

Cuaderno Temático de Dictámenes

DEFENSA DEL CONSUMIDOR O USUARIO

MATERIA: CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO



Cuaderno Temático de Dictámenes

DEFENSA DEL CONSUMIDOR O USUARIO

MATERIA: CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO





Presentación

Los dictámenes que emite la Procuración General ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires constituyen un corpus iuris integrado a partir de una elaboración jurídica propia realizada en el marco de las normas que habilitan la intervención del Organismo en los casos ventilados ante el aludido Tribunal.

En esta tarea, a más de la doctrina de los autores, son incorporadas diversas fuentes jurisprudenciales; entre ellas cobran especial protagonismo, la doctrina judicial emanada de la Suprema Corte de Justicia provincial, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y también, por cierto, lineamientos o estándares originados en precedentes de tribunales internacionales, particularmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cabe hacer notar el tenor dinámico que exhibe este corpus en tanto la Procuración General, al atender al interés público de la sociedad, debe ser permeable a las exigencias siempre actuales del bien común y propiciar los cambios jurisprudenciales que estas y los acontecimientos justifiquen. Ello sobre la base del respeto a un principio inmutable y primordial cual es la dignidad de la persona y los derechos humanos fundamentales.

En la Provincia de Buenos Aires, una especial mirada y perspectiva integral trasunta la estructura del Ministerio Público, como cuerpo de Fiscales, Defensores, Asesores de Menores e Incapaces y Curadores que, encabezado por el Procurador General, actúa en defensa de los intereses de la sociedad y persigue un eficaz equilibrio en la prestación de justicia respetando los valores consagrados en las disposiciones constitucionales.

La aludida estructura permite la unidad de acción y facilita la gestión de la protección del interés público de un modo cooperativo y solidario, con sustento en una sana dialéctica.

Elementales razones de transparencia y seguridad jurídica reclaman que los dictámenes que emite la Procuración a través de sus diversas áreas de especialización sean sistematizados, publicados y difundidos. Y también, rectamente inteligidos.

De tal suerte, los letrados que participan en su elaboración son quienes en una virtual interpretación auténtica intervienen en la selección y organización del material de los cuadernos que edita el Centro de Información Jurídica del MPBA.

De allí también que cada Cuaderno Temático de Dictámenes va precedido de una breve nota introductoria explicativa de su contenido, así como del criterio seguido en la elección de las piezas que lo componen.

En los Cuadernos se ponen de relieve temáticas transversales a las distintas ramas del derecho, primordialmente de orden constitucional y procesal. No cabe duda, asimismo, que las áreas especiales que sustantivizan las Salas de Relatoría (penal; civil, comercial y laboral; constitucional y administrativo; y tutelar) también proyectan su particular impronta y fisonomía respecto de la solución que se propicia para el remedio extraordinario implicado.

Los Cuadernos Temáticos del CIJur representan así un esfuerzo institucional en pro de un mejor servicio a los operadores del derecho y a la comunidad en general, que arrima y facilita el conocimiento de las soluciones de justicia a las personas, en beneficio de la transparencia.

Con toda expectativa los ponemos a disposición.

DR. JULIO CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Nota Introductoria

TEMÁTICA CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA

En este Cuaderno se han seleccionado dictámenes y contestaciones de vistas emitidos por el titular del Organismo, primordialmente vinculados a la defensa del consumidor y de los usuarios.

Al efecto, resulta del caso resaltar que la Procuración General ha expresado definiciones significativas en favor de la razonabilidad de la exigencia del solve et repete cuando se trata de la exigencia del pago previo de las multas que contempla la Ley de Defensa del Consumidor; en ese marco, también lo ha hecho, entre otras temáticas, respecto de la competencia contencioso administrativa en cuestiones vinculadas con la obra social pública.

Asimismo, se ha manifestado a favor del reconocimiento de la procedencia de la acción colectiva frente al riesgo de que la promoción de acciones individuales resultara de difícil concreción con el consiguiente menoscabo del derecho a la tutela judicial efectiva.

Y ha abordado, por cierto, los factores exonerantes del régimen de responsabilidad objetiva en las relaciones de consumo; con particular análisis de la ausencia de responsabilidad de quien no tiene relación jurídica alguna con la empresa oferente del contrato.

En otro orden, la jurisprudencia de la Casa ha priorizado a la persona por sobre los derechos asociativos, con el objeto de garantizar a aquella, una más adecuada tutela jurídica. Procede destacar, por otra parte, la obligada intervención del Ministerio Público en defensa de la legalidad y de los intereses colectivos como de su competencia representativa, cuando se encuentran comprometidos derechos vitales como el derecho del agua.

De los asesoramientos y contestaciones de vistas traídos, podrá colegirse la necesidad de distinguir las relaciones derivadas del consumo de aquellas que surgen de una relación contractual generada por el servicio público o bien, que son consecuencia del ejercicio de la función administrativa.

No cabe albergar dudas de que la paulatina precisión jurídica en la que se avance en estos ámbitos coadyuvará a una mejor tutela de los diferentes colectivos implicados.

DRA. MÓNICA ANDRIEU

Subsecretaria Sala de Relatoría de Asuntos
Constitucionales y Administrativos

(Índice) Defensa del Consumidor o Usuario

1. MULTA. EXIGENCIA DEL PAGO PREVIO COMO REQUISITO DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN JUDICIAL CONTRA RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS QUE LA IMPONEN

1.1. Causa A 75.643, "Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. c/ Municipalidad de Vicente López s/ proceso sumario de ilegitimidad", fecha: 22-03-2019	13
1.2. Causa A 75.532, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Municipalidad de San Isidro s/ pretensión anulatoria", fecha: 03-12-2018	29
1.3. Causa A 75.531, "Obra Social del Personal de la Industria del Vestido (OSPIV) c/ Municipalidad de General San Martín s/ proceso sumario de ilegitimidad", fecha: 29-11-2018	47
1.4. Causa A 74.885, "Telecom Personal S.A. c/ Municipalidad de General San Martín s/ proceso sumario de ilegitimidad", fecha: 07-12-2017	65

2. ACCIÓN COLECTIVA. LEGITIMACIÓN DE ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES

- Causa A 75.386, "Asociación Civil de Usuarios Bancarios Argentinos c/ EDEA S.A. s/ materia a categorizar", fecha: 15-11-2018	79
--	-----------

3. DERECHO A LA SALUD. ACCIONES POSITIVAS

- Causa B 74.696, "Fiscal de Estado c/ Juzgado de Faltas N.º 2 de Defensa del Consumidor en autos: Barletta Valeria Gisela s/ Denuncia c/ IOMA (Arts. 161, inc. 2.º y 196, Constitución Provincial)", fecha 29-06-2017	87
--	-----------

4. RELACIÓN DE CONSUMO: EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD BASADA EN EL HECHO AJENO

- Causa A 74.103, "Mercedes Benz Argentina S.A. c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ pretensión anulatoria", fecha: 29-05-2018	103
---	------------

5. EL USUARIO DEL SERVICIO ELÉCTRICO

- Causa A 74.723, “Nosei Mario Alberto c/ Usina Popular Cooperativa de Necochea ‘Sebastián de María’ s/ amparo”, fecha: 18-12-2018 125

6. DERECHOS INDISPENSABLES: EL AGUA POTABLE

- Causa A 74.951, “Pereyra, Germán y otros c/ Aguas Bonaerenses Sociedad Anónima -ABSA- s/amparo colectivo”, fecha: 13-02-2019 177

Los textos editados corresponden al contenido de los dictámenes; en los casos pertinentes, los datos personales de las partes han sido anonimizados.



