DICTAMEN N° 0805 AÑO 2003

EXPTE N° 16501-0003076-1

Señor Ministro:

Con 203 fojas se remiten a consideración de esta Fiscalía de Estado las presentes actuaciones en las que tramita el recurso de apelación interpuesto por Daniel Bottino (fs. 140) contra la Resolución del Directorio del Ente Regulador de Servicios Sanitarios nº 70/02 (fs. 134/136) que rechaza el recurso directo interpuesto por el recurrente, titular del servicio prestado en el inmueble de calle Colombia 911 de la ciudad de Rosario, relacionado con la fecha a partir de la que debe regir la exención temporal para el pago del servicio de cloacas en el mencionado inmueble.

1.- Aspecto formal:

El acto cuestionado fue notificado al interesado el 25/3/02 (f. 138), interponiendo recursos de revocatoria y apelación el 2/4/02 (f. 140) solicitando suspensión y ampliación de términos, concediéndosele la primera hasta la notificación del proveído y la segunda por el término de cinco días (f. 145), todo lo que le fue notificado el 25/4/02 (f. 146), presentando su escrito con los fundamentos del recurso el 14/5/02 (f. 147/8), es decir en término.

Por Resolución 423/02 (fs. 164/166) se rechaza la revocatoria, elevándose los autos para la tramitación de la apelación.

Corrido el traslado para expresar agravios el 13/11/02 (f. 189), solicita suspensión el 14/11/02 (f. 1 expte. nº 00601-0017104-8), lo que fue concedido desde dicha fecha y hasta la notificación del proveído que así lo indica, corriéndose nuevo traslado por el término faltante y notificado todo ello el 9/12/02 (f. 192). El 23/12/02 (f. 1/2 expte. nº 00601-0017326-4) presenta su expresión de agravios.

El recurso es formalmente admisible y corresponde analizar sus fundamentos.

2.- Antecedentes.

2.1. Normativos.

El art. 42 de la Constitución Nacional, primer y segundo párrafo, establece: “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; …..y a condiciones de trato equitativo y digno…. Al control de los monopolios naturales y legales……”.

El art. 16 de la Constitución provincial, establece “El individuo tiene deberes hacia la comunidad. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades puede quedar sometido a las limitaciones, establecidas por ley exclusivamente, necesarias para asegurar el respeto de los derechos y libertades ajenas y satisfacer las justas exigencias de la moral y el orden público y el interés general”.

El art. 55 de la misma Constitución, prevé que es la Legislatura la que autoriza al Poder Ejecutivo a celebrar contratos (inc. 12) y que a ella corresponde, en general, ejercer la potestad legislativa en cuanto considere necesario o conveniente para la organización y funcionamiento de los poderes públicos (inc. 27).

Es atribución constitucional del Poder Ejecutivo la de proveer, dentro de los límites consentidos por la Constitución, las leyes y normas de orden interno, a la organización, prestación y fiscalización de los servicios públicos (art. 72 inc. 5 y 4).

Por ley registrada bajo el nº 11.220 se autorizó al Poder Ejecutivo a otorgar bajo la forma de concesión de servicios públicos, por el término de 30 años y conforme las prescripciones de la propia ley, la competencia para prestar el servicio de agua potable y desagües cloacales conforme las prescripciones de la propia ley (art. 33); estableciéndose como condiciones de la privatización que el Poder Ejecutivo, a través del Pliego de Bases y Condiciones establecería las modalidades y características de la concesión y por el cual se debían establecer las inversiones mínimas exigibles, asegurarse el cumplimiento de las metas de expansión y calidad ofrecidas (art. 34 incs. a y b).

El art. 52 de la ley prevé que el servicio será prestado en condiciones que aseguren su continuidad, regularidad, calidad y generalidad de manera que garantice su eficiente suministro a los usuarios y, en lo que al caso refiere, que desde que el servicio de desagües cloacales esté disponible en las condiciones previstas en el art. 52 con suficiente capacidad para transportar los efluentes hasta el lugar de su vertimiento, y ello hubiere sido notificado a los propietarios, consorcios de propietarios, poseedores o tenedores, los inmuebles respectivos deberán ser conectados al Servicio, y los tanques sépticos y todo otro desagüe cloacal alternativo deberán ser segados por los usuarios reales a su costo (art. 56).

Es deber de los prestadores publicar información necesaria a fin de que los usuarios reales puedan tener conocimiento general sobre los planes de mejoras y desarrollo, el régimen tarifario y el servicio en general (art. 70 inc. h) y es derecho de los usuarios el de recibir con adecuada antelación, de acuerdo a lo establecido en las Normas Aplicables, la comunicación por parte de los prestadores, de toda modificación en los parámetros de cálculo de los valores tarifarios particulares (art. 48 del anexo C de la ley 11220).

