

Derecho de acceso al agua y saneamiento: breves notas sobre su actual regulación y jurisprudencia

Rights to water and sanitation - Access to environmental justice – group rights and homogeneous individual rights

Alicia Morales Lamberti*

Resumen:

El artículo analiza y sistematiza algunos aspectos de doctrina judicial relativos a los criterios para determinar la relación que existe entre el derecho al agua y saneamiento como derecho humano, los principios y reglas propios que distinguen la prestación de este tipo de servicios públicos, y los conflictos aún irresueltos en torno al efectivo acceso a la defensa judicial de derechos colectivos e intereses individuales homogéneos involucrados.

Palabras clave: Derecho al agua y saneamiento – Acceso a la justicia ambiental – Derechos colectivos y derechos individuales homogéneos.

Abstract:

The article analyzes and systematizes some aspects of judicial doctrine regarding the criteria to determine the relationship between the water and sanitation right as a human right, principles and rules that distinguish the provision of this type of public services, and still unsolved conflicts around effective access to legal defense of collective rights and homogeneous individual interests involved.

Key Words: Rights to water and sanitation - Access to environmental justice – group rights and homogeneous individual rights

* Prof. Titular de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales (Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Católica de Córdoba). Correo electrónico: amlamberti327@gmail.com

Derecho de acceso al agua y saneamiento: breves notas sobre su actual regulación y jurisprudencia

Alicia Morales Lambert

1. Planteamiento

La concepción del derecho al agua como derecho humano a la satisfacción de necesidades básicas de uso, consumo y saneamiento y el correlativo rol que asume el Estado respecto a su provisión, impide concebir al agua potable exclusivamente desde una perspectiva de economía de mercado. Su acceso se relaciona con la prestación de servicios públicos, pero bajo una visión ampliada de los principios que gobiernan la prestación de los mismos, ya que su tratamiento es el de un bien social, antes que un bien económico.

A diferencia de otros servicios públicos, la prestación del servicio de agua y saneamiento, debe contemplar distintas variables sociales, económicas, ambientales y culturales que se encuentran implicadas, por cuanto el derecho al agua potable y el saneamiento es jerarquizado como un derecho humano.

En ese sentido, los principios de universalidad, equidad y cobertura resultan inherentes del derecho humano al agua, con el fin de: *a)* garantizar la universalidad del acceso al agua potable y saneamiento; *b)* garantizar la equidad en el acceso, sobre una base no discriminatoria y *c)* adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, garantizando el acceso a servicios públicos.

Por ello, siendo que el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y constituye condición previa para la realización de otros derechos humanos¹, su regulación comprende no sólo la relación concedente-prestador-usuario, sino también su preexistente condición de recurso natural limitado y escaso.

El cambio de paradigma que supone el reconocimiento del derecho al agua como derecho humano básico, incide directamente en los requisitos administrativos y procesales para acceder a su defensa, cualquiera sea la calidad del concesionario (privado o estatal), así como el acceso efectivo a la justicia para actuar frente a sistemas de provisión de agua y

¹ La Organización de las Naciones Unidas, mediante Resolución A/64/L.63/Rev.1 (2010), sobre Derecho Humano al Agua y el Saneamiento, declaró "*el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos*". Asimismo, volvió a exhortar a los Estados y las organizaciones internacionales a intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento.

saneamiento deficientes, cuando se plantean –entre otros-, conflictos relativos a: *a)* La interrupción o desconexión arbitraria o injustificada; *b)* Los aumentos desproporcionados o discriminatorios del precio del agua y saneamiento; *c)* El suministro del agua no apta para consumo humano; *d)* La contaminación de acuíferos y disminución de los recursos de agua en detrimento de la salud humana y el ambiente y *e)* La ausencia de regulación y control eficaz de los servicios de suministro de agua y saneamiento.

Como consecuencia inevitable, surge la necesidad del establecimiento de vías procesales específicas para su defensa, por cuanto se plantea en este ámbito la noción del conflicto colectivo como algo suficientemente distinto del conflicto tradicional individual representado en la categoría prestador-usuario.

2. Intereses individuales homogéneos y acceso al agua y saneamiento.

El ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos², cuando por ejemplo, se produce un corte del servicio de agua potable, o la presión o calidad del agua no se corresponde con parámetros técnicos o sanitarios, representa uno de los campos más frecuentes de configuración de conflictos sociales en materia de agua y saneamiento, por cuanto si bien en principio se afectaría a usuarios individuales, el mismo hecho reconoce una causa fáctica homogénea común a muchos usuarios, existiendo un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados, cuyo ejercicio individual representa variados problemas de acceso a la justicia.

La procedencia de las acciones tendientes a la tutela de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos — acciones de clase— requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, sin perjuicio de lo cual también procede cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social (tratarse de un derecho humano) o en virtud de las particulares características de los sectores afectados (vg. vulnerabilidad social o ambiental).

² La Constitución Nacional admite en el 2º párrafo del art. 43 una tercera categoría de derechos, conformada por aquellos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos –entre ellos derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y los derechos de usuarios y consumidores-, en cuyo caso existe un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Cuando la naturaleza de la pretensión invocada impide, fáctica o jurídicamente, restringir el alcance de lo decidido a las partes intervinientes en el juicio, dicha regla debe ceder, ya que, de otro modo, la tutela de derechos reclamada no podría hacerse efectiva. En esta línea doctrinal, se ha producido la reforma de la Ley de defensa del consumidor N° 24.240, mediante la ley 26.361, el art 54 se refiere a “acciones de incidencia colectiva³”. Asimismo, el art. 52, tercer párrafo, también hace referencia a dicha clase de acciones⁴.

3. Derecho al agua y saneamiento, acceso a la justicia y derechos colectivos relativos a intereses individuales homogéneos.

En los conflictos relativos a agua y saneamiento, esas características señaladas, se evidencian a través de ciertos elementos en común, como ser la circunstancia de involucrar – generalmente- a un grupo importante de personas afectadas en forma similar por el mismo hecho atribuido a la misma empresa concesionaria, con la consiguiente concurrencia de necesidad de concentración, sorteo de dificultades, costos y demás obstáculos que cada una de las personas debe afrontar, lo que impide generalmente acceder a la justicia.

Consecuencia de lo anterior, es la necesidad de atribuir carácter *erga omnes* a la decisión, pues el fundamento de esa amplitud de los efectos del pronunciamiento no se halla sólo en la búsqueda, por parte del juzgador, de arbitrios tendientes a superar el escollo derivado de la arraigada concepción individualista en materia de legitimación⁵, sino que el verdadero sustento de la proyección superadora de la regla inter partes, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger.

No obstante la modificación de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor por la Ley N° 26.361, que recepta las acciones de clase, otorgando efecto *erga omnes* a la sentencia que haga lugar a la pretensión, en relación a todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones que el usuario demandante, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que

³ De acuerdo al art. 54 (Acciones de incidencia colectiva), la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquéllos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.

⁴ En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas.

