

2. — Si no resulta posible establecer un sistema individual de medición del servicio de aguas para cada una de las unidades funcionales, para llegar a la real medición de los consumos sólo podrá facturarse el cargo fijo establecido para cada categoría, pero no podrá disponerse una medición global del consumo de todo el edificio, cuyo pago será prorrateado de acuerdo a la extensión de cada unidad, y no de conformidad al servicio efectivamente prestado y consumido.
3. — El E.T.O.S.S. no tiene facultades para disponer una medición global del consumo de todo el edificio —resoluciones 8 y 12/94 (Adla, LIV-B, 1892)—, cuyo pago será prorrateado de acuerdo a la extensión de cada unidad funcional, y no de conformidad al servicio efectivamente
4. — Prestado y consumido, pues aquél sólo puede verificar la procedencia de las revisiones y ajustes que deban aplicarse a los valores tarifarios y aprobar los cuadros tarifarios y precios de los servicios que preste el concesionario.
4. — Procede la acción de amparo que persigue la declaración de nulidad de las resoluciones 8 y 12/94 del E.T.O.S.S. (Adla, LIV-B, 1892), que establecen un sistema de medición global que será cobrado a los consorcios de propietarios, tanto respecto de las partes comunes como de las unidades funcionales, pues produciría un daño grave e irreparable a los usuarios, ya que el modo de prorratear el pago del servicio haría imposible otorgar una reparación adecuada a quienes hayan pagado de más por consumos que no han efectuado.

NOTA A FALLO

L.L. 2001-E, p. 237 ss.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS TARIFAS Y LA MEDICION DEL CONSUMO EN LOS SERVICIOS PUBLICOS

POR ESTELA B. SACRISTÁN

SUMARIO: I. Planteo. — II. Algunos conceptos relevantes. — III. Otras relaciones. — IV. La medición del agua y la experiencia norteamericana. — V. La medición del agua y la experiencia británica. — VI. A modo de conclusión.

I. Planteo

Estas líneas están motivadas por el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en autos "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional - PEN - Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos y otros s/ amparo ley 16.986" (1), vinculado con la posibilidad de instalación de medidores del consumo global de agua en los edificios de departamentos y el pago directo, por parte del respectivo consorcio de propietarios, prorrateándose el monto a sufragar de acuerdo a la extensión de cada unidad funcional y no de conformidad al servicio efectivamente prestado y consumido.

La ajustada mayoría de la Corte, que se pronunció en el sentido de que tal posibilidad le estaba vedada al ente regulador Etoss (Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios), estuvo integrada por cinco jueces: ministros doctores Eduardo Moliné O'Connor, Carlos S. Fayt, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López y Gustavo A. Bossert; éste último, según su voto. Suscribieron la disidencia el señor presidente doctor Julio S. Nazareno, y los señores ministros doctores Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi y Adolfo Roberto Vázquez.

A propósito de dicho fallo, repasaremos algunos conceptos relacionados con lo que se conoce como "principio de proporcionalidad" de las tarifas —que, además, ha sido aludido por la Corte Suprema en diversos fallos, incluyendo Fernández (2) en el que se debatía la procedencia de una cuestión tarifaria de redondeo—, y su vinculación con la posibilidad de medición del consumo —que fuera considerada por el Alto Tribunal en el fallo Telefónica de Argentina S.A. (3), en el que se analizaba la constitucionalidad

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1) Fallos: 323: 2519. También analizado en CACCIOLATO, Mirta y CONSTANTINO, Juan, "Al César lo que es del César (y al consorcio lo que es del consorcio) - El caso de los medidores de agua en edificios afectados a propiedad horizontal", en JA, 2001-I, p. 62 y sigtes., y publicado en ED, 30/11/2000.

(2) Fallos: 322: 3008, cons. 13. Ampliar en GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo - La Defensa del Usuario y del Administrado, 4ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, t. 2, p. VI-20 y n. 3.36, y sus citas.

(3) Fallos: 321: 1074.

5. — Procede la acción de amparo que persigue la declaración de nulidad de las resoluciones 8 y 12/94 del E.T.O.S.S. (Adla, LIV-B, 1892), que establecen un sistema de medición global que será cobrado a los consorcios de propietarios, tanto respecto de las partes comunes como de las unidades funcionales, pues la cuestión planteada no exige amplitud de debate y prueba sino sólo la confrontación de las resoluciones referidas con las normas en cuyo marco ejerce sus atribuciones el ente y sobre las que basó su dictado.
6. — Las resoluciones del E.T.O.S.S. 8 y 12/94 (Adla, LIV-B, 1892), que dispusieron una medición global del consumo de todo el edificio, cuyo pago será prorrateado de acuerdo a la extensión de cada unidad funcional, y no de conformidad al servicio efectivamente prestado y consumido, extendieron con ilegalidad manifiesta la institución del responsable respecto del consorcio de propietarios —art. 72 de la ley 13.577 incorporado por la ley 20.324—, prevista exclusivamente para el sistema de cuota fija (del voto del doctor Bossert)
7. — Las resoluciones del E.T.O.S.S. 8 y 12/94 (Adla, LIV-B, 1892), que dispusieron una medición global del consumo de todo el edificio, cuyo pago será prorrateado de acuerdo a la extensión de cada unidad funcional, y no de conformidad al servicio efectivamente prestado y consumido, no adolecen de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, pues encuentran fundamen-

de una ley provincial sobre instalación de medidores de consumos telefónicos—. Asimismo, se efectuarán algunas acotaciones emergentes de la experiencia norteamericana y británica. Finalmente, se ensayarán las conclusiones del caso.

II. Algunos conceptos relevantes

En esta sección nos detendremos en el denominado principio de proporcionalidad, algunas de las aparentes excepciones al mismo, y la cuestión de la medición del consumo.

