

RESOLUCIÓN N°181/08

VISTO:

Las actuaciones N° 614/08, carat.: “Disminución tarifaria Usuarios afectados con oxido de manganeso”, y demás actuaciones afines; y

CONSIDERANDO:

Que a partir del mes de julio del presente año, diversos Usuarios de los Departamentos de Godoy Cruz y Luján de Cuyo, formalizan reclamos ante el E.P.A.S. por deficiencia en el servicio recibido de Obras Sanitarias Mendoza S.A., en cuanto a la calidad del agua, a saber: aparición de particular negras, turbiedad, etc..

Que a instancia de los citados reclamos, el E.P.A.S. procedió a inspeccionar el servicio en la zona de referencia, constatando que la turbiedad denunciada estaba compuesta por Óxido de Manganeso. Ello originó las Actuaciones E.P.A.S. n° 384/2008, de fecha 16-07-2008. No obstante que el prestador fue debidamente intimado por el Ente a regularizar el servicio, y con el transcurso del tiempo el agua no se ajustó a los niveles mínimos de calidad, es que se emitió Resolución de Directorio E.P.A.S. n° 147/2008, por la cual se imputó a Obras Sanitarias Mendoza S.A. como presunto responsable de las deficiencias constatadas en la prestación del servicio de provisión de agua potable en Barrio Trapiche y Fusch, como así también en la zona de Benegas del Departamento de Godoy Cruz. El citado acto administrativo le fue notificado al Operador en fecha 29-09-2008.

Que por las razones citadas en el párrafo que antecede, y dado que la deficiencia técnica en el servicio se acrecentó, hecho éste comprobable a partir de los numerosos reclamos de Usuarios que se recibieron en el E.P.A.S., se emitió Resolución de Directorio n° 150/2008, por la que se intimó al concesionario para que en 24 hs. realizara los actos útiles necesarios a efectos de suministrar agua potable de acuerdo a los valores de turbiedad previsto en el Contrato de Concesión, como también, se otorgó 48 hs. para que implementara las medidas necesarias para evitar la presencia de formas insolubles de manganeso en el agua distribuida, etc...

Que a esta altura, se debe dejar debidamente puntualizado que el agua con óxido de

RESOLUCIÓN N°181/08

manganeso presenta sabor, color y olor indeseables. Particularmente en las auditorías se ha observado que el agua es muy turbia o presenta partículas roji-negras.

Que Gerencia de Auditoría, mediante informe de laboratorio N° 57/08, ha señalado lo siguiente:

“...el agua entregada a los usuarios no cumplía con las condiciones de calidad exigida, ya que la misma tenía alta turbiedad y color marrón..”

“También se puede deducir que desde los acueductos que provienen de la planta de Potrerillos existe aporte de hierro y manganeso, que por algún motivo se desprende de tal conducto y termina en las redes de distribución menores, con la afectación a la calidad del agua que llega directamente a los usuarios.”

“.....según las Guía y Recomendaciones de la OMS el agua debe cumplir con ciertas condiciones para la aceptación en el abastecimiento, por esta razón se sobreentiende que debe estar libre de partículas extrañas para ser aceptada desde el punto de vista estético. Además la presencia de partículas en suspensión dificulta la cloración y por ende pone en riesgo la calidad microbiológica”.

“Por otro lado y teniendo en cuenta lo establecido por el Código Alimentario Argentino, se entiende por agua potable de suministro público y de uso domiciliario al agua que es apta para alimentación y uso domestico. Por lo tanto no deberá contener substancias o cuerpos extraños de origen biológico, orgánico, inorgánico o radiactivo en tenores tales que la hagan peligrosa para la salud. Deberá además presentar sabor agradable y ser prácticamente inodora, incolora, límpida y transparente”.

“Teniendo en cuenta ahora la Normativa del EPAS, el agua entregada por la empresa OSM S.A., desde hace más de un mes en la zona en cuestión, no cumple con los parámetros, turbiedad, color, sabor, en cuanto al aspecto organoléptico, ni en los parámetros hierro y manganeso correspondiente a parámetros físico químico y de sustancias tóxicas inorgánicas respectivamente”.