La ley, entre otros aspectos, delinea los perfiles de la ecuación económica financiera del contrato de concesión estableciendo en el art. 81 que la facturación total de cada prestador por precios y tarifas deberá reflejar el costo económico de una prestación eficiente del Servicio, incluyendo la realización de los Planes de Mejoras y Desarrollo y el beneficio, y considerando en todos los casos el plazo de la concesión o prestación (inc. d) y, asimismo, que rige para el régimen tarifario, el principio del riesgo empresario (inciso f), en función del cual no se pueden compensar resultados derivados del riesgo empresarial, ni para convalidar ineficiencias en la prestación del servicio (art. 88 último párrafo).

Los Pliegos de Bases y Condiciones regularon el espacio no normado por la citada ley 11220. El Anexo XII del mismo contiene las normas contractuales y está compuesto por 15 anexos.

El Pliego, en su art. 1.9. prevé como orden de prelación de las normas aplicables primero a la ley 11220, luego al pliego, luego a la oferta, luego al contrato y, por último a las normas del Ente Regulador. El art. 1.10 establece que las normas contenidas en los pliegos se interpretan en forma armónica y sistemática (art. 1.10.1.).

Las normas contractuales (Anexo XII) determinan el objeto y contenido del negocio. Prevé, entre otros aspectos, que el concesionario es responsable de la construcción, mantenimiento, operación, rehabilitación y explotación de todas las instalaciones necesarias para la prestación del servicio; incluyendo ello también las conexiones domiciliarias (3.2.1.). La conexión entre las instalaciones internas y las redes externas es responsabilidad del concesionario y deben ser ejecutadas por éste o bajo su responsabilidad; debiéndose considerar que las conexiones de desagües cloacales deben ser efectuadas a partir de la "Línea Municipal" vinculando las instalaciones internas(sistemas de cañerías y accesorios necesarios para efectuar la conexión de efluentes en el interior de los inmuebles servidos) con la red colectora domiciliaria y a cuyos fines se instituye un procedimiento y que, desarrollado que fuere, el concesionario está facultado al cobro del servicio, previa notificación al Ente regulador (3.3.2).

Las normas contractuales, asimismo, prevén como régimen transitorio la situación de los contratos celebrados por la DIPOS vigentes al momento de la concesión (14.4.), dentro de los que se consideran a los celebrados con las Municipalidades taxativamente indicados en el Anexo 15 de las normas contractuales, a ser continuados por el concesionario (14.4.4.).

En el convenio con la Municipalidad de Rosario (fs. 623 de los Pliegos de Bases y Condiciones) se regula la transferencia de los contratos de ejecución de obras de desagües cloacales celebrados con consorcios barriales al futuro concesionario – hoy Aguas Provinciales SA – (ARTICULO PRIMERO). La transferencia de los contratos previstas en el acuerdo, según el convenio, debe realizarse a partir de la toma de posesión del servicio y con anterioridad al 31 de diciembre de 1995 (ARTICULO CUARTO – f. 624 -). El concesionario se obligó a

terminar las obras en forma completa en los plazos detallados en los pliegos (ARTICULO SEXTO -f.625 -), el que se estableciera para la Obra correspondiente al Consorcio Belgrano nº 5 en el plazo de 11 meses (cuadro f.627 de los Pliegos).

En este contexto contractual se estableció en el citado convenio que los inmuebles frentistas a las redes libradas al servicio comprendidos en el convenio gozarán de exenciones de pago de los montos tarifarios correspondientes a la prestación del servicio de desagües cloacales y a los cargos que refiere y a cuyo efecto se estableció que las exenciones regirán por el término de 48 meses contados desde el primer día de libramiento total o parcial del servicio o desde el 31 de diciembre de 1996 lo que sea anterior, es decir que nunca se extenderán más allá del 31 de diciembre de 2000, y, por último se exigió que los frentistas no registren deudas impagas (ARTICULO OCTAVO –f.625/626-).

Las normas contractuales, asimismo, regulan el Régimen Tarifario de la Concesión (Anexo 9) en el que se exige que las prestaciones a cargo del concesionario sean facturadas de conformidad a las normas aplicables (Artículo 1º - Objeto anexo 9 f. 383 de los Pliegos). Es obligación del Concesionario la de notificar al Usuario cualquier situación que requiriese del mismo una respuesta o actividad y, en tal sentido, que la notificación debe realizarse por medio fehaciente en el inmueble servido o en el domicilio que hubiere indicado el usuario para la remisión de las facturas (art. 12º - Notificaciones – fs. 387 del Pliego -.

El Régimen Tarifario establece la obligación de pago de los nuevos servicios a los nuevos usuarios que cuenten con conexión domiciliaria instalada a partir de la comunicación por parte del concesionario del día de habilitación del servicio (ARTICULO 16.1.); siendo requisito de las facturas emitidas por el concesionario que indiquen los elementos constitutivos de la facturación realizada, discriminando los montos correspondientes a cada factor de servicio y cargos especiales aplicables y, entre otros aspectos exigidos, el de consignar el importe de las exenciones aplicadas (art. 18º). En tal sentido el

Anexo 9 del contrato ya mencionado, en el numeral 16.1. establece que: “Todos los Usuarios que contaren con Conexión Domiciliaria instalada para la provisión de cualquiera de los Servicios concesionados, tendrán obligación de pago **a partir del día de la habilitación del Servicio**. Será responsabilidad del Concesionario la comunicación al Usuario de dicha fecha.”. Y. para los inmuebles sin conexión instalada en el numeral 16.2. se establece que: “ Todos los Usuarios que no contaren con Conexión Domiciliaria del Servicio, tendrán obligación de pago a partir de **la habilitación del Servicio o del vencimiento del plazo otorgado para la habilitación de las instalaciones internas,** según lo dispuesto en el Contrato de Concesión. Se exceptúa de lo dispuesto en este artículo a los Usuarios que hayan abonado el Cargo de Desconexión o de No Conexión.”.