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 75.643

**“Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. c/ Municipalidad
de Vicente López s/ Proceso sumario de ilegitimidad”,
fecha: 22-03-2019**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Banco de Galicia y Buenos Aires
SA c/ Municipalidad de Vicente
López s/ Proceso sumario de
ilegitimidad”

A 75.643

Suprema Corte de Justicia:

Viene la presente causa a esta Procuración General a los efectos de que emita dictamen respecto al recurso extraordinario de inconstitucionalidad interpuesto por el Fiscal General del Departamento Judicial San Martín, contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo del mencionado departamento judicial, por la cual se decide rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y confirmar el pronunciamiento de primera instancia que declara la inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley N.º 13.133 (v. fs. 133/136, 176/182 vta. y 190/203 vta.).

I.-

El Señor Fiscal al recurrir, efectúa su fundamentación en cuanto al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del recurso interpuesto.

Aborda la legitimación del Ministerio Público y tiene presente lo expresado por el Ministerio Fiscal a fs. 174 y vta.

Al respecto afirma que estaría habilitado para interponer el presente remedio extraordinario, toda vez que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y la Ley N.º 14.442 le reconocerían la competencia de actuar con “...*legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales...*” (v. fs. 190 vta.).

A su vez, pone de resalto lo expresamente determinado

en la Ley N.º 13.133 cuyo artículo 27 impone al Ministerio Público su actuación obligatoria como fiscal de la ley en armonía con el artículo 52 de la Ley Nacional N.º 24.240.

Finalmente, en este aspecto considera que la intervención por parte del Ministerio Público, “...no es a los fines de representar al particular damnificado en la relación de consumo, ni que actúe en nombre de una asociación de consumidores, sino que interviene por un interés actual, colectivo y relevante, en defensa del orden público y de la ley, resguardando la regularidad del proceso en el que se encuentra en juego un derecho de incidencia colectiva y garantizando la fiel observancia de los derechos expresamente consagrados en la propia Constitución Nacional” (v. fs. 191).

Luego de efectuar una breve reseña de la causa, arriba al análisis de la sentencia de la Cámara de Apelación.

Expone que el magistrado que inaugura el acuerdo realiza una serie de consideraciones en cuanto a los antecedentes del proceso y agravios efectuados por la demandada.

Hace saber que previo al dictado de la sentencia de primera instancia se habría omitido la intervención del Ministerio Público Fiscal.

Apunta que los argumentos vertidos al recurrir en apelación no habrían sido suficientemente refutados por los sentenciantes.

Entiende que la mención a lo sentenciado en la causa “Flora Elena Noemí” lo habría sido de manera dogmática.

Que, asimismo lo resuelto en “Herrera” distaría en los hechos en relación al presente proceso.

Deja expuesto que los antecedentes mencionados resultarían inaplicables y a todo evento no los comparte para la resolución del presente caso, ante un marco normativo y constitucional donde la materia de defensa del

consumidor habría irrumpido de una manera imposible de desconocer y lo lleva a propiciar su casación por que resultaría violatoria de textos legales expresos y afectación a derechos y garantías amparados constitucionalmente.

Al abocarse a la crítica de la sentencia en crisis, expresa que enarbola una serie de principios indiscutibles que aparentan dotarla de fundamento válido, tales como el de acceso irrestricto a la justicia, la tutela judicial efectiva y la igualdad para acceder a la revisión judicial de las resoluciones administrativas.

Afirma que tras un eventual loable objetivo desconocería expresos textos legales, trabajosa doctrina y jurisprudencia en materia de Defensa de los Derechos de los Consumidores como también, el principio de legitimidad de los actos administrativos y la ausencia de derechos absolutos a partir de la facultad del Estado de dictar leyes que reglamente su ejercicio. Con mención del artículo 14 de la Constitución Argentina.

Invoca un déficit argumentativo y justificatorio que entiende debe presidir todo planteo de invalidez supralegal de un precepto. Menciona jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra” (2012) sobre el control constitucional, las calidades del planteamiento y el sustento provocado por las partes para generar la habilitación judicial y una declaración al respecto.

Entiende que la actora no habría argumentado perjuicio alguno y que esta cuestión habría sido admitida y omitida por el propio magistrado afectando la legitimidad del acto jurisdiccional al violar doctrinas legales e institutos jurídicos reconocidos y sostenidos jurisprudencialmente.

Se agravia de la utilización en forma parcial y descontextualizada de fundamentos adoptados en una medida cautelar sobre la que aún no se habría fallado, en definitiva.

Invoca la existencia de doctrina legal respecto a la inte-

gración normativa.

Al respecto expresa que los magistrados debieron hacer uso de doctrina legal respecto de los criterios de interpretación que estarían en juego a fin de armonizar la materia del consumidor en el ordenamiento jurídico. Menciona diversas decisiones de la Suprema Corte de Justicia las cuales destacaron las particularidades de las relaciones de consumo.

Precisa sobre el concepto “*doctrina legal*” y su utilización a los fines de interpretar la exigencia del pago previo de la multa.

Invoca jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a los fines de demostrar la posibilidad de integración “*internormativa en forma armónica*”, la preeminencia de los textos constitucionales, del principio y régimen protectorio del consumidor en sentido amplio que excedería la distinción entre derecho público y privado. Fundamenta en el artículo 42 de la Constitución Argentina.

Remarca la necesidad de un examen de la cuestión desde una nueva óptica, critica en este aspecto a la labor desarrollada por los sentenciantes.

Al recurrir aborda el requisito del “*solve et repete*” e invoca la inaplicabilidad de la doctrina del fallo “*Herrera*”.

Apunta, en cuanto al instituto que ha sido objeto de análisis, a lo largo del tiempo tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que para ambos, el concepto habría ido evolucionando en atención a la naturaleza que se le atribuía, en cuanto a si representaba una restricción al acceso judicial o administrativo o en virtud del origen de la deuda si era fiscal o multa.