Que por otro lado, y en las presentes actuaciones se emite informe económico n°

RESOLUCIÓN N°181/08

096/08, emanado de Gerencia de Regulación Económica, donde se concluye en que “...para aquellos Usuarios y/o zonas que se han visto afectados con óxido de manganeso, se establezca una reducción tarifaria del 62 % de la tarifa plena correspondiente al inmueble involucrado, por el periodo en que dure tal situación”.

Que ahora bien, el tema en cuestión -la existencia de óxido de manganeso en el servicio prestado por OSM S.A.- admite la existencia de dos aristas plenamente identificable, por un lado lo atinente a las consideraciones de índole técnica-contractuales, y por otro lado lo relativo a las cuestiones tarifarias.

Que abordar el primer aspecto señalado, se deben definir las normas jurídicas que rigen las relaciones entre el Concesionario, Usuarios y E.P.A.S. y con base en ello, determinar cuáles son las funciones a cargo del Ente Regulador, las obligaciones a cargo del Concesionario, y los derechos de los Usuarios, todo ello con respecto al tema en análisis.

Que en tal inteligencia, se puede sostener que la Concesión de la actividad que nos ocupa, resulta comprensiva de un Servicio, como es lo relativo al suministro de agua potable, que reviste la calidad de Público, el cual tiene por contenido la **“producción”**, **“distribución”**, **“comercialización”** de agua para el abastecimiento humano, como así también lo concerniente a desagües cloacales y tratamiento de aguas servidas (art. 14 de la Ley N° 6.044, art. 1 del Dec. 911/95 y art. 1.4 del Contrato de Concesión).

Que tal servicio necesariamente debe ser prestado de tal forma que se asegure su **“regularidad”** (prestación sujeta a normas técnicas y pautas de normalidad), **“calidad”** (prestación adecuada al nivel técnico y desarrollo científico de la actividad), **“generalidad”** e **“integralidad”**, **debiendo lograrse la satisfacción de los Usuarios y la protección del medio ambiente** (art. 15 de la Ley N° 6.044, art. 18 del Dec. N° 911/95 y art. 3.1 del Contrato de Concesión), como así también con el suministro del servicio se debe afianzar su **continuidad**, entendiéndose por tal la recepción ininterrumpida del mismo.

Que en forma concomitante, el Concesionario tiene a su cargo la **“construcción”**, **“mantenimiento”**, **“renovación”** y explotación de las instalaciones necesarias para la

RESOLUCIÓN N°181/08

prestación del Servicio en los términos de este Contrato. Debiendo “extender”, “mantener”, “renovar” y “rehabilitar” las redes externas de Agua Potable y Desagües Cloacales (art. 3.2.1 Contrato de Concesión). También tiene la obligación de “realizar..., las “tareas de renovación y/o mantenimiento correctivo de bombas, válvulas, hidrantes, conexiones y demás elementos constitutivos de los sistemas necesarios para la óptima prestación del Servicio”, (art. 3.3.10 del Contrato de Concesión).

Que en cuanto a la protección que brinda a los Usuarios la Ley N° 6.044, podemos destacar que “todas las personas físicas o jurídicas que habiten en la Provincia tienen derecho a la provisión de agua potable... en la forma y condiciones que determine esta Ley y sus reglamentaciones (art. 32 de la Ley N° 6.044). Tal extremo se integra con lo previsto en cuanto a los Operadores, quienes deben “prestar el servicio en la forma y condiciones que determine esta Ley, sus reglamentaciones y el E.P.A.S.” (art. 28 inc. 11 de la Ley N° 6.044).

Que las normas descriptas constituyen un apretado extracto de las obligaciones que el marco legal vigente impone al concesionario, y de donde resulta claro que la situación detectada y constatada por el E.P.A.S., **compromete** y **vulnera** las siguientes condiciones obligatorias de suministro, como son la uniformidad, regularidad, calidad y eficiencia.

Que en el contexto delineado se puede arribar a una primera conclusión y es que el suministro del servicio público domiciliario a cargo de OSM S.A. ha sufrido alteraciones que resultan imputables al Operador.

Que de la secuencia propuesta se desprende una nueva reflexión, y es comparar el servicio realmente prestado y el servicio facturado. En tal sentido, resulta evidente que el servicio, en el caso que nos ocupa, como se adelantara, no ha reunido las características que informan los servicios públicos en general y en consecuencia no es admisible que su facturación responda a pautas de normalidad en el suministro cuando las mismas no han sido alcanzadas. Entonces, el servicio facturado debe reflejar el servicio efectivamente prestado.

