

INFORME SOBRE EL
SERVICIO DE AGUA POTABLE
Y CLOACAS

INDICE

Capítulo I

Introducción

Capítulo II

La Necesidad de Convocar a Audiencia Pública

Capítulo III

El Organo de Control. El ETOSS

Capítulo IV

Artículo 9 de la ley N° 25.561. Grado de cumplimiento del contrato

IV.1. *Facturación Global*

IV.2. *Sistema de facturación al sector no residencial*

IV.3. *Facturación de los servicios sanitarios con posterioridad al corte.*

IV.4. *Presión de agua*

IV.5. *El aumento de la contaminación y el ascenso de las napas freáticas*

IV.5.I. *Sobre la tutela constitucional y legal de los recursos naturales*

IV.5.II *Estudios y advertencias realizados por la comunidad científica argentina sobre el ascenso de napas*

IV.5.III *Denuncias de contaminación y ascenso de napas*

IV.5.IV *La situación actual*

Capítulo V

La falta de transparencia de los actos de gobierno

V.1. *Resolución SDS y RN N° 601/99*

V.2. *Resolución SDS y RN N° 602/99*

Capítulo VI

Los cargos tarifarios para el financiamiento de las inversiones

Capítulo VII

Función económica de los usuarios

Capítulo VIII

Accesibilidad al servicio

Capítulo IX

El riesgo empresario en el contrato de concesión. La estabilidad de la función económica financiera

Capítulo X

Conclusiones

I.- INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como objetivo efectuar algunas consideraciones relativas al servicio de agua potable y desagües cloacales, concesionado a la empresa AGUAS ARGENTINAS S.A. (AASA), en el marco del Procedimiento de Documento de Consulta para discutir la propuesta efectuada por la empresa.

Es importante destacar que el Honorable Congreso de la Nación declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria.

A partir de la promulgación de la Ley N° 25.561, se ha producido un evidente cambio de reglas a nivel jurídico, económico y social.

El artículo 9 de la referida ley, autoriza al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos celebrados por la Administración Pública, bajo normas de derecho público.

Para otorgar credibilidad y viabilidad a las referidas modificaciones contractuales, las mismas deberán concretarse garantizando los derechos de los usuarios y consumidores consagrados en el artículo 42 de la CONSTITUCION NACIONAL.

A través del Decreto N° 293/2002 se encomendó al MINISTERIO DE ECONOMIA DE LA NACION la renegociación de los contratos alcanzados por lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley N° 25.561 que tengan por objeto la prestación de obras y servicios públicos.

En el referido Decreto se evidencia la falta de implementación del mecanismo de Audiencia Pública para debatir las renegociaciones contractuales.

Así las cosas, en su momento fue la Ley N° 23.696 la que generó reformas estructurales en el Estado, en tanto que hoy es la Ley N° 25.561 la que modifica las reglas sociales, políticas y económicas del país.

En el actual escenario, no debe ni puede permitirse la reiteración de graves e irreparables errores, cometidos desde el inicio del proceso de las privatizaciones, tales como renegociar contratos sin el debido debate en Audiencia Pública, lo que generó severos cuestionamientos por parte de distintos ciudadanos y de esta Institución.

Por todo lo expuesto y considerando que el Defensor del Pueblo tiene una finalidad perfectamente determinada, esto es la de proteger los derechos del ciudadano y de la comunidad, a continuación se analizarán incumplimientos al contrato de concesión, como así también la propuesta presentada por la empresa.

II.- LA NECESIDAD DE CONVOCAR A AUDIENCIA PUBLICA

A través de la Resolución M.E. N° 671/2002, se adoptó el Procedimiento de Documento de Consulta para discutir la propuesta de AGUAS ARGENTINAS S.A., en tanto que por medio de la Resolución ETOSS N° 114/02 se dejó sin efecto la convocatoria a Procedimiento de Consulta adoptado por Resolución ETOSS N° 102/02 y se efectúa una nueva a los mismos fines y efectos que la anterior.

En primer término, en lo que refiere al procedimiento aplicado, esta Institución, en reiteradas oportunidades recomendó al Ministerio de Economía y al Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación, que sean convocadas Audiencias Públicas para debatir las modificaciones a los contratos de obras y servicios públicos.

Puntualmente, a través de la Resolución N° 139/02, se recomendó al Ministerio de Economía de la Nación que revea el procedimiento de participación de los usuarios adoptado mediante Resolución M.E. N° 576/02. Ello, en el marco de la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos, convocando a Audiencias Públicas con el objetivo de debatir los distintos aspectos involucrados.

Sentada la postura de esta Defensoría, en pos de la celebración de Audiencias Públicas, queda claro que no se comparte el procedimiento instrumentado por esa Comisión.

En el mismo orden de ideas, resulta oportuno poner de resalto que la reforma de la CONSTITUCION NACIONAL del año 1994, consagró expresamente a favor de los consumidores y usuarios de bienes y servicios el 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.

En tal sentido, el artículo 42 de la CONSTITUCION NACIONAL establece la obligación de todas las autoridades nacionales de tutelar los derechos e intereses de los usuarios, toda vez que contempla el derecho de éstos a recibir condiciones de trato equitativo y digno, y que ello implica necesariamente que las autoridades nacionales deben proveer precisamente a la protección de ese derecho constitucional.

De la interpretación doctrinaria del artículo 42 de la Constitución Nacional, resulta que el derecho a la participación y al control de los usuarios en defensa de sus intereses, requiere como mínimo de la realización de una Audiencia Pública previa, exista o no norma que reglamente el citado procedimiento (circunstancia ésta que no obsta a la operatividad de los derechos consagrados en el mentado articulado), atento a la naturaleza constitucional del mismo.

Volviendo sobre el procedimiento de "Documento de Consulta", es necesario poner de resalto que el mismo no contempla la realización de un debate (entendiendo éste como intercambio de opiniones y observaciones), sino que reúne diversas opiniones sin lugar a discusiones o intercambios de ideas o posiciones.

Al respecto, resulta grave observar que, en los considerandos de la Resolución del Ministerio de Economía N° 576/2002, el referido Ministerio indica que "...resulta conveniente la adopción de un mecanismo de consulta pública, cuya incorporación constituya una herramienta idónea para favorecer el intercambio de criterio y opiniones entre los distintos sectores involucrados en el proceso de renegociación...".

Frente a lo expuesto, cabe preguntarse de qué manera se concibe el intercambio, cuando las partes no mantienen diálogo entre ellas, sino que cada una de ellas se limita a un círculo cerrado de opiniones, observaciones, o comentarios por escrito, siendo el eje del "debate" el funcionario público y no

los usuarios y sus asociaciones representativas, como los destinatarios de las medidas que serán adoptadas.

De ello surge, con meridiana claridad, que las pautas que permitan una adecuada renegociación sólo se lograrán si las mismas han sido precedidas por un debate abierto, en que todos los interesados puedan participar, objetivo que única y exclusivamente podrá alcanzarse mediante la celebración de Audiencias Públicas.

Dada la envergadura de la cuestión a dirimir, con mayor razón resulta indispensable el debate abierto de opiniones en Audiencia Pública.

Las ideas expuestas por el Ministerio de Economía podrían generar una confusión de los términos utilizados, toda vez que pretende establecerse un acercamiento entre los conceptos de Documento de Consulta con el de Audiencia Pública, lo que resulta a todas luces alejado de la realidad.

Siendo ello así, se *reitera*, que el DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION no comparte las consideraciones efectuadas por el Ministerio de Economía, al estimar que el procedimiento de Documento de Consulta permite el debate abierto de las opiniones de las partes interesadas.

Tomando en cuenta que se trata de la renegociación de contratos de obras y servicios públicos, cuestión de vital importancia, no ya sólo se estima conveniente, sino que se impone la necesidad de celebrar Audiencias Públicas.

Por todo lo expuesto, en relación al contrato de concesión del servicio de agua potable y cloacas, la Audiencia Pública es el medio más idóneo para debatir los puntos, que a partir del estudio efectuado sobre la documentación disponible, se detallan en los posteriores capítulos.

III.- EL ORGANO DE CONTROL. EL ETOSS

Es de público conocimiento que algunas privatizaciones no se hicieron hacia la libre competencia sino bajo un régimen jurídico de monopolio. Tal es el caso del servicio de agua potable y cloacas. En atención a ello, se requirió entonces la creación de un mecanismo apropiado de control.

Si determinados servicios están en manos de particulares en condiciones monopólicas, sea de hecho o por concesión o licencia otorgada por la Administración, el Estado debe ejercer su facultad de controlar cómo se utiliza ese poder monopólico.

Como dato relevante, se debe tener en cuenta que, en los casos en que las privatizaciones fueron hechas sin marco legal ni ente regulatorio independiente, se observaron las siguientes características: a) en vez de un régimen legal, se efectúan cambiantes reglamentos de la administración, b) la autoridad regulatoria es dependiente de la administración central, c) las audiencias públicas, son realizadas con renuencia y a fuerza de demandas judiciales.

Algunas de estas características coinciden con el actuar del ETOSS.

Resulta imperante destacar que, el servicio público, fue creado para satisfacer necesidades de la comunidad. La creación de monopolios o regímenes de exclusividad, por parte del Estado, nunca pueden ir en detrimento de los usuarios.

No es constitucionalmente posible conceder un servicio sin marco legal específico, ni modificar o renegociar un privilegio o monopolio sin expresa aprobación legislativa antes de su entrada en vigencia.

Transcurrido un tiempo ya desde la reforma del Estado, en lo que se refiere al servicio público de agua potable y cloacas se puede efectuar la siguiente síntesis:

- a) existió una permanente renegociación de los contratos;
- b) evolución tarifaria por encima de los incrementos generales de precios, en especial para los usuarios residenciales;
- c) escasa preocupación por la defensa y resguardo de los intereses de los usuarios.

Este es el punto crítico de la situación: es claro el desequilibrio entre los usuarios y la empresa prestadora del servicio. Tales desequilibrios quedan expresados a través de un conjunto de hechos y circunstancias, que van desde el propio diseño de los marcos regulatorios hasta las escasas y limitadas formas de participación que tienen los usuarios.

Es una garantía para los usuarios que exista un organismo imparcial, independiente, dotado de los medios adecuados para el cumplimiento de sus fines, esto es ***efectuar el debido control de la prestación del servicio.***

Privar a los usuarios de un órgano de control imparcial e independiente, afecta en forma directa los derechos consagrados en el artículo 42 de la CONSTITUCION NACIONAL.

Conforme surge del artículo 17 del Decreto N° 999/92, el Ente Regulador tiene como finalidad ejercer el poder de policía y de regulación y control en materia de prestación del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales en el Area Regulada, incluyendo la contaminación hídrica en lo que se refiere al control y fiscalización del Concesionario como agente contaminante.

En tal sentido, tiene a su cargo asegurar la calidad de los servicios, la protección de los intereses de la comunidad, el control, fiscalización y verificación del cumplimiento de las normas vigentes y del Contrato de Concesión.

A los fines de cumplimentar sus funciones, el Ente posee una serie de facultades y obligaciones. Entre ellas, la de cumplir y hacer cumplir el Marco Regulatorio y el Contrato de Concesión del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales y sus normas complementarias, realizando un eficaz control y verificación de la Concesión y de los servicios que el Concesionario preste a los Usuarios.

Dentro de esas facultades y obligaciones, también se encuentra la de aplicar al Concesionario, las sanciones establecidas en el Contrato de Concesión por incumplimientos a sus responsabilidades.

En general, el referido Decreto le otorga facultades para realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y los objetivos del Marco Regulatorio, de las normas reglamentarias y disposiciones contractuales aplicables.

Vasta es la experiencia acumulada en esta Institución relativa a las deficiencias observadas en el actuar del Organo de Control. Dilaciones en la remisión de respuestas a pedidos de informes, falta de respuestas a recomendaciones, o bien la utilización del mecanismo de la prórroga para demorar respuestas en temas sumamente importantes.

Por otro lado no puede dejar de mencionarse que el Ente ha dictado normas extralimitándose de sus propias funciones, o bien ha desconocido en muchas ocasiones los principios de la CONSTITUCION NACIONAL, incumpliendo de esta manera la defensa de los derechos de los usuarios.

Con la demora o inactividad en la que incurre la Autoridad de Control no sólo se desprotege el derecho constitucional de los usuarios, sino que además se encuentra ausente todo procedimiento eficaz para la solución de problemas que los ciudadanos plantean.

Como ejemplos de la actitud asumida por el Organismo, puede señalarse: la facturación a los usuarios no residenciales; la facturación después del corte del servicio; la insuficiente presión de agua, que en capítulos siguientes se procederá a explicitar.

IV.-ARTICULO 9 DE LA LEY N° 25.561. GRADO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

El artículo 9 de la Ley N° 25.561 autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar dichos contratos, estableciendo los criterios que deben seguirse en el caso de contratos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos. A tales efectos deberá tomarse en consideración el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos, la calidad de los servicios y los planes de inversión - cuando estuvieran previstos contractualmente -, el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios, la seguridad de los sistemas comprendidos y la rentabilidad de las empresas.

A esos aspectos el artículo 3° del Dec. 293/02, le agrega los siguientes criterios a tener en cuenta en la renegociación: las inversiones efectivamente realizadas y las obligaciones comprometidas contractualmente.

