participativas parecen ser funcionales a una expansión sustentable del servicio.

En todo caso, las representaciones concretas de participación ciudadana que han sido aludidas a lo largo de este trabajo deben ser potenciadas mediante un buen sistema de información y difusión de datos de la empresa, fundado en una contabilidad regulatoria consistente con las mejores prácticas y asequible aún para quienes no sean expertos del sector. La competencia por exposición de empresas comparables y la posterior difusión de sus resultados debería generar efectos (positivos o negativos según cada desempeño) concretos sobre la empresa, sus directores, gerentes y empleados.

Más delicada parece ser la cuestión de la participación de los usuarios en el propio directorio de la empresa a través de *directores ciudadanos*, ya que se corre el peligro de reproducir problemas de representatividad y de replicar las estructuras de poder y elites preexistentes, y con ello el riesgo de que la corrupción continúe, tal como ha sido advertido en algunos casos (Driessen, 2008). Para lograr medidas de representación social profunda (tal como lo es un *director ciudadano*) que puedan ser eficaces y sustentables, previamente se debe realizar un análisis preciso de la estructura política de

cada comunidad de manera que se diseñen mecanismos que eviten replicar las mismas relaciones de fuerza política pero bajo esquemas institucionales distintos.

La participación amplia en un marco de independencia es crucial, pues de ese modo se evita la captura de la compañía por cualquiera de los sectores. La empresa debe ubicarse en un rol equidistante de las pretensiones esgrimidas desde los diferentes lugares y por lo tanto no debe ser dominada ni por la perspectiva política de ciertas autoridades, ni por la lógica economicista, ni por las pretensiones de los usuarios actuales a expensas de los futuros. La autonomía de la empresa estatal no significa que no pueda coordinar con otras compañías y organismos públicos de manera que todos aprovechen el poder estatal de negociación a escala, siempre y cuando esto no convierta a la firma en —como se denomina en derecho corporativo— la *cenicienta* del grupo, esto es, quien genera beneficios globales pero sin percibir retribución a cambio de su aporte y renuncia de independencia para contratar. Cuando el funcionamiento de una empresa se funda en criterios racionales para el cálculo de sus tarifas, y esto es acompañado por un desempeño eficiente, objetivamente depende menos de la autoridad política y los recursos que ésta le envíe, pudiéndose concentrar en los usuarios.

La agencia de regulación y control debe responder a esas mismas demandas simultáneas de independencia y democratización en la toma de decisiones, replicando aquí, de alguna manera, el debate contemporáneo en torno a la independencia de los bancos centrales, su eficacia en el cumplimiento de su misión institucional y el déficit democrático que registran (Bismuth, 2010). La experiencia escocesa sugiere que el organismo de regulación sanitaria y control no sea una simple oficina de la administración central sino que presente rasgos concretos de independencia que le permitan seguir su propia agenda sin que sea licuada por los intereses políticos de corto plazo.

Los usuarios también tienen su parte: se debe promover el consumo racional del agua, para lo cual la educación y la micro-medición juegan un papel central. El consumo excesivo lógicamente genera tarifas más altas, y transitivamente menos inversiones y menor posibilidad de acceso de nuevos usuarios a los servicios. La profesionalización y especialización de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección de los usuarios es una asignatura pendiente. Así, la capacitación y los incentivos para sostener acciones duraderas y efectivas son cruciales a la hora de proponer sus agendas.

En cuanto a la propuesta específica de implementación de un sistema de recompensas económicas por denuncias de corrupción, como representación de un sistema de más amplio control social, se debe señalar que el acceso por parte de los órganos jurisdiccionales y de control a la información que el *agente interno* (“*insider*”) dispone y ofrece por medio de su denuncia, implica una reducción notable de los costos de transacción en la lucha contra la corrupción y eleva sus riesgos. Resulta inconmensurable la inversión que demandaría la obtención de esa misma información sin la ayuda de los denunciantes. Aunque también podría plantearse esta cuestión de una manera más realista: en muchas ocasiones no se trata del costo de la obtención de la información, sino de la posibilidad misma de acceder a ella.