Que así, se puede arribar a una nueva conclusión y es que al estar en presencia de un servicio público que se encuentra íntimamente unido a su uso, y ante tal uso corresponde su

RESOLUCIÓN N°181/08

pago; pero este último extremo –el cobro- está ligado al concreto, efectivo, regular, etc., suministro. De ello se colige que el cobro por un servicio no prestado, o exigir el pago a quien no ha disfrutado plenamente del servicio, resulta a todas luces injusto e irrazonable, en definitiva improcedente.

Que la posición descripta, se funda en los párrafos que anteceden, y que en definitiva intentan significar que si el concesionario suministra el servicio a su cargo, en forma deficitaria no tiene derecho a retribución plena, al menos por el período que no cumplió con su obligación. En conclusión, en tales circunstancias no es acreedor de la contraprestación que de ordinario genera la correcta provisión del servicio.

Que entrando en el análisis de la otra arista que presenta la presencia de óxido de manganeso en el servicio suministrado por OSM S.A., relativa a los aspectos tarifarios que embeben el servicio público que nos ocupa, se puede sostener que es norma general de la prestación del servicio en materia tarifaria, que los Operadores tienen derecho al cobro de todo trabajo y actividad vinculada directa o indirectamente con el Servicio prestado (art. 5 del Régimen Tarifario) Que en cuanto a las tarifas a cobrar por los Operadores, la normativa vigente establece ciertos criterios, entre los que citan los siguientes: - “Las tarifas deberán reflejar los costos de operación, mantenimiento y amortización de los servicios y una retribución razonable para el operador, en el contexto de una administración eficiente” (Art. 23 ap. 2° de la Ley N° 6044) - La facturación total de cada Operador por precios y tarifas deberá reflejar el costo económico de una prestación eficiente del Servicio, incluyendo la realización del Plan de Operación y Expansión, así como el beneficio, y en atención en todos los casos al uso eficiente del recurso y el sostenimiento y promoción de los espacios verdes.(Art 44. a) del Decreto 911/95). - El nivel y estructura tarifaria por el Servicio, no discriminarán entre Usuarios que reciban Servicios de calidad similar y se encuentren bajo la misma categorización tarifaria, trátase de Usuarios públicos o privados. (Art 44. b) del Decreto 911/95).

Que es decir, en una interpretación integral de la normativa citada se desprende, como

RESOLUCIÓN N°181/08

se adelantara, que el Operador tiene derecho a percibir un importe por los servicios prestados en condiciones que aseguren su continuidad, regularidad, calidad, generalidad e integralidad. Asimismo, el servicio tiene que satisfacer las necesidades de los usuarios, los que tienen que recibir un trato igualitario tanto en materia de servicio, así como en la tarifa abonada por los mismos. En definitiva, la tarifa debe resultar una contraprestación equivalente al servicio recibido.

Que por los antecedentes vertidos, se evidencia que las tarifas previstas en el Contrato de Concesión, se deben corresponder de manera irrestricta con los niveles de servicios establecidos en las normas aplicables, en cuanto a continuidad, regularidad, calidad, generalidad e integralidad que el servicio debe poseer.

Que en este sentido, la actual situación de prestación irregular del servicio de provisión de agua plantea la necesidad de examinar la procedencia del derecho a cobrar el servicio que se reconoce a los Operadores.

Que si bien en el Régimen Tarifario del Contrato de Concesión no se prevén explícitamente disminuciones tarifarias, en caso en que la prestación del servicio se realice en forma inadecuada o ineficiente, resulta conducente que toda medida que tienda a resguardar y a equilibrar la relación concesionario-usuario justifica el establecimiento de normas regulatorias específicas.