Es decir que, verificar el grado de cumplimiento del contrato, resulta elemental al momento de decidir una readecuación contractual.

Como punto de partida se indica que los servicios de agua potable y desagüe cloacal, son servicios públicos esenciales, que deben que satisfacer las necesidades primarias fundamentales o básicas.

Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como la Convención sobre los Derechos del Niño, como el Pacto de San José de Costa Rica, reconocen la protección de los derechos fundamentales del hombre, debiéndose crear condiciones para que cada persona pueda gozar de esos derechos.

En nuestra CONSTITUCION NACIONAL, después de la reforma del año 1994, en su artículo 75 inc. 22, en cuanto a los tratados y convenciones enumeradas, reconoce que "...tienen jerarquía constitucional, y no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...", en tanto que el inc. 23 del mismo artículo establece que: "Corresponde al Congreso...Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen...el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...".

El servicio de agua potable y cloacas, hace a la integridad de una persona, a la salubridad y a su desarrollo en un ambiente sano.

Dada la naturaleza de los servicios en trato, la prestación de los mismos requiere continuidad, permanencia, precios razonables, niveles de calidad, y condiciones de igualdad.

Tales exigencias se corresponden con una responsabilidad principal que no la cubre el mercado, la ley de oferta y demanda, ni la libre competencia. Existe una responsabilidad que corresponde al Poder Público, a la Administración para que controle.

Se afirma también con De La Cuétara que, "la regulación de servicio público se vertebra a partir de la definición de una prestación concreta, cuya efectiva aportación a todos los ciudadanos es garantizada por un acto de voluntad del Poder Público. Tal prestación además de concreta, ha de ser igual para todos sostenida en forma regular y continua y exigible en condiciones razonables".

El artículo 42 de la CONSTITUCION NACIONAL establece que los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de la salud, la 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 Nacionales deberán proveer la protección de tales derechos, y en lo que aquí interesa, a la calidad y eficiencia de los servicios públicos.

Podemos agregar que "...Garantizar prestaciones eficientes fue la premisa fundamental con que se encararon las privatizaciones de los servicios públicos. Esto supone establecer una relación óptima entre precio y calidad, que debe completarse con otro requisito básico: independencia de su situación económica. Lograr que esta premisa se cumpla es una tarea irrenunciable del Estado"; ..."La racionalidad que supone que la gente por diversas prestaciones que la empresa le brinda suele tener como contracara la indefensión del usuario ante errores o decisiones arbitrarias de las empresas. Esto se torna aún más grave cuando se trata de servicios esenciales, y la sanción prevista ante el incumplimiento es el corte del suministro" (Editoriales. Servicios Públicos, Gestión Privada, CLARIN, Martes 22 de septiembre de 1998).

Por todo lo expuesto, y reiterando que resulta esencial para una renegociación del contrato evaluar el grado de cumplimiento del mismo, a continuación se analizarán algunos de los incumplimientos al contrato de concesión por parte de AASA que originaron y continúan originando graves perjuicios a los usuarios.

IV.1.-FACTURACION GLOBAL

El Defensor del Pueblo de la Nación, oportunamente solicitó en sede judicial, la declaración de nulidad de los artículos 5 y concordantes del Decreto N° 787/93, de las Resoluciones N° 8 y 12 del año 1994 dictadas por el ETOSS, y de toda otra norma que permita la facturación del componente medido en forma global -a través de un medidor único- en los edificios de propiedad horizontal que individualiza, y la facturación a los consorcios de propietarios de los resultados así obtenidos, y no a los usuarios individualmente.

Merece señalarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos referidos, declaró la nulidad de las Resoluciones ETOSS N° 8/94 y 12/94, las cuales establecieron un sistema de medición global y consiguiente cobro a los consorcios de propietarios, no sólo por los servicios prestados a las partes comunes, sino también por los correspondientes a las unidades funcionales que conforman un edificio. Los propietarios de estas últimas son los reales usuarios del servicio, y no el consorcio; ello a pesar de que el marco regulatorio establece que estarán obligados al pago el propietario del inmueble o el consorcio de propietarios conforme a la ley 13512, según corresponda, y esta última ley determina que “los impuestos, tasas o contribuciones de mejoras se cobrarán a cada propietario independientemente”.

La Corte entendió que no cabe extender las facultades que las normas otorgan al Ente Regulador, a los fines de normar esa obligación, para que éste proceda también a establecer el régimen de consumo medido global.

La transferencia al consorcio de la responsabilidad por la deuda del usuario sólo se refiere al cobro a éste, ya que el consorcio no es el sujeto de la obligación, sino que lo son los usuarios (personas físicas o jurídicas que reciban o estén en condiciones de recibir del concesionario el servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales).

Si no resulta posible en todos los casos establecer un sistema individual de medición para cada una de las unidades funcionales (para llegar a la real medición de los consumos), sólo podrá facturarse -en su caso- el cargo fijo establecido para cada categoría.

En definitiva, el consorcio es la persona que, por expresa disposición normativa, ha sido instituida como responsable con la exclusiva finalidad de asegurar la percepción exacta y a debido tiempo del pago, pero no es el deudor de la obligación.

La Corte consideró que el ETOSS “...no pudo dictar las resoluciones anuladas ya que sólo puede ejercer sus funciones dentro de los límites de las normas que le encomiendan sus facultades, las que, en lo referente a tarifas, sólo le otorgan el poder de verificar la procedencia de las revisiones y ajustes que...deban aplicarse a valores tarifarios, aprobar los cuadros tarifarios y precios de los servicios que preste el concesionario y verificar que el concesionario cumpla con el régimen tarifario vigente...pero no desvirtuar el sentido de ese régimen mediante el establecimiento de obligaciones no previstas en él...” (v. Considerando 18).

Así las cosas, la sentencia ha sido sumamente clara en cuanto a la declaración de nulidad de las normas oportunamente cuestionadas por esta Institución.

La nulidad declarada resulta ser absoluta e insanable (artículo 14 inc.b de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativos) en virtud de que el Directorio del Ente carecía de competencia para dictar las citadas resoluciones.

La declaración de nulidad de un acto jurídico impacta sobre la presunción de legitimidad, e impide su subsistencia en el mundo jurídico.

Asimismo, la declaración judicial de nulidad del acto impugnado implica la extinción del acto y la cesación de sus efectos jurídicos.

En el derecho administrativo todo tipo de nulidad, sea ésta absoluta o relativa, opera, en principio, una vez declarada con efectos retroactivos; en atención a la presunción de buena fe que acompaña al accionar estatal y al interés público que con él se persigue.

A más de lo antedicho, este efecto retroactivo parece ser una consecuencia lógica de toda invalidez, habida cuenta que ella, como factor causal de la extinción del acto, se configura en el momento de su emisión, por ende, a una causa originaria deben, en principio, corresponder efectos también iniciales.

Numerosas son las quejas que se han recibido y se reciben en esta Institución, relativas a los perjuicios derivados de la facturación global, fundamentalmente ante la falta de pago de algún propietario, la asunción de una deuda por un servicio no utilizado y la posibilidad de corte del mismo.

A modo de ejemplo puede señalarse las dificultades que tendría el propietario de una unidad funcional para realizar la venta del inmueble, en caso que el consorcio registre deuda con la concesionaria, toda vez que no puede obtener libre deuda del servicio, obligándose a asumir la deuda del consorcio para liberarse, afectándose entonces su derecho de propiedad.

Debe ponerse de resalto que AGUAS ARGENTINAS S.A., continúa facturando el servicio en forma global, encontrándose anuladas las resoluciones.

En atención a todo lo expuesto, a través de la Resolución D.P. N° 127/02 se recomendó al ENTE TRIPARTITO DE OBRAS Y SERVICIOS SANITARIOS que: a) proceda a derogar las Resoluciones ETOSS N° 8/94 y 12/98; y b) instruya a AGUAS ARGENTINAS S.A. para que cese con las intimaciones de corte de servicio, hasta tanto se regularice la facturación.

Atento a la falta de respuesta por parte del Ente, el Defensor del Pueblo de la Nación, recordó a través de la Resolución D.P. N° 151/2002, al Presidente del ENTE TRIPARTITO DE OBRAS Y SERVICIOS SANITARIOS los deberes legales y funcionales establecidos por el Decreto 999/92 y modificaciones, y el artículo 239 del Código Penal, y se otorgó un nuevo plazo de CINCO (05) días hábiles para responder acerca de las medidas que dispondrá en relación a la Resolución N° 127/02 que le fuera originalmente notificada en fecha 11 de noviembre de 2002.

Tardíamente, la Autoridad respondió a la recomendación efectuada, destacando que ese Organismo considera ***que las Resoluciones ETOSS N° 8/94 y 12/94 han quedado extinguidas a partir del dictado del fallo de la CSJN con efecto erga omnes siendo innecesaria su derogación en esta instancia lo cual podría, por otra parte traer confusión respecto del momento en que ha operado la extinción.***

Es decir que independientemente de la gravedad de la actitud asumida por parte del Ente en no responder a las recomendaciones efectuadas por el Defensor, a pesar de existir una obligación legal para hacerlo, paralelamente demostró su ineficiencia e inoperancia ante la actitud del concesionario, omitiendo ejercer sus facultades para hacer cumplir el contrato de concesión bajo el velo de la sistemática aplicación de procesos sancionatorios, los que si bien corresponden a una de las funciones del Organismo, no dan respuesta ni solución alguna a los usuarios cuyos derechos se ven vulnerados a raíz del mentado incumplimiento.

IV.-2.-SISTEMA DE FACTURACION AL SECTOR NO RESIDENCIAL

Otro punto cuestionable lo conforma el incumplimiento contractual por parte de la empresa AGUAS ARGENTINAS S.A., respecto al sistema implementado en la facturación del servicio de provisión de agua potable y servicios sanitarios a los usuarios UNR Clase I y UNR Clase II, con exclusión de los comprendidos en los artículos 5 y 7 del Régimen Tarifario.

Tal inobservancia fue avalada por el Ente Regulador mediante el dictado de la Resolución N° 66 del 23 de marzo de 1995, por la cual el Organismo de Control extralimitándose en sus facultades, modificó el marco normativo.

En atención a lo expuesto deviene necesario a los fines de esgrimir la posición de esta Institución, efectuar un análisis del plexo normativo en materia tarifaria.

El marco regulatorio de la concesión (D. 999/92) en su artículo 45 reza: "Art. 45: Estructuras Tarifarias: El sistema tarifario básico estará compuesto por un régimen que incorpora el consumo medido posibilitando que existan algunas categorías de Usuarios a los cuales se les aplica un sistema tarifario de cuota fija. El régimen tarifario de consumo medido será de aplicación obligatoria en los siguientes casos: a) Usuarios no residenciales, b) venta de agua "en bloque", c) a opción del concesionario en los casos no comprendidos en a) y b), d) a opción de los usuarios en los casos no comprendidos en a) y b). El régimen tarifario de cuota fija será aplicable a todos los usuarios no comprendidos en los acápites anteriores. Las opciones establecidas en los incisos c) y d) respectivamente, podrán ser ejercidas por única vez y en cualquier momento dentro del período de la concesión, en el marco de las condiciones que se establezcan. En los casos en que el concesionario no pueda dar cumplimiento a la implementación inmediata del régimen tarifario medido el Ente Regulador está autorizado por única vez, el otorgamiento de un plazo de dos (2) años para dicho cumplimiento. Durante ese lapso será de aplicación el régimen tarifario de cuota fija. Cumplido el plazo el concesionario incorporará a los Usuarios al régimen tarifario de consumo medido y si no existiese la real medición de los consumos, sólo podrá facturar el cargo fijo establecido para cada categoría.

A su vez el punto 2 del Capítulo 11.13 del Marco Regulatorio establece "el período establecido en el Artículo 45 del Marco Regulatorio sólo podrá ser autorizado por el Ente Regulador mediante disposición fundada e involucrará, exclusivamente, a los Usuarios comprendidos en el inciso a) que son los definidos por aplicación de los artículos 7 y 3 del Régimen Tarifario de la Concesión. Durante ese período, y para estos Usuarios, será de aplicación lo establecido en el Capítulo II del Régimen Tarifario aplicable a la Concesión. Una vez incorporados estos Usuarios al Régimen Tarifario de Consumo Medido, si no existiese la real medición del consumo de los mismos, el Concesionario sólo podrá facturar el cargo fijo que le corresponda.

En atención a dicha facultad, el ETOSS otorgó a Aguas Argentinas S.A. la prórroga para el cumplimiento de la implementación del Régimen Tarifario Medido.

Previo a expirar el plazo otorgado (2 años), el Directorio del Regulador, en 23 de marzo de 1995 dictó la Resolución 66/95.

Mediante dicho acto administrativo, dispuso la aplicación opcional del Régimen Tarifario de Consumo Medido para los Usuarios No Residenciales (UNR).

El artículo 3 de la Resolución puso en cabeza del usuario la opción de: a) incorporación al sistema tarifario medido y b) mantención en el sistema de cuota fija, con derecho a modificar en cualquier momento esta opción, es decir, incorporarse al sistema medido.

El artículo 4 estableció que ofrecida la opción por el concesionario, en caso de silencio del usuario, se considerará que ha optado mantenerse en el sistema tarifario de cuota fija, no correspondiéndole el beneficio de modificar su posición (art. 3 inc. b).