Reconoce que durante mucho tiempo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación habría sostenido una “*mirada absolutamente justificativa del instituto*”, con diversos cambios o flexibilizaciones que habría venido atravesando que permitieron calificarlas de etapas (v. fs. 197 vta.).

Señala que conforme a la corte federal se habría confirmado su constitucionalidad, pudiendo los contribuyentes sortear el mencionado requisito: cuando sea desproporcionada la magnitud del monto a pagar en relación con su concreta capacidad económica; cuando exista falta comprobada e inculpable de recursos económicos para poder hacer frente a su pago; cuando su efectivización importe un verdadero desapropio o revele en forma inequívoca propósitos persecutorios o cuando se configure la doctrina de la desviación del poder y cuando se afiance en forma suficiente el monto del litigio. Recuerda *in re* “Orígenes AJFP SA” (2008).

A continuación, trae a mención lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia en la causa “Herrera Aníbal” (2012), donde por cuatro votos contra tres, se propicia la declaración de inconstitucionalidad del artículo 42 de la Ley N.º 11.477 -pago previo de una multa en materia pesquera- al considerar que las multas no pueden valorarse como integrantes “normales” del sistema financiero público.

Pasa a destacar lo decidido en la causal “Gallo Llorente” (2018), en el marco de una determinación impositiva, en el que efectivamente se habrían tenido por justificados los extremos para la exención de tal requisito previo, a través de la tramitación y concesión de un beneficio de litigar sin gastos.

Destaca que, si bien se trata del acceso a la instancia judicial de una multa administrativa, la misma lo sería en el marco de las leyes N.º 13.133 y N.º 24.240, específicas en la materia de derecho del consumidor. Recuerda el contenido del artículo 70 de la Ley N.º 13.133, y la posibilidad de su eximición prevista por la propia normativa.

Afirma que en el caso se está ante una entidad bancaria privada, cuyo monto a integrar de pesos quince mil le impediría hasta la invocación de perjuicio y obstáculo para acceder a la instancia judicial.

Refiere que esta última decisión, aun no siendo vinculada a la defensa de los derechos del consumidor, presentaría una importante diferencia con la posición -que califica de general y dogmática- adoptada por la Cámara de

Apelación en los autos “*Flora Elena Noemí*”.

Da cuenta que, en este ámbito particular, la inclusión del pago previo de la multa habría respondido principalmente a la asimetría propia de las relaciones del consumo, en donde el consumidor se encuentra en una situación desigual ante la empresa -con mayor solvencia para afrontar el pago de la multa- y a la usual menor cuantía de los asuntos involucrados.

Expresa que la modificación operada a la ley provincial representaría un *aggiornamento* con la legislación nacional, con respeto a la doctrina legal del máximo órgano judicial nacional al no diferenciar a las multas en la aplicación del principio y someterlo al régimen de excepciones antes descripto.

Pasa a distinguir los sujetos y resalta el comportamiento adoptado por la firma de no verse impedida de acceder a la jurisdicción.

Afirma que en la presente actuación una declaración de inconstitucionalidad lejos se encontraría de estar fundada o justificada, por lo que debería revocarse.

En acápite aparte pasa a referirse a la naturaleza de la multa impuesta en el marco de la ley de defensa del consumidor.

Expresa que la sentencia atacada esgrimiría el fundamento de la naturaleza jurídica de la sanción pecuniaria para justificar su falta de coherencia con la Constitución.

Reitera y resalta que la materia Derecho del Consumidor debiera ser objeto de un análisis particular y específico, no pudiendo adoptarse antecedentes referidos a normas o situaciones de hecho ajenos a ella, desconociendo su naturaleza tuitiva.

Reafirma que las justificaciones por las cuales se impone el pago de las obligaciones tributarias por hacer al financiamiento del Estado no podrían aplicarse, tampoco los principios genéricos referidos a las sanciones

punitivas, respecto a otras materias.

Con acento en el régimen protectorio que habría adoptado la Argentina a nivel constitucional, nacional y provincial, y por el Código Civil y Comercial esgrime que se imponía un esfuerzo adicional por parte de los magistrados, el asumir un rol activo frente al proceso en que interviene un consumidor realizando una interpretación normativa integradora que permitiera equilibrar el habitual desequilibrio generado por la sociedad de consumo, teniendo en cuenta la dinámica comercial, la modalidad de contratación masiva y las obligaciones hacia quienes se benefician del mismo.

Manifiesta que dicho celo en la actuación de los operadores también debiera atender al destino de las multas. Transcribe el artículo 75 de la Ley N.º 13.133.

Afirma que corresponde al Estado la obligación de dictar normas tendientes a hacer operativos los derechos reconocidos constitucionalmente y de hacerlas cumplir entre las que se encontrarían, la impugnada por la Cámara puesto que hasta su revisión judicial la multa cumpliría “...una importante función de sostén del sistema protectorio del consumidor a nivel municipal, a mérito de su destino financiero, como así también una función preventiva y disuasoria para que los proveedores de los servicios pongan su mejor esfuerzo en evitar el conflicto y en su caso, darle una solución en tiempo propio a los consumidores” (v. fs. 200 vta.).

Finalmente señala la omisión de evaluar tanto la doctrina respecto a la función del magistrado ante la declaración de inconstitucionalidad como la vinculada a la existencia del caso constitucional.

Luego de destacar la gravedad institucional que implica la declaración de inconstitucionalidad de una norma, con mención de jurisprudencia, hace referencia al sistema de control de constitucionalidad argentino para señalar que el tribunal sentenciante debía expresar con total precisión, no sólo la norma que tacha de inconstitucional, sino también el perjuicio real y efectivo que le causa su cumplimiento. Cita jurisprudencia.

Afirma que los derechos individuales reconocidos y consagrados por la Constitución Nacional se encuentran sujetos a las limitaciones o modificaciones que los derechos de la sociedad imponen, sometidos a un poder de reglamentación con fines de conveniencia social y seguridad común, para destacar como principales objetivos constitucionales el bienestar y la prosperidad general. Cita el artículo 14 de la Constitución Argentina.

Expresa que la inconstitucionalidad que declara la Cámara entrañaría violación al cuerpo normativo tuitivo, y a la doctrina legal vigente en la materia. Transcribe lo pertinente del artículo 3° de la Ley N.º 24.240.

Solicita que la Suprema Corte de Justicia confirme la vigencia del artículo 70 de la Ley N.º 13.133, de la doctrina legal vigente en la materia en relación a la integración normativa, revocando la sentencia que se habría basado en una “*declamada*” defensa del acceso a la justicia y conllevaría una violación al régimen legal y constitucional.