El numeral 3.2.2 del contrato, relativo a instalaciones internas y conexión del Servicio, indica: “El Concesionario deberá efectuar la conexión del Servicio dentro de los plazos establecidos en el PGMDS. Al efecto, notificará al Usuario con una antelación mínima de treinta (30) días corridos la fecha prevista de conexión y la de disponibilidad del Servicio correspondiente, solicitando al Usuario la presentación de un plano o croquis de instalación interna que le permita definir la ubicación de la Conexión Domiciliaria y la evaluación del diámetro requerido. La falta de presentación de dicha documentación no eximirá al Concesionario de la obligación de construir la Conexión Domiciliaria y ubicarla en el lugar que considere más conveniente.

En caso que el Usuario comunicare al Concesionario la no existencia o adecuación de las instalaciones internas a los fines de permitir la conexión del Servicio, el Concesionario otorgará un plazo adicional no inferior a treinta (30) días corridos en el cual el Usuario deberá ejecutar y/o adecuar dichas instalaciones. Vencido dicho plazo el Concesionario estará facultado al cobro del Servicio, previa notificación al Ente Regulador.

2.2. Procedimentales.

2.2.1. Como fs. 35 obra copia simple de una comunicación remitida el **17 de octubre de 1996** por la concesionaria al Sr. Daniel Bottino donde pone en conocimiento que en diciembre de 1995 se hicieron cargo de las

obras del Consorcio Belgrano nº 5 por transferencia del convenio firmado con la Municipalidad de Rosario. Alude a que han ejecutado el 72,50% de la obra y que por esa razón se dispondría en breve tiempo del servicio de cloacas y que es una de las características del Consorcio la exención tarifaria por un período de 4 años desde la habilitación del mismo. Hace saber que deberá estar abonado todo el plan de pago para acceder a la exención.

Como f. 34 está adjunta otra copia simple de una comunicación del mes de **julio de 1997** por la que se manifestaría que la obra del Consorcio Barrial Belgrano 5 sería habilitada al servicio a partir del 5º bimestre de 1997, fecha en la que se daría comienzo a la facturación del servicio a todos los clientes que no mantengan al día el plan de pago.

En el **3er. Período del año 1999** la Empresa Aguas Provinciales de Santa Fe, le facturaba al Sr. Bottino solamente los servicios correspondiente a Agua Potable (fs. 36 y 37)

En el **4to. Período del año 1999** la Empresa Aguas Provinciales de Santa Fe, le comenzó a facturar al usuario Bottino por el servicio de cloacas con el descuento correspondiente por pago consorcio barrial (fs. 37).

El 15.3.01 el usuario Daniel Bottino presentó (f. 4) reclamo para que se cumpla con los cuatro años de exención del pago del servicio cloacal, en compensación por el pago de las obras, por cuatro años contados a partir de la **habilitación de la obra**, que se habría producido, según sus dichos el **5º bimestre de 1998**.

La concesionaria, habría brindado respuesta el **15.03.01** (f. 3) aludiendo a que ya se habría cumplido con el régimen de exenciones para el consorcio barrial según lo establecido en Anexo XV del contrato de concesión que prevé que “En todos los casos las exenciones regirán por el término de 48 meses contados desde el primer día del libramiento parcial o total al servicio, o desde el 31 de diciembre de 1996, lo que sea anterior es decir que nunca se extenderán más allá del 31 de Diciembre del 2000 (art. Octavo inciso C Convenio DIPOS – MUNICIPALIDAD DE ROSARIO ANEXO XV CONTRATO DE CONCESIÓN). En la nota se alude a que el plazo de las exenciones se extendió al segundo período

del año 2001. Deja constancia que la cláusula contractual impone como fecha tope para la vigencia de todas las exenciones el 31 de diciembre de 2000 y que en virtud de ello se ha adoptado la decisión comercial de facturar el servicio.

Bottino interpuso, con motivo de la respuesta de la concesionaria, recurso directo ante el Ente Regulador en el que solicita que se cumplan los cuatro años de exención del servicio de cloacas como compensación del pago de las obras (f. 2).

Por nota del ENRESS 233 (f. 6) se solicita a la concesionaria en virtud de lo dispuesto por el artículo 114 de la ley 11.220 los antecedentes del caso y toda información pertinente.