El artículo 5 imprimió al concesionario la obligación de comunicar en forma individual y fehaciente a todos los UNR I sin medidor instalado, el ejercicio de la opción.

Tal obligación fue prevista “para antes de la iniciación de los procesos de facturación correspondientes al 3° bimestre del año 1995”.

El artículo 6 hizo extensiva la opción a todo nuevo usuario de la categoría NRI I, sin medidor instalado y previo a su incorporación como tal.

El artículo 7 dispuso, respecto de los UNR II (con excepción de los comprendidos en los artículos 5 y 7 del Régimen tarifario) sin medidor instalado, que previo al ejercicio de la opción, se agoten todas las instancias que posibiliten técnicamente la individualización de su consumo.

Del bloque legal expuesto emergen las siguientes observaciones.

La Resolución ETOSS N° 66/95 viola fragantemente el Contrato de Concesión y Marco Regulatorio.

El principio general de la concesión es el régimen medido.

El artículo 45 del marco regulatorio prevé para el caso que el concesionario no pudiera implementar de inmediato el régimen medido, se le otorgarán dos años para hacerlo, y durante tal período se aplicará el régimen de cuota fija. Cuando a pesar de haberse vencido el plazo no existiese una real medición de consumos, sólo podrá facturar el cargo fijo establecido para cada categoría.

Queda claro que, el régimen medido resulta de aplicación obligatoria para el concesionario respecto de los clientes no residenciales y venta de agua en bloque.

El régimen de excepción y de carácter transitorio posibilitó la existencia de algunas categorías de usuarios que conserven el sistema de cuota fija.

El Marco, sólo previó la opción, tanto del concesionario como de los usuarios, para los casos **no contemplados en el inc a y b del art. 45**, esto es usuarios no residenciales y venta de agua en bloque.

El ETOSS, extralimitándose en sus facultades, a través del dictado de la Resolución en cuestión, modificó el régimen tarifario, toda vez que estableció un sistema de opción al usuario no residencial, para la incorporación al régimen medido, cuando tal incorporación debió ser obligatoria por parte de la concesionaria.

Extendió en el tiempo, sin plazo alguno, la prórroga para la implementación inmediata del Régimen Tarifario Medido de los UNR I (expresamente establecida en DOS años, conf. cláusula 11.13.2.1. del CC).

Asimismo, sujetó la expiración de la prórroga, a la presunta opción del usuario.

Consecuentemente, facultó al concesionario a cobrar la **cuota fija** a los UNI I que no tengan medición real una vez vencida la prórroga de dos años y que no hubieran optado por incorporarse al sistema medido.

A más de lo expuesto, y siguiendo la misma línea, el ETOSS, en caso de silencio del usuario no residencial a la opción planteada por el concesionario, consideró que aquel optó por mantenerse en el régimen de cuota fija y sin derecho al beneficio otorgado por el art. 3 inc. b, apartándose otra vez del principio básico de la concesión.

Concatenadamente, obligó a la empresa a comunicar fehacientemente a los UNR I sin medidor instalado, el ejercicio de la opción con plazo, esto es, para antes de la iniciación de los procesos de facturación correspondientes al 3° bimestre de 1995.

Como colofón, para los UNR II, sin medidor instalado y que no se encuentren comprendidos en los arts. 5 y 7 del Régimen Tarifario, ordenó, previo a ejercer el sistema de opción, agotar todas las instancias que posibiliten técnicamente la individualización del consumo, sin determinarse las mismas, con lo cual dicho artículo carece de sentido.

En otro orden, teniendo en claro el cuadro de situación, y analizada la normativa, el DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION cursó una requisitoria al ETOSS, a los fines de contar con la información global respecto al actuar de la concesionaria.

Se solicitó el listado de los usuarios no residenciales que ejercieron la opción de medición del consumo, de aquellos que optaron por el sistema de cuota fija y a los cuales la empresa impuso la medición del consumo y de aquellos que continúan bajo el sistema de facturación de consumo por cuota fija.

Luego de varias reiteraciones, en fecha 7 de junio de 2001 el Organismo de Control, informó a esta Institución que "...no resulta posible a la fecha enviar la documentación solicitada...".

También esgrimió su posición respecto de la Resolución N° 66/95.

A criterio del Organismo dicho acto "...acordó, exclusivamente en favor de los Usuarios, una opción que les permitiera seguir transitoriamente el régimen de servicios no medidos (cuota fija), estableciéndose que así lo hicieran, para el caso de que la Concesionaria, posteriormente optara por instalar el medidor, sería ésta -y no los Usuarios- quien correría con el costo resultante...".

Aclaró, "...que el régimen de consumos medidos, al igual que otras normas de carácter tarifaria general, provoca aumentos de facturación en algunos grupos de Usuarios y disminuciones en otros, en comparación con el régimen de cuota fija y que en el contexto social en que la norma fue dictada existía un marcado rechazo de los pequeños comerciantes en la instalación de medidores, por tratarse de un universo que normalmente tiene proporcionalmente una cuota fija pequeña y al cual la introducción de medición de consumos - suponían - provocaría un fuerte aumento de la facturación."

Agregó que "...Esta norma le daba una mayor flexibilidad a los preceptos del artículo 45 del Marco Regulatorio de la Concesión, a favor de los usuarios que transitoriamente quisieran permanecer en el sistema de cuota fija por así convenir a sus intereses."

De lo expuesto surge palmariamente la divergencia entre el texto de la Resolución y lo ordenado en el Marco Regulatorio, toda vez que, so pretexto de la protección de los intereses de los usuarios mediante la posibilidad de una "opción"; se modificaron principios pilares del Marco Regulatorio.

El Organismo excediendo sus facultades creó un nuevo régimen tarifario ilegal e ilegítimo.

También expresó que mediante Notas Nros. 12.250/00 y 12556/01 requirió a la concesionaria la presentación de catastro completo de los usuarios categoría no residenciales.

En relación a las citadas notas, merecen efectuarse los siguientes cuestionamientos.

Recién en el año 2000, el ETOSS cursó nota a la concesionaria a fin de evaluar el estado de efectivo cumplimiento de la Resolución 66/95. Dicho requerimiento resultó reiterado en el año 2001.

Resulta llamativa la notoria displicencia del ETOSS, que quedó plasmada mediante el dictado de la Resolución N° 18/01, por la cual el Organismo sancionó a la concesionaria, por haber violado con su conducta, a partir del 3° bimestre de 1995, el numeral 13.10.6. 8vo. supuesto, del Contrato de Concesión. Ello en virtud del incumplimiento del artículo 45 del Marco Regulatorio, reglamentado por los artículos 3° y

4° de la Resolución N° 66/95 y que ha incumplido con el deber de informar, previsto en el numeral 13.10. 5. 9no supuesto, del Contrato de Concesión, al no haber dado respuesta al Organismo.

La desidia del Ente de Control resulta clara, toda vez que, a partir de 1995, Aguas Argentinas S.A., tenía la obligación de incorporar al sistema medido a los UNR.

Sumado a ello, por Resolución 66/95, el ETOSS avaló el incumplimiento por parte del concesionario, a través de la modificación del Marco Regulatorio (sistema opcional).

A los fines de poner coto a los marcados incumplimientos al Contrato de Concesión por parte de Aguas Argentinas S.A., el Defensor del Pueblo recomendó al ENTE TRIPARTITO DE OBRAS Y SERVICIOS SANITARIOS que revoque por razones de ilegitimidad e ilegalidad manifiesta la Resolución N° 66/95, y ordene el inmediato cumplimiento al concesionario de lo establecido en el Marco Regulatorio en cuanto a la facturación de los Usuarios No Residenciales.

Se recordaron los deberes legales y funcionales establecidos por el Decreto 999/92 aprobatorio del Marco Regulatorio, Decreto 787/93 aprobatorio del Contrato de Concesión y artículo 239 del Código Penal.

A pesar de este recordatorio de los deberes de funcionario público, el Regulador continúa sin controlar el debido cumplimiento por parte del concesionario de las obligaciones emergentes del contrato, que según los datos obrantes en esta Institución, tal incumplimiento alcanzaría a 400.000 usuarios de la Ciudad de Buenos Aires y el Gran Buenos Aires, lo que representaría según cálculos del ETOSS la suma de PESOS DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES (\$ 236 MILLONES).

IV. 3.-FACTURACION DE LOS SERVICIOS SANITARIOS CON POSTERIORIDAD AL CORTE.

Se han presentado reclamos a esta Institución en los cuales los usuarios del servicio manifestaron su disconformidad con el cobro del servicio, aún después de efectuarse un corte profundo.

Dada la envergadura de la temática de marras esta Institución cursó varias requisitorias al Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios.

Conforme los términos plasmados en notas remitidas por el ETOSS a esta Institución, es criterio de esa Autoridad de Control, que *en el esquema del Régimen Tarifario vigente, no corresponde el cobro de los servicios sanitarios a partir de la fecha en que ellos han sido cortados, incluso en el caso que el corte haya sido provocado por falta de pago incurrida por el usuario.*

Sin perjuicio de ello, aclaró que el principio citado, sufrió una modificación a partir de la firma del Acta Acuerdo, aprobada mediante Resolución SRNyDS N° 601/99, cuyo Anexo VIII.3 establece que "...En los inmuebles sujetos al Régimen No Medido, cortado el servicio por falta de pago, el Concesionario facturará el importe correspondiente al inmueble con una disminución del 50% en el valor de la Tarifa Básica Bimestral (TBB) ...", precisando que tal modalidad comenzaría a regir a partir del 01.04.01 conforme los términos del Convenio suscripto entre el ETOSS y AASA en fecha 09.01.01.

En cuanto a la aclaración del ETOSS respecto a la modificación emergente de la Resolución N° 601/99, debe precisarse que la facturación del 50% de la Tarifa Básica Bimestral cuando el servicio ha sido cortado por falta de pago, no se ajusta a derecho, ya que trae aparejado un enriquecimiento incausado del concesionario, en detrimento del usuario, el que se ve obligado al pago por un servicio no prestado, con una grave afectación del derecho de propiedad consagrado por el artículo 17 de la Constitución Nacional.

Lo expuesto se concatena con la ausencia de argumentos que avalen tal porcentaje.

En la misma línea se desconoce de qué manera la Autoridad de Aplicación, puede compatibilizar tal preceptiva, con el derecho del concesionario a facturar a partir de la prestación. Ello, si se tiene en cuenta que en el caso de corte desaparece el sustento fáctico y jurídico -ante la falta de prestación- que motivaría el derecho a la facturación.

Para el caso en que no hubiere prestación "efectiva" del servicio, el cobro que se pretendiere por el mismo sería inconcebible e improcedente; en tal supuesto, el cobro carecería de "causa" que le sirva de fundamento.

Finalmente, sostiene la jurisprudencia y parte de la doctrina que: "El cobro que se pretenda por un servicio público no prestado es, improcedente, y así se ha resuelto en forma invariable". ("Jurisprudencia Argentina", tomo 35, pág. 367 y 958, tomo 56, pág. 166, tomo 59 pág. 823, entre otros MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II, Título Quinto. Servicios Públicos, pág. 156.).

IV.4- PRESION DE AGUA

A pesar de la deficiente prestación del servicio de agua por parte del concesionario (presión inferior a 10 m.c.a.), y la existencia de numerosos reclamos efectuados por los usuarios por tal concepto, Aguas Argentinas S.A. no brindó solución alguna al respecto, como tampoco efectuó presentación circunstanciada alguna ante el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios -en los términos del artículo 2° de la Resolución 86/96-, a fin de que el Organismo de Control, considere la viabilidad de excepciones puntuales.

Al respecto debe aclararse que en caso de existir imposibilidad de suministrar la presión mínima exigida en determinada área, la empresa se encontraba obligada a realizar dicha presentación ante el ETOSS, obligación ésta que la empresa no acató.

Ante dicha falta de solución para todos aquellos usuarios que recibieron y reciben menor presión, oportunamente esta Institución efectuó una investigación a fin de determinar si correspondía el pago por parte de los usuarios afectados de la tarifa como si se hubiera prestado con una presión de 10 m.c.a.

Del análisis efectuado resultó claro que ante una menor presión a la establecida correspondía una tarifa inferior.

Con el mismo criterio, debía restituirse a los usuarios de todas las zonas afectadas lo abonado en más.

Puntualmente sobre este tópico cupo preguntarse a partir de qué fecha correspondieron los reintegros, esto es, desde la fecha de la toma de posesión o desde la fecha de entrada en vigencia de la Resolución 86/96.

En atención a los alcances de la resolución ETOSS 86/96, se entendió que tales reintegros correspondieron a partir del dictado de dicha norma.

Consecuentemente el DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION recomendó, mediante Resolución DP N° 711/99 de fecha 11 de marzo de 1999, al Ente Regulador: 1.- Que en todos aquellos casos en que la presión brindada por AGUAS ARGENTINAS S.A. no alcance los valores correspondientes, se adecue la tarifa a la calidad del servicio que brinda, hasta tanto se compruebe fehacientemente que el servicio se preste en forma correcta. 2.- Que se proceda a devolver a todos aquellos usuarios, los importes que la empresa cobró en más (atento la falta de presión), con más los intereses correspondientes a contar desde el dictado de la resolución 86/96.