Sostiene que lo resuelto en la sentencia no se compecede con lo establecido por los artículos 7 del Código Civil y Comercial, y 3 de la Ley de Defensa del Consumidor. Recuerda doctrina jurisprudencial en relación a la noción de consumo para observar que nada impediría la aplicación inmediata de la ley supletoria más favorable al consumidor.

Expone sobre la necesidad de que el Máximo Tribunal de Justicia eche luz definitiva sobre el punto, recuerda la doctrina “*Cuevas*”.

Finalmente, entiende acreditada en la presente causa la cuestión constitucional al resolver la Cámara de Apelación a favor de la inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley N.º 13133, y entender que habría mediado vulneración a las garantías constitucionales previstas en los artículos 10 y 15 de la Constitución Provincial. Cita jurisprudencia.

II.-

Luego de ser concedido el presente recurso extraordinario, fueron remitidas las actuaciones a esta Procuración General a los efectos de dictaminar (v. fs. 206 y vta. 212; 302, CPCC).

III.-

Al ingresar al tratamiento del caso bajo examen, adelanto que he de propiciar el acogimiento del recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal General de San Martín.

Para ello he de atender a lo ya dictaminado por esta Procuración General (A 74.883, A 74.906, A 74.886, todas del 07-XII-2017; A 75.006, 28-XII-2017; A 75.043, 27-III, A 75.532, 03-XII, A 75.445, 05-XII, A 75.579, 26-XII, estas últimas del año 2018).

1.- En forma previa, estimo necesario recordar ciertos principios generales acuñados por la jurisprudencia del Alto Tribunal de Justicia de la Nación, en materia de control de constitucionalidad.

En tal sentido, es conocida su doctrina en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad, como una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, última ratio del orden jurídico, al que sólo debería recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (conf. “Fallos”, “Cine Callao”, T. 247:121, 1960 y sus citas; “Mill de Pereyra”, T. 324:3219, 2001; “Recurso Queja N° 1...”, 4 de diciembre de 2018, entre muchos otros).

Los tribunales de justicia deben imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades, como del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (conf. “Fallos” “Bonevo”, T. 155:248; 1929; “Santoro”, T. 272:231; 1968; “Sánchez Abelenda”, T. 311:2553;

1988; “Lapadu”, T. 327:5723, 2004; “Brandi”, T. 328:3573; 2005; “P.A.”. T. 338:488; 2015; “Centro de Estudios...”, T. 339:1077; 2016; “Recurso Queja N° 1”, cit., consid. trece *in fine*).

En este mismo orden de ideas, se ha señalado que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica (conf. “Fallos”, “Mill de Pereyra”, cit.).

El Alto Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de sostener que “...la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado, que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiesta de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación...”; “...cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera...”; y que “...la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad...” (conf. “Fallos”, “Rodríguez Pereyra”, T. 335:2333, 2012).

Además, se ha dicho que la declaración judicial de inconstitucionalidad no sólo requiere que la norma impugnada pueda causar un gravamen constitucional, sino que se haya afirmado y acreditado fehacientemente, que ello ocurre en el caso concreto sometido a decisión (“Fallos”, “García”, T. 256:602, 1963; “Rattagan”, T. 258:255, 1964; “Moris de Lococo”, T. 297:108, 1977; “González, Ramón A.”, T. 299:368, 1977; “Olguin Digregorio”, T. 300:352, 1978; “Chapla”, T. 301:410, 1979; “Paredes”, T. 302:355, 1980, “Aceval Pollacchi”, T. 334:799, 2011, entre otros).

2.- Ahora bien, tal como fuera expresado, la Cámara de Apelación al haber rechazado el recurso de apelación interpuesto por la demandada, dejó firme la decisión del Juez de Primera instancia que había declarado la inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley N.º 13.133.

Por medio de este artículo, se dispuso que las decisiones que adopte el organismo encargado de proteger al consumidor *“agotarán la vía administrativa”*, se estableció un plazo de caducidad para interponer la demanda contencioso administrativa, la que deberá ser presentada ante el mismo órgano administrativo que la dictó y en *“...todos los casos, para interponer la acción judicial contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de ésta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito junto con el escrito de demanda sin cuyo requisito será desestimado, salvo que el cumplimiento de la misma pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante...”*.

Por lo tanto, se presenta un requisito de admisibilidad establecido por el legislador, justamente, porque tuvo en mira el espíritu protectorio que posee la legislación de defensa del consumidor, quien es, por definición, la parte más débil de la relación (CSJNA, “Fallos”, “Flores Automotores SA”, dictamen de María Graciela Reiriz, T. 324:4349; 2001; “ERCON SA”, consid. cuarto y noveno del voto de la señora Jueza Highton de Nolasco, T. 338:1524, 2015; SCJBA, “Cuevas”, consid. segundo punto “c” del voto del Señor Juez Hitters, res., 01-09-2010 y sus citas).

Puntualizo que el Máximo Tribunal de la Nación ha resuelto en varias oportunidades que la exigencia de pagos previos -como requisito de procedencia de recursos de apelación- no vulneran como regla general el principio de igualdad y el de la inviolabilidad de la defensa en juicio (CSJNA, “Fallos”, “Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda”, T. 261:101, 1965; “Pérez, Rolando”, T. 278:188, 1970; “Brigido”, T. 280:314, 1971; “Jockey Club de Rosario”, T. 287:101, 1973, “Compañía de Circuitos Cerrados S.A.”, T. 328: 3638, 2005 y, más reciente en tiempo “GIABOO SRL y Otro”, sentencia de 10 de noviembre de 2015, entre otros).

Este mismo criterio también se refleja en el caso de las multas (CSJNA, “Fallos”, “COINOR”, T. 198:463, 1944; “Ramo”, T. 236:582, 1956; “María E. Guerrero de García SRL”, T. 243:425, 1959; “Sociedad en Com. Por Acc. Ahumada”, T. 272:30, 1968; “ADELPHIA SAIC”, cit.; “García, Ricardo M”, T. 287:473, 1973; “Barbeito”, T. 291:99, 1975; “Nación”, T. 295:314, 1976; “Soc. Anón. Expreso Sudoeste (SAES)”, cit.; “Agropecuaria Ayui SA.”, cit.; “López Iván A.”, cit., entre otros).

En tiempo reciente, el Alto Tribunal de Justicia reafirma este criterio al sentenciar en la causa “Edenor S.A.”, distinguiendo en los considerandos séptimo y octavo, su aplicación a otros supuestos distintos de los predicados por el artículo 40 bis de la Ley N.º 24.240, y afirmó: “...*Tampoco resultan idóneos los cuestionamientos de orden constitucional que se realizaron a la específica regulación normativa, en tanto no se ha acreditado suficientemente la configuración de un supuesto de excepción que obste, según la jurisprudencia del Tribunal, a la aplicación del principio solve et repete, en el caso...*”, “Fallos”, T. 340:878 (2017).