⁵ Esta concepción puede verse reflejada *in re* “Barquet, Jorge v. Coop. de Provisión de Agua Potable Loreto LTDA.”, Sup. Trib. Just. Santiago del Estero, 14/03/1996.

el magistrado disponga, lo cierto es que las problemáticas planteadas en relación a la prestación de servicios de agua, en la mayoría de los casos no poseen contenido patrimonial, no teniendo cabida en dicho régimen la afectación de derechos colectivos que —simultáneamente— poseen la jerarquía de derechos humanos básicos.

La evolución de la jurisprudencia sobre derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, cuando el conflicto se plantea en relación al derecho al agua y saneamiento, implica realizar un primer y breve análisis aproximativo sobre los avances o retrocesos que —en términos de garantía consolidada— se han sucedido en este campo.

La tendencia negativa al reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, reconoce origen en situaciones donde la pretensión procesal se centraba a partir de hechos que causan daños estrictamente patrimoniales e individuales a una inmensa cantidad de personas, considerándose que estos casos eran diferentes a la que se contempló en el art. 43 de la Constitución Nacional (CN). En tales condiciones, se sostuvo que no resulta admisible, en el caso la representación de la Defensora del Pueblo local por los damnificados (usuarios y terceros), por cuanto el defensor del pueblo no está habilitado a ejercitar remedios u acciones dejados de utilizar por la persona cuyo derecho habría sido vulnerado, sino en los casos de derechos subjetivos públicos o intereses generales de los miembros de la comunidad⁶.

Dichos fundamentos, desconocían que cuando la acción entablada es por los usuarios de un servicio público, en la que la legitimación viene dada expresamente por el art. 43 de la CN, encontrándose comprometido el interés de un determinado grupo (usuarios del servicio de que se trate), también queda comprometido el propio interés de la comunidad, por lo que no aparece como razonable dejar librado exclusivamente a la iniciativa individual la gestión de ese interés, pues el daño que se ocasiona a las personas individualmente consideradas puede no ser significativo o resultar insuficiente como para afrontar los riesgos y erogaciones de una acción singular. Con ese alcance restrictivo, se ordenó como medida innovativa, el restablecimiento del servicio de provisión de agua potable en los inmuebles de los actores, pero dicha medida no tuvo efectos *erga omnes* por cuanto “*los usuarios particulares del servicio de agua potable carecen de legitimación activa en forma individual para solicitar como medida cautelar innovativa, que el concesionario de dicho servicio se abstenga de*

⁶ Cfr. “Ombudsman de la Ciudad de Buenos Aires c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s. amparo”, Cámara Nacional Civil, sala B, 04/05/1995.

efectuar cortes en el suministro respecto de todos los usuarios pertenecientes a su comuna”⁷.

Con similar fundamento restrictivo, se reconoció que si bien “*la Fundación Pro Tigre y Cuenca del Plata tiene legitimación suficiente para reclamar la salvaguarda de los recursos naturales y del medio ambiente, que son de tipo colectivo*”, en relación a la pretensión referida a derechos individuales homogéneos, la accionante (Fundación Pro Tigre) “*carece de legitimación para reclamar la inmediata provisión de agua potable a los vecinos afectados por la contaminación del agua subterránea, porque tal requerimiento debe ser efectuado por los perjudicados*”⁸. Más recientemente un grupo de vecinos, atento que el agua que suministraba la demandada no era potable para consumo humano, de acuerdo a las pautas del Código Alimentario Nacional (CAN) y la ley provincial 13.230, promovieron acción de amparo contra la Municipalidad de Alberti, solicitando como medida cautelar innovativa, se provea a todos los actores de agua potable hasta tanto se dicte sentencia. En el caso, la Cámara, consideró que los actores ostentaban interés jurídico suficiente como para considerarlos provisoriamente legitimados para interponer la acción de amparo “*toda vez que su calidad de habitantes de la ciudad de Alberti, y su vinculación directa con el objeto procesal que tramita por la acción de amparo, (potabilidad de agua), dan por sentado una potencial afectación del círculo vital de derechos de las personas que promueven la jurisdicción, con carácter cualificado en relación al resto de la comunidad*”⁹, en aplicación del principio precautorio, resolvió mantener la vigencia de la tutela cautelar otorgada en primera instancia, pero sostuvo que “*la decisión recurrida extiende sus alcances a la provisión de agua potable para los actores y terceros*”, lo que desbordaba el confín mismo del objeto principal de la acción.

Similar criterio restrictivo se mantuvo en la conocida causa “Diacrom”, donde la actora solicitó que se ordene a las demandadas proveer de agua mineral a los vecinos de la zona y el tribunal denegó la pretensión con fundamento en *a)* la falta de capacidad procesal de la ONG actora para reclamar la provisión de “agua mineral a la totalidad de los vecinos en toda la zona denunciada” y *b)* por no estar demostrada con la prueba producida, la necesidad de que se les suministre agua mineral¹⁰. Con similares fundamentos, se consideró que carecía

⁷ “Ranero, Edgardo y otro c. Aguas del Gran Buenos Aires”, Cám. de Apelaciones Civ. y Com. de Mercedes, sala I, 18/09/2001.

⁸ “Fundación Pro Tigre y Cuenca del Plata c. Municipalidad de Tigre y otro”, Cám. de Apelac. Civ. y Com. de San Isidro, 09.06.1998.

⁹ “Solari, Marta y otros”, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata, 10.08.2010.

¹⁰ Cfr. “Fundación Ecosur Ecológica Cultural y Educ. desde los pueblos del sur c. Municipalidad de Vicente López y otro”, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo de San Martín, 25/07/2008. La denegación del suministro de agua

de razonabilidad la admisión de una medida cautelar innovativa, por la que se ordenó a los demandados entregar agua envasada con las condiciones de potabilidad garantizadas, hasta tanto el servicio se restituya con la normalidad requerida, en virtud de su dificultosa configuración práctica¹¹.

Bajo esta perspectiva reduccionista del ámbito normativo del art. 43 CN, cada uno de los afectados tiene en este caso un derecho subjetivo, individual y exclusivo, y por lo tanto posee legitimación para reclamar el resarcimiento de los daños que ha sufrido, pero el Defensor del Pueblo no puede invocar la legitimación para interponer las acciones que su titular exclusivo dejó de utilizar¹². Se desconoce así, que los hechos que afectan con frecuencia a usuarios de servicios públicos, tienen características como para afectar en forma masiva a distintas categorías de usuarios, no justificándose la iniciación de miles de acciones judiciales. Es que aún cuando se trate de derechos individuales patrimoniales, los problemas suscitados a partir de los daños masivos, que se relacionan con la necesidad de facilitar el acceso a la justicia de una gran cantidad de afectados que reclaman la reparación de daños y perjuicios (que individualmente pueden tener escaso monto) y, al mismo tiempo, de evitar la proliferación innecesaria de litigios similares -en los que puedan recaer sentencias contradictorias- afectando una eficaz prestación del servicio de justicia, requieren otorgar una protección mayor de los derechos de los usuarios de los servicios públicos.