Las disfuncionalidades planteadas datan del año 1997, y recién en 23 de mayo de 1999, el Organismo emitió la **Resolución ETOSS N° 29/99**, por la cual resolvió aplicar porcentajes de reducción de la facturación de agua potable y desagües cloacales, a partir del Segundo Quinquenio de la Concesión, a todos los usuarios pertenecientes a una zona determinada y según los porcentajes correspondientes al rango de presión en la zona.

Para aquellos usuarios que recibieran facturación por servicio medido, el Organismo resolvió que la reducción afectará solamente a la parte que se cobra por cuota fija.

En el Acta Acuerdo que resultó Anexo a la Resolución N° 601/99, la concesionaria se comprometió a dar cumplimiento a lo dispuesto por la citada resolución del ETOSS.

Posteriormente, el Directorio del ENTE TRIPARTITO DE OBRAS Y SERVICIOS SANITARIOS dictó la **Resolución N° 63/00**, por la cual resolvió aplicar a la concesionaria una multa de \$ 597.880.-, por no haber cumplimentado los descuentos tarifarios prescriptos en la Resolución N° 29/99 extremo que resultó de cumplimiento obligatorio a partir del 12.8.99.

El Ente intimó a AGUAS ARGENTINAS S.A. a efectuar los descuentos tarifarios prescriptos en la Resolución N° 29/99 a todos los usuarios alcanzados en el próximo proceso de facturación a emitir a partir de la notificación de la presente a la citada concesionaria bajo apercibimiento de aplicarse en la especie la norma del artículo 13.10.9 del Contrato de Concesión para el caso de persistir el incumplimiento una vez vencido el plazo precedentemente señalado.

En fecha **9 de enero de 2001** se firma el **acta acuerdo entre el E.T.O.S.S. y AGUAS ARGENTINAS S.A.**, por la cual se pactó, en lo que refiere al tema de presión, que se analizará y se expedirá acerca de la compatibilización de la Resolución ETOSS N° 29/99 con el PLAN DE MEJORA Y EXPANSION DEL SERVICIO en el plazo de 90 días del presente.

En otro orden, vecinos de la Unión Vecinal de la Ciudad Evita Circunscripción IV, presentaron un reclamo ante esta Institución ante el corte del servicio e intimaciones de pago efectuadas por la empresa. Merece señalarse que la zona está comprendida en el radio de registro de baja presión.

En atención a la gravedad de los hechos y los perjuicios sufridos por los usuarios, a través de la Resolución D.P. N° 3/2002 se recordó a la empresa que restituya el servicio a todos aquellos usuarios residentes en la Circunscripción IV, que fuera cortado en contradicción con la normativa vigente, como así también se abstenga de efectuar intimaciones de corte y cortes de servicio por falta de pago.

Posteriormente, con fecha 27 de noviembre de 2002, se publicó en el Boletín Oficial la Resolución ETOSS N° 99/2002, a través de la cual se multó a la concesionaria por no prestar en condiciones adecuadas el servicio a los usuarios de la Unión Vecinal Circunscripción IV de la localidad de Ciudad Evita, Partido de la Matanza, ratificando la plena vigencia de la Resolución N° 29/99 y N° 102/00.

Conclusión: sistemáticamente Aguas Argentinas S.A. ha incumplido las normas relativas a la presión mínima exigible en el servicio de provisión de agua potable, regulada por el art. 42, inc. c), del M.R., el Numeral 7.5. del Pliego de Bases y Condiciones y el 4.5 del Contrato de Concesión y la Resolución 86-ETOSS-96 (de carácter aclaratorio), cuyo artículo 1.º dispone que "...la obligación de suministrar agua potable con una presión DIEZ (10) metros columna de agua en las condiciones establecidas en el Capítulo 4, Numeral 4.5. del contrato de concesión, es exigible desde el día de toma de posesión en el área servida...", como así tampoco ha dado cumplimiento a lo ordenado mediante Resoluciones N° 29/99, 63/00, 84/00 y 102/00, dictadas por el ENTE TRIPARTITO DE OBRAS Y SERVICIOS SANITARIOS..

Es decir que la concesionaria no brindó el servicio en los niveles de calidad exigibles, y sobrefacturó a aquellos usuarios afectados por los niveles de baja presión de agua.

Los usuarios más afectados corresponden a los partidos de: Tigre, San Fernando, Morón, San Martín, Avellaneda, Lanús, La Matanza, 3 de Febrero, Lomas de Zamora, Almirante Brown y Esteban Echeverría.

IV. 5.- EL AUMENTO DE LA CONTAMINACION Y EL ASCENSO DE LAS NAPAS FREATICAS

Los recursos hídricos conforman una parte esencial de los recursos naturales de la Nación. El libre acceso a ellos, no sólo constituye un derecho sino que, la preservación de las condiciones y calidades de cada uno de los subsistemas hídricos y del equilibrio que mantienen entre sí, constituye una obligación para todos los habitantes y así lo garantiza la Constitución Nacional.

Al respecto, es preciso tomar en cuenta que en las cuencas hídricas se encuentran interrelacionados, por el ciclo hidrológico, las aguas superficiales, los acuíferos subterráneos y sus respectivos ecosistemas. Los diversos usos y acciones que acomete el hombre influyen en forma decisiva el equilibrio ambiental de las cuencas hídricas.

Sea como fuente de agua potable y de saneamiento domiciliario, o de agua para limpieza de espacios públicos o para usos rurales o industriales; sea con colección parcial o completa de los líquidos cloacales y de los hidrocarburos y químicos vertidos; sea que se realice o no, el tratamiento de los efluentes y la remoción de los barros contaminantes con destino a los cuerpos receptores, distintos serán los impactos ambientales del uso de los recursos hídricos y sus consecuencias sobre el desarrollo de la biodiversidad.

La Convención de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, llevada a cabo en Río de Janeiro en 1992, estableció el concepto de “desarrollo sostenible o sustentable”, incluyéndose en dicha agenda la recomendación del manejo integrado y sustentable de los recursos hídricos. Nuestro país fue partícipe de tal Convención, sin haber introducido reservas a la firma de sus resoluciones.

Debe destacarse que el objeto establecido para las mejoras y las obras de expansión del servicio, planificadas en la década del 90, era el de contrarrestar el atraso y deterioro de los servicios sanitarios y la acelerada concentración en los centros urbanos, estableciendo un conjunto de recomendaciones y normas técnicas que debían cumplir sus operadores para satisfacer las siguientes necesidades:

1. Proteger las fuentes de provisión de agua y los cuerpos receptores de desagües cloacales y efluentes industriales, de mayores niveles de descarga sin el debido tratamiento depurador.
2. Proteger el suelo y las aguas subterráneas de las excedencias hídricas del servicio.
3. Preservar el estado de la biodiversidad de los impactos negativos que pudiera ocasionar.
4. Implementar, previo estudio y la evaluación de su impacto, las obras de mantenimiento, mejora y expansión del servicio, con los recaudos y previsiones correspondientes.
5. Atender las emergencias producidas en tiempo y forma, en caso de accidente o en ocasión de fenómenos imprevistos, mitigar y recomponer el ambiente dañado.

Este conjunto integrado de procedimientos no debía ser implementado en forma parcial, descompensada y fuera del estricto control ambiental y sanitario de nuestra legislación. Tampoco debía impactar en forma negativa sobre la calidad de los recursos hídricos que se encuentran bajo administración del operador del servicio, y mucho menos, acarrear a la comunidad perjuicios económicos evitables.

En las justificaciones de la privatización expuestas en el Pliego, y las obligaciones contractuales que conforman los Requerimientos Generales de la Concesión, establecidos en el numeral 4.2.1, se expresa lo siguiente:

- El servicio público de agua y cloacas ha sido concedido gratuitamente con el fin de asegurar que las prestaciones sean brindadas por la empresa en condiciones de proveer a una mejor situación sanitaria de la población y a la mejora ambiental.
- La provisión de agua potable y desagües cloacales constituye un servicio público que debe ser desarrollado complementariamente, procurando evitar la instalación de sistemas cloacales sin la instalación de sistemas de provisión de agua potable y viceversa.

Es decir que, por un lado, el Estado ha asegurado a la población de la zona servida, respecto a las prestaciones brindadas por la empresa, y por el otro, ha establecido la obligación de que el servicio público de agua potable y desagües cloacales debe ser desarrollado en forma complementaria.

A la inversa, no existe ningún numeral en el Contrato o artículo en el Marco Regulatorio que habilite a la empresa o atenúe su responsabilidad y las penalidades a aplicar, cuando la Concesionaria, ante el incumplimiento de sus obligaciones, sume riesgos a la salud de la comunidad, impacte negativamente sobre la situación ambiental, o afecte la calidad de vida de los usuarios o de la población en general.

En otros términos, cuando la empresa, por acción u omisión, incurra en daño ambiental y/o ponga en riesgo la salud y el estado de bienestar de la población, no puede hacer valer en su favor la inexistencia de detalladas y expresas prohibiciones en el Contrato de la Concesión. Mejorar la salud pública y preservar el ambiente sano y apto para el desarrollo humano, constituye el objeto central de la Concesión gratuita, sobre el que se ha establecido la norma de obligatoriedad de la prestación del servicio (numeral 4.3.2. del Contrato de la Concesión).

Hasta la fecha, ha sido responsabilidad del Ente de Control y de la Autoridad de Aplicación de la Concesión hacer cumplir en forma efectiva el Contrato y la legislación en vigencia (Constitución Nacional, Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, entre otra normativa) para la provisión del servicio público en las condiciones establecidas. Pero conjuntamente ha sido responsabilidad de las autoridades de la Ciudad de Buenos Aires, de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación en hacer efectiva la preservación ambiental.

El tema que nos ocupa, en esta parte del informe, es determinar si efectivamente la concesionaria ha dado cumplimiento al objetivo principal de la privatización, esto es proveer a una mejor situación sanitaria de la población y a la mejora ambiental de la zona servida.

En contraste con las obligaciones comprometidas, a casi de 10 años de gestión, se han denunciado y en muchas instancias verificado, sensibles pérdidas de la calidad de vida de la población, mayores riesgos para la salud pública y perjuicios económicos para cientos de miles de usuarios y para el erario público, municipal, provincial y nacional. Ello, directa o indirectamente imputado al mal manejo y a la falta de control y regulación efectiva del servicio.

En el origen de esto perjuicios denunciados se encuentra principalmente la contaminación y el ascenso de la superficie freática que anega e inunda la infraestructura urbana.

Por último, resulta acertado preguntarse si el ETOSS, los organismos que se sucedieron como Autoridad de Aplicación de la Concesión y los ejecutivos municipales, los de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los de la Provincia de Buenos Aires y los de la Nación, han dado cumplimiento al objetivo principal de la privatización y a lo establecido por las normas constitucionales y la legislación vigente.

IV. 5.I. SOBRE LA TUTELA CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LOS RECURSOS NATURALES

Los recursos naturales constituyen patrimonio público y su dominio corresponde a las jurisdicciones municipales, provinciales y nacionales. Es derecho y obligación de los habitantes y las autoridades públicas preservarlos de la acción contaminante producto de la actividad humana.

La acción contaminante, refiere a la introducción directa o indirecta en el ambiente de agentes físicos, químicos y biológicos que alteren o desmejoren la composición del aire, el suelo y el agua, amenazando o perjudicando directa o indirectamente la salud, seguridad o calidad de vida de la población y el equilibrado desarrollo de la biodiversidad animal y vegetal. También refiere a la alteración de las condiciones ambientales resulten dañosas y afecten o degraden los inmuebles y las edificaciones de la población y, la infraestructura y los espacios de propiedad pública.

La preservación y uso racional de los recursos naturales, en tanto materia de orden público, se encuentran en nuestro país, bajo la siguiente tutela constitucional y legal. Al respecto, el artículo 41 de la Constitución Nacional (vigente desde el 22/08/1994), establece lo siguiente:

- El derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano.
- El deber de preservarlo.
- Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.
- El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Asimismo, en el artículo 42 de la Constitución Nacional se establece lo siguiente:

- 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.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires (vigente desde el 14/09/1994), en el artículo 28 se establece lo siguiente:

- Se deberá preservar, recuperar y conservar los recursos naturales, renovables y no renovables del territorio de la Provincia.
- Planificar el aprovechamiento racional de los mismos.
- Controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen al ecosistema.
- Promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo.
- Asegurar políticas de conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo.
- Toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligada a tomar todas las precauciones para evitarlo.

Amparando los derechos ambientales, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (vigente desde el 01/10/1996), en el artículo 26, 27 y 30, se establece lo siguiente:

- Toda actividad que suponga en forma actual o inminente un daño al ambiente debe cesar.
- El daño ambiental conlleva prioritariamente la obligación de recomponer.
- La protección, saneamiento, control de la contaminación y mantenimiento de las áreas costeras del Río de la Plata y de la cuenca Matanza - Riachuelo, de las subcuencas hídricas y de los acuíferos.
- Se establece la obligatoriedad de la evaluación previa del impacto ambiental de todo emprendimiento público o privado susceptible de relevante efecto y su discusión en audiencia pública.