El sistema propuesto pivotea sobre la bilateralidad del acto corrupto. El caso prototípico es perfeccionado por un agente público y un particular que lo soborna, y de esa manera el estímulo generado por la denuncia afecta tanto al sujeto activo como al pasivo de esos hechos, ya que ambos son deudores principales y solidarios frente al denunciante que reclama su recompensa. Este sistema no tensa el principio de eficacia con el apego a las normas. No se trata de cercenar los derechos procesales de los corruptos, sino de incentivar un control descentralizado. El desafío es generar los estímulos necesarios para que los actos de corrupción sean denunciados, investigados y sancionados. Y este sistema procura incentivar la multiplicación del control, que por eso sería atento, constante y —funcionando en plenitud— económicamente insobornable, que con una adecuada reglamentación podría complementar los controles institucionales vigentes. Las reglas operativas del sistema no deben desconocer las condiciones institucionales del país en el que se podría aplicar el modelo. Nada de esto

obsta a la necesidad de asegurar cuotas de independencia responsable a los sujetos que intervienen en el servicio.

La *empresa estatal abierta*, con sus marcados rasgos participativos, no debe ser ajena a las condiciones sociales y políticas reales de las sociedades en las que presta sus servicios. En los últimos años asistimos a un auge sin precedentes de la democracia a escala mundial. Sin embargo, se presenta como proceso paralelo el de una creciente desafección por lo público, esto es, una baja participación y ciudadanos pasivos (Crouch, 2004), transformando estas democracias representativas en delegativas (O'Donnell, 1997). Estos procesos de democratización han generado así una proliferación de mecanismos de rendición de cuentas horizontal (inter-estatal, sin intervención directa de los ciudadanos) y de democracia semi-directa en las distintas instituciones y agencias estatales que, está visto, no siempre funcionan de una manera adecuada. ¿Cómo romper esa desafección por la participación? Un primer paso puede ser comprender cómo la falta de participación ha incidido sobre la progresión histórica de las empresas estatales y, al mismo tiempo, explicar y discutir las ventajas competitivas reales que hoy día asumen las manifestaciones participativas en los servicios públicos.

Se señalaba más arriba que las experiencias regulatorias comparadas han demostrado que la estabilidad macroeconómica como factor exógeno registra una relación directa y beneficiosa con el desempeño de las empresas estatales, aunque esto no excluye o inhibe la relevancia de otros factores, tal como el institucional (Yepes, 1990) del que este trabajo se ha ocupado. Así, la tendencia continua al crecimiento económico que están experimentando numerosos países de la región (CEPAL, 2010) representa una oportunidad histórica para el diseño e implementación de políticas públicas y regulaciones sectoriales sustentables que tiendan a mejorar el desempeño de las compañías sanitarias estatales, lo que sin duda redundará en una mayor equidad para las poblaciones de la región.

## Bibliografía

- Aivazian, Varouj; Ying Ge y Jiaping Qiu (2005), “Can corporatization improve the performance of state-owned enterprises even without privatization?”, *Journal of Corporate Finance*, volumen 11, Nº 5.
- Alfaro Fernandois, Raquel (2009), *Fomento de la eficiencia de las empresas estatales de agua potable y saneamiento*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Serie Recursos Naturales e Infraestructura* Nº 141, LC/L.3010-P, Santiago de Chile (disponible en Internet en: <http://www.eclac.org>).
- Azpiazu, Daniel; Nicolás Bonofiglio y Carolina Nahón (2008), *Agua y energía. Mapa de situación y problemáticas regulatorias de los servicios públicos en el interior del país*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Área de Economía y Tecnología, Nº 18.
- Baietti, Aldo; William Kingdom y Meike van Ginneken (2006), “Characteristics of well-performing public water utilities”, *Water Supply & Sanitation Working Notes*, Nº 9, Banco Mundial, Washington, D.C.
- Balanyá, Belén; Brid Brennan; Olivier Hoedeman; Philipp Terhorst y Satoko Kishimoto (2005), “Caminos para impulsar un modelo público de agua”, *Por un modelo público de agua. Triunfos, luchas y sueños*, Belén Balanyá, Brid Brennan, Olivier Hoedeman, Satoko Kishimoto y Philipp Terhorst (eds.), Transnational Institute y Corporate Europe Observatory, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, España.
- Bianchi, Alberto (1988), “Anotaciones sobre los conceptos de administración pública y función administrativa”, *Revista El Derecho*, Nº 129, Buenos Aires.
- BID (Banco Interamericano de Desarrollo), (2007), *Iniciativa de agua potable y saneamiento*, Washington, D.C.
- Bismuth, Régis (2010), “The independence of domestic financial regulators: an underestimated structural issue in international financial governance”, *Goettingen Journal of International Law*, volumen 2, Nº 1.
- Bobbio, Norberto (1991), *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid.
- Bohoslavsky, Juan Pablo (2010), *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Colección Documentos de Proyectos*, LC/W.326, Santiago de Chile (disponible en Internet en: <http://www.eclac.org>).
- \_\_\_\_\_ (2006), “Análisis de la rescisión del contrato de AASA, la creación de AySA, y los reclamos pendientes”, *La Ley Actualidad*, 29 de junio.