Proporcionalidad: La doctrina ha afirmado que existe un principio de proporcionalidad de las tarifas de los servicios públicos conforme el cual éstas deben surgir de "una ecuación equilibrada con el costo del servicio" (4), al que cabe "añadir una utilidad tasada y establecida también en forma proporcional" (5) cuando el servicio es prestado por el sector privado. En igual sentido, también se ha señalado que "la proporcionalidad de la tarifa está en relación directa con la cantidad y calidad del servicio recibido y el costo de ese servicio" (6). De lo dicho se colige que la relación

de proporcionalidad presentaría un aspecto dual ya que emerger de vincular lo sufragado con dos elementos básicos de la realidad de la relación de consumo de un servicio público: a) la "cantidad" de servicio consumido por el usuario (7); y b) el "costo" para la empresa de proveer ese servicio (8).

Excepciones: Un repaso de los principales servicios privatizados permite detectar que no siempre lo que los usuarios sufragan por el servicio está directamente vinculado al real "costo" involucrado. Consideremos el envío de una carta simple de no más de veinte gramos: sin importar el destino dentro del ámbito geográfico del país, dicho envío está sujeto a una tarifa plana (9); su precio es invariable independientemente de la distancia entre el punto de origen y el destino (10).

También puede suceder que el monto sufragado no se relacione estrictamente con la "cantidad" de servicio obtenido. El prestador del servicio puede efectuar descuentos por cantidad cuando media adquisición de grandes cantidades o volúmenes, de servicios de una calidad predeterminada (11); es este

(4) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", t. II, p. 444, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

(5) CASSAGNE, Derecho..., cit., t. II, p. 444.

(6) KAUFMAN, Gustavo A., "Tarifas de Servicios Públicos", en ED, t. 127, p. 919 y sigtes., esp. p. 922; BIANCHI, Alberto B., "La Regulación Económica", Ed. Abaco, Buenos Aires, 2001, t. I, p. 331. En similar sentido, para la etapa pre-privatizaciones, VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, "Derecho Administrativo", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, t. III, p. 169 y sigtes., esp. p. 182, para quien "la tasa debe ser proporcional al costo del servicio, y para su legitimidad la prestación ha de tener realidad", inteligencia reiterada en p. 186 de dicha obra.

(7) Se ha advertido oportunamente que "los usuarios tienen derecho a no pagar tarifas que sean... desproporcionadas al servicio que reciben", conf. GORDILLO, "Tratado...", cit., t. 2, p. VI-19 y n. 3.35.

(8) Acerca de la cuestión del "valor" del servicio y del "costo" del servicio, ampliar, entre otros, en GOODMAN, Leonard S., "The Process of Ratemaking", t. II, p. 1009 y sigtes., Public Utilities Reports Inc., Vienna, Va., 1998.

(9) Cons. 1° y art. 2° del decreto 840/97, y pliego aprobado por decreto 265/97, numeral 3.3.

(10) Entre nosotros, al igual que en los Estados Unidos, la razón de ser de tal política de precios sería mantener unidas postalmente a los habitantes de todas las provincias o estados entre sí, contribuyéndose de tal modo a la unión nacional.

(11) Si bien excede el límite de estas líneas, no podemos soslayar el hecho de que para que una empresa de servicios públicos pueda ofrecer y concretar descuentos por cantidad o volumen, es necesario que cuente con un mercado de usuarios garantizado tal que se cubran al menos sus costos. En este sentido, —en pos de la claridad— debemos tener presente el

to en numerosas disposiciones que las precedieron (del voto en disidencia de los doctores Nazareno, Belluscio, Petracchi y Vázquez).

102.483 — CS, 2000/09/14 (*). — Defensor del Pueblo de la Nación c. M.E.O. y S.P. y otros.

Dictámenes del Procurador General de la Nación:

I. A fs. 2/7, el Defensor del Pueblo de la Nación y una abogada —por derecho propio—, promovieron acción de amparo contra el Estado nacional (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos), el Ente

(*) Citas legales del fallo núm. 102.483: leyes 48 (Adla, 1852-1880, 364); 4055 (Adla, 1889-1919, 533); 12.194 (Adla, 1920-1940, 640); 13.512 (Adla, VIII-254); 13.577 (Adla, IX-A, 289); 16.986 (Adla, XXVI-C, 1491); 24.324 (Adla, XXXIII-B, 1485); 24.240 (Adla, LIII-D, 4125); decretos 787/93 (Adla, LIII-D, 4235); 999/92 (Adla, LII-C, 2993); 1333/74 (Adla, XXXIV-C, 2064)

el caso de las plantas industriales o de las centrales eléctricas que pueden llegar a consumir el 25% de la demanda total de gas (12), por lo que sufragar por dicho producto un precio inferior; o el caso de los grandes usuarios de energía eléctrica, que pueden adquirirla en el mercado eléctrico mayorista bajo condiciones más económicas que las que les corresponderían como clientes o usuarios cautivos de la distribuidora de su área (13).

Asimismo, existen casos de proporcionalidad aparentemente inexistente en ciertos conceptos que pueden integrar la facturación. Es el caso del cobro del denominado "cargo fijo" (14) medie o no consumo del servicio, el cual, según algún sector de la doctrina local, afecta principalmente a usuarios residenciales (15) de ciertos servicios. Esta modalidad —también conoci-

concepto del usuario que configura un "cliente fijo" o usuario fijo, ya que su existencia permite que se operen aquellas alteraciones. A su vez, cuando un servicio público es provisto en condición de monopolio, sea éste de fuente legal o bien natural o de facto se pueden establecer, "clases" o categorías de usuarios a los que se les podrán ofrecer unidades del servicio a un precio estándar o promedio, y "clases" o categorías de usuarios a los que se les podrán aplicar los precios inferiores a aquéllos. Ello será posible en la medida en que existan usuarios fijos en una determinada porción de tiempo; una población usuaria móvil no garantizará la cobertura de los costos fijos.

(12) Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, La Regulación de la Competencia y de los Servicios Públicos - Teoría y Experiencia Argentina Reciente, p. 429, Buenos Aires, 1999.

(13) Véase LORENTI, Pedro, "Aproximación al Régimen Jurídico del Sector Eléctrico en la República Argentina y a sus Fuentes en el Derecho Comparado", en Revista del Régimen de la Administración Pública, esp. p. 111, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1997, N° 227, p. 83 y sigtes.

Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (E.T.O.S.S., en adelante) y la empresa Aguas Argentinas S.A., con el fin de obtener que se declare la nulidad del art. 5° y concordantes del Capítulo I, Anexo VII, del decreto N° 787/93 del Poder Ejecutivo Nacional; de las resoluciones 8/94 y 12/94 del E.T.O.S.S. y de toda otra norma que disponga que la facturación del componente medido de la provisión de agua potable y desagües cloacales en los edificios afectados al régimen de propiedad horizontal se efectúe en forma global, con cargo al consorcio de copropietarios respectivo.

Indicaron que la empresa co-demandada comunicó a los usuarios afectados al régimen de la ley 13.512 que, a partir del primer bimestre de 1996, comenzaría a englobar en una sola factura el consumo de cada unidad funcional, por medición de metros cúbicos, que sería remitida al administrador del consorcio para su pago.

También informó que, teniendo en cuenta que la medición de consumos no será individual por depar-

da como facturación mínima (*minimum billing*) ó cargo al cliente (*customer charge*) ó disponibilidad del servicio (*readiness to serve*) entre los norteamericanos, o cargo permanente (*standing charge*) entre los británicos— apunta a la recuperación, por parte de la empresa, de los "costos fijos" involucrados (16) en el servicio, posee larga data en nuestro medio (17), y a obtenido diversa interpretación jurisprudencial en los Estados Unidos. Así, la interpretación ha transitado desde la preferencia por mantenerlo lo más bajo posible, muy por debajo de los costos fijos que debe cubrir —tal el caso de California— en la creencia de que tal postura posibilitaría que los usuarios tengan mayor control de su consumo (18); hasta el extremo opuesto, esto es, la verdadera cobertura de esa clase de costos —tal el caso de New York— con fundamentos en el principio de gradualismo (*gradualism*) y el

(14) Ampliar en KAUFMAN, "Tarifas..." cit., p. 922. Para la etapa pre-privatizaciones, ampliar en VILLEGAS BASAVILBASO, Derecho... cit., t. III, p. 183.

(15) FUNDACION DE INVESTIGACIONES ECONOMICAS LATINOAMERICANAS, La Regulación, cit., ps. 452-453.

(16) GOODMAN, "The Process..." cit., t. II, p. 1034. En igual sentido, KAUFMAN, "Tarifas..." cit., p. 922; BIANCHI, "La Regulación..." op.loc.cit.; VILLEGAS BASAVILBASO, "Derecho..." cit., t. III, p. 183, para quien "la medida de la tasa tiene como límite el importe de los gastos realizados para la implantación y funcionamiento del servicio".

(17) La antigua ordenanza 8028 de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires autorizaba a la Cía. Argentina de Electricidad a cobrar una "tarifa mensual mínima" destinada a que la compañía afrontara diversos gastos de instalación de redes; al respecto, pueden verse CARRILLO, Pedro, "Las Tarifas de los Servicios Públicos en Concesión", en LA LEY, 63-889 (secc. doctr.) y sigtes., esp. p. 893, y el caso "Parravicini", Fallos: 184:188.

(18) Southern California Gas Company, 129 PUR4th 278, p. 313.

tamento, en esa única factura se detallará el consumo global del edificio, la suma de las bases libres correspondientes a cada unidad funcional, el exceso de consumo sobre esta suma y el monto fijo correspondiente a cada unidad, de acuerdo a los porcentuales de dominio registrados en Aguas Argentinas S.A. Asimismo, previno que las unidades que cuenten con una o más conexiones que las abastezcan de manera exclusiva e independiente de las restantes del inmueble, así como los que opten por ser medidos en forma individual, siempre y cuando la conexión sea técnicamente posible, deberán notificárselo dentro del plazo de treinta días.

Sostuvieron que el nuevo régimen es manifiestamente arbitrario, injusto e irrazonable, ya que un usuario tendría que pagar por un servicio que no utilizó, o que utilizó en menor medida que lo facturado, o que unos copropietarios tendrán que abonar la parte del consumo que le corresponde a otros que, por

evitar impactos notables (*harsh impacts*) en los usuarios (19). Creemos que en el cargo fijo debería existir una proporcionalidad, esta vez, en relación al "costo" involucrado en mantener disponible el servicio (20).

Estas aparentes excepciones, empero, no pueden hacernos olvidar la regla en materia de tarifas: debería existir proporcionalidad entre lo sufragado y la real "cantidad" del servicio recibido, y entre lo sufragado y el "costo" de ese servicio, dada una determinada calidad (21).

Medición: Ahora, para determinar la cantidad de servicio recibido, hace falta contar con un modo de medición del mismo. Los servicios, como es sabido, se cuentan en unidades mensurables de consumo, a saber, litros o galones, metros o pies cúbicos, *kilowatts-hora*, entre otros, que se reflejan, a su vez, en un medidor (*meter*); son aquellas, entonces, algunas de las unidades de medición "necesarias" para que se pueda analizar la concurrencia del principio de propor-

(19) Long Island Lightning Corporation, 129 PUR4th 131, p. 159-160; National Fuel Gas Distribution Corporation, 164 PUR 4th4, ps. 31-32.

(20) La cuestión del cargo fijo en el ámbito del agua es similar a la del gas, conf. la clásica obra de BARNES, IRSTON R., "The Economics of Public Utility Regulation", F.S. Croft & Co., New York, 1942, p. 359. Para el cargo fijo en el sector del gas, ampliar en AUDITORIA GENERAL DE LA NACION, "Análisis Jurídico de la Tarifa en el Servicio Público de Transporte y Distribución del Gas", documento técnico 3, Buenos Aires, 1995, t. II, cap. IV, p. 15, donde, al analizarse la situación en el derecho comparado, se admite que "el cargo fijo reconoce una realidad y es la necesidad de incorporar los costos de distribución de clientes domiciliarios cuyo consumo es generalmente bajo". Acerca del coste real necesario para el funcionamiento del servicio (incluyendo su disponibilidad, prestación e innovación) en general, véase VILLAR ROJAS, Francisco J., "Tarifas, Tasas, Peajes y Precios Administrativos - Estudio de su naturaleza y régimen jurídico", p. 155, Comares S.L., Granada, 2000.

cualquier motivo, no afronten su pago. Asimismo, como en la mayoría de los casos, por dificultades técnicas o por el alto costo de la instalación, no existen medidores individuales en las unidades que integran un consorcio, ocurrirá que quien no consumió la cantidad de metros cúbicos que, de acuerdo con el porcentual de su unidad le serán reclamados, tendrá que pagarlo indefectiblemente. También, en función de la responsabilidad del consorcio, podría suceder que quien pague puntualmente sus expensas tenga que afrontar importes que no le correspondan para que el servicio no sea cortado.