La Ley N° 11.723 de la Provincia de Buenos Aires (vigente desde el 09/11/1995), en los Artículos 10, 25, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 43 y 44, se establece lo siguiente:

- Todos los proyectos consistentes en la realización de obras o actividades que produzcan o sean susceptibles de producir algún efecto negativo al ambiente de la Provincia de Buenos Aires y/o sus recursos naturales, deberán obtener una DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL expedida por la autoridad ambiental provincial o municipal
- Las normas técnicas ambientales determinarán los parámetros y niveles guías de calidad ambiental de los cuerpos receptores que permitan garantizar las condiciones necesarias para asegurar la calidad de vida de la población, la perdurabilidad de los recursos naturales y la protección de todas las manifestaciones de vida.
- Tratamiento integral de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico
- Establecer patrones de calidad de aguas y/o niveles guías de los cuerpos receptores (ríos, arroyos, lagunas, etc.).
- Evaluar en forma permanente la evolución del recurso, tendiendo a optimizar la calidad del mismo.
- El tratamiento integral del recurso deberá efectuarse teniendo en cuenta las regiones hidrográficas y/o cuencas hídricas existentes en la Provincia.
- A ese fin, se propicia la creación de Comité de Cuentas en los que participen el estado provincial, a través de las reparticiones competentes, los municipios involucrados, las entidades intermedias con asiento en la zona, y demás personas físicas o jurídicas, públicas o privadas que en cada caso se estime conveniente.
- Cuando el recurso sea compartido con otras jurisdicciones provinciales o nacionales, deberán celebrarse los pertinentes convenios a fin de acordar las formas de uso, conservación y aprovechamiento.
- Cuando a consecuencia de acciones del Estado se produzcan daños o pudiera derivarse una situación de peligro al ambiente y/o los recursos naturales ubicados en territorio provincial, cualquier habitante de la Provincia podrá acudir ante la dependencia que hubiere actuado u omitido actuar, a fin de solicitar se deje sin efecto el acto y/o activar los mecanismos fiscalizadores pertinentes.
- Cuando la decisión administrativa definitiva resulte contraria a lo peticionado el afectado; el defensor del pueblo y/o las asociaciones que propendan a la protección del ambiente, quedarán habilitados para acudir ante la justicia con competencia en lo contencioso administrativo que dictaminará sobre la legalidad de la acción u omisión cuestionada.

- En los casos en que el daño o la situación de peligro sea consecuencia de acciones u omisiones de particulares, el afectado, el defensor del pueblo y/o las asociaciones que propendan a la protección del ambiente podrán acudir directamente ante los tribunales ordinarios competentes ejercitando:
 - a) Acción de protección a los fines de la prevención de los efectos degradantes que pudieran producirse;
 - b) Acción de reparación tendiente a restaurar o recomponer el ambiente y/o los recursos naturales ubicados en territorio provincial; que hubieren sufrido daños como consecuencia de la intervención del hombre.
- El trámite que se imprimirá a las actuaciones será el correspondiente al juicio sumarísimo. El accionante podrá instrumentar toda la prueba que asista a sus derechos, solicitar medidas cautelares, e interponer todos los recursos correspondientes.
- Las sentencias que dicten los tribunales en virtud de lo preceptuado por este Capítulo, no harán cosa juzgada en los casos en que la decisión desfavorable al accionante, lo sea por falta de prueba.

La Ley N° 123 de la Ciudad de Buenos Aires (vigente desde el 09/11/1995) establece el procedimiento técnico - administrativo de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), con el fin de coadyuvar a los siguientes objetivos:

- a) Establecer el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano, preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras.
- b) Preservar el patrimonio natural.
- c) Proteger la fauna y flora urbanas no perjudiciales.
- d) Racionalizar el uso de materiales y energía en el desarrollo del hábitat.
- e) Lograr un desarrollo sostenible y equitativo de la Ciudad.
- f) Mejorar y preservar la calidad del aire, suelo y agua.
- g) Regular toda otra actividad que se considere necesaria para el logro de los objetivos ambientales consagrados por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Las finalidades del cuerpo normativo mencionado se resumen en los siguientes tópicos:

- Establecer derechos, deberes y obligaciones respecto la preservación y protección ambiental, y en especial el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y el deber de preservarlo.
- Adoptar las precauciones, normas técnicas ambientales y evaluaciones y estudios de impacto del caso.
- Cesar la acción contaminante o dañosa inmediatamente de detectada.
- Evitar la propagación de la acción contaminante y la extensión de sus consecuencias, mitigando rápida y eficazmente y llevando a cabo la debida recomposición ambiental y resarcido el daño producido.

IV.5.II. ESTUDIOS Y ADVERTENCIAS REALIZADOS POR LA COMUNIDAD CIENTIFICA ARGENTINA SOBRE EL ASCENSO DE NAPAS

La incidencia del manejo de los servicios de agua y cloacas en el suelo y en el régimen hídrico de las aguas subterráneas, resulta un hecho propio y ampliamente reconocido de la actividad, a punto tal de que en las últimas décadas se ha constituido, junto a la calidad del agua que se provee, en el aspecto primordial de la sustentabilidad técnico científica de la base de gestión del servicio.

El área de la Concesión de Aguas Argentinas, con una superficie aproximada de 3.800 km² y una concentración demográfica que supera los 11 millones de habitantes, constituye la concesión más grande del mundo. Estas referencias y el hecho que en su subsuelo se encuentre uno de los acuíferos más importantes del continente, ameritan un control estricto sobre el cumplimiento de las metas de los servicios de agua y saneamiento. Así como sobre los procedimientos y resguardos para alcanzar una auténtica mejora sobre las condiciones sanitarias y ambientales preexistentes.

Desde mediados de la década del 80 y en razón de presentarse agua de pozo con nitratos, la OSN comienza a importar caudales desde el Río de la Plata, registrándose esporádicamente anegamientos en las zonas más bajas.

Como señala el Dr. Mario A. Hernández, Profesor Titular de la Cátedra Hidrogeología de la Universidad Nacional de La Plata, en su nota del 25/09/2001, "hace más de una década que el fenómeno es conocido, advertido y objeto de propuestas de estudios destinados a su corrección o mitigación".

Cabe señalar entre sus diversos estudios al tema realizados desde 1989 a la fecha, el trabajo presentado bajo el título Groundwater in the Urban Development (Balkema Ed. 1997), por haber sido especialmente distinguido y considerado en el XXVII International Congress de la International Association of Hydrogeologists - IAH (Nottingham, UK, Set. 1997). Al respecto, debemos destacar la especial contribución a la solución del tema presentada en International Symposium on Hydrological Disarrays en diciembre de 2000 en Roma.

Cabe citar el estudio "Impacto de la recuperación de niveles piezométricos en el conurbano bonaerense", presentado por Mario A. Hernández y Nilda González, en el XV Congreso Nacional del Agua, realizado en la ciudad de La Plata del 6 al 10 de Junio de 1994. Allí se señala lo siguiente:

"La sustitución parcial de la dotación de aguas corrientes de procedencia subterránea por aguas superficiales tratadas en el Conurbano Bonaerense, originada en problemas de salinización de acuíferos, contaminación o necesidades de expansión del servicio, está originando la progresiva recuperación de los niveles piezométricos en el acuífero semiconfinado conocido como "Puelche", proveedor fundamental en la comarca.

Este ascenso está acompañado a su vez por la disminución cuantitativa en el fenómeno de filtración vertical descendente a partir del conjunto acuífero superpuesto que incluye a la capa libre, y la necesaria recuperación de la superficie freática.

Dado que el crecimiento de la infraestructura urbana se produjo bajo condiciones deprimidas de los niveles de agua subterránea gran parte de las construcciones de sub-superficie (sótanos, cocheras,

salas de calderas, etc.) experimentan anegamientos producto de dicha recuperación, con tendencia al progresivo incremento y a una posible incidencia sobre las fundaciones en edificios de cierta envergadura.

La expansión de los servicios con aguas fluviales y la posible realización de un acueducto procedente del Río Paraná para abastecer a parte del conurbano, justifican el análisis que se hace en el trabajo acerca de las posibles consecuencias en importantes sectores del conurbano, acompañado de las recomendaciones para prevenir y/o corregir daños no deseados actuando oportunamente.”

En sus conclusiones y recomendaciones los autores destacan que:

“La posibilidad real de concreción de un acueducto con carga en el Paraná de Las Palmas, para el abastecimiento de un importante sector del conurbano Norte, Oeste y Sudoeste, introduce un alerta muy importante respecto a este fenómeno y su potenciación en la medida que se incremente el desuso del Puelche y la importación de aguas superficiales.

Resulta necesario por lo tanto la ejecución de un estudio serio de impacto ambiental de ese posible emprendimiento que entre otras circunstancias tenga en cuenta la respuesta del sistema geohidrológico.

Independientemente de la materialización del Proyecto, se hace imprescindible un monitoreo de la posición de las superficies freática y piezométrica, utilizando las perforaciones en desuso y freátímetros construidos “ad hoc”. Esta tarea es de costo insignificante y permitirá prever con tiempo efectos no deseados.

Existe la posibilidad de que una operación controlada de los pozos abandonados pueda servir como reguladora del fenómeno, para lo cual se hace necesario el monitoreo precitado y una profundización de los estudios tendientes a densificar los parámetros y variables del sistema, e incluso el montaje de un modelo de simulación y pronóstico que cuente con insumos actualmente faltantes, como la descarga artificial.”

Por último, en un estudio posterior estos autores (“Impacto del incremento de los niveles piezométricos en el Gran Buenos Aires debido al cambio parcial de la infraestructura de los servicios de agua”, destacan lo siguiente:

“Como durante los últimos años, el servicio y el control de las aguas industriales pasaron del sector público al privado, no se tomaron acciones correctivas a pesar de la existencia del Ente Regulador. Ese Ente -que supuestamente controla la operación del servicio y representa al Estado y las Provincias, aunque no a los usuarios-, ha focalizado su atención principalmente en las cargas del agua, los reclamos técnicos de los usuarios, el mejoramiento del servicio y otras cuestiones fiscales en lugar del mantenimiento de la explotación. Desafortunadamente, esta situación es posible debido a la debilidad del marco legal regulatorio.”

Del conjunto de estudios realizados, corresponde poner de relieve la labor desarrollada por los profesionales de la Comisión Técnica de Ambiente y Desarrollo Sostenible del Centro Argentino de Ingenieros, a través de la difusión de análisis y propuestas entre la población afectada. Destacamos entre ellos, los diversos trabajos presentados por la Ing. Rosana Iribarne y el Lic. Eduardo Omar Bonvissuto.

En su estudio “Aumento del Nivel Freático”, la Ing. Iribarne, destaca lo siguiente:

“En todo sistema hidráulico el equilibrio se manifiesta a través de la igualdad entre los caudales de entrada y de salida (...) El reconocimiento de que el agua dulce representa un recurso limitado unido a la evidencia de un desmejoramiento progresivo en su calidad impulsaron dentro de la Cumbre de Río (1992) a la proposición de distintas áreas de programas encaminados a lograr una planificación y ordenación integradas de los recursos hídricos, abarcando todos los tipos de masas de agua dulce interrelacionadas (superficiales y subterráneas) teniendo en cuenta calidad y cantidad.”

En su estudio “La utilización del acuífero Puelche como elemento decisivo en el desarrollo de las industrias y las comunidades adyacentes en el partido de Morón”, el Lic. Bonvissuto, destaca lo siguiente:

“La presencia de bacterias coliformes, nitritos, nitratos y metales pesados en zonas donde no existen los colectores cloacales, permite suponer un anegamiento que se ve profundizado por las pérdidas del 45% que se producen en los recorridos de las cañerías de transporte de servicios sanitarios (Mazzucchelli, S. 1999). (...) El hecho de que una gran cantidad de agua se pierda por el traslado de las cañerías, es otro aporte al acuífero, al igual que los lugares donde reciben agua corriente pero no poseen servicio de cloacas. En estos últimos, toda el agua importada, termina incorporándose al subsuelo, produciendo anegamientos, como es el caso de Haedo Norte. (...) Hay también las llamadas pérdidas aceptables, localizadas en Villa Sarmiento, Morón centro y Haedo centro, donde pueden observarse anegamientos de sótanos. El más interesante fue el que debía bombearse día y noche para realizar las tareas de construcción del nuevo pabellón de la Universidad de Morón. (...) Lo más indicativo de las pérdidas, es que poseen una correlación entre la presión de agua existente a la entrada de los clientes de la empresa proveedora del servicio y la altura del epipelche o freático. A mayor cantidad de agua y presión de entrada, mayor es la cantidad de agua que penetra en sótanos (Bonvissuto, 2000). (...) Enfermedades relacionadas con los químicos en el agua, como la espina bífida, apoplejías, cáncer de recto y vejiga, abortos espontáneos, retardo mental congénito y otras, comenzarán a elevarse en su número de casos (Montague, 1998). Según Jöel Mallevalle, ex gerente de Aguas Argentinas, el Río de la Plata posee un grado de contaminación 3. Existe una clasificación para el agua cruda que establece una escala del 1 al 4 para clasificar a los ríos según su calidad de aguas: en el punto 4 se ubica a aquellas que no pueden volverse potables ni siquiera con tratamiento. El Río de la Plata es el 3er. Río más contaminado del planeta (La Nación, 1995), mientras que el acuífero Puelche posee una calidad comparable con el agua mineral y se comercializa como tal en forma de bidones y botellas, con marcas muy prestigiosas, cuyas plantas de extracción se encuentran en distritos como Merlo, Moreno y Luján, entre otras.”