- Campos, Edgardo y Vinay Bhargava (2007), "Introduction. Tackling a social pandemic", *The Many Faces of Corruption. Tracking Vulnerabilities at the Sector Level*, Edgardo Campos y Sanjay Pradhan (eds.), Banco Mundial, Washington, D.C.
- Caves, Douglas y Laurits Christensen (1980), "The relative efficiency of public and private forms in a competitive environment: the case of Canadian railroads", *Journal of Political Economy*, volumen 88, N° 5.
- CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (2010), *La hora de la igualdad: brechas por cerrar, caminos por abrir. Trigésimo Tercer Período de Sesiones de la CEPAL*, LC/G.2432(SES.33/3), Santiago de Chile (disponible en Internet en: <http://www.eclac.org>).
- \_\_\_\_\_ (2007), *Cohesión social: inclusión y sentido de pertenencia en América Latina y el Caribe*, LC/G.2335/Rev.1, Santiago de Chile (disponible en Internet en: <http://www.eclac.org>).
- \_\_\_\_\_ (1994), *El Programa 21 en el manejo integral de los recursos hídricos en América Latina y el Caribe*, LC/G.1830, Santiago de Chile.
- CESCR (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (2008), "El derecho a la seguridad social (artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)", *Observación General*, N° 19.
- \_\_\_\_\_ (2002), "El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)", *Observación General*, N° 15.
- \_\_\_\_\_ (2000), "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)", *Observación General*, N° 14.
- \_\_\_\_\_ (1990), "La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Artículo 11[2] del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)", *Observación General*, N° 3.
- Choudhury, Barnaly (2008), "Recapturing public power: is investment's arbitration engagement of the public interest contributing to the democratic deficit", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, N° 41.
- Crouch, Colin (2004), *Posdemocracia*, Taurus, Madrid.
- De Witte, Kristof y Rui Marques (2007), "Designing incentives in local public utilities, an international comparison of the drinking water sector", *Center for Economic Studies Discussions Paper Series*, N° 07.32, Katholieke Universiteit Leuven.
- Dourojeanni, Axel y Andrei Jouravlev (2001), *Crisis de gobernabilidad en la gestión del agua (Desafíos que enfrenta la implementación de las recomendaciones contenidas en el capítulo 18 del Programa 21)*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Serie Recursos Naturales e Infraestructura* N° 35, LC/L.1660-P, Santiago de Chile (disponible en Internet en: <http://www.eclac.org>).
- Driessen, Travis (2008), "Collective management strategies and elite resistance in Cochabamba", *Development*, volumen 51, N° 1.
- Ducci, Jorge (2007), *Salida de operadores privados internacionales de agua en América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Washington, D.C.
- Durston, John (1999), "Construyendo capital social comunitario", *Revista de la CEPAL*, N° 69.
- Estache, Antonio y Ana Goicoechea (2005), "How widespread were private investment and regulatory reform in infrastructure utilities during the 1990s?", *Policy Research Working Paper*, N° 3595, Banco Mundial, Washington, D.C.
- Estache, Antonio, José-Luis Guasch y Lourdes Trujillo (2003), "Price caps, efficiency payoffs and infrastructure contract renegotiation in Latin America", *Policy Research Working Paper*, N° 3129, Banco Mundial, Washington, D.C.
- ETOSS (Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios) (2003), *Informe sobre el grado de cumplimiento alcanzado por el contrato de concesión de Aguas Argentinas*, Buenos Aires.
- Ferro, Gustavo y Emilio Lentini (2010), *Economías de escala en los servicios de agua potable y alcantarillado*, borrador, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile.
- Fischer, Ronald y Pablo Serra (2004), "Efectos de la privatización de servicios públicos en Chile: Casos sanitario, electricidad y telecomunicaciones" *Documentos de Trabajo*, N° 186, Centro de Economía Aplicada, Universidad de Chile.