Afirmaron que las normas impugnadas atentan contra diversas disposiciones constitucionales y legales. Entre las primeras, citaron a los arts. 16, 17, 31, 42, 76 y 99, inc. 2°, mientras que, con relación a las segundas, mencionaron a los arts. 29 de la ley 24.240, de defensa del consumidor y 8 y 13 de la ley 13.512.

cionalidad entre la tarifa a sufragar y la cantidad de servicio, y entre aquélla y el costo del servicio. La existencia de esas unidades de medición —dada una calidad predeterminada, insistimos— facilitan, de esta manera, llevar a cabo la verificación de si aquel principio se cumple. Pero, además —y no por ello con menor significancia— permiten, entre otros objetivos: a) que el usuario pondere y administre el costo en el que incurrirá al consumir el servicio, esto es, que racionalice su consumo (22); b) que la empresa prestadora no deba facturar los consumos con base en conceptos desligados de la realidad de los volúmenes utilizados, por ejemplo, con apoyo en índices presuntivos pretendidamente determinantes de aquéllos. Analicemos estas dos afirmaciones.

Con respecto al acápite a), puede decirse que si el usuario conoce el valor de la unidad de consumo, y eventualmente el total de consumos realizados, podrá controlar el gasto en el que incurrirá al utilizar cada unidad de servicio. Recordemos que cuando pensa-

(21) BIANCHI, La Regulación..., cit., p. 331.

(22) Criterio acertadamente propiciado en el mencionado fallo "Telefónica de Argentina", Fallos: 321: 1074, cons. 14 de la disidencia del doctor Vázquez, al considerarse que "el sistema de medidores de la ley rionegrina... hace más... racional el servicio... La ley local intenta, con justicia, que [los usuarios] tengan a su alcance el control de su propio consumo [de pulsos]". En el caso, se debatía la posibilidad de que, por ley provincial, la empresa instalara medidores del consumo telefónico a pedido de los usuarios, haciéndose éstos cargo del costo; la mayoría de la Corte decidió que la reglamentación del servicio telefónico es facultad delegada por las provincias a la Nación, por lo que se hallaba fuera de las competencias constitucionales de éstas el dictado de una ley de esa clase (cons. 6° del voto de la mayoría); en el voto concurrente de los doctores Petracchi y López se declaró la invalidez de dicha ley provincial (art. 75, inc. 13 C.N.); votaron en disidencia el doctor Nazareno, quien declaró inadmisibile el recurso extraordinario de la empresa, y el doctor Vázquez, quien declaró procedente el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada, que rechazaba la demanda de Telefónica.

Finalmente, señalaron que no es correcto que el art. 72 de la ley 13.577, modificada por la ley 20.324, sirva de fundamento a las resoluciones 8/94 y 12/94 del E.T.O.S.S. para atribuir responsabilidad al consorcio por el pago total de facturación del servicio —cuando, por razones técnicas y económicas, no pudieran instalarse medidores en cada unidad— pues, si fuera así, la referida disposición, al convertir las obligaciones individuales de cada propietario en obligaciones del consorcio, desnaturalizaría el régimen de la ley 13.512 y, por lo tanto, tal interpretación deviene inconstitucional. En su opinión, cuando la ley faculta al Poder Ejecutivo “para disponer que el responsable del pago de los servicios sea el usuario directo de los mismos, ya se trate del propietario o del consorcio”, está disponiendo, en realidad, la atribución de determinar el alcance de los servicios directos de cada uno, pero no la conversión de su naturaleza. El servicio directo de agua a cargo del consorcio es lo que éste

utiliza en los espacios comunes, pero nunca el uso de agua de cada consorcista en forma directa.

A fs. 51/53, ampliaron la demanda y señalaron que, para implementar la modificación del sistema, la concesionaria dotará a los consorcios de un único medidor, trasladándoles la responsabilidad de abonar el importe del consumo y al administrador la de cancelar la factura correspondiente, con excepción de las unidades que cuenten con una o más conexiones de abastecimiento exclusivas e independientes y de los usuarios que opten por la medición individual “siempre que la conexión sea técnicamente posible”, quienes deberían notificar a la prestadora dentro de los treinta días de recibida la información del cambio de sistema.

Asimismo destacaron que, implementar el servicio medido en “zonas residenciales”, es facultativo

mos en lo que se sufraga por un bien o servicio, se busca la relación costos-beneficios en punto a lo que se adquiere; si el costo —para el usuario— guarda arreglo con el beneficio, seguramente incurrirá en él. Desde el punto de vista de la información, esta postura es aconsejable ya que se establece una simetría que coadyuva a la responsable decisión del usuario en punto a incurrir en el gasto o no.

En lo que hace al acápite b), puede afirmarse que si existen unidades de consumo a contabilizar y facturar, se evita que se facturen —con el auxilio de los mencionados índices presuntivos determinantes del consumo— conceptos desligados de la realidad del consumo realmente efectuado por el usuario. Este es el caso de la facturación de los servicios de suministro de agua en determinadas jurisdicciones: la fórmula que se emplea para facturarla toma en cuenta elementos tales como la superficie del lote donde se halla ubicada la propiedad servida, o la superficie construida de ésta, mas no el real consumo incurrido, íntimamente relacionado con la realidad ocupacional del inmueble en el sentido de que, a mayor ocupación humana, mayor consumo, y viceversa.

Por ello, la cuestión de la medición o metering alcanza pero excede el mero logro del “equilibrio entre los costos y los beneficios del mismo” (23); las dos re-

flexiones de los acápites anteriores propiciarían alentarlos, para que sea de empleo extendido, dadas, por cierto, las condiciones edilicias necesarias para la instalación del correspondiente medidor.