En virtud de ello la Empresa manifiesta haber brindado debida respuesta al usuario y cumplimentado debidamente el plazo de exención que correspondía en el caso (f. 7/9). Indica, haber cumplimentado con lo dispuesto en el artículo 8 inc. c) del Convenio Dipos-Municipalidad de Rosario que establece una exención de 48 meses a partir del libramiento total o parcial del servicio, o desde el 31 de diciembre de 1996, lo que sea anterior, es decir que nunca se extenderá más allá del 31 de diciembre de 2000. Agrega que en el caso del inmueble en cuestión, el servicio fue habilitado de manera integral el 1/3/97, y con ello la disponibilidad total del servicio en todo el sector, constando lo dicho en el informe Anual Año 2 remitido por la Empresa al Ente Regulador. Que, en consecuencia, el usuario gozó de la exención total prevista en la norma, lo que se materializó en el hecho de no recibir factura que incluyera el cobro del servicio durante el lapso a partir del cual contaba con la disposición del servicio. Alude a una presentación general que efectuó dirigida a analizar en cada caso la situación de cada una de las obras ejecutadas bajo el sistema de Consorcios Barriales.

La Gerencia de Atención al Usuario, manifiesta a f. 14 que el concesionario no puede pretender limitar la exención al 31 de diciembre de 2000 pues asumió el compromiso de respetar los cuatro años para aquellos usuarios que se encontraran al día con el pago de sus obligaciones, sin perjuicio de lo cual resalta que el concesionario indica que la obra que involucra al interesado fue

habilitada en el mes de marzo de 1997, circunstancia ésta que manda a corroborar por parte de la Gerencia de Operaciones e Infraestructura.

Por informe de la Gerencia de Operaciones (f. 16) se indica que las redes de desagües cloacales correspondientes al inmueble del recurrente fueron habilitadas en marzo de 1997, conforme se desprende del informe anual Año 2 presentado por la concesionaria.

Bottino agregó (fs.18 y 39) constancias vinculadas al trámite, algunas de ellas referidas precedentemente por resultar conducente a los fines del caso.

A f. 44 obra una nota del recurrente a la empresa que indica que nunca fue notificado de la supuesta habilitación y la única noticia que tuvo de la situación relativa al servicio en el inmueble fue la facturación del 4º bimestre de 1999.

La Gerencia de análisis económico y financiero del Ente (fs. 55/58) indica en relación al caso concreto que: (i) hasta el período 3º de 1999 se facturó al usuario con el código de servicio de agua y sólo la tarifa de dicho servicio; (ii) desde el período 4º de 1999 hasta el 6º de 2000 se facturó con el código de servicio de aguas y cloacas y sólo la tarifa del servicio de aguas (iii) el período 1º /01 se factura con el código de servicio de aguas y cloacas y la tarifa de ambos pero el usuario sólo abonó la primera porque se emitió una nota de crédito por la facturación del servicio de cloacas es decir que la exención se mantuvo hasta el 1er. bimestre de 2001. Para ello aludió a que el tema planteado debe analizarse a la luz de lo establecido en resoluciones del Ente nº 416 y nº 417; según las cuales, en sustancia, el citado Ente determinó la fecha en la que corresponde tener por habilitada las obras y que desde esa fecha corresponde contarse los 48 meses de exención. Para el Consorcio Barrial Belgrano 5 la obra se entendió como habilitada el 1º de marzo de 1997 y la exención desde el 2º período del 97 al 1º de 2001. Separadamente se analizarán estos actos.

Por dictamen de la Gerencia de Asuntos Legales del Ente (fs. 59/62) se aconseja hacer lugar al recurso, sobre la base de considerar que, si bien las exenciones rigen a partir de la habilitación del servicio de cada obra, ello

no significa que no deba verificarse en cada caso concreto la efectiva aplicación por parte de la Empresa de la exención tarifaria que corresponda. Alude a que hasta el período 3/99 el concesionario facturó a Bottino sólo con el código del servicio de aguas y únicamente la tarifa por dicho servicio, recién a partir del bimestre 4/99 comenzó a facturar con el código del servicio de aguas y desagües cloacales y si bien sólo con la tarifa del servicio de aguas, hasta ese momento (bimestre 3/99) mal podía aplicar una exención sobre lo que no facturaba.

Previo a resolver el Ente solicita a la Empresa la efectiva demostración de la aplicación de la exención para el inmueble en cuestión (f. 103). La empresa responde a fs. 115/118, indicando que no habiendo el usuario manifestado ni alegado que la empresa le haya facturado el servicio antes del primer bimestre de 2001, la cuestión no se anuda respecto al hecho de la exención, sino respecto al lapso de vigencia de la misma, por lo que la demostración concreta de la exención no deviene cuestión probatoria alguna por no haber sido controvertida. A fin de colaborar con el Ente, acompaña copia de los registros de la cuenta del usuario donde, según indica, queda de manifiesto que la Empresa no facturó ni cobró el servicio entre los períodos que corren desde el 1/96 hasta el 1/01.Añadió, por último, que por Resolución 416/01 se estableció la fecha de habilitación de las obras de consorcios barriales y se ordenó la exención a partir de las mismas por 48 meses, aclarando que en el caso del barrio que nos ocupa la fecha fue fijada en marzo de 1997.