En el asunto “Microómnibus Barrancas de Belgrano” (“Fallos”: 312:2490, 1989) determina el alcance que cabe otorgar a lo dispuesto por el artículo 8º, inciso 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -a la que el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional- vinculada a la exigencia de las leyes N.º 18.820 y N.º 21.864 que establecen la obligación de depositar el importe de la deuda resultante de la resolución administrativa como requisito previo de la procedencia del recurso ante la justicia del trabajo. El Tribunal al concluir analiza que no habría una conclusión automática en cuanto a la violación del artículo 8 inciso 1º al no alegarse que fuera imposible su cumplimiento, debido al excesivo monto del depósito, que de tal manera impidiera el real y efectivo ejercicio de su derecho. A ello suma, que tal solución se ajusta, por lo demás, a la jurisprudencia de la Corte Suprema en caso similares al interpretar el artículo 18 de la Constitución Nacional. Con cita de “Fallos”, “Fernández, Fermín”, T. 215:225; 1949; “Sauras”, 215: 501; 1949; “Lahuirat”, 219:668; 1951; “Livorno SRL”, 247:181; 1960; “Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda.”, 261:101; 1965; “Adelphia SAIC”, T. 285: 302; 1973, entre otros.

Se destaca la obligación de atender a las situaciones concretas de los particulares, lo que debiera haber hecho para determinar si existía un real menoscabo del derecho de defensa -según la doctrina de los precedentes citados- era examinar si había demostrado la falta inculpable de los medios pertinentes para enfrentar la erogación a fin de evitar que ese previo pago se traduzca, en un real menoscabo del derecho de defensa en juicio (cc., “Fallos”, “Agropecuaria Ayui SA”, consid. octavo, cit.; SCJBA, cc., A 71.910, “Agrotransporte CONESA SA”, sent., 04-08-2016, esp. consid. cuarto “a”, voto del Señor Juez Hitters).

En la causa “Agropecuaria Ayui SA”, la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Corrientes -al confirmar la sentencia del juez anterior en grado- atiende la inconstitucionalidad del artículo 12 del Decreto Ley N.º 6704/63, en cuanto establece como requisito para apelar ante la instancia judicial el previo pago de la multa impuesta por la autoridad administrativa. El Máximo Tribunal expresó en lo sustancial, que el pago previo de la multa era procedente por no haber alegado ni probado la parte actora que lo exigido por el Fisco, representara una desproporción por la que se pudiera llegar a alterar o menoscabar la capacidad económica del particular recurrente.

Por su parte, V.E. también ha seguido criterios similares en varios pronunciamientos (SCJBA, causas B 65.684, “Albezan S.R.L. y otros”, res., 24-08-2005; B 64.768, “Aguas Argentinas SA”, res., 27-09-2006; B 56.707, “Carba SA”, sent., 23-04-2008; B 65.727, “Kel Ediciones SA y Otra”, res., 29-09-2010).

De las mencionadas sentencias, “Aguas Argentinas SA” y “Kel Ediciones SA y Otra” extraemos su doctrina: “El pedido de exención del pago previo a la interposición de la demanda requiere que se evalúe la situación patrimonial concreta de los obligados puesto que sólo de ese modo puede apreciarse si ese pago se traduce en un real menoscabo de la defensa en juicio. No basta, por consiguiente, atender únicamente a la desproporción entre el importe exigido y el patrimonio sino más bien, a la posibilidad de que se torne ilusorio en función del desapoderamiento de bienes que podría significar”.

Mientras que en “Carba SA” a los fines de favorecer con la excepción se evaluó: *“Encontrándose en autos acreditada prima facie una concreta y significativa afectación económica de la firma actora corresponde, en virtud del principio constitucional de defensa en juicio, morigerar el requisito de pago previo”*.

Por último, el propio artículo 70 *“in fine”* de la Ley N.º 13.133 establece que el requisito de pago previo no sería exigible en el supuesto caso de que *“...el cumplimiento (...) pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante...”*.

Cabe destacar que quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos y si no logra cumplir con ella mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea rechazada (conf. CSJNA, “Fallos”, “Feuermann”, consid. cuarto, T. 331:881, 2008; “Día Argentina SA y Otra”, consid. cuarto y quinto, T. 333:1088; 2010; “Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires”, sentencia del 4 de septiembre de 2018, voto del Señor Juez Rosenkrantz, consid. séptimo).

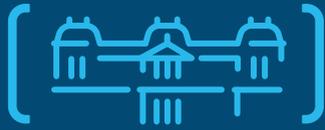
IV.-

Por lo expuesto, considero que no habiéndose acreditado en autos una imposibilidad de pago o que dicha erogación pudiera generarle a la parte actora un obstáculo insalvable y con ello, la posible vulneración del acceso a la justicia (arts. 18 de la Constitución Nacional; 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), opino que V.E. podría hacer lugar al presente recurso extraordinario de inconstitucionalidad y, de esa forma, revocar la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín (art. 302 del CPCC).

La Plata, 22 de marzo de 2019.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 75.532

**“Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Municipalidad de
San Isidro s/ Pretensión anulatoria”, fecha: 03-12-2018**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Banco de la Prov. de Buenos Aires c/
Municipalidad de San Isidro s/
Pretensión anulatoria”

A 75.532

Suprema Corte de Justicia:

Viene la presente causa a esta Procuración General a los efectos de que emita dictamen respecto al recurso extraordinario de inconstitucionalidad interpuesto por el Fiscal General del Departamento Judicial de General San Martín, Dr. Marcelo Fabián Lapargo, contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín, de fecha 26 de junio de 2018, por la cual fue rechazado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, y por lo tanto confirmó la sentencia de primera instancia, por la que se había declarado la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la Ley N.º 13.133 (v. fs. 145/150 y 152/165).

I.-

Previo a analizar el recurso se describirán los hechos que motivan esta intervención.

a) Con fecha 5 de noviembre de 2012, la señora Isabel Rocha efectuó un reclamo ante la Subsecretaría de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de San Isidro, contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires, por la que solicita el reintegro de quinientos pesos (\$ 500); (v. fs. 2 y 3).

Explica que solicita la intervención de esa oficina, atento a “*la negativa del Banco de la Provincia de Buenos Aires, sucursal San Isidro, a responder satisfactoriamente el reclamo presentado el 16/10/2012*” (v. fs. 3).