Con posterioridad, la legitimación constitucional del Defensor del Pueblo para iniciar acciones judiciales fue analizada en relación a la limitación introducida por el legislador en el art. 21 de la ley 24.284 al consignar que “Si iniciada la actuación se interpusiere por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el Defensor del Pueblo debe suspender su intervención”, determinándose que *“debe entenderse referida exclusivamente a la representación del afectado directo sin que ello constituya óbice para su intervención en los supuestos que constituyen problemas generales susceptibles de afectar intereses difusos o colectivos (...) la pretendida exclusión de la actuación del Defensor del Pueblo como*

mineral, no guardó relación con el obiter donde se sostuvo que “*el juez no puede cerrar los ojos frente a la realidad que le llega dentro de la investigación del expediente, so pretexto de escudarse en los estrictos límites clásicos del principio de congruencia, mal podría limitarme al sentenciar a resolver el reclamo efectuado en favor de las personas que viven en los alrededores de la firma Diacrom SAIC, y desentenderme de la población que reside en los cinco partidos afectados por la contaminación del agua potable distribuida por AySA por las causas antes analizadas*”.

¹¹ “Asociación Ambientalista del Sur c. Azurix S. A. y otros”, Cámara 1ª de Apel. Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, 03/05/2000.

¹² Doctrina de CNCiv., sala B, *in re*: “Ombudsman de la Ciudad de Buenos Aires c. Municipalidad de Buenos Aires”, JA, 1995-IV-33.

consecuencia de la intervención del particular afectado, o de una asociación, desnaturaliza el texto constitucional en la materia”¹³.

La admisión de acciones para la defensa de derechos de incidencia colectiva, referentes a intereses individuales homogéneos, ha tenido progresiva recepción aún con anterioridad a la causa “Halabi”. Por ejemplo, la admisión de la acción por la cual el Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires solicita se determine la responsabilidad de la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica, por los daños sufridos en forma individual por cada uno de los afectados por fallas en el suministro, para su posterior individualización mediante citación pública¹⁴, fue una decisión judicial que facilitó el acceso de los usuarios a la justicia y garantizó el derecho de igualdad ante la ley, pues se trata de personas que generalmente ven dificultado su acceso a los tribunales debido a la posición débil que ocupan en relación con la empresa prestadora. Según este precedente judicial, la intención del constituyente plasmada en el art. 43 de la CN fue crear una categoría especial de legitimados para promover acción de amparo en circunstancias en las cuales “*el dato caracterizante reside en la proyección del agravio -protección de los derechos difusos o colectivos- y no necesariamente en la concurrencia o gran número de perjudicados*”, doctrina judicial que no puede cuestionarse con fundamento en la legitimación individual que tiene cada uno de los usuarios para reclamar su derecho, cuando se observa que la acción intentada resulta, en este caso, la más idónea para la efectiva protección de una gran cantidad de usuarios afectados por la interrupción de un servicio público.

Estos cambios en los criterios jurisprudenciales, cobran especial trascendencia, habida cuenta que la defectuosa prestación de este tipo de servicios públicos es susceptible de provocar daños con impacto social y ambiental. El desarrollo industrial y tecnológico impone nuevos derechos y garantías de los ciudadanos, como los reconocidos en el art. 42 de la CN que establece que las autoridades deben proveer al derecho de los usuarios a la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y paralelamente, de acciones y procedimientos aptos para su protección. Con ese alcance, y frente a situaciones de esas características en materia de

¹³ “Iglesias, José J. s/sucesión v. Aguas Argentinas S.A. s/incidente de apelación”, C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 19/12/2006. Cfr. asimismo Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* “Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional -P.E.N.- M.E. - decreto 1738/1992 y otros/proceso de conocimiento” del 24/5/2005, Fallos 328:1652, del voto del Dr. Maqueda). Dicho criterio, fue mantenido recientemente en “Negrelli, Oscar R. y otro v. Poder Ejecutivo y otro”, Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso administrativo Nº 1 de La Plata, 11/07/2012: “*El Defensor del Pueblo de la Provincia se encuentra suficientemente legitimado para ejercer judicialmente la representación colectiva en defensa de los derechos del universo de usuarios del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales afectados*”.

¹⁴ “Defensoría del Pueblo de la CABA c. Edesur”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, 16/03/2000.

servicios de agua y saneamiento, se ha señalado que una efectiva tutela judicial de los derechos de los usuarios requiere que se enfatizen los mecanismos colectivos, a fin de resolver los conflictos que involucran a una gran cantidad de afectados, sin resentir el funcionamiento de los tribunales de justicia (Gordillo, Agustín, 1998).

En esta línea, la idoneidad del amparo colectivo, para la defensa de usuarios de agua, se ha reconocido que aunque ciertamente existen otras vías que permiten canalizar reclamos de usuarios de servicios públicos, resultaba válido *“hacer lugar al amparo ordenando que hasta tanto sea prestado el servicio de cloacas en forma perfecta no se les cobre la tarifa correspondiente a tal rubro, debiendo tan sólo cobrarseles a los amparistas lo correspondiente a la provisión de agua potable, y abstenerse la demandada de cortar y/o reducir la provisión de agua corriente a los actores por falta de pago del servicio de cloacas hasta tanto se solucionen los problemas referidos”*¹⁵. Por su parte, la defensa del derecho al agua y saneamiento y la calidad del servicio resulta justificada *“si se toma en consideración que la materia no puede ser reducida a un mero conflicto contractual entre los titulares del servicio y la empresa prestadora atento que el déficit señalado en la demanda atañe a un número considerable de vecinos de distintos barrios de la ciudad de Rosario”*, lo que obliga a contemplar la posible existencia de “afectados no contratantes” que refieren a intereses trascienden los meros derechos subjetivos o intereses legítimos que se canalizan a través de los recursos administrativos ordinarios¹⁶.

Más recientemente, la Corte Suprema de Justicia estableció el carácter *erga omnes* de una sentencia dictada en una causa en donde se ventiló la plena vigencia de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos de usuarios del servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales¹⁷, resolviendo que *“corresponde dejar sin efecto la sentencia que no asignó efectos erga omnes al fallo de la Corte Suprema que declaró la invalidez del sistema de facturación de consumos globales del servicio de aguas, con cargo a los consorcios de propietarios, al considerar que la falta de tratamiento de la legitimación del Defensor del Pueblo, aceptado como parte actora junto con la usuaria afectada, importaba que el pronunciamiento sólo producía efectos para los inmuebles supuestamente “individualizados”, pues el reconocimiento implícito de su carácter de*

¹⁵ “Zalazar Hilda I. y otros c/ Aguas Provinciales de Santa Fe s/ queja”, Corte Suprema de Justicia de la Prov. de Santa Fe, 07.09.2005.

¹⁶ “Vecinos Distrito Oeste Rosario y otro v. Prov. de Santa Fe”, Cámara Civil y Comercial de Rosario, sala 1ª, 30/11/2005.

¹⁷ CSJN: “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”, 11/08/2009.

legitimado activo supone la existencia de una especial vinculación con la cuestión debatida y que el éxito de su pretensión reportará alguna utilidad o beneficio a quienes representa o evitará un perjuicio o un menoscabo en sus derechos”.