Por Resolución 70/02 el Ente Regulador decide el rechazo del recurso directo, en base a considerar que las normas sobre facturación y específicamente las que refieren a la aplicación de exenciones tarifarias del contrato de concesión son de carácter general, mientras que en el Convenio D.I.P.O.S.-Municipalidad de Rosario, incorporado al contrato de concesión como anexo XV al incluir normas sobre aplicación de exenciones son de alcance particular que refieren sólo a las que alcance dicho convenio y deben por ende aplicarse con preferencia. Considera, asimismo, que de las afirmaciones del concesionario como de los informes del Autor Técnico de la concesión, intervenciones de la Gerencia de operaciones e infraestructura del servicio, surge

que la zona en que se encuentra el inmueble del recurrente quedó habilitada al servicio con una antigüedad tal que permite colegir que desde esa fecha y hasta que el concesionario comenzó a facturarle el servicio, transcurrieron en exceso los 48 meses de exención tarifaria. También se sostiene que si bien el usuario invoca el 4º bimestre de 1999 como inicio de la exención –por haber sido la primera noticia que tuvo del servicio- no puede soslayarse que el mismo aportó documental según la cual le constaba desde el año 1997 que el concesionario le había comunicado que a partir de la habilitación del servicio gozaría de cuatro años de exención manifestando el propio interesado que el servicio fue habilitado el 5º bimestre de 1998, por lo que considera que la pretensión luce como un intento de beneficiarse sin justa causa.

La resolución 416/01 (fs. 63/71) del 9 de octubre de 2001- ya aludida por la Gerencia Económico Financiera en su informe de fs. 55/58 – fue invocada dentro de los fundamentos de la resolución 70/03. Reitero que aquella estableció las fechas de habilitación de las obras correspondientes a los consorcios barriales de la ciudad de Rosario y ordenó que el concesionario aplique las exenciones contractuales a partir de las mismas. El Consorcio Belgrano nº 5, como se dijo, se declaró habilitado el 1/3/97 y con un periodo de exención que corre desde el 2º bimestre de 1997 hasta el 1º del 2001 (ver anexo I fs. 72). La resolución, en sus considerandos aclara que la determinación de las fechas de habilitación para el cómputo de las exenciones tarifarias, deben serlo sin perjuicio de la demostración por el Concesionario de la efectiva aplicación de la exención en cada caso durante los períodos que van desde la respectiva habilitación de la obra al servicio hasta el fenecimiento de los 48 meses de beneficio (considerando 45 de la Resolución citada).

La aludida resolución 70/03 fue atacada por la apelación que motiva el presente. La expresión de agravios del recurrente remite y reitera los fundamentos expuestos al interponer su recurso de revocatoria y apelación en subsidio. El memorial tiende, basándose en el criterio vertido por el asesor legal del Ente que aconseja hacer lugar al recurso, demostrar las razones que le asisten para que la exención tarifaria de 48 meses relativa al servicio de cloacas

en su inmueble debe ser computada desde el 4º bimestre del año 1999, fecha en que se le facturara por primera vez la exención.

Aquella resolución la nº 416/01 fue atacada por revocatoria, resuelta por la nº 511/01 de fecha 12 de diciembre de 2001 que hace lugar parcialmente al recurso y modifica las fechas de habilitación de las obras correspondientes a los consorcios barriales conforme se detalla en el anexo I, ordenando al concesionario aplicar la exención por un plazo de 48 meses a partir de dicha habilitación, para la obra que nos ocupa la fecha de habilitación se estableció para el Sector I anterior al enero de 1997 en forma parcial y para el Sector II en marzo de 1997 en forma total. Se acompaña copia de la Resolución y su anexo.

En lo relativo a los servicios cloacales de obras financiadas por el sistema de contribución de mejoras, también transferidos por D.I.P.O.S. al Concesionario, el Ente emitió la Resolución nº 367/02 de fecha 13 de agosto del 2002, por la que estableció, como criterio general, que la exención tarifaria del 80% de la tarifa que debe aplicar la concesionaria en la facturación de los servicios cloacales de las obras financiadas por el sistema de contribución de mejoras y transferidas por la DIPOS, debe computarse a partir de la demostración de la efectiva comunicación de la exención por el prestador que deberá estar discriminada en la factura de servicio.

La resolución obra agregada a f. 2 del expediente 00601-0017456-2, por ser acompañada por el interesado como antecedente de aplicación subsidiaria al caso, así como las 391/02 (fs. 3/5) y 526/02 (fs. 7/8) que resuelven cuestiones particulares en base al criterio indicado en la 367/02 ya mencionada.