Explica que el motivo del reclamo se debe a que dicho banco habría realizado una promoción con motivo de su 190 aniversario, consistente en el ofrecimiento de un reintegro del 50 % con un tope de \$ 500, “*en concepto de consumos realizados con tarjetas emitidas por el Banco Provincia en el rubro ‘indumentaria’, válido para las compras realizadas el 6/09/2012*” (v. fs. 3).

Agrega que el día 6 de septiembre de ese año, la denunciante habría realizado una compra en la zapatería Febo, sucursal Martínez, por un monto de \$ 1000, a lo que agrega: *“El Banco no me ha hecho reintegro correspondiente aduciendo que el calzado no estaba incluido en la promoción... esto último no fue especificado en el texto de la promoción emitida por el Banco”*.

A ello aduna: *“Según consta en el diccionario de la Real Academia Española, el calzado es considerado parte de la indumentaria... es por esta razón que considero que el Banco de la Provincia de Buenos Aires debe reintegrarme \$ 500 a la brevedad”* (v. fs. 3).

b) El día 27 de noviembre de 2012 se realizó la audiencia en el ámbito de la Subsecretaría de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de San Isidro, entre la denunciante –Isabel Rocha– y la apoderada del Banco de la Provincia de Buenos Aires.

La apoderada de la entidad denunciada, luego de tomar conocimiento de las actuaciones, rechaza el reclamo *“atento a que en la promoción se especifica que no participan de las bonificaciones los consumos realizados en otros rubros no específicos de los determinados en restaurantes, cines, e indumentaria, considerando que el rubro zapatería no se encuentra incluido en el rubro indumentaria”* (v. fs. 16).

c) El Jefe de Sumarios de la Subsecretaría de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de San Isidro, dispuso *“imputar”* al Banco de la Provincia de Buenos Aires, sucursal San Isidro, por la presunta infracción a los artículos 4 y 8 de la Ley N.º 24.240 (v. fs. 19).

d) La apoderada del Banco de la Provincia de Buenos Aires se presentó a formular el correspondiente descargo (v. fs. 27/28).

En esa oportunidad, ratifica que el rubro zapatería no se encontraba alcanzado por la promoción. Transcribe en forma textual la publicidad, y agrega: *“La promoción, tal cual se desprende de la publicidad efectuada estaba dirigida a compras efectuadas en comercios adheridos bajo determinado rubro”* (v. fs. 27 vta.).

Afirma: *“...en el caso de marras estaba dirigida exclusivamente –entre otros– al ‘rubro indumentaria’, sin corresponder entonces analizar el*

sentido y/o significado de 'indumentaria', apuntándose asimismo la exclusión de las 'casas de deporte'...". Acompaña prueba documental (v. fs. 28).

e) El Director General de la Dirección de Defensa de los Consumidores y Usuarios de la Municipalidad de San Isidro dictó resolución 445/15 en el Expediente N.º 20.576, por la que declaró "culpable" al Banco de la Provincia de Buenos Aires, de la comisión de la infracción a los artículos 4 y 8 de la Ley N.º 24.240, imponiendo sanción de multa de pesos veinte mil (\$ 20.000.-); (v. fs. 32/36 vta.).

f) La apoderada del Banco de la Provincia de Buenos Aires se presentó y apeló esta última decisión (v. fs. 49/57 vta.).

Además de expresar que no habría mérito para la multa, considera que el Banco de la Provincia de Buenos Aires "**se encuentra exento de la imposición de la condena atacada puesto que en la Ley Provincial 9434** (Carta Orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires) en su artículo 4 dispone: 'El Banco, sus bienes, actos, contratos y operaciones que de ellos emanen a su favor, están exentos de todo gravamen, impuesto, carga o contribución de cualquier naturaleza. El Banco abonará exclusivamente el servicio de obras, la tasa por alumbrado, limpieza y conservación de la vía pública y la contribución de mejoras'..." (v. fs. 51 vta., lo remarcado pertenece al original).

Realiza una explicación de carácter histórico, incluye la batalla de Cepeda y el Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859. Respecto a este último, considera que a tenor del artículo VII se pactó que "Todas las propiedades de la Provincia que le dan sus leyes particulares, como sus establecimientos públicos, de cualquier clase y número que sean, seguirán correspondiendo a la Provincia de Buenos Aires y serán gobernados y legislados por la autoridad de la Provincia" (v. fs. 53, el subrayado pertenece al original).

Pasa a sostener, el Banco de la Provincia de Buenos Aires no podría ser sujeto pasivo de este reclamo, agrega jurisprudencia que considera de aplicación (v. 54/56).

Para terminar, deja planteada la cuestión constitucional federal.

g) El organismo administrativo, si bien advierte el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley N.º 13.133, entiende que debe elevarse el

recurso al juzgado contencioso administrativo departamental (v. fs. 58).

El juez a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo N.º 2 de San Isidro ordenó que la demanda sea adecuada a las normas del proceso contencioso administrativo para luego resolver sobre la aplicación del artículo 70 de la Ley N.º 13.133 y la modificación de la Ley N.º 14.652.

Por tal razón, la apoderada del Banco de la Provincia de Buenos Aires replanteó la presentación (v. fs. 60 y 72/80 vta.). A fs. 87 presenta escrito en que da cuenta el abono de la multa y solicita su devolución (v. fs. 86 y vta.).

h) Previo a resolver, el citado magistrado ordenó el traslado de la demanda y puso los autos para resolver (v. 88 y vta.).

En fecha 22 de abril del año 2016 dicta sentencia. Dispuso declarar -en el caso- la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la Ley N.º 13.133 -texto según Ley N.º 14.652- (v. fs. 92/96).

A fs. 108 se intima a la Municipalidad de San Isidro a efectuar la devolución de la suma oportunamente abonada.

i) La apoderada de la Municipalidad de San Isidro contestó la demanda, solicitando su total rechazo con costas. A todo evento dejó planteado en caso federal (v. fs. 116/120 vta.).

La apoderada señala que fue intimada a devolver el importe de la multa depositada por la actora, razón por la cual apela la decisión (v. fs. 134/136 vta.).

A fs. 138/140 vta., la apoderada de la entidad bancaria contesta traslado.

j) Luego de ser concedido el recurso de apelación, las actuaciones fueron elevadas a la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín (v. fs. 141 y 142).

k) La Cámara en lo Contencioso Administrativo dictó sentencia, rechazando el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, y consecuentemente, confirmó la sentencia en cuanto ha sido materia de agravio. Ordena remitir las actuaciones a la Fiscalía General departamental (v. fs. 145/ 150 vta.).