Que al respecto el Régimen Tarifario, establece facultades reglamentarias del Ente Regulador, expresando el Artículo N° 3: “El Ente Regulador dictará toda reglamentación en materia tarifaria que considere necesaria a los efectos de la aplicación del presente Régimen Tarifario, con arreglo a las disposiciones de la Ley N° 6.044 y considerando las normas establecidas en el Contrato de Concesión”. Con relación a la facultad del EPAS para reglamentar en materia de tarifa situaciones no previstas en el Contrato de Concesión, la Suprema Corte de la Provincia ya se ha expedido al respecto: “En ello coincido que no media regulación legal de la situación fáctica concreta indicada, razón por la cual es legítima la conclusión a la que arriba el EPAS de dar tratamiento y dictar una resolución fundada donde

RESOLUCIÓN N°181/08

se contemple el régimen tarifario que le compete a los inmuebles ubicados en el área servida por el Operador a quienes se les factura por el sistema de cuota fija sin tener conexión, por no encontrarse previsto en el régimen tarifario. En este marco referencial la equiparación desde el punto de vista económico realizada por el Ente Regulador del usuario conectado con servicio suspendido o desconectado, con el usuario no conectado, donde rige la presunción de consumo nulo, siempre en el sistema tarifario de cuota fija, que lleva a facturar en forma idéntica a ambos por aplicación del art. 33 resulta razonable además de lógica...” (Suprema Corte de Justicia Sala 2 – 14-06-2007 Expte 71459 “OSM SA C/ EPAS P/ APA”).

Que asimismo, el Ente Regulador resolverá fundadamente, aquellos casos que por sus características singulares requiriesen un tratamiento especial o bien no hubiesen sido previstos en el presente Régimen Tarifario.

Que en función de lo expresado, existe un vacío legal en lo concerniente a la tarifa a cobrar a los Usuarios que no reciben el servicio en condiciones de calidad, y es precisamente sobre este aspecto que el Ente Regulador ostenta facultades regulatorias. En este sentido, se efectúa el siguiente análisis:

Que en primer lugar, se puede afirmar que no resulta justo que Usuarios que no reciben el servicio en niveles de calidad aceptables, abonen una tarifa idéntica que aquellos que poseen el servicio en óptimas condiciones de calidad.

Que esta afirmación, no sólo se sustenta en las normas establecidas en el plexo normativo relativo a la Concesión, sino también en la doctrina imperante sobre principios tarifarios.

Que al respecto, resulta interesante, citar algunos principios rectores sobre aspectos tarifarios, mencionados en “Los Servicios Públicos – Régimen Jurídico Actual”, como son la **Razonabilidad** - partiendo de la situación de debilidad en que se hallan los Usuarios frente a los prestadores de servicios, y éstos ante la autoridad tarifaria. Se trata de una garantía genérica de que todos los aspectos del cuadro tarifario deben ser establecidos con criterios objetivos, medidos y justificables, teniendo en consideración las condiciones generales en

RESOLUCIÓN N°181/08

que se desenvuelve su prestación -, **Justicia** - es justa la tarifa que no discrimina arbitrariamente entre los usuarios -, **Proporcionalidad** - es proporcional la tarifa que guarda una razonable correspondencia entre los precios efectivamente pagados por los usuarios y la prestación efectiva, en la calidad y cantidad del servicio suministrado -, **Realidad** – en sus tres significados y cuatro aplicaciones: “Los significados son: Realidad de la correspondencia entre lo que se cobra y lo que se presta y consume. Realidad de las diferencias de costos o circunstancias que fundan diferencias tarifarias. Realidad de la ocurrencia de costos que se cobran ante circunstancias contingentes del servicio. Las aplicaciones consisten en: No cobro de servicios no iniciados, finalizados, interrumpidos o suspendidos. No cobro de consumos estimados o presumidos, presentes o futuros, sino sólo de efectivos. Justificación de diferencias tarifarias en costos efectivos o políticas de reordenamiento del consumo. No cobros contingentes más allá de los costos efectivos de las circunstancias que los justifican. Cabe tener en consideración que si se quiere que este principio sea efectivo, no meramente teórico, habrá que admitir, tanto en sede judicial como administrativa, la inversión de la carga de la prueba, debiendo ser, entonces, el prestador del servicio quien deba aportar la prueba de la efectiva prestación de él, del costo del servicio, etc.”.

Que a su vez, el Marco Regulatorio expresa: “El nivel y estructura tarifaria por el Servicio, no discriminarán entre Usuarios que reciban Servicios de calidad similar y se encuentren bajo la misma categorización tarifaria, trátase de Usuarios públicos o privados” (Art 44. b) del Decreto 911/95).