- Flynn, Sean (2005), “Democratizing the regulation and governance of water in the US”, *Por un modelo público de agua. Triunfos, luchas y sueños*, Belén Balanyá, Brid Brennan, Olivier Hoedeman, Satoko Kishimoto y Philipp Terhorst (eds.), Transnational Institute y Corporate Europe Observatory, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, España.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás Fernández (2006), *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires.
- Gleick, Peter (1996), “Basic water requirements for human activities: meeting basic needs”, *Water International*, volumen 21.
- Gómez-Ibáñez, José (2007), “Alternatives to infrastructure privatization revisited: public enterprise reform from the 1960s to the 1980s”, *Policy Research Working Paper*, N° 4391, Banco Mundial, Washington, D.C.
- Gordillo, Agustín (2009), *Tratado de derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires.
- Hantke-Domas, Michael (2010a), *Control de precios de transferencia en la industria de agua potable y alcantarillado*, borrador, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile
- \_\_\_\_\_ (2010b), “Editorial”, *Carta Circular de la Red de Cooperación en la Gestión Integral de Recursos Hídricos para el Desarrollo Sustentable en América Latina y el Caribe*, N° 32, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile (disponible en Internet: <http://www.eclac.org>).
- \_\_\_\_\_ (2007), “Common legal principles of advanced regulatory systems”, *Agua y libre comercio: impacto e implicaciones de los acuerdos de libre comercio sobre el agua y sus servicios*, Lima, Agua Sustentable.
- Jouravlev, Andrei (2004), *Los servicios de agua potable y saneamiento en el umbral del siglo XXI*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Serie Recursos Naturales e Infraestructura* N° 74, LC/L.2169-P, Santiago de Chile (disponible en Internet en: <http://www.eclac.org>).
- \_\_\_\_\_ (2003), *Acceso a la información: una tarea pendiente para la regulación latinoamericana*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Serie Recursos Naturales e Infraestructura* N° 59, LC/L.1954-P, Santiago de Chile (disponible en Internet en: <http://www.eclac.org>).
- \_\_\_\_\_ (2000), *Water utility regulation: issues and options for Latin America and the Caribbean*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/R.2032, Santiago de Chile (disponible en Internet en: <http://www.eclac.org>).
- Kessides, Ioannis (2004), *Reforming infrastructure privatization, regulation, and competition*, Banco Mundial y Oxford University Press, Washington, D.C.
- Klitgaard, Robert (1988), *Controlling corruption*, University of California Press, Berkeley y Los Angeles.
- Linares, Juan (1983), “La tutela sobre los entes descentralizados”, *Revista Jurídica La Ley*, 1983-B.
- Lobina, Emanuele y Hall, David (2007), *Water privatisation and restructuring in Latin America*, Public Services International Research Unit (PSIRU), University of Greenwich.
- Maggetti, Martino (2009), “The role of independent regulatory agencies in policy-making: a comparative analysis”, *Journal of European Public Policy*, volumen 16, N° 3.
- Manzetti, Luigi (1999), *Privatization South American Style*, Oxford University Press, Oxford.
- Marienhoff, Miguel (1996), *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Martín-Retortillo, Sebastián (1996), “Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, N° 140, Madrid.
- Mauro, Paolo (1995), “Corruption and Growth”, *The Quarterly Journal of Economics*, volumen 110, N° 3.
- Melo, Marcus (2002), “As agências regulatórias: gênese, desenho institucional e governança”, *O Estado numa Era de Reformas: os Anos FHC*, Fernando Abrucio y María Loureiro (eds.), Seges-MP, Brasília.