II.-

Contra lo decidido, el Fiscal General del Departamento Judicial de San Martín interpuso recurso extraordinario de inconstitucionalidad, en los términos del artículo 299 del Código Procesal Civil y Comercial (v. fs. 152/165).

a) Respecto a la legitimación activa, consideró que el Ministerio Público estaría habilitado para interponer el presente remedio extraordinario, toda vez que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y la Ley N.º 14.442 del Ministerio Público, como parte integrante del Poder Judicial, establece en su artículo 1º que poseería *“legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales”* (v. fs. 152 vta.).

A su vez puso de resalto lo expresamente determinado en la Ley N.º 13.133 (*“Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios”*), cuyo artículo 27 *“impone al Ministerio Público su actuación OBLIGATORIA como Fiscal de la Ley –concordante con el art. 52 de la Ley Nacional N.º 24.240, según texto de la ley 26.361”* (v. fs. 153, la mayúscula se corresponde con el original).

Finalmente, consideró que esta intervención por parte del Ministerio Público, *“no es a los fines de representar al particular damnificado en la relación de consumo, ni que actúe en nombre de una asociación de consumidores, sino que interviene por un interés actual, colectivo y relevante, en defensa del orden público y de la ley, resguardando la regularidad del proceso en el que se encuentra en juego un derecho de incidencia colectiva y garantizando la fiel observancia de los derechos expresamente consagrados en la propia Constitución Nacional”* (v. fs. 153).

b) Respecto a los restantes requisitos de admisibilidad, manifestó que cumpliría con los mismos, a saber: domicilio constituido en la ciudad de La Plata; la sentencia revestiría carácter definitivo; sostuvo que no sería de aplicación el monto mínimo y el depósito previo para este tipo de litigios (v. fs. 153 vta./154 vta.).

c) En lo que se refiere a los antecedentes del presente, explicó que fue presentada una demanda ante el Juez de Primera Instancia, con el objeto de que se revocara la resolución sancionatoria dictada por el Sr. Director General de Defensa de los Consumidores de San Isidro. El banco planteó la inconstitucionalidad del requisito del pago

previo previsto en el artículo 70 de la Ley N.º 13.133 (v. fs. 154 vta.).

Continuó relatando que no se confirió la vista al Ministerio Público “*teniendo en cuanta el interés público debatido en autos, y lo prescripto en el artículo 27 de la ley 13.133*”, pese a lo cual el Juez resolvió hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley N.º 13.133 (v. fs. 154 vta.).

Expuso que esta resolución fue recurrida por la apoderada de la Municipalidad de San Isidro, que derivó en la sentencia de la Cámara de Apelación, que recurre por medio del presente remedio extraordinario.

Recalcó que la Cámara “*a quo*” sostuvo que el principio del “*solve et repete*” sería contrario a los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos (v. fs. 155).

Analizó la sentencia de la Cámara de Apelación, y los fundamentos vertidos por el juez preopinante, cuya solución fue acompañada por los otros magistrados.

Al respecto, el representante del Ministerio Público afirmó que los antecedentes citados en la sentencia de segunda instancia no serían de aplicación, y que no le asistiría razón al tribunal al sostener que, las multas carecerían de naturaleza tributaria, por no integrar “*recursos normales del sistema*” (v. fs. 156).

Sostuvo que los antecedentes invocados por la Cámara de Apelación no resultarían “*...vinculantes ni relevantes para la resolución del presente caso*”, por lo que solicita a V.E. que “*case dicha sentencia, por violatoria de textos legales expresos, afectando derechos y garantías amparados constitucionalmente*” (v. fs. 156).

Aprecia la existencia de un déficit argumentativo y justificatorio para proceder a declarar la inconstitucionalidad de una norma, cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación a este extremo en la labor judicial.

Hace referencia a la existencia de doctrina legal respecto a la integración normativa en materia del consumidor. Cita precedentes judiciales de la Suprema Corte de Justicia para argumentar que registran coincidencia argumental hacia una mirada normativa plena partiendo de la Constitución nacional.

Luego de atender al concepto de “doctrina legal” y el reconocimiento de la falta de ser entendida en términos absolutos, respecto a la posibilidad de justificar el requisito del pago previo de la multa, producto de un proceso administrativo de consumo, afirma que sí lo sería respecto a la necesidad de recurrir a la “integración normativa de la materia” (v. fs. 158). Menciona jurisprudencia.

Da cuenta que la integración normativa es posible realizarla en forma armónica, basada en la preeminencia de los textos constitucionales, de las leyes que reglamentan la materia que expresa, “...gozan del carácter de orden público e imponen un régimen protectorio del consumidor en sentido amplio, que excede el parámetro básico distintivo entre derecho público y privado” (v. fs. 158 vta.). Hace especial referencia al artículo 42 de la Constitución Argentina y la elevación del principio protectorio atravesando el ordenamiento jurídico.

Sostiene que el fallo no atendió a la doctrina judicial de casos análogos y de hacerlo no lo acredita cuando “...desinterpreta toda doctrina legal, normativa y doctrina autoral en la materia” (v. fs. 159).

En lo que se refiere al principio del *solve et repete*, explica que el concepto habría evolucionado, “...advirtiéndose diversas justificaciones para su aplicación en razón de la naturaleza jurídica que se le adjudicaba, la restricción que importaba al acceso a una instancia judicial o administrativa, el origen de la deuda que se recurría (si era fiscal o multa) ...” (v. fs. 159).

Según el entender del aquí recurrente “...podemos afirmar que efectivamente nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha mantenido a lo largo del tiempo una mirada absolutamente justificativa del instituto, con diversos cambios o flexibilizaciones en los que algunos autores advierten como etapas” (v. fs. 159).

Es de la opinión de que el criterio actual del Máximo Tribunal de la Nación avalaría la constitucionalidad del *solve et repete*, excepto cuando “...sea desproporcionada la magnitud del monto a pagar en relación con su concreta capacidad económica” o cuando “...exista falta comprobada e inculpable de recursos económicos para poder hacer frente a su pago” o “su efectivización importe un verdadero desapropio o revele en forma inequívoca propósitos persecutorios o configure la doctrina de la desviación del poder”; o finalmente, en el caso de que “se afiance en forma suficiente el monto del litigio” (fs. 159 vta.).

En lo que se refiere a la jurisprudencia de V.E., considera que en el caso “Herrera, Anibal” (I 3361), V.E. trató la constitucionalidad del artículo 42 de la Ley N.º N.º 11.477 (pago previo de una multa en materia pesquera, respecto a un contribuyente que carecía de habilitación para alquilar botes), aborda las posiciones divisorias y los fundamentos en torno a la declaración de inconstitucionalidad del requisito legal (v. fs. 159 vta.).