En consecuencia, el Máximo Tribunal reiteró en lo que hace a nuestro interés, que *“cabe asignar efecto erga omnes a la sentencia de la Corte Suprema, en cuanto confirmó la nulidad de las resoluciones del ETOSS relativas a la facturación de consumos globales del servicio de aguas, con cargo a los consorcios de propietarios, aunque sin pronunciarse en forma expresa acerca de la intervención en autos del Defensor del Pueblo, pues, corresponde interpretar que su participación resultaba conducente -al margen de los derechos de la usuaria afectada-, ya que sus planteos se vinculaban a la protección de derechos de incidencia colectiva, los cuales adquieren una particular dimensión social por tratarse de la defensa de usuarios de un servicio esencial, función constitucional que fue invocada por dicho órgano desde el inicio de las actuaciones”.*

Asimismo ratificó que *“tratándose de la participación del Defensor del Pueblo en una acción de amparo en la que un usuario de un servicio público alega una afectación de sus derechos en forma directa, no corresponde interpretar que esa intervención se limita a acompañar al afectado, pues, ello privaría de contenido a la actuación procesal de quien, pese a encontrarse habilitado a procurar una adecuada tutela judicial a tenor de lo dispuesto por los arts. 43 y 86 de la CN, sólo obtendría sentencias sin mayor eficacia que meras declaraciones de carácter teórico en caso de que sus pretensiones fueran admitidas, con total desconocimiento de las funciones encomendadas por la Ley Fundamental”.*

En esos casos no hay un bien colectivo, como ocurre con el ambiente, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Existen variados precedentes jurisprudenciales donde, si bien con objeto diferenciado al derecho a acceso al agua y saneamiento, se han ido delinendo perfiles de la legitimación activa para la defensa de derechos individuales homogéneos. En el año 2000 se dictó una sentencia trascendente en cuanto califica adecuadamente el supuesto de intereses individuales

homogéneos, diferenciándolos de los derechos colectivos relativos a la defensa de bienes colectivos (acción de amparo ambiental), interpretando que la legitimación sustancial de la Defensoría para accionar por la repetición de daños a derechos subjetivos individuales homogéneos¹⁸, no era contradictoria con la prevista en la Constitución Nacional, sino ampliatoria.

Por su parte, en junio del año 2000, la CSJN dictó sentencia en los autos “Asociación Benghalensis y otros”¹⁹, declarando que en materia de salud al Estado no le cabe solamente un deber de abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino la obligación de efectuar prestaciones positivas, reconociendo los derechos individuales homogéneos de un sector de la población (los infectados por HIV) respecto de un derecho colectivo como la salud. También, en la causa Mignone²⁰, se abordó una sumatoria de derechos individuales de naturaleza subjetiva no patrimoniales, sometidos a una misma situación fáctica y normativa²¹ y en otro antecedente se reconoció la existencia conceptual de derechos de incidencia colectiva relativos a intereses individuales homogéneos no patrimoniales, a partir de una restricción de un derecho fundamental subjetivo ampliado a una comunidad de personas (“Verbitsky²²”), que siguiendo los lineamientos planteados en el caso “Mignone”, revitalizó el habeas corpus colectivo que responde al modelo de un derecho colectivo conformado por subjetividades idénticas.

Más recientemente, la CSJN en la causa: “Mendoza Beatriz y Otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios²³”, diferenció entre derechos colectivos y procesos disponibles e indisponibles. Para ello, definió claramente los derechos colectivos a partir de las pretensiones esgrimidas por los actores que perseguían la reparación del daño ambiental como bien colectivo y la segunda pretensión, por daño ambiental indirecto o *par ricochet*, por los daños y perjuicios sufridos por el vertido de residuos tóxicos y peligrosos en la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo.

¹⁸ Cfr. C.N.Fed. C.C., sala I en autos: “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Bs As c/Edesur”, en LL 2000 C-399.

¹⁹ Fallos. 323:1339 Publicado en LL 2001 B-126.

²⁰ CSJN 325:524, publicado en LL 2002-C, 377.

²¹ En el caso, los votos de los ministros Fayt y Petracchi, si bien no hicieron diferencia alguna acerca de la tipología individual homogénea, sostuvieron que frente a una restricción inadmisibles de un derecho fundamental, se justificaba una tutela judicial colectiva, aunque se trataba de situaciones de naturaleza individual, pero que alcanzaba a un determinado colectivo.

²² Publicado en LL, 2005-C, 276.

²³ CSJN 329:4741.

Bajo la denominación de “intereses individuales homogéneos”, se estableció como requisitos para la conformación de bienes colectivos generados a partir de situaciones individuales, la existencia de “*un sólo hecho ilícito que cause lesiones diferenciadas a los sujetos peticionantes*”, a ello le agregó como exigencia procesal: *a)* que la demanda contenga una descripción precisa que permita relacionar el nexo causal existente entre el daño sufrido por los actores y cada uno de los sujetos pasivos y *b)* que exista una adecuada descripción de los grados de entidad de las lesiones sufridas en los patrimonios y en las personas por partir de cada uno de los sujetos activos (considerando Nº 17). El Alto Tribunal incorporó así, como elemento estructural el criterio colectivo subjetivo, perfilándolo como la sumatoria de derechos subjetivos signados por un condicionamiento fáctico y normativo común u homogéneo.

4. Reglas y conflictos relativos al servicio de agua y saneamiento.

4.1) El servicio de agua y saneamiento: caracterización y alcance: La provisión de agua potable constituye un servicio público vital para la salud que debe ser prestado en condiciones que garanticen su continuidad, regularidad, calidad y generalidad, de manera tal que se asegure su eficiente prestación a los usuarios, la protección del medio ambiente y el uso racional del recurso²⁴. Con ese marco, los variados conflictos que se verifican en torno al acceso al servicio de agua y saneamiento, reconocen la influencia e interconexión de los principios de universalidad, equidad y cobertura del servicio, con las características que resultan inherentes del derecho humano al agua.

La conceptualización del derecho al acceso al agua ha producido un nuevo salto cualitativo en la protección de tal prerrogativa humana, consolidándose sus características de valor indispensable no sólo para la subsistencia, sino también en el campo propio de los derechos humanos²⁵, que se vincula con la calidad de vida y con la satisfacción de otros derechos humanos, porque vincula tal prerrogativa humana, a las necesidades vitales de subsistencia que amparaba el uso común²⁶. Conforme a ello, resulta procedente disponer la

²⁴ Cfr. Resolución General Nº 3/2005 ERSEP de Córdoba. Similares notas características son receptados por la ley Provincial Nº 6044 (que regula el servicio de agua y saneamiento en la Provincia de Mendoza), que en su art. 15 dispone: “*El servicio público de agua y saneamiento será prestado en condiciones que aseguren su continuidad, regularidad, calidad, generalidad y obligatoriedad, de manera que se logre la satisfacción de las necesidades de los usuarios y la protección del ambiente*”.

²⁵ “Club Defensores de Torino v. Aguas de Corrientes SA”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, sala IV, 24/02/2012. La Constitución de Corrientes (2007) establece: “*El agua es un bien social esencial para la vida. El Estado Provincial debe garantizar el acceso al agua saludable...*” (art. 59).

