



Ente Regulador de Agua y Saneamiento



Expte.: 2748-16

BUENOS AIRES, 16 MAY 2018

VISTO lo actuado, y

CONSIDERANDO:

Que atento la presentación por apoderado de AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A. realizada a través de la Nota N° 312454 de fecha 28 de noviembre de 2017 interponiendo recurso de reconsideración y, en subsidio, jerárquico contra el acto administrativo que generó la Nota N° 13906 del registro de este ENTE REGULADOR DE AGUA Y SANEAMIENTO (ERAS) de fecha 10 de noviembre de 2017, cursada en el marco del Expediente ERAS N° 2748/16 y que fuera notificada a la concesionaria el 13 de noviembre de 2017; se han verificado como válidos los plazos que hacen a los tiempos necesarios para interponer los recursos conforme lo dispuesto por el artículo 84 y s.s. del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Ley de Procedimientos Administrativos (Decreto N° 1759/72 -T.O. 2017-), teniéndoselos por presentados en tiempo y forma, con la salvedad que a seguido se indica.

Que es del caso considerar que, conforme el principio de informalidad que rige en la materia administrativa y siendo que el recurso en subsidio interpuesto corresponde en rigor al llamado recurso de alzada, ello de acuerdo al artículo 94 y s.s. del citado Reglamento de Procedimientos Administrativos (Decreto N° 1759/72 -T.O. 2017), corresponde tener al mismo presentado en subsidio.

Que se tiene presente a los fines de las consideraciones que aquí se efectúan la posterior presentación a la pieza recursiva, con intervención de letrado, efectuada por el señor César Raúl MARCHESI (DNI N° 11.408.101), en donde se solicita que se rechace dicho recurso.

Que corresponde historiar que el señor César Raúl MARCHESI, titular registral del derecho de propiedad de DOS (2) inmuebles sitios en la calle Morelos N° 240/250 de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ha oportunamente objetado la



Ente Regulador de Agua y Saneamiento



Expte.: 2748-16

///2

facturación tanto por parte de la ex concesionaria AGUAS ARGENTINAS SOCIEDAD ANÓNIMA, como así también la efectuada por parte de la actual prestadora AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A. sobre los mismos, aduciendo que por la situación catastral no se corresponden a la categoría de "frentistas" por lo que *"no pueden instalarse las redes de agua y cloaca..."*.

Que el basamento del presentante para rechazar la facturación y solicitar la suspensión y la anulación de las anteriores facturaciones ha estado fundado en que al no ser los citados inmuebles frentistas a la vía pública y dado que solo tienen para su ingreso una servidumbre de paso en fundo ajeno, no debe aplicarse la normativa que impone la obligatoriedad de la cobranza de los servicios de agua y cloaca tal como deviene del hecho de que la red no llega hasta el frente (línea municipal) de sus fincas.

Que refiere que cuando la concesión del servicio estaba a cargo de AGUAS ARGENTINAS S.A., y luego ya con la concesión actual a cargo de AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A. (en adelante AySA), se suscitó la misma situación y que en ambos casos, ante sus reclamaciones, ambas concesionarias anularon la facturación por entender válido su criterio.

Que en ese sentido, para octubre de 1999 la entonces concesionaria AGUAS ARGENTINAS S.A. señalaba que la alternativa era instalar la conexión de agua y cloaca en coincidencia con la servidumbre de paso ya existente, o bien suspender la facturación, habiéndose optado en la instancia por esta última alternativa.

Que la actual concesionaria AySA para el año 2015 también consideró que correspondía anular la facturación ya que los inmuebles no poseían disponibilidad para recibir los servicios de agua potable y cloacas por la red frentista.

Que obra en lo antecedentes de los actuados un informe de AySA dónde consta que *"...no está la empresa capacitada para instalar en el predio conexiones de agua y cloaca..."*, situación que antecedió a la suspensión, por la misma, de los conceptos facturados.



Ente Regulador de Agua y Saneamiento



Expte.: 2748-16

III3

Que en ese sentido AySA indicó que "...en relación a los períodos no facturados por esta Concesionaria, dichos inmuebles no poseían disponibilidad de los servicios de agua y cloaca, por tal motivo las cuentas mencionadas no emitían facturación alguna...".

Que posteriormente AySA hace saber al titular de los fundos que en el mes de diciembre de 2015 fueron realizadas las pertinentes conexiones y que en razón de ello se dio de alta, nuevamente, la facturación de ambas cuentas.