4.- Cuestión sustancial:

4.1. Trátase de una problemática entre un usuario y el concesionario resuelta negativamente por el Ente Regulador en el recurso directo intentado por el citado usuario (resolución 70/03) ; pero a cuyos fines se tuvieron en cuenta los criterios seguidos en actos generales no normativos dictados por el aludido Ente que interpretaron y aplicaron el grupo normativo para determinar la

solución jurídica que corresponde aplicar a los supuestos de las exenciones tarifarias a aplicarse a los inmuebles conectados a los servicios de desagües cloacales con motivo de ejecución de obras ejecutadas a través de consorcios barriales (resolución 416/417).

En sustancia, se interpretó que las normas del Pliego son de carácter general, mientras que las del Convenio DIPOS-Municipalidad de Rosario, incorporado al contrato de concesión como anexo XV al incluir normas sobre aplicación de exenciones son de alcance particular que refieren sólo a las que alcance dicho convenio y deben por ende aplicarse con preferencia. El Ente determinó la fecha de habilitación de las obras y, a partir de ella, el período de exención correspondiente.

Se apoyó para ello en las normas contractuales contenidas en el Anexo 15 de las normas contractuales del Pliego. Son normas que no exigen expresamente la notificación al usuario de la modificación del contenido de la relación jurídica por la aparición o incorporación de los servicios de desagües cloacales por la habilitación de la obra; a las que, en definitiva consideró como de aplicación preferente frente a previsiones normativas y del mismo pliego que exigen la puesta en conocimiento del usuario sobre modificaciones del contenido de la relación jurídica entre él y el concesionario.

La circunstancia de que ese particular acuerdo no exija expresamente notificación no quiera decir que ella no debe exigirse frente a otras normas jurídicas no susceptibles de ser desplazadas en el proceso de aplicación normativa que el caso exige, pues así lo requieren principios del aludido proceso y de interpretación sistémica del grupo normativo (art. 1.10.1 del contrato) y ley 11.220 (art. 3 párrafo 8º) que indica que el marco regulatorio aplicable a la cuestión es el <u>conjunto</u> de normas que regulan la prestación del servicio.

Debe tenerse presente que el constituyente en la reforma del 94, el legislador al dictar la ley 11220 y el Poder Ejecutivo con los Pliegos de bases y condiciones, han ejercitado potestad normativa con directa proyección sobre la esfera jurídica del particular convertido en parte contractual y de los usuarios vinculados al servicio.

Los convenios celebrados entre la Municipalidad y la DIPOS, agregados como Anexos de las normas contractuales, se incorporan a la esfera jurídica del concesionario, conjuntamente con todos los derechos y deberes surgentes de las otras normas jurídicas configurativas del grupo normativo aludido en el punto 2.1. del presente; es decir como un todo inescindible y, por tanto, insusceptible de ser fraccionado al momento de realizar una aplicación normativa. Rigen los principios de interpretación sistémica derivados no sólo de la expresa voluntad contenida en los pliegos, sino también de los principios de unidad y coherencia que rigen los procesos de aplicación de todo sistema jurídico.

De este modo se perfiló el negocio jurídico complejo. Es complejo pues se plantea entre la Persona jurídica pública y el particular concesionario, pero con proyecciones en sus efectos con los particulares usuarios del servicio que ven modificada su esfera jurídica con motivo de aquel negocio jurídico derivado del ejercicio de potestad normativa (constitucional, legal y reglamentaria) y de facultades negociales de las partes aludidas. Perfeccionado el contrato por el encuentro de las voluntades, por la adjudicación y suscripción del contrato según corresponda, el contrato aparece en el mundo jurídico con una ecuación económica original surgida de la equivalencia de las prestaciones, cargas y beneficios y sus implicancias económica. Objeto del contrato para unos, ecuación económica financiera del contrato para otros, utilidad razonablemente calculada etc.; en definitiva aspectos que hacen o bien a la tutela jurídica del interés económico del cocontratante o al de la Administración o el de los interesados destinatarios de servicios con sus derechos constitucionalmente garantidos (art. 42 de la CN).

La reforma de la Constitución del año 1994, al instituir el citado art. 42 ha incorporado derechos de sustrato administrativos fundamentales de contenido económico y directamente conformadores de un aspecto no susceptible de ser desplazado en su consideración de las implicancias de las ecuaciones económico financieras del contrato de concesión. De este modo los usuarios no sólo tienen derechos vinculados a la calidad y eficiencia de los

servicios públicos sino también un interés económico con facultades de exigir a las autoridades y al concesionario el respeto de dicho interés.

El particular no es ajeno a ese aspecto económico surgente de la ley, el pliego, la voluntad del particular surgida de su oferta y del acto de adjudicación respectivo (decreto 2141/95).