²⁶ “Benítez, M. y otros v. Municipalidad de Neuquén y otro”, Cám. de Apel. Civil, Com., Lab. y Min. de Neuquén Sala I, 05/10/2012.

inmediata rehabilitación del servicio, pues el Estado a través del Poder Judicial, tiene la obligación de asegurar el acceso de las personas al agua potable, en tanto, se trata de un derecho humano fundamental que nace de la Constitución Nacional²⁷, debiendo ser brindado de ser necesario, por medios alternativos dado que el agua es esencial para la vida²⁸. Por tratarse de un elemento esencial que se erige como derecho humano fundamental²⁹, se ha ordenado al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires garantizar a un barrio de emergencia el suministro de agua potable mediante camiones cisterna, por cuanto constituye parte esencial del derecho a la vida y a la salud³⁰.

4.2) Los principios y garantías de generalidad e igualdad: La garantía de generalidad e igualdad, surge de la imposibilidad de negar injustificadamente a unos lo que se le da a otros: todos tienen el mismo derecho al servicio dentro de ciertas condiciones (Perez Hualde, 2006). Generalidad e igualdad, prescriben que el servicio debe ser prestado en igualdad de condiciones, sin que sea posible discriminar entre los usuarios, lo que no obsta a que se establezcan categorías, en tanto dentro de las mismas se dispense el mismo trato a todos.

La violación de dichos principios de generalidad e igualdad se ha visto patentizada en variados precedentes jurisprudenciales, vinculados a pueblos originarios³¹, no obstante que se trata de un servicio universal básico que forma parte de las políticas en materia de salud³², que desde el punto de vista normativo, está reconocido en tratados internacionales con rango constitucional siendo extensivo no sólo a la salud individual sino también a la colectiva³³; no pudiendo el juzgador escudarse en cuestiones formales, sin abrir la efectiva investigación del

²⁷ "Vallejos Ripoll, Carlos M. c. Aguas de Corrientes S.A.", Cám. de Apelac. Civil y Com. de Corrientes, sala IV, en LLLitoral 2009, 907.

²⁸ "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. Ciudad de Bs. As.", Cám. de Ap. Contenc. Adm. y Trib. CABA, Sala I, 18/07/2007.

²⁹ "Negrelli, Oscar R. y otro v. Poder Ejecutivo y otro", Cámara de Apelaciones en lo Cont. Administrativo de La Plata, 20/11/2012.

³⁰ Cfr. "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. Ciudad de Buenos Aires", Cám. de Apel. en lo Contenc. Administ. y Tributario de la CABA, Sala I, 18/07/2007 y "S.N.C. c. Aguas de Formosa S. A.", Juzgado de 1ª Inst. Civil y Comercial Nº 1 de Formosa, 17/05/2001.

³¹ Vid. CSJN, "Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay", Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17/06/2005 y "Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento", 18/09/2007.

³² "Quevedo Miguel Ángel y otros c/ Aguas Cordobesas S.A. Amparo", Juzgado de 1ª Inst. y 51 Nom. Civil y Com. de Córdoba, 2002.

³³ "Florit, Carlos A. y otro v. Provincia de Buenos Aires y otra", S.C. de J. de la Provincia de Buenos Aires, 25/04/2012.

hecho y dar una pronta solución al problema, frente a la ausencia de prestación del servicio público de agua potable³⁴.

También se ven comprometidos frecuentemente ambos principios en relación a grupos sociales vulnerables, tales como barrios de emergencias³⁵ o personas indigentes³⁶, a cuyo respecto el Estado debe garantizar el suministro de agua potable, aún cuando “*si bien el acceso al agua potable requiere de una política estatal en la materia que establezca sistemas de suministro, ello no implica que el servicio pueda ser relegado mientras tales políticas son implementadas, sino que debe ser brindado por medios alternativos dado que el agua es esencial para la vida*”. De esta manera, los principios de generalidad e igualdad, se encuentran asociados a la superación de las pre-existentes desigualdades sociales en cuanto al medio ambiente y condiciones de vida de residentes de zonas marginales³⁷.

En correlación a la obligatoriedad de la prestación del servicio de agua y saneamiento, sin discriminaciones de ninguna clase, se impone la conexión forzosa e irrenunciable del usuario, basado en razones de sustentabilidad del servicio. En ejercicio de ese monopolio natural y legal, la autoridad de aplicación o el concesionario, pueden obligar a los propietarios de inmuebles ubicados en las áreas a servir, al pago por el servicio puesto a su disposición -se haga o no uso de él-, por cuanto es compulsiva la conexión para quienes tienen la red a su disposición³⁸. Dicha obligación es forzosa e irrenunciable para usos domésticos, pero como contrapartida, en ningún caso dichos servicios pueden suspenderse por falta de pago ni por ningún otra causa³⁹.

En ese marco, se ha cuestionado si la anulación por parte de la autoridad de aplicación, de una nueva red de cañerías instalada, habilita al amparista a ingresar a su domicilio agua potable, por ser un derecho personalísimo que no ofende el orden, ni la moral pública, ni perjudica a terceros (art. 19, CN), sosteniendo el tribunal que “*sólo transgrediría el*

³⁴ “Rodríguez, Víctor v. Provincia de Buenos Aires Ministerio de Educación de la Provincia de Buenos Aires”, C. Cont. Administrativo de San Martín, 02/10/2007.

³⁵ Cfr. “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. CABA”, Cám. de Apel. en lo Cont. Administ. y Trib. de la CABA, Sala I, 18/07/2007 y “Asociación de Vecinos de la Boca s/ archivo”, Cámara en lo Contenc. Administrativo Federal de la CABA, Sala 1, 05/05/2011.

³⁶ Vid. “Bustos Rubén Alberto y otros c/ Aguas Cordobesas-Amparo”, Juzgado de 1ª y 51ª Nom. Civil y Com. de Córdoba, 2002.

³⁷ “Contaminación Río Reconquista”, Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, 26/08/1992.

³⁸ Vid. ley mendocina 6044 (arts. 18 y 19); Código de Aguas de Córdoba (ley 5589, arts. 98 y 99) y Dec. 878/2003 de Buenos Aires.

³⁹ Arts. 98 y 99, Código de Aguas de la Provincia de Córdoba.

*monopolio legal, si pretendiera instalar una red de cañerías de agua potable paralela; pero no si sólo procura proveer de agua potable a su domicilio, mediante el camión cisterna*⁴⁰.

En estos casos, resulta esencial percibir la limitación de contratación o negociación de los usuarios de agua, tanto respecto de las peculiaridades físicas del suministro, la conexión o habilitación, como frente a las necesidades básicas de quienes reciben el servicio. Por ello, si la Constitución Nacional (art. 42) prevé que los usuarios de los servicios tienen derecho a la protección de sus intereses económicos y a la libertad de elección con un trato equitativo y digno y el control de los monopolios, las normas provinciales que obligan a la conexión, permitiendo de manera frecuente el cobro por servicios no prestados, resultarían violatorias de las normas constitucionales, dando sustento a un trato arbitrario e inequitativo⁴¹.