Que en su presentación AySA confirma los conceptos facturados por entender que quedaron instaladas para las respectivas fincas las conexiones de agua y cloaca, y que por existir una servidumbre de paso a favor de dichos fundos, servida por el inmueble ubicado en Morelos N° 264, queda equiparada su situación a la de un frentista, con la consiguiente obligación de conexión a la red de agua y cloaca.

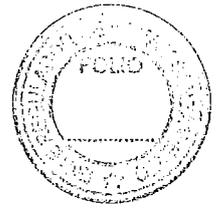
Que en rigor lo que la concesionaria actual efectuó fue tender la cañería hasta la línea municipal del inmueble sirviente de la servidumbre de paso y, de esa manera, dejar las condiciones preparadas para efectuar las conexiones necesarias para así llegar a las unidades de los fundos dominantes de la señalada servidumbre.

Que dado que la facturación se había anulado por esos mismos argumentos, no se observan elementos para entender la posterior actitud de AySA distinta de la ya tomada, conforme la "doctrina de los actos propios", expresada en el "brocardo" «*venire contra factum proprium non valet*».

Que dicha doctrina, con recepción en el derecho anglosajón bajo la figura del "stoppel", pone un freno (*stop*) a las pretensiones de quien reclama algo en abierta contraposición con lo que anteriormente había aceptado, habiéndose convertido en una máxima según la cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, ya que el ordenamiento jurídico intenta que nadie se favorezca en un proceso judicial/procedimiento administrativo o relación contractual contradiciendo su conducta anterior.



Ente Regulador de Agua y Saneamiento



Expte.: 2748-16

///4

Que la citada doctrina resulta un corolario del principio de buena fe, principio rector de nuestro ordenamiento.

Que, al respecto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CSJN) ha dicho: *"Una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean éstos los particulares o el propio Estado[...] El actuar contradictorio que trasunta deslealtad resulta descalificado por el derecho, lo que ha quedado plasmado en brocardos como el que expresa «venire contra factum proprium non valet» que sintetizan aspectos de densa dimensión ética del principio de buena fe"* (CSJN, Cía. Azucarera Tucumana, JA, 1989-IV, 429).

Que otro fallo la misma Corte complementa indicando *"...resulta necesario exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que se ha suscitado en el otro..."* (CSJN, Fallos, 315: 158 - En similar sentido ver Fallo CSJN 294: 220).

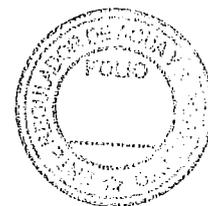
Que en nuestro derecho positivo esta doctrina ha quedado receptada en el artículo 1067 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), el cual reza: *"Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto"*.

Que su fundamento viene dado en la citada buena fe que se presupone y se les exige a las partes de una relación jurídica, las cuales ven reforzada la "seguridad jurídica" de su relación cuando el ordenamiento toma como antecedente válido y vinculante el actuar de cada una de ellas, de forma de poder predecir las consecuencias de su negocio, sin perjuicio del "alea" propia de cualquier vinculación jurídica.

Que por lo aquí expuesto se evidencia, de parte de la concesionaria, una conducta contraria a sus propias conductas anteriores -no avaladas por nuestro derecho positivo- que otorgan elementos por los cuales le asiste, parcialmente,



Ente Regulador de Agua y Saneamiento



Expte.: 2748-16

///5

razón al presentante en cuanto al reclamo, en particular en cuanto a que "...Aguas Argentinas y luego AySA en su oportunidad habían entendido el problema y dieron lugar a la no facturación, manifestando en ambas ocasiones que no pueden brindar el servicio...".

Que ante la presentación del señor César Raúl MARCHESI, y considerando lo arriba expuesto, este ENTE REGULADOR DE AGUA Y SANEAMIENTO (ERAS) entendió que la no llegada del tendido de cañerías hasta la línea municipal de los fundos que nos ocupan no posibilitaba en la instancia facturar los servicios, y en ese sentido se emitió la nota que ahora es la que origina el recurso que se analiza.

Que no resulta correcto emitir facturación hasta que la conexión sea posible mediante una servidumbre apta para tal fin, y esto último es lo que la concesionaria AySA debió indicar para su realización al propietario para su constitución, máxime cuando tenía conocimiento de la problemática existente.