Proporcionalidad y ausencia de medición: La doctrina local ha formulado críticas al sistema de tarificación de ciertos usuarios residenciales en el ámbito específico de la concesión del servicio de agua en el área metropolitana. Dado que la facturación se efectúa bajo la modalidad de “servicio no medido” en un 90% o 93,5% (24) de aquélla, y considerando que dicha clase de facturación se basa en la superficie y calidad de la vivienda servida, incluyendo diferencias derivadas de la zona en la cual la misma se encuentra, se ha aseverado que, de esta manera, al no haber medidor, “el consumo es absolutamente independiente del método tarifario” (25). Ello genera una ausencia de aplicación del principio de proporcionalidad, siendo que éste, en lo que no constituye cargo fijo, se vincula —o debería vincularse, como vimos— con los reales consumos incurridos (26).

III. Otras relaciones

Las consecuencias de la ausencia de medición de las unidades de servicio prestadas por la empresa de servicios públicos puede acarrear, como vimos prece-

(23) RADFORD, BRUCE, “The Metering Industry’s Break?”, en *Public Utilities Fortnightly*, *Public Utilities Reports*, Vienna, Va., Oct. 1, 2000, p. 26 y ss., esp. p. 30.

(24) Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, “La Regulación”, cit., p. 543 y ns. 13-14 en p. 670; *Diario Clarín*, Sección I, p. 36. En la introducción del Pliego de Bases y Condiciones aprobado por res. SOPyC 186/92, del 24/6/92 para la concesión de los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales prestados por OSN se considera que “la recaudación referida al suministro de agua potables proviene principalmente de un sistema de facturación basado en tasas fijas, mientras que un sistema basado en

la medición del agua suministrada tiene incidencia mucho menor”.

(25) Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, “La Regulación...”, cit., p. 555.

(26) Otras críticas que se han formulado son las siguientes: a) se subsidian las propiedades con parques y jardines en las que se utiliza agua de red para riego ya que la tarifa pondera en una décima parte el metro cuadrado descubierto; b) la ausencia de medición genera faltas de equidad ya que se penaliza a los hogares unipersonales. Ello, conf. Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, “La Regulación...”, cit., p. 555.

para la concesionaria, puesto que sólo resulta obligatorio para los usuarios no residenciales (comercio o industria) y de venta de agua en bloque (conf. art. 45 del Anexo I del dec. 999/92), pero, en realidad, se trata de una "supuesta opción que no resulta tal" ya que, de acuerdo con un modelo de plano que acompañaron, representativo de la mayoría de las unidades que integran los consorcios de nuestro país, surgiría que a cada una de ellas se le suministra el agua por distintas bajadas, razón por la cual resulta "técnicamente imposible" el sistema de medición individual.

A fs. 155/180; 182/206 y 396/399 vta., Aguas Argentinas S.A.; el E.T.O.S.S. y el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (M.E.y O.S.P., en adelante), respectivamente, presentaron el Informe del art. 8 de la 16.986 y solicitaron el rechazo de la acción.

La concesionaria, tras aducir la configuración de varias causales que determinarían la improcedencia

dentamente, agravio al principio de proporcionalidad. Y también puede producir consecuencias que involucran a la equidad y a la eficiencia que deberían signar a la prestación. Veamos.

Proporcionalidad y equidad: Por equidad, desde el punto de vista jurídico, se entiende aquello que "permite discernir lo justo inclusive en aquellas situaciones en que no hay ley expresa o la ley no puede aplicarse porque no se dan los supuestos previstos al dictarla" (27). Desde el punto de vista económico, se ha considerado que la equidad consiste en el "tratamiento justo (*fair*) para todas las partes involucradas" (28), lo cual implica equilibrar los intereses de dichas partes, tal que "una acción justa y equitativa supuestamente caiga dentro de una zona de razonabilidad" (29). En esta inteligencia, puede afirmarse que el empleo de medidores permite una justa asignación de costos entre los consumidores (30), y ante su ausencia, se genera una situación inequitativa (31) ya que no se brinda un tratamiento justo o no se permite discernir que se haya dado tal tratamiento a todas las partes involucradas: no se responsabiliza al autor del uso

(27) RIO, Manuel, "El Contenido Virtual de la Justicia: La Honra, la Gratitude, la Lealtad", en Academia Nacional DE Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anales, Años VIII y IX, II Epoca, N° 7, ps. 31/32. Véase también GARDELLA, Lorenzo, "La Equidad en el Derecho del Consumo", J.A. 2000-II, 829, esp. secciones I y II.

(28) TREBING, Harry M., "Equity, Efficiency, and the Viability of Public Utility Regulation", en SICHEL, Werner y GIES, Thomas (EDS.), "Applications of Economic Principles in Public Utility Industries", University of Michigan, 1981, p. 31.

(29) *Idem* nota anterior.

(30) BARNES, "The Economics...", cit., p. 361.

(31) Concordantemente, se ha afirmado que el empleo de medidores "constituye un mecanismo que hace más equitativo...

manifiesta del amparo, expresó que el Defensor del Pueblo se limitó a enunciar una supuesta contradicción entre el sistema vigente y los arts. 42 de la Constitución Nacional y 29 de la ley 24.240, sin acreditar su existencia ni que el acogimiento de su pretensión garantizaría a los usuarios el consumo individual previsto en el último de ellos.