Se advierte así, que los problemas que se plantean acerca de si se encuentra o no obligado un frentista a conectarse a la red de agua potable siendo que utiliza fuentes alternativas que le proveen agua de calidad aceptable, se relacionan con el discernimiento de si la prestadora puede o no cobrar por un servicio que no presta concretamente, cuestión que se vincula a la distinción entre precio y tarifa, según las características de la prestadora, así como si el canon constituye una tasa, que por su propia naturaleza, supone una efectiva y definida contraprestación. Comprende también la situación del “no usuario” fuera del área de cobertura del servicio de agua potable, por inexistencia de red de distribución de agua, por lo que cualquier intento de cobro por la concesionaria de un servicio no prestado, deviene incausado⁴² por la imposibilidad material de tal prestación si el inmueble del usuario, se halla dentro del área servida por la prestataria, pero no dentro del radio efectivamente servido. También carecería de causa, si el prestatario pretende cobrar dicho servicio de modo individual, en relación a cada unidad funcional de un edificio, si el mismo reviste carácter general y común, pues al no existir prestación particularizada el importe abonado no retribuye ni compensa un servicio efectivamente prestado a cada propietario⁴³.

Los principios de generalidad e igualdad en la prestación de servicios públicos de agua

⁴⁰ “Kobylansky, Mercedes N. c. Dalvian S. A.”, Cámara 2ª de Apelac. Civil, Com., Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 15/06/2000.

⁴¹ “Bucca, Madalit c/ Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. y otros”, Corte Sup. Just. Santa Fe, 23/02/2005.

⁴² “Sosa, José E. v. Ente Regulador de Servicios Públicos –ERSEP”, Cámara Contenc. Administrativa de Córdoba, sala 1ª, 11/04/2005.

⁴³ “Pizarro, Eduardo J. y otros c. Aguas Cordobesas S.A.”, Cámara de Apelac. Civil y Comercial de 7ª Nom. de Córdoba, 27/05/2004.

y saneamiento, también dan cuenta de la importancia de la existencia de un único plan director, que permita analizar en forma conjunta las deficiencias y las necesidades estructurales como así también las posibles soluciones, que no deberán hallar restricciones ni obstáculos en función de las divisiones políticas del territorio en cuestión⁴⁴. El cumplimiento de dichos principios, se adunan a la exigencia del nivel de cobertura del servicio en relación a la población y un plan director único, por cuanto éste “*responde a la necesidad de dar un tratamiento homogéneo e igualitario a la totalidad cuenca, unificando los parámetros de calidad, los criterios de medición de los distintos indicadores de incidencia ambiental, y en definitiva tiende a lograr la unidad en el cumplimiento de las normas de tutela de los recursos naturales de la cuenca y un tratamiento igualitario de sus habitantes*”⁴⁵.

4.3) Los principios y garantías de regularidad y continuidad: La continuidad importa la obligación de prestar el servicio de manera ininterrumpida que, en el caso de los servicios de agua y saneamiento se caracteriza por su continuidad absoluta, por estar en juego condiciones básicas de higiene y salud comunitarias.

Al respecto, si bien aún persisten regulaciones que habilitan al corte del servicio por falta de pago, como la ley tucumana Nº 6529 (1994) regulatoria del servicio de agua potable, no obstante que la misma norma, taxativamente establece: “*Deberá en todo momento, tenerse en consideración la protección de la salud pública*” y que el Dec. Nº 1091/2003, que reglamenta la citada ley, califica al agua y saneamiento como “*servicios de medicina preventiva*” que evitan innumerables enfermedades de origen hídrico; la regla de la mayoría de los marcos regulatorios provinciales, es la prohibición de interrumpir o suspender por falta de pago ni por ninguna otra causa, su suministro por entender que responde a una necesidad vital.

La provisión de agua constituye un servicio de carácter permanente o constante que requiere una continuidad absoluta. Con este alcance, se ha considerado que “*la provisión de agua potable compromete el bienestar y salud general de la población (...) el corte de dicho servicio es una medida de extrema gravedad que debe ser interpretada restrictivamente*”⁴⁶. A

⁴⁴ La CSJN con fecha 08-07-08, *in re* “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros” ordenó a la ACUMAR el cumplimiento del programa dispuesto, tendiente a la recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos). En relación al objetivo referido a la expansión de la red de agua potable y saneamiento cloacal ordenó a la ACUMAR informar periódicamente sobre los avances en las obras las tendientes a brindar estos servicios básicos a los habitantes de la cuenca.

⁴⁵ “Acumar s/expansión de Red de Agua Potable y Desagües Cloacales en la Cuenca Alta y Partido de Merlo”, Juzgado Federal de Quilmes, 23/03/2011.

⁴⁶ “Ramos, Elsa M. v. Sociedad Aguas del Tucumán -SAT SAPEM”, C. Cont. Adm. Tucumán, sala 1ª, 30/10/2006.

ello cabe agregar que la provisión de agua potable es un servicio insustituible⁴⁷, constituye una necesidad colectiva que no puede ser interrumpida, ya que su continuidad es absoluta, y su prestación debe ser igualitaria y en uniformidad de condiciones⁴⁸.

Otro aspecto de la continuidad se relaciona con la regularidad del servicio. Ello significa que el servicio debe ser prestado conforme a reglas y condiciones preestablecidas que importan, entre otras cuestiones la imposición a la concesionaria de planes de operación y expansión, así como del mantenimiento, la conservación, la renovación y la sustitución de los bienes afectados al servicio público de agua potable⁴⁹. También implica el cumplimiento de las condiciones de cantidad y calidad suficientes en las que el servicio debe ser prestado (niveles de presión, composición química, potabilidad del agua, etc.), cuyo incumplimiento habilita un amparo iniciado con el objeto de que la calidad y potabilidad del agua de uso domiciliario cumpla con los módulos de calidad contemplados en el marco regulatorio aprobado por ley y el del Código Alimentario Argentino⁵⁰.

En estos casos, la prolongación en el tiempo de un servicio que sólo en forma esporádica satisface niveles de presión mínimos no puede considerarse regular en esta materia, en razón que dicha posibilidad genera a su vez riesgos respecto de la salubridad del agua depositada por el propio usuario quien, no cuenta con instalaciones apropiadas a tal fin en ámbitos residenciales⁵¹. Es que parte esencial de la regla de “continuidad” de la prestación del servicio de agua potable, se basa en que toda persona tiene derecho a gozar de un medio ambiente sano y los consumidores tienen derecho a la protección de su salud y seguridad, los que se ven resentidos ante el corte del servicio de provisión de agua o su reducción. La atemperación de los efectos de los cortes del servicio de provisión de agua potable, por tratarse de la provisión de agua potable de un servicio insustituible⁵², ha sido considerada garantizando la provisión de un mínimo de agua potable para cubrir las necesidades vitales de

⁴⁷ “Santino, Vicente Alberto v. Aguas Argentinas S.A. s/amparo”, C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 22/10/2002.