La ley, en tal sentido, exige como condición a prever en los pliegos de la privatización la "descripción y cuantificación de las inversiones mínimas exigibles" y para asegurar el cumplimiento de las metas de expansión y de calidad ofrecidas deben "desagregarse técnica y económicamente las propuestas" (art. 34 inc. a y b). Exige, por un lado, inversiones mínimas pero, por el otro, indica que "la facturación total de cada prestador por precios y tarifas debe reflejar el costo económico de una facturación eficiente del servicio, incluyendo la realización de Planes Generales de Mejoras y Desarrollo del Servicio y el Beneficio y considerando en todos los casos el plazo de la concesión o prestación" (art. 81 inc. d) y, asimismo que regirá el principio del "riesgo empresario" . Por voluntad constitucional (art. 42) y legal, los usuarios, en los alcances pertinentes, también tienen un interés de sustrato económico integrante de la ecuación económica y, por ende, tutelado normativamente y es por ello que el prestador debe "publicar la información necesaria a fin de que los usuarios puedan tener conocimiento general sobre los PGMDS y del régimen tarifario y el servicio en general" 8 art. 70 inc. h) y que se les asigna el derecho de "reclamar ante los prestadores cuando su produzcan alteraciones en las facturas que no coincidan con el régimen tarifario publicado y es sobre dicha base que las normas legales y reglamentarias indicadas en el punto 2.1. exigen de la notificación a los usuarios para que se consolide la modificación del contenido de la relación jurídica por la aparición de la posibilidad de que se preste el servicio de desagüe cloacal y de que el aludido usuario esté en condiciones de ejercitar sus derechos de contenido económico. La notificación, en todo el funcionamiento del sistema jurídico, constituye un acto necesario para el despliegue de los efectos del acto pertinente.

En este sentido, el concesionario, al convertirse en tal, se obligó a cumplir, entre otros aspectos, con un plan general de mejoras y desarrollo del servicio que le imponía terminar la obra relativa al consorcio Belgrano 5 en el plazo de 11 meses y es en ese contexto en que las exenciones tarifarias que beneficiaban a los usuarios no podían extenderse más allá del plazo que indicó expresamente el acuerdo; es decir en la inteligencia de que la obra debía estar, por voluntad negocial, terminada, cuanto menos, 48 meses antes de esa fecha máxima y todo lo cual importa que modificado el plazo de culminación de la obra se corre el plazo de exención desde que se modifica el contenido de la relación jurídica del concesionario con el usuario por la incorporación a la misma de los servicios cloacales, a través de la comunicación o anoticiamiento efectivo pues es ello lo que, en principio, coloca al mismo en condiciones de ejercer los derechos resultantes.

Ahora bien, desde el derecho, la modificación de la relación jurídica por el anoticiamiento apto para la incorporación de los derechos y deberes inherentes al servicio de desagüe cloacal – constituye una cuestión no sólo de derecho sino también de hecho.

En lo que refiere al primer aspecto es factible que la comunicación o publicidad no derive de actos individuales sino de actos generales provenientes del Ente regulador con potestades normativas para ello. Debe tenerse presente que dicho acto, en principio, por ser general, necesita de la publicación para el despliegue de sus efectos; siendo cuestionable su aplicación retroactiva en la medida de que con ella se decida y consuma sobre ampliaciones y extinciones de la esfera jurídica de particulares; a los que, de este modo, se los privaría de decisiones sobre la administración y defensa de esa esfera jurídica. La resolución 416/01, en lo que ha Bottino refiere, no aparece como ejercicio razonable de potestad normativa apta para aplicarse al reclamo de contenido económico de un particular que cuestiona las exenciones aplicadas por la falta de información garantizada constitucional, legal y contractualmente.

No es menos cierto, sin embargo, que como se dijo la modificación de la relación jurídica por el anoticiamiento apto para la

incorporación de los derechos y deberes es una cuestión no sólo de derecho sino también de hecho. En el caso de los propios dichos del interesado se infiere que el servicio cloacal fue conectado el 5to. bimestre de 1998 (f. 4); lo cual se proyecta como razón de la improcedencia de su petición relativa a que la exención se aplique desde la fecha de facturación o, digo, anoticiamiento formal. Es decir que la verdad real, inferida de sus propios dichos, impone computar la exención desde la fecha en el interesado reconoce como de habilitación del servicio, es decir el 5to. bimestre de 1998.

Estas circunstancias subyacentes son quizás las que justificaron y sin bien no obra en autos constancia expresa de ello, según indica la Gerencia de Atención al Usuario a f. 14, que el concesionario “habría asumido el compromiso” de respetar los cuatro años de exención, más allá del límite temporal establecido del 31 de diciembre de 2000, para aquellos usuarios que se encontraran al día con el pago de sus obligaciones, cosa que aparece, en principio corroborada por la nota obrante a fs. 34/35 de autos remitida por la Empresa al Usuario recurrente.

Además advierto que el límite temporal de la exención, también fue obviado por Resolución 416/01, ya mencionada, que estableció la finalización del periodo de exención, para el caso que nos ocupa, en el 1º bimestre de 2001, es decir más allá del 31/12/00 y ello no ha sido cuestionado por el Empresa que limitó, tal como ya se indicó el recurso de revocatoria contra dicha resolución a las fechas de habilitación de obras que resuelto por Resolución 511/01 estableció nuevas fechas.

Conforme se desprende de dicha resolución (416) la razón de ello se justifica en vista de los atrasos en los plazos de las obras (considerando 5 y siguientes) que condujo a que la fecha tope establecida por la ley perdiera razonabilidad (considerando 31).