Recordó que se trata de la aplicación de un sistema vigente desde hace más de dos décadas, implementado parcialmente por el dec 1333/74 —que dispuso la medición global de los consorcios de copropietarios (única técnica y económicamente viable)— y que se funda en el art. 72 de la ley 13.577 (agregado por la ley 20.324), de igual rango y de fecha posterior a la ley 13.512. A su entender, ésta es de aplicación directa al concesionario en virtud de lo dispuesto por el numeral 1.6.1. del contrato de concesión y no de naturaleza reglamentaria, ya que el Marco Regulatorio para la concesión de los servicios de provisión de agua

excesivo o derroche del servicio por no hallarse comprendido bajo los efectos de la regla de proporcionalidad. Por otra parte, respecto de la aludida zona de razonabilidad, podría argüirse que habrá equidad cuando el servicio no sea provisto ni a cambio de una tarifa plana desprovista de toda proporción con el costo involucrado, ni a cambio de una tarifa tan ligada al costo involucrado que sea socialmente inasequible. Una solución que ha sido propuesta para este problema es la implementación de *lifeline rates* (32) o *peak-pricing* (33), tal que se implementen cuadros tarifarios con distintos precios por bloque consumido en distintos horarios del día, sufragándose un precio menor si el consumo se opera en momentos de menor demanda.

Proporcionalidad y eficiencia: El principio de proporcionalidad se relaciona con la eficiencia. En este sentido, la doctrina norteamericana ha señalado que "la medición también provee la información que la empresa (*utility*) necesita, para establecer un sistema de precios, demostrando la relación entre el precio del agua y el volumen consumido" (34). Además,

el servicio", Fallos: 321: 1074, cons. 14 de la disidencia del doctor Vázquez.

(32) Ampliar en CREW, Michael A., "Introduction to Issues in Public-Utility Pricing and Regulation", p. 4 en CREW, Michael A. (ED.), *Issues in Public-Utility Pricing and Regulation*, Rutgers University, Lexington Books, DC Heath & Co., Lexington, Mass., 1980.

(33) COWAN, Simon, "Privatization and Regulation of Water Industry in England and Wales", en BISHOP, Matthew, KAY, John y MAYER, Colin (EDS.), *Privatization & Economic Performance*, p. 112 y sigtes., esp. p. 131, Oxford University Press, 1999.

(34) HYMAN, Leonard S., HYMAN, Andrew, MEEHAN, Edward, HEMPSTEAD, James y KOCHEN, José, "The Water Business - Understanding the Water Supply and Wastewater Industry", p. 442, Public Utilities Reports, Vienna, Va., 1998.

potable y desagües cloacales establecido por el Poder Ejecutivo como Anexo I del decreto 999/92, mantuvo la obligatoriedad del consorcio de copropietarios al pago previsto en la ley 13.512 y dispuso la aplicación a la concesión de las facultades establecidas en los arts. 72 y 74 de la Ley Orgánica de Obras Sanitarias de la Nación (de aquí en más, O.S.N.) en lo relativo al cobro de servicios (art. 55, incs. a y d).

Dijo que ese sistema se puso en conocimiento del Congreso Nacional a fin de proceder a la concesión del servicio anteriormente prestado por O.S.N. —tal como surge del art. 4º del dec. 999/92—, sin que mereciera objeción alguna y recordó que el Estado Nacional estructuró el sistema tarifario de la concesión, esencialmente, sobre la base del consumo medido

(art. 45 del Marco Regulatorio), bajo el cual convocó a una licitación pública nacional e internacional de la que resultó adjudicataria. Todo ello —señaló—, que apuntaba a lograr una utilización más racional del agua, a evitar su derroche y a obtener un sistema más equitativo de facturación, fue tenido especialmente en cuenta por las potenciales prestatarias al confeccionar sus ofertas.

Sostuvo también que el sistema, si bien otorga la posibilidad de constituir como obligado del pago al consorcio de copropietarios, no se limita a los servicios medidos, pues su instrumentación no admite otra solución que la expuesta, ya que los edificios argentinos fueron concebidos en su inmensa mayoría como sistemas centrales que carecen de conexiones

si no existe medición para verificar la proporcionalidad entre servicio y costo de ese servicio, que se reflejará en el precio, la empresa proveedora carecerá de la información oportuna y adecuada para hacer frente, con eficiencia, a la demanda, tanto desde el punto de vista de los costos operativos como desde el punto de vista de las inversiones involucradas, siendo la resultante mayores costos operativos a los ideales desde el punto de vista de la eficiencia, y sobreinversiones.

IV. La medición del agua y la experiencia norteamericana

Lo señalado precedentemente respecto de la relación entre la proporcionalidad, verificada a través de la medición, y la eficiencia con que se presta el servicio, en cuanto a cuánta agua se pone a disposición en el sistema y hacia dónde se dirige la misma, puede ilustrarse sintéticamente en la experiencia de los Estados Unidos.

El desarrollo de la instalación de medidores de agua en los Estados Unidos se inició en Boston en 1860. Cabe señalar, en primer lugar, que la ciudad de Boston, desde 1794, había pasado por épocas de acentuada carencia de agua, que halló una solución hacia 1848 con la construcción de un acueducto desde Cochituate, que el gobierno de dicha ciudad logró en 1851. En 1860, el gobierno local comenzó a investigar el elevado empleo de agua por parte de los hoteles, que habían comenzado a instalar baños con duchas, un adelanto tecnológico inesperado. La solución adoptada ante dicho aumento de la demanda fue la instalación de medidores a fin de cobrar por el sobreempleo de agua, lo cual generó la protesta del sector hotelero (35). Posteriormente, se llevó adelante un programa de instalación generalizada de medidores,

y se redujo el volumen de agua distribuida, pero perdida en el sistema, del 50% al 36%.

Ello no implica que en todo el país la medición sea la regla, si bien se admite que las tarifas planas —por ejemplo, 8 dólares por año por bacha— alientan el derroche de agua (36). Actualmente, se emplean cuatro modos básicos de facturación, a saber: montos fijos o tarifas planas, precios uniformes por bloques consumidos, precios crecientes por bloques consumidos —que estimulan el ahorro del recurso— y precios decrecientes por bloques consumidos. Un bloque, por ejemplo, puede consistir en 100 pies cúbicos de agua. Con el objetivo cierto de que la única manera de conservar el recurso es adoptar la medición, a nivel estadual se han modificado los códigos de edificación, eliminándose los medidores globales (*master meters*) para construcciones plurifamiliares y edificios de departamentos (37) o consorcios.