⁴⁸ “Quevedo Miguel Ángel y otros c/ Aguas Cordobesas S.A.”, Juzg. de 1ª Inst. y 51 Nom. Civil y Com. de la ciudad de Córdoba, 2002.

⁴⁹ “Aguas Cordobesas S.A. c. Provincia de Córdoba”, TSJ de la Provincia de Córdoba, sala contencioso administrativa, 14/10/2005.

⁵⁰ “Conde, Alberto J. L. v. Aguas Bonaerenses SA – ABSA”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 30/11/2011.

⁵¹ Cfr. “Vecinos Distrito Oeste Rosario v. Provincia de Santa Fe”, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, 30.11.2005.

⁵² “Santino, Vicente Alberto v. Aguas Argentinas S.A. s/amparo”, C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 22/10/2002.

una familia, hasta cubrir 200 litros diarios⁵³, o bien, garantizando la entrega de agua envasada con las condiciones de potabilidad garantizadas y de calidad apta para el consumo humano, hasta tanto el servicio se restituya con la normalidad requerida⁵⁴.

4.4) Cortes del servicio de agua por falta de pago y sobrefacturaciones: La problemática de los cortes del servicio por falta de pago, han suscitado dos tendencias jurisprudenciales contradictorias. Por una parte, una postura minoritaria que continúa sosteniendo que sin perjuicio del carácter de derecho inalienable que debe reconocerse al “agua saludable”, como perteneciente a la persona humana (art. 41 CN), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11), entre otras de igual jerarquía normativa, ello “*no implica que ninguna norma reglamentaria o de concesión del servicio público de agua potable, pueda autorizar el corte del servicio por cualquier motivo, aunque lo sea por el no pago de tales servicios*”⁵⁵. El suministro de agua potable –se sostiene-, trata de una relación de consumo de acuerdo a lo establecido por el art. 42 de nuestra Constitución Nacional que “*no solamente protege la salud, sino también la seguridad e intereses económicos*”⁵⁶.

La otra postura –que se aparta progresivamente de esa tendencia-, constata que no puede desconocerse que los servicios públicos de agua potable y saneamiento, “*son actividades estrictamente vinculadas al bienestar general y la calidad de vida, a la vez que de su calidad final y eficiencia dependen, en gran medida, la dignidad de los habitantes y que su ausencia puede afectar la salud de los habitantes*”⁵⁷, lo que implica en todos los casos, que se garantice un mínimo de caudal diario que permita subvenir las necesidades básicas de una familia⁵⁸.

⁵³ “Argañaraz, M. Francisco Godoy Juan Carlos y Otros” c/Agua Cordobesas S.A., Cámara 8ª de Apelac. Civil y Com. de la Provincia de Córdoba, 24.03.2004 y “Marchisio José Bautista y otros. Amparo”, Juzg. Civil y Com. de 8º Nom. de la Ciudad de Cba., 19.10.2004.

⁵⁴ Cfr. “Asociación Ambientalista del Sur c. Azurix S. A. y otros”, Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, 03/05/2000 y “Solari, Marta y Otros c/ Municipalidad de Alberti”, Cám. de Apelac. Contenc. Adm. de La Plata, 10/08/2010.

⁵⁵ “Vallejos Ripoll Carlos María c/ Agua de Corrientes S.A. s/ Amparo” Cámara de Ap. Civil y Com. de Corrientes, Nº 4, 6/05/2009.

⁵⁶ “Marcoré Marta S. c/Agua de Corrientes S.A. s/Amparo”, Cámara de Ap. Civil y Comercial de Corrientes, Nº 4, 06/12/2011.

⁵⁷ Cfr. “Conet c. Cooperativa de Luz y Fuerza de Villa de Soto”, TSJ de la Provincia de Córdoba, sala civil y comercial, 05/03/1991.

⁵⁸ “Argañaraz, M. Francisco y Otros” c/Agua Cordobesas S.A., Cámara 8ª de Ap. Civil y Com. de Córdoba, 24.03.2004.

Es por ello, que los caracteres generales de todo servicio público, se ven reconfigurados en función de la naturaleza del derecho al agua, ya que su ausencia tiene numerosas implicancias que afectan la salud, en especial de la población más vulnerable social y ambientalmente⁵⁹, resultando procedente ordenar la restitución del servicio de provisión de agua potable en condiciones que aseguren la continuidad y generalidad del mismo⁶⁰, frente al daño inminente que traería aparejado la falta de pago de la facturación cuestionada, esto es, el corte del servicio de agua al usuario⁶¹.

En todos los casos, debe tenerse en cuenta, que se trata de un servicio público que se presta bajo la figura de un monopolio natural y legal que ejercen las concesionarias para la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, lo que no autoriza el trato arbitrario al consumidor⁶², ni al corte del suministro del agua corriente por falta de pago sin dar al consumidor la posibilidad de ejercer reclamos administrativos previos⁶³; habilitando a suspender la obligación de pago por parte de usuarios de las facturaciones emitidas por la empresa demandada, por tener un incremento injustificado⁶⁴, por cuanto una tarifa es proporcional cuando los precios efectivamente pagados por los usuarios guardan una razonable correspondencia con la prestación efectiva, calidad y cantidad del servicio suministrado⁶⁵.

En consecuencia, resultaría inadmisibles que se estipule, como penalidad, suspender el suministro de agua a una familia cuando no tiene recursos para hacer frente al servicio ni

⁵⁹ “Quevedo Miguel Angel, Márquez Ramón Héctor y Otros c/ Aguas Cordobesas S.A.”, Juzgado de 1ª y 51ª Nom. Civil y Com. de Córdoba, 2002. Similar criterio fue sustentado por el mismo tribunal *in re* “Bustos Rubén A. y otros c/ Aguas Cordobesas-Amparo”.

⁶⁰ “Kobylansky, Mercedes N. c. Dalvian S. A.”, Cámara 2ª de Ap. Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 15/06/2000.

⁶¹ “Ronchi, Pablo J. c/Aguas Argentinas S.A. s/Amparo (incidente apelación)”, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, 07.02.2002.

⁶² “Kobylansky, Mercedes N. c. Dalvian S. A.”, Cámara 2ª de Ap. Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 15/06/2000.

⁶³ “Vallejos Ripoll, Carlos María c. Aguas de Corrientes S.A.”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, sala IV, en LLitoral 2009 (setiembre), 907.

⁶⁴ “Defensor del Pueblo de Santiago del Estero c. Aguas de Santiago S. A.”, ST de Justicia de Santiago del Estero, 10/03/1999.

⁶⁵ “Negrelli, Oscar R. y otro v. Poder Ejecutivo y otro”, Cámara de Ap. en lo Contencioso Administrativo de La Plata, 20/11/2012.

obtener esa sustancia de fuente alternativa⁶⁶, en tanto no se compadece con las medidas apropiadas para el suministro de agua potable salubre a los niños con la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 24, 2, inc. c)⁶⁷. El punto relevante a definir, sería si el corte de servicio de provisión de agua y saneamiento por falta de pago afecta derechos constitucionales. En tal sentido se han pronunciado algunos tribunales, resolviendo que *“la falta de pago no puede condicionar la continuidad de la prestación de un servicio de carácter esencial que resulta irremplazable y fundamental para la subsistencia de cualquier ser vivo, y su provisión está íntimamente relacionada con la dignidad, máxime cuando el amparista es una persona de escasos recursos y con afecciones en su salud...”*⁶⁸.