Estos extractos, sirven de respaldo a lo señalado hasta aquí, cuestionando de por sí el proceder de la Concesionaria y su desvinculación con el ascenso y contaminación de las napas.

Este pretendido “desinvolucramiento” por parte de la Concesionaria se habría conjugado con la posición en su favor asumida por la Autoridad de Control y Regulación de la Concesión.

Debe destacarse que el ETOSS ha negado en forma sistemática la existencia de un vínculo hidráulico entre los recursos hídricos subterráneos y los superficiales y se ha negado a considerar los riesgos del servicio y a controlar y regular las normas preventivas, que aseguren procedimientos eficaces y diligentes para la mitigación de los daños emergentes y la debida recomposición ambiental bajo responsabilidad de la

Concesionaria. Es así como el daño estructural, la merma de la calidad de vida y el aumento del riesgo sanitario producido por el ascenso y contaminación de las napas freáticas habría extendido su avance.

IV.5.III. DENUNCIAS DE CONTAMINACION Y ASCENSO DE NAPAS

La emergencia sistemática de los niveles freáticos que alcanzan las construcciones y que anegan e inundan las zonas bajas de la Ciudad de Buenos Aires y el conurbano bonaerense con diverso grado de contaminación química y bacteriológica, aparece a partir de 1994 en Lomas De Zamora y las zonas más bajas de la Concesión en la que comenzaban a desafectarse pozos de la ex OSN (Adrogué, Quilmes, Temperley, etc.). Pero es con el funcionamiento del "río subterráneo" que aumenta sensiblemente los caudales importados del Río de la Plata sin recolección cloacal que, a partir de 1998 la contaminación y ascenso de las napas freáticas, se convierte en un problema estructural del conjunto del régimen hídrico de la Concesión, no reversible sin la intervención decisiva del Estado.

En este contexto, la población afectada por la emergencia ambiental y el elevado riesgo sanitario y edilicio, comienza a realizar diversas denuncias a la empresa, al ETOSS, a los municipios y a esta Defensoría.

Al respecto se denuncian edificaciones anegadas e inundadas con agua de napa en las siguientes localidades:

Adrogué, Banfield, Capital Federal, Ciudadela - Tres de Febrero (con elevada contaminación química e hidrocarburos), Haedo, José Mármol y San Francisco Solano - Quilmes, Morón, Palomar, Remedios de Escalada, Villa Tessei - Hurlingham, San Andrés - San Martín, San Fernando y Tigre, Villa Madero - La Matanza y Temperley.

De la documentación colectada en la Institución, destacamos la secuencia de los siguientes hechos:

- 1.- Importación creciente de agua desde el Río de la Plata con desafectación paralela de las bombas de captación de aguas del acuífero dependientes de la ex Obras Sanitarias, sin los estudios de impacto ambiental correspondientes y sin la adopción de los recaudos y las previsiones oportunas.
- 2.- Obligado abandono del uso de pozos de bombeo domiciliario, conexión a la red de agua, sin provisión simultánea de desagües cloacales. Esta modalidad de operación del servicio se realiza sin los estudios de impacto ambiental en zonas inundables y sin la adopción de los recaudos y las previsiones oportunas.
- 3.- Desafectación de los pozos de bombeo de gran cantidad de industrias.
- 4.- Tendido de redes e incorporación de nuevos usuarios al servicio de agua potable sin el correspondiente tendido de redes cloacales, debido a que los réditos de estas últimas son menores que los correspondientes a las redes de agua. Esta modalidad de operación del servicio se realiza sin los estudios de impacto ambiental en zonas inundables y sin la adopción de los recaudos y las previsiones oportunas.
- 5.- Ampliación de la brecha entre la cada vez más escasa capacidad colectora del agua utilizada por la población usuaria y la obligada descarga en los pozos sépticos de las aguas utilizadas por los usuarios.
- 6.- Puesta en marcha de las obras del Túnel Subterráneo Saavedra - Morón sin los estudios de impacto ambiental por tendido en zona inundable y sin la adopción de los recaudos y las previsiones oportunas. Negativa al cese de los suministros hasta no cumplimentar los estudios de impacto ambiental obligados por el Contrato y el Marco Regulatorio.
- 7.- Puesta en marcha del Plan Nitratos sin los estudios de impacto ambiental sobre las zonas inundables y sin la adopción de los recaudos y las previsiones oportunas.

8.- Mora en el mantenimiento y mejora de las redes de aguas y de cloacas, con crecientes caudales de fugas, sin una eficaz labor de detección y alerta temprana, con morosa mitigación y sin efectivizar la correspondiente recomposición ambiental de la superficie freática.

9.- Negativa de la empresa a proceder a la detección y cegamiento de las conexiones clandestinas de las redes pluviales a cloacales y de cloacales a pluviales.

10.- A partir de 1994 comienzan a producirse inundaciones de sótanos, garajes, subsuelos, zócalos y paredes de las edificaciones que comprometen la seguridad edilicia, afectan el patrimonio de los usuarios y constituyen una elevación del riesgo de propagación de enfermedades y de merma grave de la calidad de vida.

11.- Desde 1998, grandes caudales de agua importados del Río de la Plata al conurbano bonaerense a través del Túnel Subterráneo Saavedra - Morón y de otras obras de expansión de las redes de agua en el conurbano, se distribuyeron en numerosas zonas propensas al ascenso de las napas, sin un adecuado estudio de impacto ambiental y sin la precaución del tendido de las redes colectoras cloacales y pluviales necesarias para un desarrollo equilibrado y sustentable del servicio.

12.- Desde es 1994 y con generalización en 1998, se suceden reclamos individuales y colectivos, manifestaciones públicas, cortes de rutas, asambleas y cabildos abiertos de los distritos de Adrogué, Banfield, Capital Federal, Ciudadela - Tres de Febrero (con elevada contaminación química e hidrocarburos), Haedo, José Mármol y San Francisco Solano - Quilmes, Morón, Palomar, Remedios de Escalada, Villa Tessei - Hurlingham, San Andrés - San Martín, San Fernando y Tigre, Villa Madero - La Matanza y Temperley, .sin que la Concesionaria asumiera la parte de responsabilidad que le corresponde y sin que ETOSS exigiera medida alguna a la empresa.

13.- En la Audiencia Pública convocada por ETOSS el 26 y 27 de junio de 2000, distintas autoridades de las Intendencias de La Matanza, Lomas de Zamora, San Fernando, Lanús, Gregorio de Laferre, San Martín, Quilmes y las autoridades en representación de los gobiernos de la Ciudad de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires, así como gran cantidad de usuarios, ONGs, y entidades vecinales y denuncian el generalizado problema de las napas, señalando la responsabilidad de la empresa y el Ente.

14.- El 24/07/2000, el Intendente de Morón, Martín Sabattella, remite una nota al Presidente de Aguas Argentinas con copia al Presidente de ETOSS, denunciando que, "la falta de previsión de su empresa al omitir un estudio de impacto ambiental estando éste, contemplado o no, en el respectivo contrato de concesión produjo un perjuicio inconmensurable a nuestra comuna y a sus contribuyentes". A la fecha, la empresa y el Ente no brindaron respuesta efectiva al grave cargo realizado por la autoridad municipal.

15.- El 04/11/2000, el Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires, Juan Andrés Domínguez, en nota dirigida al Presidente de ETOSS, con copia a la autoridad de aplicación, advierte que "no escapará a su consideración la grave situación de vulnerabilidad sanitaria que es sometida gran parte de la población de conurbano bonaerense por falta de agua y cloacas, sumado al problema de las napas freáticas que en gran parte son consecuencia de una incorrecta expansión de los servicios por parte de la concesión (...) Que no corresponde soslayar y demostrar más una cuestión donde se manifestaron los

destinatarios de la concesión (fin principal de la misma), a través de los documentos por Uds. conocidos (postura de la provincia e intendentes en audiencia pública, acuerdo Aguas Argentinas S.A. - Gobierno de la Provincia de Buenos Aires e Intendentes, propuesta del Foro de Intendentes). Que corresponderá asignar responsabilidades por los daños causados al universo de la población del área de la concesión, compuesta por usuarios y no usuarios del servicio. Sr. Presidente no nos moviliza otro interés que el que se cumpla con los documentos y alcance de la regulación vigente, y por lo tanto pedionamos se actúe en ese contexto y con la máxima responsabilidad. Esperamos sea tratada la presente en forma urgente y se nos envíe por igual medio respuesta...” A la fecha, el Ente y la Autoridad de Aplicación no han suministrado información sobre el trámite brindado a lo urgentemente solicitado por la autoridad provincial.

16.- El 28/09/2001, el Director de Planificación y Regulación de Aguas Argentinas, Carlos H. Ben, nos informa que “no se han realizado Estudios de Impacto Ambiental para la ejecución del Río Subterráneo Saavedra - Morón, en los términos con que efectuamos los del Plan de Saneamiento Integral (PSI), a partir del acuerdo aprobado por el Dto. 1167/97.” A la fecha, la empresa y el Ente son reticentes a suministrar información fehaciente de los recaudos y previsiones dispuestas en su construcción y puesta en servicio. Asimismo, no ha sido suministrada información sobre caudales de fugas y escapes, tareas de mitigación y recomposición ambiental producidos por su puesta en funcionamiento.

17.- El 13/09/2002 se anuncia en los medios gráficos la instalación, por parte de la Concesionaria, de “1350 bombas para sacar el agua de las napas”,
Por último, en nota publicada por el diario Clarín, de esa fecha, el Ing. Abel Fatala, informó las razones de la demora en el acuerdo con la Concesionaria y entre ellas se destaca que el Gobierno de La Ciudad quiere incluir una cláusula “donde figure que la Ciudad no asume responsabilidad acerca del ascenso de las napas. Porque la responsabilidad es de la concesión que se le otorgó a Aguas Argentinas.”

18.- El 10/04/2002 el ETOSS remite a la Concesionaria la Nota N° 14.745 en el marco del expediente N° AS067/02, señalando que “se observa que la elevación de la napa freática en la zona de emplazamiento del mencionado Instituto, ha sido seguramente influenciada con el reciente cambio de régimen de explotación de los pozos QU088, QU114 y QU115, puestos en situación de reserva, por encontrarse produciendo un agua con contenido de nitratos por arriba de los 100 mg/lit. Vista la urgente necesidad de poner a la ET N°3 en condiciones operativas mientras se implementa la solución definitiva al problema, y vista la inconveniencia de bombear desde los mencionados pozos a la red, se le solicita la inmediata puesta en funcionamiento de los mismos, previo acuerdo con el Municipio de Quilmes sobre el destino a dar al agua extraída, que no podrá ser la alimentación de la red”.

19.- Agosto de 2002, el Juzgado Federal N°2 de La Plata a cargo del Dr. Adolfo Gabino Ziulu, da lugar a un amparo solicitado por una asociación vecinal, ordenando bajo apercibimiento de ley, “a la empresa Aguas Argentinas S.A., el ETOSS, a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de Quilmes, que adopten de manera inmediata las medidas que tengan por objeto restablecer el equilibrio hídrico de la zona que comprende el partido de Quilmes”. “En relación a los efectos y alcances de la medida adoptarse -se destaca en el fallo del Juzgado

Federal N°2 de La Plata-, en tanto beneficiará a la comunidad toda, también se ha dicho que 'Se caería en un desprestigio mayúsculo de la magistratura (inutiliter datur sententia), si el juez ante la evidencia de un daño a la salubridad de la población o de un sector de ella, limita su pronunciamiento a la supuesta e indisoluble tutela de los intereses individuales, sin amparar el interés supraindividual de la comunidad que aquellos integran, y sin lo cual aquellos intereses y el orden público quedarían lastimados' (Almada c/Copetro C.1° Civ. Y Com. La Plata Sala 3 22 - 12 -92 JA 1995 - IV - 173, 175, 178)".

A partir del trámite brindado a las actuaciones y de la investigación y análisis de la problemática subyacente, el objeto de la intervención del Defensor fue procurar, por un lado, la atenuación de las contingencias ambientales, neutralizando su propagación y evitando la potenciación de los riesgos sanitarios, y por el otro, lograr la puesta en marcha de un plan integral que permita revertir en el mediano plazo la situación planteada.

Sin embargo, la respuesta general e invariable que se dio a los múltiples requerimientos enviados a la empresa y al ETOSS, se resumía en que los hechos denunciados no les competían.

Esta negativa sistemática, fue complementada por la empresa y el Ente con propuestas de supuesta "colaboración" y de supuesto "estudio" del problema con las autoridades municipales, lo que llevó, más allá de la instalación de algunas bombas que no alteraron el cuadro de creciente gravedad, a diferir indefinidamente las soluciones. Fue así que, las circunstancias inicialmente denunciadas devinieron agravadas en la actualidad como un problema del conjunto de la zona servida.

Al respecto debe destacarse el inexplicable cambio de temperamento por parte de las autoridades del ETOSS manifestado en la Nota N° 14.745 a saber: "se observa que la elevación de la napa freática en la zona de emplazamiento del mencionado Instituto, ha sido seguramente influenciada con el reciente cambio de régimen de explotación de los pozos QU088, QU114 y QU115, puestos en situación de reserva".