V. La medición del agua y la experiencia británica

En la ley de la industria del agua de 1991 existía una previsión calificada como "crítica" —la 145— que establecía que luego del 31 de marzo de 2000 la facturación del servicio de provisión de agua y cloacas no podría ya basarse en el valor fiscal (*rateable*) de las propiedades, como lo había sido históricamente, con lo cual la instalación de medidores debía concretarse antes de esa fecha. Con el cambio de gobierno en 1997, se adoptó un criterio diverso: se permitió que las empresas privadas prestadoras siguieran empleando el sistema descrito, y se propuso, por un lado, prohibir la posibilidad de desconexión del suministro a los hogares y, por el otro, el empleo de artefactos semejantes a los medidores pre-pagos (*prepayment meters*); asimismo se urgió la implementación de medidas para la protección de los usuarios en situación de desventaja (38).

(35) HYMAN et al., "The Water...", cit., ps. 92/94.

(36) PHILLIPS, Charles E., "The Regulation of Public Utilities", p. 843 - Theory and Practice, Public Utilities Reports, Arlington, Va., 1993.

(37) PHILLIPS, The Regulation..., cit., p. 860, n. 82 y sus diversas citas.

(38) GRAHAM, Cosmo, "Regulating Public Utilities - A Constitutional Approach", p. 57, Hart Publishing, Oxford, 2000.

independientes, cuya realización, por lo demás, tendría un costo incalculable y traería aparejadas importantes molestias a los usuarios de las unidades cada vez que fuere necesario efectuar la lectura de los medidores, sin perjuicio de lo cual, quien lo desee puede efectuar las obras necesarias, afrontando su costo.

Por otra parte, adujo que si bien el prorrateo de las expensas previstas en el art. 8° de la ley 13.512 debe realizarse proporcionalmente a la superficie de cada una de las unidades, ello no resulta de aplicación automática al servicio de provisión de agua potable, regido por el art. 72 de la ley 13.577, reformado por la ley 20.324. Por el contrario, el art. 6°, inc. 4°, de la reso-

lución 12/94 del E.T.O.S.S., autoriza a los consorcios de copropietarios a proponer parámetros distintos de prorrateo, siempre que no alteren el monto de la factura global y que respondan a cantidades o realidades identificables, sin necesidad de comprobación por parte de la concesionaria. Todo ello demuestra, a su juicio, que implementar el régimen vigente no resulta contrario a los arts. 42 de la Constitución Nacional y 29 de la ley 24.240, máxime cuando, en el caso de Aguas Argentinas S.A., estas disposiciones son de aplicación supletoria, de tal forma que, admitir la pretensión de las actoras, importaría introducir judicialmente una modificación sustancial al régimen de concesión del servicio, facultad que corresponde al Poder Ejecutivo.

Actualmente, en la escena regulatoria británica (39) se prevé normativamente la instalación facultativa y la instalación obligatoria de medidores; en el primer supuesto, a pedido del usuario; en el segundo, dadas ciertas circunstancias. A su vez, los gastos de instalación de los medidores se hallan, en principio, a cargo de la empresa prestadora del servicio de provisión del agua, la cual puede decidir sobre su ubicación. Se han individualizado circunstancias en las que la empresa puede insistir en la instalación de un medidor; ello se da cuando, por ejemplo, se emplee el agua para riego por medio de algún aparato, para rellenar automáticamente un estanque o pileta de natación de más de 10.000 litros, o una bañera de más de 230 litros, o se emplee una ducha con chorros a presión, o un ablandador de aguas duras (40); o se habite en un área en la que el agua sea un recurso escaso, en este último caso, previo encuadre estatal en el sentido de que así tipifica el área (41). Esta enumeración es taxativa (42), y existe un régimen de excepciones por razones de sociales o de solidaridad (43).

Se ha establecido también que es un funcionario —el director—, y no el Ente, el que dirime todo conflicto en materia de instalación de medidores; aquél puede decidir que la empresa no instalará un medi-

dor cuando los gastos de instalación sean irrazonables, tal la hipótesis de separación de instalaciones compartidas en un edificio de departamentos. Pero cuando los gastos de dicha separación no sean irrazonables, la empresa podrá instalar el medidor para cada departamento. Cuando sea imposible la instalación de medidores para cada unidad, la empresa podrá negociar contratos con medidor único para todo el edificio. Ello, en razón de que "una tarifa en base a la valuación (*assessed charge*) no constituiría un reflejo tan preciso del consumo como una factura del consumo medido (*metered bill*)" (44). Finalmente, todos los usuarios que sufragan el servicio medido deben abonar también un cargo permanente o fijo (*standing charge*) por la disponibilidad del mismo.

VI. A modo de conclusión

En el caso que acompaña estas líneas, la mayoría de la Corte decidió que el Ente no se hallaba facultado para disponer la medición global del consumo de agua de cada consorcio bajo la modalidad de prorrateo según la superficie de cada departamento. Más allá de la —estimamos— clara letra del art. 45 del anexo I del decreto 999/92 (Adla, LII-C, 2993), que regulaba de la cuestión bajo examen (45), y de las

(39) Water Industry Act 1999; ampliar en OFWAT, *Tariff Structure and Charges 2000-2001 Report*, May 2000, p. 18.

(40) The Water Industry (Prescribed Conditions) Regulations 1999, sección 2(b), acápite (i), (ii), (iii), (iv) y (v) respectivamente.

(41) The Water Industry (Prescribed Conditions) Regulations 1999, sección 2(c)

(42) OFWAT, *Tariff...*, cit., p. 19.

(43) Según OFWAT, *"Tariff..."*, cit., p. 20, los que califican para solicitar el pago de un "cargo promedio" en lugar del servicio medido son los que reciben cualquiera de los seis beneficios especificados y: a) tienen derecho a recibir un beneficio familiar por tener tres o más menores a su cargo residiendo en su vivienda; o b) se les ha diagnosticado, o tienen un hijo al que se le ha diagnosticado, alguna de las cinco enfermedades predeterminadas, en razón de la cual reciben un tratamiento que implica el

empleo de volúmenes significativos adicionales de agua. Si al final el consumo medido hubiera resultado en una suma menor que el cargo promedio, la empresa debe, en el año, haber facturado el monto menor. Se hallan exceptuados de este régimen de excepciones los usuarios que posean pileta de natación o empleen aparatos para riego del parque.