Que el titular de los fundos se encuentra obligado por ley a conectarse (conf. Anexo 2, Ley N° 26.221, art 10), y de ahí deviene que debe ejercitar todos los pasos necesarios, aun los procedimentales, para llegar a ese fin, no pudiendo ampararse en el hecho de que la servidumbre es solo la de paso, ya que nada obsta a la tramitación de aquella que le permita la conexión.

Que al respecto es dable tener en consideración que toda suspensión tiene por su propia naturaleza el diferir por un tiempo -que debe ser prudente y que permita la realización del fin que la normativa establece- una acción, para que transcurrido dicho lapso se efectúe la misma, que en este caso hace a la conexión a la red de agua y desagüe cloacal, la cual es el fin deseado para que las razones de higiene y salubridad, que ello implica, sean verificables.

Que en ese sentido no se observa que el propietario de los fundos haya realizado ninguna gestión tendiente en dicho sentido.

Que resulta inadmisibles que no se realicen las acciones para constituir este servicio imprescindible para la vida, no siendo atendible la invocación de que



Ente Regulador de Agua y Saneamiento



Expte.: 2748-16

///6

porque no se lo utiliza, no corresponde su pago, siendo de destacar que normalmente la sola posibilidad de contar con los servicios de agua potable y cloaca generan su utilización.

Que la falta de agua potable como así también la ausencia del sistema de saneamiento atentan contra la salud pública, y ni el propietario de los fundos ni el consorcio sirviente pueden negarse a la implementación de las acciones conducentes para obtener el vital elemento.

Que la inspección conjunta realizada por este Ente Regulador y por la concesionaria AySA con fecha 6 de diciembre de 2016 establecieron que no se visualiza servicio de agua y cloaca, siendo que el terreno presenta un fondo de aproximadamente 15 metros y 10 metros y que en el depósito se encuentran materiales eléctricos.

Que el Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 2166, prevé expresamente la servidumbre de tránsito como servidumbre forzosa (coloquialmente referida como "de paso", la que no encuentra recepción bajo esa denominación en la legislación local, razón por la cual se entiende que se refiere a la servidumbre de tránsito cuando se la nombra) para aquellos inmuebles sin comunicación suficiente con la vía pública, lo que significa que se puede imponer su constitución aún cuando el fundo sirviente se niegue a hacerlo.

Que sigue el citado artículo 2166 enumerando las servidumbres forzosas e indica que es también "*...la de acueducto cuando resulta necesaria para la explotación económica establecida en el inmueble dominante, o para la población, y la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulta perjuicio grave para el fundo sirviente o, de existir, es canalizada subterráneamente o en cañerías...*".

Que si bien este tipo de servidumbres forzosas permiten su establecimiento coactivo, estas no surgirán mientras el titular del inmueble que la pretenda no acredite las condiciones previstas y la misma se instrumente por escritura pública u orden judicial. (Conf. Código Civil y Comercial Comentado -



Ente Regulador de Agua y Saneamiento



Expte.: 2748-16

1117

Tratado Exegético, Tomo X, Alterini, Jorge H y otros, julio 2015, Ed. La Ley S.A.E e l. p. 349).

Que por lo tanto, no es suficiente la constitución de una servidumbre de tránsito, como la que se encuentra constituida a favor de los inmuebles del señor MARCHESI, como para que éste pueda realizar la conexión de los servicios domiciliarios internos de agua y desagüe cloacales a las tomas de conexión instaladas por AySA en la puerta de acceso sita en Morelos N° 264 de la Ciudad de Buenos Aires.

Que por otro lado, el Marco Regulatorio aprobado como Anexo 2 por la Ley N° 26.221 establece en su artículo 8º, sobre los alcances de la prestación del servicio, que: *"La prestación o puesta a disposición de los servicios se realizará a todo inmueble habitado comprendido dentro del Área Servida, de conformidad con lo previsto en este Marco Regulatorio..."*.

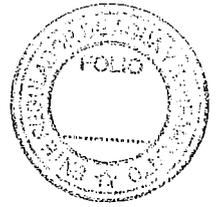
Que a su vez, el artículo 10º del mismo instrumento prescribe, en orden a la *"Obligatoriedad de Prestación del Servicio"*, que: *"La Concesionaria debe extender, mantener y renovar las redes externas, conectarlas y prestar los servicios de agua potable y desagües cloacales para uso común en las condiciones establecidas en este Marco Regulatorio, el Contrato de Concesión y planes aprobados, a todo inmueble sea residencial o no, comprendido dentro de las Áreas Servidas o de Expansión"*.