Cabe señalar que en la mayoría de las zonas afectadas, las inundaciones y anegamientos con aguas de napas de los subsuelos de las edificaciones, representan ante la aparente pasividad de la empresa y de la autoridad tripartita, una realidad "instalada" con tendencia cierta a ganar terreno, altura y niveles de contaminación.

Merece señalarse que la Concesionaria nunca determinó en forma integral los impactos ambientales de su actividad, identificando, mapeando y monitoreando las áreas de riesgo de inundación o anegamiento por aguas emergentes del subsuelo, ni analizó, calculó o modelizó las previsibles respuestas del sistema hidrológico.

Cabe acotar que también confluyen en la contaminación del subsuelo en el Area de la Concesión otras fuentes ajenas a Aguas Argentinas S.A. . Estas fuentes independientes de la gestión de la Concesionaria y de neta responsabilidad de las autoridades ambientales jurisdiccionales, son las siguientes:

- la contaminación producida *por el inadecuado manejo de los residuos hospitalarios y por las deficiencias de los rellenos sanitarios.*
- la contaminación producida *por el derrame directo en el subsuelo de residuos industriales e hidrocarburos.*

IV.5.IV. LA SITUACION ACTUAL

Con la documental colectada en diversas actuaciones y en las investigaciones realizadas, puede señalarse que:

- La empresa reduce la extracción de los acuíferos y obliga al cese del bombeo domiciliario sin las correspondientes evaluaciones de impacto ambiental en zonas bajas e inundables.
- Junto al aumento del caudal de lluvias se ha verificado en la región una considerable expansión de caudales de importación de agua del Río de la Plata sin tendido de cloacas, realizada sin la realización en tiempo y forma de los estudios de impacto ambiental, ni la adopción de los recaudos del caso.
- La excedencia hídrica de la región, producida por los caudales importados no colectados, el desborde de los pozos sépticos y el incremento de las pérdidas de las redes de agua y de cloacas.
- La falta de mantenimiento, mejora y renovación de la red cloacal, dada la escasa eficiencia lograda en la recolección y transporte, produce un aumento considerable del caudal de fugas de la red.
- La falta de recolección del excedente importado satura los pozos sépticos hasta su desborde sobre la napa.
- El excedente importado que recarga la napa, altera y contamina la composición del suelo y de las aguas subterráneas.
- La recargas en el subsuelo de la región presionan en forma ascendente, elevando la superficie freática.
- La elevación de la superficie freática, inunda y contamina los subsuelos y sótanos de las edificaciones.
- Al respecto, cabe señalar que la carencia de una implementación oportuna de mejoras del servicio contribuyen a acentuar e incrementar la recarga y la contaminación de la napa.

La existencia de instalaciones de redes de agua potable y cloacales con creciente e incontrolado desbalance hídrico, con volúmenes de aguas no recolectadas y de aguas excretadas sin tratamiento depurador, resultan cruciales tanto por su contribución al problema del ascenso y contaminación de la superficie freática con grave perjuicio para los usuarios y la infraestructura edilicia.

Es cierto que en el plexo regulatorio no existe nada explícito respecto del control de las napas, sin embargo la empresa mal podría amparar su gestión en este argumento, porque tratándose de un servicio esencial para la salud, la calidad de vida de la población y la mejora ambiental, la empresa no puede actuar contra esos objetivos fundamentales de la privatización, para cuya satisfacción le fue otorgada la Concesión.

Por otro lado, el Decreto 999/92, que establece el Marco Regulatorio de la Concesión, asigna al ETOSS la finalidad de proteger los intereses de la comunidad y lo responsabiliza del control, fiscalización y verificación del cumplimiento de las normas vigentes y del contrato de la concesión.

Debe destacarse que el ETOSS ha negado en forma sistemática la existencia de un vínculo hidráulico entre los recursos hídricos subterráneos y los superficiales, y se ha negado a considerar los riesgos del servicio y a controlar y regular las normas preventivas, que aseguren procedimientos eficaces y diligentes para la mitigación de los daños emergentes y la debida recomposición ambiental bajo responsabilidad de la Concesionaria. Es así como el daño estructural, la merma de la calidad de vida y el aumento del riesgo sanitario producido por el ascenso y contaminación de las napas freáticas habría extendido su avance.

En resumen de lo expuesto, debemos concluir que la concesionaria habría tomado escasos o ineficaces recaudos respecto de las áreas de riesgo de inundación o anegamiento por aguas emergentes del subsuelo, y no habría analizado, calculado o modelizado las previsibles respuestas del sistema hidrológico a la creciente importación de agua al ciclo local que realiza. Al respecto, es importante señalar que la base de gestión de Aguas Argentinas adolece de previsiones presupuestarias en materia de recomposición ambiental por el daño producido por su acción u omisión.

Es así que, luego de numerosas denuncias, sobre inundaciones de sótanos, garajes, subsuelos, pisos, zócalos y paredes de las edificaciones, se verificó en forma fehaciente el compromiso de la seguridad edilicia de vastas zonas del Área de la Concesión. Estos anegamientos con agua de napa, no sólo habrían afectado el patrimonio de los usuarios, sino que también habrían trastocado la calidad de vida, elevando el riesgo de propagación de enfermedades y constituyendo el mayor riesgo sanitario de la Concesión.

Luego de 3 años de generalizarse el deterioro ambiental por el ascenso y contaminación de la superficie freática, y luego de producirse el reclamo de los usuarios y de las autoridades de los municipios afectados, el ETOSS resuelve tomar cartas en el asunto. Es así que en la presentación del Acta Acuerdo del 09/01/2001, su presidente, para paliar las inundaciones y anegamientos con aguas de napa, anuncia la expansión de los servicios de cloacas por sobre los de agua potable.

“La contribución que puede hacer la Concesión a esta problemática de emergencia sanitaria, en el Marco de su objeto contractual, es priorizar la expansión cloacal en las zonas críticas”, manifestaron en esa oportunidad los voceros de Aguas Argentinas.

Las obras de expansión de las redes de desagote cloacal que el ETOSS y la Concesionaria acordaron “adelantar”, surge de la reversión de la base de gestión de la empresa que hasta ese momento se caracterizó por haber “retrasado” estas obras a lo largo de los primeros 7 años de la Concesión, incumpliendo con lo establecido en el Contrato y el Marco Regulatorio.

Nada dijo hasta ahora el Ente sobre dos cuestiones esenciales del régimen tarifario en zona servida vulnerable al ascenso de napas:

- 1.- La intimación a conectarse a los frentistas y la facturación posterior, sin los debidos recaudos de los estudios de impacto ambiental, deben desestimarse y ser declarados nulos.
- 2.- La depreciación de los inmuebles de los cientos de miles de usuarios damnificados por el ascenso de las napas en la zona servida en la que fueran desafectados pozos de extracción de la ex OSN y/o se hubiera suministrado agua sin la correspondiente recolección cloacal, sin los debidos recaudos de los estudios de impacto ambiental, arroja consecuencias sobre el régimen tarifario. Va de suyo que, si las mejoras edilicias incrementan la facturación de Aguas Argentinas S.A., las desmejoras por causas imputables al servicio de la Concesionaria, más allá de los resarcimientos a reclamar por daños y perjuicios, debe traducirse en un descuento en la facturación.

En los últimos 2 años, la situación se ha vuelto agravar, porque respecto de lo acordado en el Acta 2001 con ETOSS por la Emergencia, Aguas Argentinas manifiesta que “todas estas obras de ampliación se encuentran retrasadas debido a la delicada situación económica de público conocimiento que impide desarrollar normalmente las inversiones previstas”.

Se pone de resalto que las referidas obras se realizarían estableciendo un incremento tarifario, debiendo constituirse con los fondos recaudados un fideicomiso. La expansión de la recolección cloacal está “retrasada”, en tanto que el incremento tarifario continúa siendo percibido.

Posteriormente, la empresa en forma imprevista “acuerda” con los gobiernos nacional y bonaerense, instalar “1.350 bombas para sacar el agua de las napas altas” (ver nota diario Clarín del 13/09/2002)._

Por último, es necesario entonces determinar el grado de cumplimiento por parte del Ente Tripartito, el Régimen de Control y las atribuciones conferidas, para hacer efectiva en la operación, mejora y expansión de los servicios de la Concesionaria, la protección del medio ambiente y la salud de la población, cumpliendo y haciendo cumplir lo establecido expresamente en la Constitución Nacional (artículos 41 y 42), en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (artículo 28), en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (artículos 26 y 30), en la Ley N° 11.723 de la Provincia de Buenos Aires y en la Ley N° 123 de la Ciudad de Buenos Aires, así como en lo establecido en el Contrato de la Concesión y el Marco Regulatorio.

V.-LA FALTA DE TRANSPARENCIA DE LOS ACTOS DE GOBIERNO

V.1-RESOLUCION N° SDS y RN N° 601/99

La Resolución N° 601/99 modificó sustancialmente el contrato de concesión del servicio en distintos aspectos: régimen de mora, incrementos tarifarios, modificación de los metros cúbicos libres, transferencia del riesgo empresario al usuario, etc.

Más allá de las apreciaciones que puedan efectuarse sobre los perjuicios que en definitiva sufrieron los usuarios, existe una irregularidad, como lo es la falta de publicidad de los Anexos de la norma.

La norma fue publicada en el Boletín Oficial en fecha 5 de agosto de 1999 y se indica en la misma que los Anexos no se publican, pero se podrían consultar en la sede del Boletín Oficial. Cabe señalar que desde esta Institución fueron requeridos los Anexos al Registro Oficial sin obtenerse respuesta positiva.

Recién en fecha 27 de diciembre de 2002, fueron entregados los Anexos, dado que los mismos se encontraban en la ex Secretaría de Desarrollo Sustentable.

Ahora bien, cabe entonces la siguiente pregunta: ¿resulta legítima la norma cuyos anexos no fueron remitidos por la ex Subsecretaría al Registro de Publicaciones?. Más aun, ¿cuál sería la validez que tendrían las posteriores normas cuyo fundamento fue la Resolución N° 601/99?.

Por último, con publicaciones insuficientes se viola el principio de publicidad de buena fe.

V.2.-RESOLUCION SDS y RN N° 602

Las sucesivas renegociaciones del contrato de concesión, no sólo modificaron la forma de cálculo de la tarifa promedio del servicio (modificando el valor del "K"), sino que afectaron en forma sustancial la estructura tarifaria.

El pliego de licitación preveía que el oferente que propusiese menor coeficiente "K" obtendría la concesión. Este coeficiente, determinaba el monto de la mayoría de los cargos contemplados en el Régimen Tarifario, y el correspondiente a la prestación del servicio.

A través del Decreto N° 1167/97, y fundamentado en razones de modificación del marco macroeconómico, se alteró la esencia del cálculo de los ajustes de la tarifa.

Los cambios más importantes quedaron plasmados en la Addenda A de la Resolución SRN y DS N° 602/99.

Como modificación relevante, con impacto en la tarifa, puede destacarse el cambio en las revisiones ordinarias quinquenales de las mismas. Se utilizan mecanismos de ajuste originados en la inclusión de la Adecuada Tasa de Descuento, y en el reconocimiento del impacto en la deuda con motivo de un cambio en la paridad cambiaria, circunstancias que modifican el concepto de equilibrio de largo plazo previsto en el Marco Regulatorio. Sumado a ello, se incluye además, el costo de la deuda con terceros. De esta manera, los usuarios asumieron, a través del costo de la tarifa, el riesgo empresario, puesto que el capital que utiliza el concesionario para financiar su actividad, es una decisión propia.

En el contrato original, las variaciones de las tarifas tenían como propósito mantener el flujo de ingresos para la concesión, que permitiera, en el largo plazo, recuperar los costos económicos de la concesión, más un margen determinado de beneficio.

Debido a los parámetros considerados para estimar la ATD, su utilización, en las actuales circunstancias, parecería inaplicable. Por otra parte, faltaría definir la empresa modelo que permitiera estimar la eficiencia de la concesionaria que, hasta el momento, no se ha efectivizado.

Como se ha explicitado, la Resolución SRN y DS N° 602/99 modificó sustancialmente el esquema tarifario.

Ahora bien, existe un hecho grave que merece ponerse de resalto. La Resolución referida no fue publicada en el Boletín Oficial. Ello en atención a que en su artículo 4 se ordena la notificación solamente a Aguas Argentinas S.A. y al ETOSS. Parecería que exprofesamente, se evitó dar publicidad a la norma.

Sin perjuicio de ello, las consecuencias de la no publicidad no pueden ser soslayadas, a saber: los actos de alcance general adquieren eficacia a partir de su publicación oficial y desde el día en que el reglamento lo determine y en el supuesto que no lo designe, a los ocho días de su publicación. Por lo tanto, el acto de alcance general carece de eficacia si no ha sido publicado oficialmente por la Administración.

De acuerdo a lo expuesto, no es oponible al particular la norma que no haya sido publicada oficialmente y por lo tanto no puede ocasionársele la pérdida, modificación o la sustitución de un derecho.

VI.- LOS CARGOS TARIFARIOS PARA EL FINANCIAMIENTO DE LAS INVERSIONES

Siempre, el régimen tarifario del servicio incluyó conceptos relacionados con el financiamiento, por parte de los usuarios, de la ampliación de la red de agua y cloaca. En primer lugar existió el Cargo por Infraestructura (CI), que pagaban quienes eran beneficiarios de las obras de expansión. Posteriormente, dicho cargo fue sustituido por el cargo SUMA (cuestionado judicialmente por esta Institución), que se aplica con carácter uniforme, y cargo por incorporación al servicio (CIS), que afecta únicamente a las unidades funcionales alcanzadas por el PMES.

