

PONENCIA COMISIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

La certificación de imposibilidad de provisión del servicio público ¿como convalidación de la excepción al principio de obligatoriedad?

POR NATALIA MORTIER

I. Antecedentes.

Con fecha 14 de noviembre de 2006 el Poder Ejecutivo de la ciudad de Buenos Aires dictó el decreto 1929/06, mediante el cual suspendió -por el término de noventa días a partir de su publicación- el trámite de los permisos de obra nueva o ampliación que se inicien ante la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro, dependiente de la Subsecretaría de Control Comunal del Ministerio de Gobierno, con relación a parcelas en las cuales se proyectan viviendas de tipo multifamiliar o colectivas cuando su altura supere la correspondiente a un distrito de baja densidad (es decir, la altura de 13,5 metros sobre la rasante), pertenecientes a los distritos R2a, E3 y C3 del Código de Planeamiento Urbano en los barrios de Villa Urquiza, Coghlan, Núñez, Palermo, Villa Pueyrredón y Caballito definidos por Ordenanza N° 26.607, conforme a las planchetas de zonificación que el citado decreto indicaba.

Dicho decreto fue gestado en un especial contexto de la Ciudad, donde existían diversos y fervientes reclamos de asociaciones vecinales y de particulares tendientes a impedir la construcción de nuevos edificios de vivienda multifamiliar o colectivas, en una de las cuales había recaído medida cautelar de no innovar por la que se ordenó al GCBA a que se abstenga de otorgar nuevos permisos de demolición o de obra en el predio delimitado por las calles Paysandú, Arengreen, Martín de Gainza y Gaona, hasta tanto se resuelva el fondo de la acción.¹

¹ Es importante destacar que la medida cautelar se otorgó en el marco de una acción de amparo ambiental, más precisamente en autos, "Oybin, Mario c/G.C.B.A. s/Amparo" (Expediente N° 21.275), Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario n° 12, sentencia del 6/11/06. Al respecto, es interesante destacar la posición de la Sala II del fuero en autos "Carcar, Fabiola contra GCBA sobre otros procesos incidentales,

La mencionada norma fue a su vez derogada por su similar n° 220/07, que dispuso: (i) que en los trámites de permisos de obra que se encontraran suspendidos por aplicación del decreto n° 1.929/06, así como en los nuevos trámites para obtener un permiso de obra nueva o ampliación de obra que incorpore superficie habitable con destino a vivienda multifamiliar o colectiva cuando su altura supere la correspondiente a un distrito de baja densidad (13,5 metros sobre la rasante), en los Distritos R2a, C3 y E3 del Código de Planeamiento Urbano ubicados dentro de los barrios de Caballito, Coghlan, Palermo, Villa Pueyrredón y Villa Urquiza definidos por Ordenanza N° 26.607, se deberá presentar el Certificado de Uso Conforme exigido por el artículo 2.1.1 "Finalidad" del Código de Planeamiento Urbano especificando la factibilidad del suministro del servicio de agua potable y desagües domiciliario avalado por el Certificado de Factibilidad Técnica e Hídrica expedido por la empresa AySA, de conformidad con el convenio para la "Recuperación de Infraestructura Hídrica de los Barrios de la Ciudad de Buenos Aires", registrado como Convenio n° 3/07, que forma parte integrante del decreto, como condición para la iniciación o continuidad del trámite, según corresponda; (ii) que con carácter previo al otorgamiento del permiso de obra que en lo sucesivo

Expte. N° EXP 23.989/1", en mayo de este año, al sostener que *"Esta Sala ya ha afirmado que, el Código de Planeamiento Urbano constituye, junto al Plan Urbano Ambiental las herramientas fundamentales que el constituyente ha previsto en lo que a planificación urbana respecta. Su elaboración responde a un complejo procedimiento técnico con la garantía de participación comunitaria, y es aprobado por la Legislatura mediante un mecanismo especial. Comprende la asignación del destino de cada metro cuadrado de la Ciudad, teniendo en cuenta sus características y previendo su desarrollo futuro, debiendo mantener siempre un delicado equilibrio entre la tensión generada por intereses diversos, en aras del bienestar general y de crear las condiciones para un hábitat adecuado.*

De acuerdo con lo señalado, la determinación de un agravio constitucional en los términos planteados por la actora, requeriría de un profundo estudio comparativo de elementos probatorios de una gran complejidad técnica que no han sido arrojados por las partes al legajo, por lo que no resultaría factible expedirse por esta vía —máxime tratándose de una incidencia cautelar— respecto de la ocurrencia en el caso de autos de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que afecte los derechos y garantías invocados (esta Sala, Expte. N° 240: "COMERCIO DE MADERAS S.A. Y DENALI S.A. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO [ART. 14 C.C.A.B.A.]", 8 de noviembre de 2001).