- Michels, Robert (2008), *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, Amorrortu Ed., Buenos Aires.
- Morin, Roger y Lisa Hillman (1994), *Regulatory finance: utilities' cost of capital*, Public Utilities Reports, Arlington.
- Nahón, Carolina y Nicolás Bonofiglio (2007), “¿Entes de regulación o control? Imprecisiones del ‘moderno’ esquema de regulación: reflexiones y enseñanzas del caso argentino”, *Revista de Administração Pública*, volumen 41, N° 6, Rio de Janeiro.
- Nino, Carlos (1989), *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires.
- O’Donnell, Guillermo (1997), *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Paidós, Buenos Aires.
- OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) (2005), *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, París.
- OFWAT (2005), *Transfer Pricing in the Water Industry. Regulatory Accounting Guideline 5.04* (disponible en Internet en: <http://www.OFWAT.gov.uk>).
- Ogus, Anthony (1994), “Regulation, legal form and economic theory”, *Clarendon Law Series*, Clarendon Press, Oxford.
- Ordoqui Urcelay, María Begoña (2007), *Servicios de agua potable y alcantarillado en la ciudad de Buenos Aires, Argentina: factores determinantes de la sustentabilidad y el desempeño*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Serie Recursos Naturales e Infraestructura* N° 126, LC/L.2751-P, Santiago de Chile (disponible en Internet en: <http://www.eclac.org>).
- Peces-Barba Martínez, Gregorio (1995), *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- Phillips, Charles (1993), *The regulation of public utilities. Theory and practice*, Arlington, Virginia, Public Utilities Reports, Inc.
- Plummer, Janelle y Piers Cross (2007), “Tackling corruption in the water and sanitation sector in Africa. Starting the dialogue”, *The Many Faces of Corruption. Tracking Vulnerabilities at the Sector Level*, Edgardo Campos y Sanjay Pradhan (eds.), Banco Mundial, Washington, D.C.
- Renzetti, Steven y Diane Dupont (2003), “Ownership and performance of water utilities”, *Greener Management International*, volumen 42.
- Rose-Ackerman, Susan (1999), *Corruption and Government. Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge University Press, Nueva York.
- Saal, David y Kristof De Witte (2010), “Is a little sunshine all we need? On the impact of sunshine regulation on profits, productivity and prices in the Dutch drinking water sector”, *Journal of Regulatory Economics*, volumen 37, N° 3.
- Sala Arquer, José (1992), “Huida al derecho privado y huida del derecho”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 75, Madrid.
- Salomoni, Jorge (1999), *Teoría General de los Servicios Públicos*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- Sawkins, John (1995a), “Measuring the effects of regulation: an event study of the English and Welsh water industry”, *Applied Economics Letters*, volumen 2.
- \_\_\_\_\_ (1995b), “Yardstick competition in the English and Welsh water industry: fiction or reality?”, *Utilities Policy*, volumen 5, N° 1.
- Schouten, Marco (2009), *Strategy and Performance of Water Supply and Sanitation Providers*, UNESCO-IHE Institute for Water Education, Delft, The Netherlands.
- Smith, Adam (1776), *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, Prometheus, Nueva York.
- Smith, Warrick (1997), “Utility regulators — the independence debate”, *Public Policy for the Private Sector*, N° 127, Banco Mundial.
- Solanes, Miguel (2009), *Factores relevantes en la performance de empresas públicas de agua y saneamiento*, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Washington, D.C.
- \_\_\_\_\_ (1999), *Servicios públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas de mercado*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Serie Recursos Naturales e*

- Infraestructura* N° 2, LC/L.1252-P, Santiago de Chile (disponible en Internet en: <http://www.eclac.org>).
- Solanes, Miguel y Andrei Jouravlev (2007), *Revisiting privatization, foreign investment, international arbitration, and water*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Serie Recursos Naturales e Infraestructura* N° 129, LC/L.2827-P, Santiago de Chile (disponible en Internet en: <http://www.eclac.org>).
- \_\_\_\_\_ (2005), *Integrando economía, legislación y administración en la gestión del agua y sus servicios en América Latina y el Caribe*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Serie Recursos Naturales e Infraestructura* N° 101, LC/L.2397-P, Santiago de Chile (disponible en Internet en: <http://www.eclac.org>).
- Solanes, Miguel y Delacámara, Gonzalo (2010), *Policies, structure and regulation in water and sanitation services*, Instituto Madrileño de Estudios Avanzados (IMDEA), Fundación IMDEA Agua, Madrid.
- Stiglitz, Joseph (2002), *Globalization and its discontents*, Penguin, Londres.
- Transparencia Internacional (2009), *Global Corruption Barometer* (disponible en Internet en: <http://www.transparency.org>).
- \_\_\_\_\_ (2008), *Global Corruption Report 2008: Corruption in the Water Sector*, Cambridge University Press, Nueva York.
- Vagliasindi, María (2008), “Governance arrangements for state owned enterprises”, *Policy Research Working Paper*, N° 4542, Banco Mundial, Washington, D.C.
- Valenzuela, Soledad y Andrei Jouravlev (2007), *Servicios urbanos de agua potable y alcantarillado en Chile: factores determinantes del desempeño*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Serie Recursos Naturales e Infraestructura* N° 123, LC/L.2727-P, Santiago de Chile (disponible en Internet en: <http://www.eclac.org>).
- Wallsten, Scott y Katrina Kosec (2008), “The effects of ownership and benchmark competition: An empirical analysis of U.S. water systems”, *International Journal of Industrial Organization*, volumen 26.
- Yepes, Guillermo (1990), *Management and operational practices of municipal and regional water and sewerage companies in Latin America and the Caribbean*, Banco Mundial, Washington, D.C.