(44) OFWAT, *"Tariff..."*, cit., p. 18. Sobre el "assessed charge", y su inconveniencia, véase ARMSTRONG, Mark, COWAN, Simon y VICKERS, John, "Regulatory Reform", p. 324 - *Economic Analysis and British Experience*, The MIT Press, Cambridge, Mass., 1998.

(45) Por lo que no cabía interpretar que se estaba ante la fijación, a los usuarios, de obligaciones sin fundamento legal formal, siguiendo a COMADIRA, Julio, "Reflexiones sobre la Regulación de los Servicios Privatizados y los Entes Reguladores (con particular referencia al Enargas, Enre, CNT y Etoss)", p. 215 y sigtes., esp. p. 239, en *Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.

El E.T.O.S.S., por su parte, también adujo la improcedencia de la vía elegida por los actores —con argumentos similares a los indicados— y, con relación a la cuestión de fondo, dijo que —contrariamente a lo afirmado por aquéllos— no se trata de un “nuevo régimen de facturación”, sino de una institución implementada por la ex-O.S.N. hace más de dos décadas, con fundamento en los arts. 72 y 74 de ley 20.324 y en el dec. reglamentario 1333/74, sin que haya generado ningún conflicto de trascendencia.

A continuación, detalló la finalidad de las resoluciones impugnadas, por medio de diversos argumentos técnicos referidos al funcionamiento del servicio y a los beneficios que traerían aparejados para los usuarios, para concluir, en síntesis, que cuentan con sustento en las normas indicadas; en el Marco Regu-

latorio de la prestación del servicio; en el contrato de concesión (aprobados por decs. 999/92 y 787/93, respectivamente) y en informes técnicos de la Auditoría General de la Nación.

Por su parte, el M.E.yO.S.P. se concentró en manifestar la improcedencia de la vía elegida, por razones tales como la falta de agravio concreto, la extemporaneidad del planteo o la existencia de otras vías aptas para reclamar, así como en la necesidad de un mayor debate y prueba para decidir la cuestión. En cuanto al fondo del asunto, coincidió sustancialmente con la postura del E.T.O.S.S.

III. A fs. 422, la titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6 desestimó la acción, sobre la base de

demás normas aplicables al caso, cabe preguntarse qué hubiera sucedido si la disidencia suscripta por los doctores Nazareno, Belluscio, Petracchi y Vázquez hubiera resultado ser la opinión mayoritaria.

Desde el punto de vista de los usuarios, con la medición global de cada consorcio, hubiera subsistido —pero en menor grado— el agravio a los principios de proporcionalidad y equidad, de cara a la comparación del consumo de las unidades habitadas, unipersonales o familiares, entre sí, y entre ambas y los servicios comunes. Hubieran subsistido parcialmente porque el problema de los *free-riders* (46) no se habría eliminado totalmente; pero sí se hubiera alcanzado una reducción de su horizonte de redistribución, no ya de cara a la restante clientela residencial de la empresa prestadora sino de cara al consorcio. Debe admitirse que el grado ideal de proporcionalidad y equidad sólo se hubiera logrado mediante la instauración generalizada de un sistema de facturación, de los volúmenes efectivamente prestados y consumidos —amén del cargo fijo—, con base en la información emergente de medidores individuales.

Empero, si se hubiera avalado la medición del consumo global de cada consorcio, se hubiera concretado un primer —trascendental— paso hacia: a) la conservación del recurso y su empleo racional; b) una reducción del porcentaje de agua desaprovechada

que la empresa coloca en dicho sistema generando un costo más; c) un probable beneficio tarifario posterior derivado de los ahorros en eficiencia de la empresa, fruto de la más eficiente administración de la oferta de agua colocada en el sistema; d) la posibilidad de adquisición de información veraz sobre el consumo y el responsable control del mismo por parte de los consorcistas usuarios (47).

Desde el punto de vista de la empresa, podrían haber aumentado sus ganancias (48) o no; aun así, hubiera podido administrar más racionalmente la oferta, para beneficio de los usuarios a lo largo de todo el año, aún en épocas desfavorables por razones climáticas y, más importante aún, posibilitándose la pronta detección de pérdidas en el sistema.

Y finalmente, desde el punto de vista interpretativo —además de arribarse a la solución que la normativa aplicable parecía propiciar a tenor de su letra—, se hubiera logrado: a) la igualdad de tratamiento, entre el universo de propiedades que contaban con medidores hacia el momento de la privatización, y el universo restante no medido; y b) una menos injusta asignación de costos, no ya relacionados exclusivamente con las cualidades constructivas o antigüedad del edificio de departamentos servido como si de un tributo se tratara, sino con la más tangible realidad de su consumo consorcial global. ♦

(46) RESNIK, Michael, “Choices, An Introduction to Decision Theory”, p. 152, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987, donde sugiere que la eliminación de los *free-riders* o de los que se aprovechan del sistema gratuitamente, por medio de un ardid (*cheaters*), puede lograrse mediante penalidades o implementando relaciones de cooperación. En el caso, la penalidad consistiría en tener que sufragar el monto correspondiente al agua (aprovechada o desperdiciada); la cooperación consistiría en contribuir al empleo racional del agua para su conservación como recurso, caso en el cual el pago del servicio en base al consumo medido sería un incentivo a aquélla.

(47) Nuevamente nos remitimos a Fallos: 321:1074, consid. 14 de la disidencia del doctor Vázquez, donde se considera

que: “(L)a reglamentación provincial sólo pretende... una fiscalización y un control que genere mayor transparencia en la prestación del servicio y, como contrapartida, una creciente confianza y seguridad en los receptores del servicio prestado: los usuarios”.

(48) Por la afirmativa, BARNES, “The Economics...”, op. loc. cit., en el marco del sistema norteamericano predominante, de regulación de tarifas por tasa de retorno o *rate of return*. La afirmación ofrece sus ambages si es analizada en el sistema de precios máximos o *price caps*, en el que las mayores ganancias de la empresa derivadas de sus ahorros en eficiencia se toman en cuenta al momento de la revisión periódica.