También se ha considerado inadmisibles e inconstitucionales el corte de agua potable como respuesta a la falta de pago, en razón que es inoficioso abocarse a considerar el planteo respecto a que la normativa actual otorga esta atribución a la prestadora, sin prever una segunda instancia de revisión administrativa y/o judicial previa⁶⁹. Con ese alcance, el corte por falta de pago ha sido considerado abusivo (art. 1071 del Cód. Civil), si no se ha probado la imposibilidad de obtener el pago por vía de apremio⁷⁰, no siendo viable utilizar el corte del servicio de agua como una medida coercitiva para lograr su cobro, sin ningún tipo de defensa por parte del usuario⁷¹.

Tampoco es ajeno a esta problemática, definir si el pago por el servicio de agua potable es un precio o una tasa, según que el servicio sea prestado por el Estado o empresas concesionarias. La distinción entre precio o tasa, cobra relevancia cuando se plantea la legitimidad de la pretensión de cobrar por un servicio que no se presta, o no resulta adecuado a la calidad o cantidad o presión prevista reglamentariamente⁷². En principio, toda tasa se

⁶⁶ Cfr. “DE.U.CO. Defensa de usuarios y Consumidores AC c/Org. Regulador de AB y Aguas del Gran Bs. As. s/Amparo”, 07.03. 2007 y “Vivacqua, Julio c. Cooperativa Ltda. de Consumo de Elect. y Serv. de Olavarría”, Cám. de Ap. Civil y Com. de Azul, sala II, 26/03/2002.

⁶⁷ Cfr. “Usuarios y Consumidores en Defensa de sus Derechos A.C. c. AGBA S.A.”, Juzgado de Paz de Moreno, 21/08/2002.

⁶⁸ “Ramos, Elsa Mirta c/ Sociedad Aguas del Tucumán”, Cámara de Apelac. Contenc. Administrativo de Tucumán, Sala I, 25/02/2010.

⁶⁹ “Usuarios y Consumidores en Defensa de sus Derechos Asociación Civil c. AGBA S.A.”, Juzgado de Paz de Moreno, 21/08/2002.

⁷⁰ “Conet c. Cooperativa de Luz y Fuerza de Villa de Soto”, Trib. Sup. de Justicia de la Prov. de Córdoba, Sala civ. y com., 05/03/1991.

⁷¹ “Quintana de Monzón, Ramona y otro v. Aguas de Corrientes SA”, Cám. de Apelac. Civil y Com. de Corrientes, Nº 4, 11.06.2010.

⁷² “Sosa, José E. v. Ente Regulador de Servicios Públicos –ERSEP”, Cámara Contenc. Administrativa de Córdoba, sala 1ª, 11/04/2005.

genera con la sola disponibilidad por el usuario del servicio respectivo, es decir con prescindencia de su efectiva utilización particular, la que sólo habrá de incidir en el monto a abonar, según cuales sean las modalidades de medición y tarificación adoptadas, pero éste no puede rehusar su pago, aún cuando no haga uso de aquél, o no tenga interés en él, ya que el servicio mira el interés general⁷³.

5. Conclusiones y reflexiones finales.

De acuerdo al breve y seguramente incompleto análisis anterior, puede inferirse que por ser el derecho al agua y saneamiento un derecho humano básico, los principios y reglas de la prestación de los relativos servicios públicos se ven inevitablemente condicionados, especialmente a través de las consideraciones sustanciales y procesales para su defensa. Por ello, resulta necesario mejorar y fortalecer algunos criterios para la defensa de derechos individuales homogéneos, como categoría especial dentro de los procesos colectivos, principalmente aquellos los relativos a la admisibilidad de la acción colectiva, a la legitimación para interponerla y a la proyección de los efectos de la sentencia que se dicte, teniendo en cuenta la índole del derecho humano que por ese medio se procura resguardar.

Bajo esa perspectiva, sería controvertible en acciones de clase para la defensa del derecho al agua y saneamiento, la aplicación del art. 54 de la LDC⁷⁴, que prevé la posibilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio, transacción y/o conciliación. Si bien la ley prevé que deberá tener obligada participación el Ministerio Público Fiscal y requiere auto fundado para su homologación, a los fines de salvaguardar adecuadamente intereses de los usuarios afectados, debería ser morigerada o bien, complementada con medidas de seguridad previas. La indisponibilidad propia de un derecho humano individual y colectivo a la vez, hace que dicha regla no debería ser de aplicación automática en las acciones de clase que se debata el derecho al agua, sin que antes se otorgue amplia difusión incluso utilizando medios masivos en la comunicación, para asegurar que el acuerdo homologado llegue a conocimiento de todos los miembros de la clase afectados.

Cuando la pretensión procesal tenga por objeto la defensa del derecho al agua y saneamiento como derecho humano, debería admitirse la adopción de medidas cautelares, con independencia de los procedimientos de admisibilidad de la acción de clase cuando la dilación

⁷³ Vid. "Ente Intermunicipal Aguas de Traslasierras c/ Besso, Jorge", Cámara Civil, Com., de Trab. y Flía de Villa Dolores, 13/05/2010.

⁷⁴ Ley Nº 24.240 de Defensa del Consumidor, modificada por la Ley Nº 26.361.

del proceso pudiera causar gravámenes irreparables. Las consecuencias sociales y sanitarias, que implican –por ejemplo- la provisión de agua no apta para consumo humano, deberían habilitar a una respuesta judicial urgente, que no se encuentre condicionada al complejo proceso de admisibilidad formal de la clase.

Por lo demás, la demostración que la provisión de agua segura es una condición que mejora la salud de la población, impide seguir concibiendo al agua potable exclusivamente desde una perspectiva de economía de mercado, requiriendo que su gestión sea concebida también como un bien social, a los fines de llevar a niveles de cobertura de universalidad a los servicios de agua y saneamiento.

Bibliografía:

GORDILLO, Agustín (1998) *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, T. II.

MORALES LAMBERTI, A.(2007): *Responsabilidad contractual y ambiental de empresas públicas privatizadas: el caso de Aguas Argentinas*, Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Córdoba.

MORALES LAMBERTI, A (2009) "Tratados Bilaterales de Inversión y conflictos en la prestación de servicios de agua potable y saneamiento: responsabilidad contractual y ambiental", En *III Curso de Postgrado sobre Derecho Agrario y Ambiental Internacional*, "El Agua", Pastorino, Leonardo (Dir.), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata, págs. 187-207. Ediciones Cooperativas; Buenos Aires 2009.

PEREZ HUALDE, Alejandro (2006): *Los servicios públicos y organismos de control*, Ed. Lexis Nexis, Bs As.

RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal (2010): *El derecho humano al agua y al saneamiento*, en *LLLitoral* 2010 (septiembre), 01/09/2010, 828.