Que en virtud de los extremos descriptos se puede concluir razonablemente en que los Usuarios que se han visto afectados por la presencia de óxido de manganeso en el agua potable deban abonar una tarifa inferior con el objeto de lograr: - una adecuada correspondencia entre el precio pagado y la calidad de servicio prestado por el Operador, - razonabilidad entre los aspectos del cuadro tarifario y las condiciones generales en que se desenvuelve la prestación del servicio, - que la tarifa no discrimine arbitrariamente entre Usuarios, - equidad, en el sentido que Usuarios que reciban servicio con diferentes niveles de

RESOLUCIÓN N°181/08

calidad abonen distintas tarifas (igual calidad en la prestación, idéntica tarifa entre Usuarios; menor calidad en la prestación, tarifa inferior).

Que ahora bien, resultaría complejo y subjetivo desde el punto de vista económico, determinar una exacta proporcionalidad en la disminución tarifaria a aplicar a aquellos Usuarios que han visto vulnerada la calidad en el servicio por la presencia de óxido de manganeso en el agua potable.

Que por ello se pretende adoptar una decisión que refleje en las tarifas un principio de equidad hacia los Usuarios que no reciben el servicio en condiciones de calidad.

Que en tal orden de ideas, a manera de conclusión final, y teniendo en cuenta las características del agua con óxido de manganeso, se puede interpretar que los Usuarios afectados no cuentan con agua potable en la calidad exigible, con lo cual se le puede asemejar a aquellos Usuarios que tienen el servicio suspendido o que no poseen conexión alguna. Para ambos casos, tanto el Régimen Tarifario como la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en el fallo antes citado establece que los Usuarios deben abonar el 38 % de la tarifa plena, lo que equivale a una disminución del 62% del valor de la tarifa plena aplicable a los Usuarios afectados.

Que uso de las atribuciones fijadas por la Ley N° 6044 y su Marco Regulatorio.

EL DIRECTORIO

DEL ENTE PROVINCIAL DEL AGUA Y DE SANEAMIENTO

RESUELVE:

Artículo 1°: Dejar establecido que para el caso de los Usuarios afectados por la presencia de óxido de manganeso, en el servicio suministrado por el concesionario OSM S.A. en la zona Oeste del Departamento de Godoy Cruz, corresponde una reducción tarifaria del 62 % de la tarifa plena de agua potable correspondiente al inmueble involucrado y por el periodo en que dure tal situación. Debiendo el Concesionario O.S.M. S.A. abstenerse de cobrar por tal periodo sumas superiores o en su caso, reintegrar a los Usuarios los importes que haya

RESOLUCIÓN N°181/08

percibido por ese concepto.

Artículo 2°: Determinar que la zona a que se refiere el artículo anterior queda delimitada de la siguiente forma: al Norte por calle Rivadavia, al Sur por el límite entre los departamentos de Godoy Cruz y Luján de Cuyo - calles Provincia de La Pampa y La Carrodilla -, al Este por el Acceso Sur y al Oeste por Canal Civit (calles Toledo, Zaragosa y Soler). Dicha delimitación será ampliada en todos aquellos casos que el EPAS compruebe la presencia de Óxido de Manganeso en el agua suministrada por Obras Sanitarias Mendoza SA a los Usuarios.

Artículo 3°: El Operador deberá refacturar y/o acreditar según corresponda a los usuarios afectados según lo expresado en el artículo 1° de la presente resolución, a partir del 01-07-2008 en adelante, y hasta tanto se regularice el servicio de agua potable en forma definitiva.

Artículo 4°: Instruir a las Gerencias de Usuarios y de Auditoría del Ente a los efectos que realicen un especial seguimiento del cumplimiento de la presente disposición por parte de OSM S.A.. Además, deberán informar sobre el cese de la situación planteada a los efectos de componer nuevamente la facturación.

Artículo 5°: Notifíquese a quien corresponda, dese al Libro de resoluciones de Directorio y archívese.

Sr. EDGAR M. NUÑEZ
DIRECTOR
Ente Provincial de Agua
y Saneamiento

AGRIM. SERGIO A. AGÜERO
DIRECTOR
Ente Provincial de Agua
y Saneamiento

CDOR. ALBERTO CESAR CANAL
DIRECTOR
Ente Provincial de Agua
y Saneamiento

ING. GONZALO M. DAVILA
VICE-PRESIDENTE
Ente Provincial de Agua
y Saneamiento

DR. ERNESTO JAVIER MONTORO
PRESIDENTE
Ente Provincial de Agua
y Saneamiento