4.2. La misma solución respecto es la que correspondería adoptarse a la luz de la normativa inherente al “libramiento del servicio que exige del aludido anoticiamiento para arribar a la efectiva prestación por modificación de la esfera jurídica del usuario.

Ya se indicó que el anexo 15 del contrato en la parte pertinente indica que la exención abarcará 48 meses a partir del ***libramiento del servicio***, por lo que conviene establecer el alcance del concepto que marca el punto de partida de la exención.

La ley 11220, el contrato y el régimen tarifario incluyen normas expresas en relación a la habilitación o libramiento del servicio, que no pueden ser obviadas al analizar la situación que nos ocupa y sobre todo la interpretación que corresponde otorgar al libramiento del servicio a que refiere el convenio de transferencia, máxime si se toma en cuenta que es dentro del bloque normativo constituido por la indicada ley y contrato en donde se inserta la norma que establece la exención.

En este orden de ideas, **libramiento del servicio** importa la colocación del usuario en condiciones de poder gozar efectivamente del mismo.

En el caso de servicio relativo al desagüe cloacal, el artículo 56 de la ley 11.220 citado indica que nace el derecho del concesionario al cobro de la tarifa y la obligación de conexión para el usuario: "…desde el momento en que el Servicio público de Desagües Cloacales esté disponible en las condiciones previstas en el artículo 52 de esta ley (condiciones que aseguren su continuidad, regularidad, calidad y generalidad), con suficiente capacidad para transportar los efluentes hasta el lugar de su vertimiento, y ello hubiera sido notificado a los propietarios, consorcios de propietarios, poseedores, tenedores, los inmuebles respectivos deberán ser conectados al Servicio y los tanques sépticos y todo otro desagües cloacal alternativo deberán ser cegados por los Usuarios Reales a su costo"

Esto se completa con lo establecido en el anexo 9 del contrato que indica en el numeral 16.1.: "Todos los Usuarios que contaren con Conexión Domiciliaria instalada para la provisión de cualquiera de los Servicios concesionados, tendrán obligación de pago **a partir del día de la habilitación del Servicio**. Será responsabilidad del Concesionario la comunicación al Usuario de dicha fecha.". Y, para los inmuebles **sin conexión instalada**, en el numeral 16.2.: " Todos los Usuarios que no contaren con Conexión Domiciliaria del Servicio,

tendrán obligación de pago a partir de **la habilitación del Servicio o del vencimiento del plazo otorgado para la habilitación de las instalaciones internas,** según lo dispuesto en el Contrato de Concesión. Se exceptúa de lo dispuesto en este artículo a los Usuarios que hayan abonado el Cargo de Desconexión o de No Conexión.”.

Por su parte el contrato establece, como ya se indicó, en el numeral 3.2.2 que el Concesionario deberá efectuar la conexión del Servicio dentro de los plazos establecidos en el PGMDS. Al efecto, notificará al Usuario con una antelación mínima de treinta (30) días corridos la fecha prevista de conexión y la de disponibilidad del Servicio correspondiente, solicitando al Usuario la presentación de un plano o croquis de instalación interna que le permita definir la ubicación de la Conexión Domiciliaria y la evaluación del diámetro requerido. La falta de presentación de dicha documentación no eximirá al Concesionario de la obligación de construir la Conexión Domiciliaria y ubicarla en el lugar que considere más conveniente

De modo que como se advierte el libramiento del servicio, requiere para su configuración, dentro de los términos de la ley 11.220, no sólo la habilitación de una obra de Desagües Cloacales disponible en las condiciones del artículo 52 de la ley, sino además el cumplimiento de los requisitos posteriores que coloquen al usuario en condiciones de poder utilizarlo en la forma para el que fue previsto.

Y, es por ello que requiere la notificación al usuario de la habilitación de la obra, en el caso de existir conexión domiciliaria, o en el caso de no existir, la notificará al Usuario con una antelación mínima de treinta (30) días corridos a la fecha prevista de conexión y la de disponibilidad del Servicio correspondiente, solicitando la presentación de un plano o croquis de instalación interna que le permita definir la ubicación de la Conexión Domiciliaria y la evaluación del diámetro requerido.

Esto así por cuanto, sólo con el cumplimiento de este conjunto de requisitos se coloca, como se dijo, al usuario en condiciones de gozar del servicio, tal como lo requiere el concepto de libramiento del mismo.

5.- En base a todo lo expuesto, corresponde hacer parcialmente lugar al recurso interpuesto por Daniel Bottino contra la Resolución del Director del Ente Regulador de Servicios Sanitarios nº 70/02 y consecuentemente establecer que el inicio del término de exención tarifaria previsto en el anexo 15 del contrato comienza, siempre y cuando haya respetado el pago en tiempo de las obligaciones tarifarias su cargo, a partir del efectivo libramiento del servicio en el inmueble de su propiedad, que el mismo reconoció como desde el 5to. bimestre de 1998

Despacho; 05/09/2003