El cargo SU tiene como fin cubrir el financiamiento del costo de la red domiciliaria y el suministro de nuevas conexiones de agua y cloacas, y cubrir la diferencia de financiamiento necesario para ejecutar "bienes de uso afectados al servicio del PMES que deriven del PSI, en función de una metodología comparativa entre este último y el originalmente contenido en el contrato de concesión.

Es decir que existen conceptos que pagan los usuarios que no resultan por la retribución del servicio prestado, sino que constituirían contribuciones para la ampliación de redes.

Al no distinguirse los ingresos comunes por prestación del servicio se perdería todo control sobre las sumas pagadas para la financiación de inversiones.

VII.- FUNCION ECONOMICA DE LOS USUARIOS

Debe tenerse presente que la realidad laboral impacta negativamente sobre la ecuación económica del usuario, la que se encuentra totalmente deteriorada.

Resulta entonces de público conocimiento que ha existido a partir del año 1998 una progresiva caída del salario en toda su estructura, situación que se profundiza a partir de enero de 2002, en el marco de la pesificación de los salarios en valores nominales y una fuerte incidencia del proceso inflacionario sobre los valores reales, lo que produjo una fuerte disminución del orden del 60% de la capacidad de pago de los usuarios.

Como resultado de la crisis, además del elevado índice de desocupación en el conurbano del 21%, es importante analizar el nivel de precarización de aquel sector de la población que se encuentra en situación de empleo.

A tales efectos se elaboró un cuadro sobre la precarización del nivel del empleo:

PRECARIZACION DEL NIVEL DE EMPLEO: OCTUBRE DE 2002 (Cifras en miles)

Agglomerados Urbanos	Total de Ocupados	Asalariados	Sub Ocupados	Ocupados Precarios		
				Ingresos igual o menor a \$200	Otros (*)	Total Precarios
Ciudad de Buenos Aires	1246,1	243,7	231,6	131,0	639,8	770,8
Conurbano Bonaerense	2923,8	898,1	798,8	767,5	459,4	1226,9
Córdoba	422,4	107,9	98,7	130,5	85,3	215,8
Mendoza	335,0	83,8	80,0	123,4	47,8	171,2
Rosario (Santa Fe)	410,9	90,3	92,0	102,1	126,5	228,6
Tucumán	234,9	81,0	59,5	82,7	11,7	94,4

Fuente: INDEC

(*) Subocupados No Calificados, Servicio Doméstico, Planes de Empleo, Cartoneros, Club del Trueque, etc.

PRECARIZACION DEL NIVEL DE EMPLEO: OCTUBRE DE 2002 (Cifras en %)

Agglomerados Urbanos	Total de Ocupados	Asalariados	Sub Ocupados	Ocupados Precarios		
				Ingresos igual o menor a \$200	Otros (*)	Total Precarios
Ciudad de Buenos Aires	100,0	19,6	18,6	10,5	51,3	61,8
Conurbano Bonaerense	100,0	30,7	27,3	26,2	15,8	42,0
Córdoba	100,0	25,6	23,4	30,9	20,1	51,0
Mendoza	100,0	25,0	23,9	36,8	14,3	51,1
Rosario (Santa Fe)	100,0	22,0	22,4	24,9	30,7	55,6
Tucumán	100,0	34,5	25,3	35,2	5,0	40,2

Fuente: INDEC

(*) Subocupados No Calificados, Servicio Doméstico, Planes de Empleo, Cartoneros, Club del Trueque, etc.

Del análisis del cuadro referido se pueden distinguir los siguientes datos reveladores:

- 1) La precarización del nivel de empleo para octubre de 2002 indica que en el sector ocupados de la ciudad de Buenos Aires, el sector precarizado representa el 61,8%. En el Conurbano Bonaerense el 42%, de los cuales el 26,2% corresponden a empleados con ingresos iguales o menores a \$ 200. La estructura principal de **ocupados precarios** está constituida por subocupados no calificados, los empleados que tienen ingresos igual o menores a \$200.-
- 2) Los subocupados, en líneas generales, tienen los mismos valores porcentuales que el sector de asalariados.
- 3) Sobre el nivel nominal de personal ocupado, las cifras son elocuentes. De 2.980.000 en el Conurbano Bonaerense solamente reúnen las condiciones de asalariado 890.000.

Resumiendo: la caída del salario real en un 60%, el nivel de pobreza en el que se encuentra el 53% de la población, la precarización del nivel de empleo y el alto nivel de desocupación del 21% (en el conurbano bonaerense) y respecto a los jefes de hogar desocupados la cifra alcanza al 39,1%, son las variables sustantivas para señalar que la ecuación económica del usuario se encuentra totalmente deteriorada.

En este escenario, pensar en un incremento tarifario de un servicio público tan esencial como lo es el de aguas, es totalmente regresivo en materia de distribución del ingreso.

VIII.- ACCESIBILIDAD AL SERVICIO

Nos encontramos frente a un servicio público de carácter esencial, que hace a los derechos fundamentales de la persona, por lo tanto la accesibilidad debe ser plena. Es decir, que su tarifa debe ser abordable, por ende los intereses que se aplican por demoras en el pago, también deben serlo.

Mediante la Resolución ETOSS N° 112/2002 se autorizó para los planes de pago de las deudas en mora que, la tasa de interés no podrá superar la tasa de descuento comercial a 30 días del Banco de la Nación Argentina, incrementada en un 50%.

Lo destacable de esta norma es que el ETOSS toma como referencia una tasa de interés que en el marco financiero actual del Banco Nación, representa tan sólo el 1,4% de sus operaciones de crédito; es decir, estamos frente a una tasa que no es representativa de la realidad financiera del mercado.

Si el Ente se hubiese preocupado en buscar cuál es la tasa más representativa de la relación financiera Aguas Argentinas S.A. - usuario, creemos que hubiese encontrado que el Banco Central de la República Argentina ha fijado como tasa de referencia para operaciones de préstamos personales (que es el caso que nos ocupa) del 38%. Tal situación debería haberla puesto en conocimiento de la Autoridad de Aplicación.

Por todo lo expuesto, se puede verificar que el Ente de Regulador, a la hora de aprobar valores no tiene en cuenta ni la realidad del mercado ni el interés del usuario.

Sin perjuicio de ello, y en relación al Régimen de Mora, (recargo e intereses), cabe destacarse que el mismo fue reformado a través de la Resolución N° 601/99. Como se ha señalado, los Anexos de la resolución no se encontraban en el Registro Oficial, por lo tanto, se plantean serias dudas sobre su legitimidad y su oponibilidad.

Otro párrafo aparte merecen los cargos autorizados de desconexión, reconexión y cortes profundo del servicio, que dados sus excesivos valores, constituyen un obstáculo más para el usuario, con serias dificultades de abonar en tiempo y forma el servicio.

IX.- EL RIESGO EMPRESARIO EN EL CONTRATO DE CONCESION - LA ESTABILIDAD DE LA FUNCIÓN ECONÓMICA FINANCIERA

El riesgo empresario, en general, es eliminado en los contratos de concesión del Estado, a partir de las garantías otorgadas al concesionario en cuanto a la estabilidad de la ecuación económica financiera del contrato.

En el derecho administrativo la modificación del contrato por causas ajenas a las partes contratantes difiere del derecho civil, en cuanto al riesgo que corre o asume el contratista en cada caso. Dicho riesgo se cubre con mayor amplitud dadas las cargas, deberes y obligaciones que pesan sobre el contratista, además de las razones que hacen a la conveniencia de colocar a todos los oferentes en un pie de igualdad para obtener las mejores propuestas sin agregarle al precio un riesgo que, en el derecho privado, sería considerado anormal.

La doctrina ha señalado que, el principio en materia de contratos administrativos, está representado por la inmutabilidad de estos contratos con el mantenimiento inflexible del fin de su objeto, y de los derechos y obligaciones esenciales en lo que respecta a su ejecución. Como contrapartida de ello, se faculta, a la administración, para adecuar los términos y modalidad de ejecución de un contrato administrativo a las necesidades públicas. Ello, con el fin de garantizar el beneficio al interés comunitario que es, en definitiva, lo que justifica la celebración de un contrato administrativo.

Esta facultad no puede alterar el equilibrio de la ecuación económica financiera de la concesión. Se ha dicho que debe garantizarse al concesionario el equilibrio de la ecuación, toda vez que la “potestas variandi” puede ser ejercida por la Administración con la única condición que no altere el fin del contrato ni sus obligaciones esenciales, y que, en su caso, se efectúe la pertinente compensación económica que permita mantener el equilibrio financiero.

Entonces, debe verificarse qué es lo que el Estado quiso al momento de contratar y qué el concesionario. Es necesario determinar el carácter decisivo y permanente que imperiosamente debe tener el quebranto para habilitar el procedimiento de renegociación. Es necesario determinar que el desequilibrio excedió el normal riesgo empresario.

Así las cosas, debe verificarse que se provoca un desequilibrio económico considerable ocasionado por la ruptura de los mecanismos de sostenimiento de la dinámica de equilibrio que debe permanecer a lo largo del contrato de concesión, y exceder necesariamente cualquier previsión razonable que pueda ser incluida en el riesgo empresario.

El hecho habilitante del proceso de renegociación, que es la pérdida de sentido de los mecanismos de mantenimiento del equilibrio contractual, debe llevar a un nuevo mecanismo que permita preservar el mencionado equilibrio dinámico, y ese objetivo impone necesariamente el acabado conocimiento de la totalidad del negocio considerado en su integralidad.

El contrato en trato, ha sido modificado en reiteradas oportunidades desde su celebración, recurriendo al mecanismo del ajuste tarifario, o bien reprogramación de inversiones, para recomponer el equilibrio a favor del concesionario.

X.-CONCLUSIONES

El servicio de agua potable y cloacas, hace a la integridad de una persona, a la salubridad y a su desarrollo, en un ambiente sano.

Dada la naturaleza de los servicios en trato, la prestación de los mismos requiere continuidad, permanencia, precios razonables, niveles de calidad, y condiciones de igualdad.

El acceso al servicio de agua potable y cloacas está reconocido como un derecho humano fundamental.

Es importante destacar que el Honorable Congreso de la Nación declaró a través de la Ley N° 25.561 la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria.

Esta ley ha producido un evidente cambio de reglas a nivel jurídico, económico y social.

La citada norma autoriza al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos celebrados por la Administración Pública, bajo normas de derecho público.

Para otorgar credibilidad y viabilidad a las referidas modificaciones contractuales, las mismas deben concretarse garantizando los derechos de los usuarios y consumidores consagrados en el artículo 42 de la CONSTITUCION NACIONAL.

Así las cosas, en su momento fue la Ley de Reforma del Estado la que generó reformas estructurales, en tanto que hoy es la Ley de Emergencia la que modifica las reglas sociales, políticas y económicas del país.

En el actual escenario, no debe ni puede permitirse la reiteración de graves e irreparables errores, cometidos desde el inicio del proceso de las privatizaciones, tales como renegociar continuamente contratos sin el debido debate en Audiencia Pública, lo que generó severos cuestionamientos por parte de distintos ciudadanos, como así también del Defensor del Pueblo de la Nación.

Nos encontramos frente a un documento de consulta para “discutir”, si puede utilizarse ese término en el marco de un documento de consulta, la propuesta de Aguas Argentinas.

La empresa solicita:

- Incrementos tarifarios.
- Reducción de los montos destinados a inversiones, en aproximadamente un 75%, lo cual implica una reducción de \$ 717 millones.
- Suspensión del pago de multas.
- Suspensión del cumplimiento de las Resoluciones ETOSS N° 18/01 relativa a la indebida facturación a los usuarios comerciales e industriales y N° 29/99 sobre la refacturación a los usuarios que no cuentan con la presión de agua que indica el contrato.

Resulta esencial para la renegociación del contrato evaluar el grado de cumplimiento del mismo. En el capítulo 5 del presente informe, se han analizado algunos de los incumplimientos al contrato de concesión, que perjudicaron y continúan perjudicando a un numeroso grupo de usuarios.

Corresponde entonces preguntarse, cuánto dinero representó a la concesionaria el no cumplimiento del contrato.

En otro orden, se destacó que existió una falta de transparencia en cuanto a la publicidad de los actos de gobierno, con resoluciones que afectaron directamente los derechos de los usuarios del servicio.

Ante este escenario de graves incumplimientos y falta de transparencia de los actos de gobierno que incidieron decididamente en la actual estructura tarifaria, no se puede discutir un incremento tarifario, como pretende la concesionaria y el Ministerio de Economía.

El Estado Nacional, debe definir seriamente si Aguas Argentinas está en condiciones de continuar prestando el servicio, en atención a los graves incumplimientos al contrato o bien, debe pensar en otras alternativas.

Es necesario reiterar la necesidad de la convocatoria a una Audiencia Pública, porque si hay un servicio público que necesita de un presente transparente es el de agua y cloacas, porque su pasado está marcado por los incumplimientos y la oscuridad a hora de modificar el contrato.