Tampoco puede dejar de señalarse que la versión hasta ahora vigente del Código de Planeamiento Urbano (ley 449) fue sancionado el 2 de agosto de 2000 mediante el procedimiento previsto en los artículos 89 y 90 de la Constitución de la Ciudad, de modo tal que fue sometido a la consideración y el escrutinio ciudadano mediante el instituto de la audiencia pública con carácter previo a su sanción definitiva."

se presente, los emprendimientos alcanzados por lo establecido en el punto (i) que en lo sucesivo se presenten y cuya superficie total supere los 5.000 m² deben someterse a la Evaluación Técnica de Impacto Ambiental, prevista en la Ley n° 123 y sus normas modificatorias y reglamentarias; (iii) integrar la Comisión Interfuncional de Habilitación Ambiental, creada por la Ley n° 123 - artículos 46 y 47- por representantes de los Ministerios de Planeamiento y Obras Públicas, de Medio Ambiente y de Gobierno, siendo la autoridad de aplicación el Ministerio de Medio Ambiente; (iv) crear el Comité de Coordinación y Planeamiento de Infraestructura dependiente del Ministerio de Planeamiento y Obras Públicas, integrado con representantes designados por los titulares de los Ministerios de Planeamiento y Obras Públicas y de Espacio Público, con las responsabilidades de asegurar el equilibrio entre la infraestructura de servicios públicos y el planeamiento de los volúmenes edificables y las densidades en los diferentes distritos de la ciudad, y de coordinar las modalidades de uso de la vía y subsuelo públicos para el tendido y mantenimiento de las redes específicas, dando efectiva participación en el modo que oportunamente se reglamente, a las representaciones de los usuarios y de los vecinos de los barrios de la Ciudad de Buenos Aires; (v) convocar a la participación de los ciudadanos, profesionales, entidades comunitarias y vecinos en los Talleres del Foro Participativo Permanente (del CoPUA) con el objetivo de preparar y consensuar proyectos de reformas del Código de Planeamiento Urbano, en el marco conceptual del Plan Urbano Ambiental y de los futuros Planes Urbanos de Comunas; (vi) encomendar a los Ministerios de Hacienda y de Planeamiento y Obras Públicas que en conjunto formulen un Plan de Desarrollo Urbano de Zonas Promocionales, a fin de incentivar los emprendimientos en zonas de escasa densidad habitacional, adecuada infraestructura y suelo disponible; y (vii) encomendar al Ministerio de Gobierno que, a través de la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro, elabore y ponga en marcha un Programa de Supervisión de Obras, que tendrá por función realizar un monitoreo detallado del estado reglamentario de las obras en curso, observando especialmente la eventual afectación que pueda producirse sobre los derechos de los vecinos registrando y atendiendo

las denuncias por molestias que fueran efectuadas y estableciendo las acciones de mitigación de tales molestias.

La catarata normativa finaliza con el dictado de la ley 2359 –publicado el 31/07/07-, que estableció como dato obligatorio a consignar en el Certificado de Uso Conforme de la Sección 2 Normas Administrativas" del Código de Planeamiento Urbano, el siguiente: *“Para obras nuevas o de ampliación de obras existentes, en edificios destinados a vivienda multifamiliar: certificado de factibilidad y disponibilidad de recursos de redes de servicios públicos. Las empresas prestatarias certificarán que la infraestructura instalada es suficiente para satisfacer el incremento de la demanda que generará la obra nueva, sin deterioro de la calidad del servicio. La empresa prestataria de los servicios de provisión de gas certificará las especificaciones correspondientes a caudal de gas y presión de gas, establecidos en sus normas de servicio. La empresa prestataria de los servicios de provisión de electricidad certificará las especificaciones correspondientes a la calidad del producto técnico suministrado y nivel de tensión establecidos en sus normas de servicio. La empresa prestataria de los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales certificará las especificaciones correspondientes a presión de agua, caudal de agua, continuidad del servicio de abastecimiento de agua potable e inundaciones por desbordes de desagües cloacales establecidos en las normas de servicio”*. Igual requisito exige para la tramitación de permisos de edificación y aviso de obra.