Que sigue dicho artículo estableciendo que: *"Los propietarios, consorcios de propietarios, según la Ley N° 13.512, poseedores y tenedores de inmuebles que se encuentren en las condiciones del Artículo 8º estarán obligados a instalar a su cargo los servicios domiciliarios internos de agua y desagües cloacales de acuerdo a las normas técnicas de la Ley N° 13.577 o las que dicte la Autoridad de Aplicación y a mantener en buen estado las instalaciones"*.

Que la concesionaria AySA mediante Nota N° 260440/16 de fecha 16 de enero de 2016 informó al usuario que para ambos inmuebles, con fechas del 13 de noviembre de 2015 y del 28 de diciembre de 2015, habían quedado instaladas



Ente Regulador de Agua y Saneamiento



Expte.: 2748-16

///8

para las respectivas fincas las conexiones de agua y cloaca.

Que en rigor y tal lo dicho, dichas conexiones dependen de la existencia de una servidumbre que permitan la misma y ello recae en cabeza del obligado a la conexión.

Que el titular de los fundos argumenta que "*...nunca fue mi intención conectarme con la red...*", y allí confunde la obligatoriedad que la ley le impone, con una mera intención negativa, que en el caso no interesa.

Que en la instancia, no puede obviarse lo dispuesto en el Código de Edificación de la Ciudad de Buenos Aires el cual prevé "servicios mínimos de salubridad convencional en todo predio donde se permanezca o trabaje" (art. 1.4.9.2.1): "*...edificado o no, deben existir por lo menos los siguientes servicios de salubridad: a) Un retrete de albañilería u hormigón con solado impermeable, paramentos revestidos de material resistente, de superficie lisa e impermeable, dotado de inodoro, b) Un lavabo y una pileta de cocina. c) Una ducha y desagüe de piso*".

Que a su vez allí también se prevé la situación en los casos en que el inmueble se encuentre en un radio sin acceso a las redes de agua y desagües cloacales, ya que en su artículo 1.4.9.2.4 se lee: "*Instalaciones de salubridad en radios que carecen de redes de agua corriente y/o cloacas. Un predio donde se habite o trabaje ubicado en los radios de la Ciudad no servidos por las redes de agua corriente y/o cloacas debe tener instalación de salubridad con desagüe a fosa séptica y pozo negro...*".

Que la normativa citada acerca de la edificación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires otorga un elemento más para considerar y es que todo inmueble que se habite o en donde se trabaje en el ámbito de ésta, como son los inmuebles sobre los que versa la controversia, deben contar con algún sistema sanitario.

Que de lo dicho, resulta que por los artículos 8º y 10º del mencionado Marco Regulatorio es AySA quien tiene la obligación de poner a disposición del



Ente Regulador de Agua y Saneamiento



Expte.: 2748-16

///9

usuario el servicio y es éste quien debe conectarse, a menos que cuente con un servicio alternativo de agua y desagüe cloacal que haya sido aprobado por AySA y que, incluso por el artículo 65° del mismo plexo normativo, se encuentra obligado al pago de la conexión domiciliaria; sin perjuicio de la normativa local sobre edificaciones arriba señalada.

Que llegado a este punto de la controversia y considerando lo expuesto precedentemente, se entiende propicio rechazar el recurso de reconsideración planteado por el apoderado de AySA, ya que no corresponde la facturación que viene emitiendo dado que su anterior obrar no aparece como obligando al usuario a la conexión a la red de agua y desagües cloacales.

Que dicha situación de suspensión de la facturación no puede ser, tal lo dicho supra, permanente, y ello de acuerdo a la obligación de la concesionaria de brindar el servicio en toda el área servida y a los usuarios el de conectarse.

Que en razón de las referidas consideraciones y en aplicación de lo dispuesto en artículo 42°, incisos k) y n), del Marco Regulatorio aprobado por Ley 26.221, se entiende en la instancia conducente que AySA articule lo necesario para hacer saber al titular de los fundos que deberá regularizar su situación en un plazo prudente, mediante la tramitación necesaria, con el fin de obtener del fundo sirviente una servidumbre que permita la conexión domiciliaria del servicio que presta la concesionaria y que, vencido dicho plazo, procederá la facturación.

Que el artículo 2181 del Código Civil y Comercial establece que el titular del fundo sirviente puede exigir que la constitución y el ejercicio de la servidumbre se realice con el menor menoscabo para el inmueble gravado, pero no puede privar al dominante de la utilidad a la que éste tiene derecho.

Que el plazo a otorgarse dará derecho a la concesionaria a comenzar la facturación una vez vencido el mismo, el cual sólo podrá ser suspendido si el titular de los fundos acredita documentadamente las acciones efectuadas para la constitución del derecho real de servidumbre apto para el fin buscado, sin el resultado deseado, lo cual comprende necesariamente el inicio de la acción judicial



Ente Regulador de Agua y Saneamiento



Expte.: 2748-16

///10

si correspondiere y la actividad procesal necesaria.

Que las GERENCIAS DE ATENCIÓN AL USUARIO y DE ASUNTOS JURÍDICOS han tomado la intervención pertinente.

Que el DIRECTORIO del ENTE REGULADOR DE AGUA Y SANEAMIENTO (ERAS) se encuentra facultado para emitir el presente acto en virtud de lo normado por los artículos 42º, incisos k) y n), y 48º, incisos k) y m), del Marco Regulatorio aprobado por la Ley N° 26.221.

Por ello,

EL DIRECTORIO DEL ENTE REGULADOR
DE AGUA Y SANEAMIENTO

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- Recházase el recurso de reconsideración interpuesto por AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS SOCIEDAD ANONIMA (AySA) contra la Nota del registro del Organismo N° 13906 de fecha 10 de noviembre de 2017, que fuera notificada con fecha 13 de noviembre de 2017 por improcedente, ratificándose que con relación a las fincas sitas en la calle Morelos N° 240/250 de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires no corresponde la facturación que se viene realizando, así como también resulta desestimada la misma hasta la fecha en que se constituya una servidumbre que permita la conexión domiciliaria.

ARTÍCULO 2º.- Establécese que la concesionaria AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS SOCIEDAD ANONIMA (AySA) deberá articular lo necesario para hacer saber al titular de los fundos que corresponde regularizar la situación en un plazo prudente mediante la tramitación necesaria, incluida la judicial, con el fin de obtener del fundo sirviente una servidumbre que permita la conexión domiciliaria del servicio que presta la concesionaria y que, vencido dicho plazo, salvo prueba que demuestre la imposibilidad, procederá la facturación.

ARTÍCULO 3º.- Elévese los presentes actuados al PODER EJECUTIVO NACIONAL para dar trámite al recurso de alzada interpuesto en forma subsidiaria, ello conforme



Ente Regulador de Agua y Saneamiento



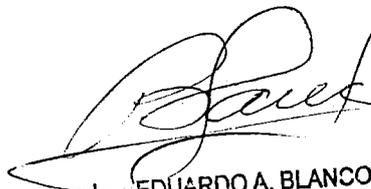
Expte.: 2748-16

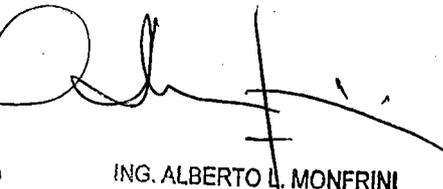
///11

está previsto en el artículo 94 del Reglamento de Procedimientos Administrativos – Decreto N° 1759/72 -T.O. 2017-, y en el artículo 109 del Marco Regulatorio aprobado por la Ley N° 26.221.

ARTÍCULO 4º.- Regístrese, notifíquese a AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS SOCIEDAD ANONIMA y al señor César R. MARCHESI, tomen conocimiento la GERENCIA DE ATENCIÓN AL USUARIO y la GERENCIA DE ASUNTOS JURÍDICOS del ERAS; comuníquese a la SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA Y POLÍTICA HÍDRICA del MINISTERIO DEL INTERIOR, OBRAS PÚBLICAS Y VIVIENDA, dése a la DIRECCIÓN NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL para su publicación extractada y, cumplido, archívese.

RESOLUCIÓN N° 000035


ING. EDUARDO A. BLANCO
DIRECTOR


ING. ALBERTO L. MONFRINI
PRESIDENTE

Aprobada por Acta de Directorio N° 5/18


Dra. PATRICIA SUSANA PRONO
SECRETARIA EJECUTIVA
E.R.A.S.