Es decir que hoy en día, el GCBA exige como previo a la autorización de toda construcción de vivienda multifamiliar o colectiva la certificación de “disponibilidad de los servicios públicos”.

II. Problemas que plantea la cuestión.

Más allá de la dudosa constitucionalidad de la competencia atribuida por el decreto nº 220/07 al Ministerio de Planeamiento y Obras Públicas de la

Ciudad, de asegurar el equilibrio entre la infraestructura de servicios públicos federales y el planeamiento de los volúmenes edificables y las densidades en los diferentes distritos de la ciudad, y de coordinar las modalidades de uso de la vía y subsuelo públicos para el tendido y mantenimiento de las redes específicas –también federales-, la intención de este trabajo es abrir el debate sobre distintos conflictos que podría suscitar la aplicación de la ley 2359 y su confrontación con la normativa federal que rige los servicios de provisión de agua y desagües cloacales, distribución de energía eléctrica y distribución de gas natural.

En tal sentido, y toda vez que entendemos al servicio público como la prestación **obligatoria**, individualizada y concreta de cosas y servicios, para satisfacer necesidades colectivas y primordiales de la comunidad, ya directamente, ya por medio de particulares, siempre bajo un sistema de derecho público², hemos detectado los siguientes interrogantes con la intención de abrir la discusión y arrimar soluciones:

(a) ¿Puede la Ciudad de Buenos Aires convalidar mediante una norma excepciones al principio de obligatoriedad del servicio público en desmedro de los usuarios potenciales del servicio³?

² FIORINI Bartolomé, "Manual de Derecho Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 1968, pág. 819 y ss.

³ El marco regulatorio del agua aprobado por la ley 26.221 establece expresamente lo siguiente en cuanto a la obligatoriedad de provisión del servicio:

"ARTICULO 8º. — ALCANCES DE LA PRESTACION DEL SERVICIO: La prestación o puesta a disposición de los servicios se realizará a todo inmueble habitado comprendido dentro del Area Servida, de conformidad con lo previsto en este Marco Regulatorio."

"ARTICULO 10º. — COBERTURA DE SERVICIOS: Obligatoriedad de Prestación del Servicio. La Concesionaria debe extender, mantener y renovar las redes externas, conectarlas y prestar los servicios de agua potable y desagües cloacales para uso común en las condiciones establecidas en este Marco Regulatorio, el Contrato de Concesión y planes aprobados, a todo inmueble sea residencial o no, comprendido dentro de las Areas Servidas o de Expansión."

Ley 24.065, sobre la distribución de energía eléctrica, establece en su artículo 21, que: "Los distribuidores deberán satisfacer toda demanda de servicios de electricidad que les sea requerida en los términos de su contrato de concesión."

(b) ¿Puede convalidar la Ciudad de Buenos Aires que se generen daños y perjuicios imputables en último término al Estado Nacional por omisión de control de inversiones de las prestadoras a partir de la prohibición de la construcción de nuevas viviendas multifamiliares o colectivas?

(c) ¿Es válido que los “certificados de disponibilidad” los emita la empresa –privada en dos casos y pública, en otro- sin intervención alguna del ente federal regulador del servicio público, máxime cuando el GCBA tiene representación en el ente?

Los distribuidores serán responsables de atender todo incremento de demanda en su zona de concesión a usuarios finales, por lo que deberán asegurar su aprovisionamiento, celebrando los contratos de compraventa en bloque, que consideren convenientes. No podrán invocar el abastecimiento insuficiente de energía eléctrica como eximente de responsabilidad por el incumplimiento de las normas de calidad de servicio que se establezcan en su contrato de concesión.”

Por su parte, el artículo 25 de la ley 24.076 de gas natural establece que “*Los distribuidores deberán satisfacer toda demanda razonable de servicios de gas natural, de acuerdo a los términos de su habilitación y a lo normado en la presente ley.*”