Entiende que, en el citado caso, por mayoría declaró inconstitucional el régimen “...por cuanto las multas no pueden considerarse válidamente como integrantes normales del sistema financiero público” (v. fs. 159 vta.).

Menciona que en el presente año en la causa “Gallo” (A 71.493) en el específico marco de una determinación impositiva, tuvieron por justificados los extremos para acreditar una exención a través de la tramitación y concesión de un beneficio de litigar sin gastos.

Sostiene que pese a ser casos ajenos a la materia en cuestión, “lejos se encuentra el máximo tribunal provincial, de amparar una interpretación como la efectuada por esta Alzada Departamental, que por el presente se recurre, del principio del solve et repete” (v. fs. 160).

Pero añade, en el presente caso si bien se trataría del acceso a la instancia judicial, en el Derecho del Consumidor “...la inclusión del pago previo de la multa, respondió principalmente a la asimetría propia de las relaciones del consumo, en donde el consumidor se encuentra en una situación desigual ante la empresa (con mayor solvencia para afrontar el pago de la multa), y a la usual menor cuantía de los asuntos involucrados” (v. fs. 160).

Afirma, la modificación legislativa al cuestionado artículo 70 de la Ley N.º 13.133 respondería a “un *aggiornamento* con la legislación nacional, que recordemos respeta la doctrina legal del máximo órgano judicial nacional, al no diferenciar a las multas en la aplicación del principio y someterlo al régimen de excepciones...” (v. fs. 160 y vta.).

Por ello, entiende que el precedente “Herrera” por el que la Cámara Contencioso Administrativa fundó la sentencia atacada, “...a todas luces se diferencia el sustento fáctico como para justificar la aplicación analógica de tal solución al

presente caso” (v. fs. 160 vta.).

Agrega, en el presente “*en modo alguno nos encontramos con una persona física cuyo derecho de defensa se encontraba en juego, sino que se trata de una Obra Social, cuyo monto a integrar de pesos ocho mil (\$ 8000) le impiden hasta la invocación de perjuicio alguno u obstáculo para acceder a la revisión judicial pretendida en el marco normativo vigente*” (v. fs. 160 vta.).

Hace saber que igual suerte correría el análisis del fallo “*Flora*”, en que, si bien el Ministerio Público no tuvo oportunidad de intervenir, los extremos difieren del presente caso. Hace un análisis sobre sus circunstancias.

Específicamente, respecto a la naturaleza de la multa en el marco de la ley de defensa del consumidor, expresa que la sentencia esgrime el fundamento de la naturaleza de la sanción pecuniaria, para justificar la falta de coherencia con la constitución.

Resalta, la materia “*Derecho del Consumidor*” debería ser objeto de un análisis particular y específico, no debiendo invocarse antecedentes referidos a normas o situaciones de hecho ajenos a ella, ya que posee naturaleza “*esencialmente tuitiva*” (v. fs. 161 vta.).

Manifiesta, la jurisprudencia referida a las justificaciones por las cuales se impone el pago de las obligaciones tributarias por hacer al financiamiento del Estado mismo, no podría aplicarse.

Que tampoco lo serían los principios genéricos referidos a las sanciones punitivas respecto a otras materias. Destaca la valoración de la materia comprometida a la luz de convenciones constituyentes, del Código Civil y Comercial de la Nación y la naturaleza del vínculo contractual en juego.

Destaca el destino establecido por la ley para el producido por las multas. Refiere, a tenor de lo previsto en el artículo 75 de la Ley N.º 13.133 lo recaudado con las multas que ingresen al erario público municipal, “*...el cuarenta por ciento (40%) serán destinados única y exclusivamente a solventar los gastos que demanden el cumplimiento de la citada Ley y el sesenta por ciento (60%) restante ingresará a rentas generales...*” (v. fs. 162).

Reflexiona, el Estado tiene la obligación de dictar normas tendientes a hacer operativos los derechos reconocidos constitucionalmente y de hacerlas cumplir. Que, en este sentido, se encuentran las impugnadas por la Cámara, puesto que hasta tanto la multa sea revisada por el órgano judicial, *“la misma cumple una importante función de sostén del sistema protectorio del consumidor a nivel municipal, a mérito de su destino financiero, como así también una función preventiva y disuasoria para que los proveedores de los servicios pongan su mejor esfuerzo en evitar el conflicto y en su caso, darle una solución en tiempo propio a los consumidores”* (v. fs. 162 y vta.).

Pasa a exponer sobre la omisión de evaluar doctrina respecto a la función del magistrado ante la declaración de inconstitucionalidad y la necesidad del caso constitucional. Recuerda la importancia de operar la declaración de inconstitucionalidad por los jueces, cita doctrina.

Expresa, el sistema de control de constitucionalidad, difuso, el tribunal sentenciante debió expresar con total precisión no solo la norma que tacha de inconstitucional, sino también, el perjuicio real y efectivo que causa su cumplimiento. Menciona sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín (v. fs. 128).

Evalúa la relación ente los derechos individuales y su reglamentación, con mención del artículo 14 de la Constitución Argentina.

El recurrente da cuenta que, con la inconstitucionalidad declarada por la Cámara de Apelación, se configuraría una *“violación flagrante al cuerpo normativo tuitivo y a la doctrina legal vigentes en la materia”* (v. fs. 128 vta.).

Recuerda las pautas que surgen de la Ley de Defensa del Consumidor en cuanto a la aplicación de la ley, su integración normativa y su interpretación en caso de duda, hacia la más favorable al consumidor.

Invoca que existirían sobrados motivos para que la Suprema Corte de Justicia confirme la vigencia del artículo 70 de la Ley N.º 13.133, de la doctrina legal vigente en la materia en relación a la integración normativa, revoque la sentencia basada en una declamada defensa del acceso a la justicia *“que importa en realidad, una violación al régimen legal y constitucional vigente, inaplicable en la especie, de acuerdo a lo establecido por el art. 7 del Código Civil Comercial Nacional y 3 de la LDC”* (v. fs. 164).

Aduna, al análisis no debe escapar la doctrina legal tam- bién, en relación a la noción de consumo jurídico, con mención de lo resuelto entre otras, en la causa “Canio” (C 107.516) para solicitar la aplicación inmediata de la ley supletoria más favorable al consumidor.

Entiende como Ministerio Público que, en virtud de los criterios hermenéuticos que ha propuesto, desarrollado y sostenido a partir de la doctrina “Cuevas”, se impondría una evaluación particular de la situación planteada en autos ante demandas que *“pretenden la revisión judicial en la instancia contencioso administrativa de las sanciones impuestas en el marco de la ley de defensa del consumidor... y una firme, clara y contundente toma de posición de este máximo órgano provincial, que eche luz definitiva sobre el punto”* (v. fs. 164 y vta.).

Por último, invoca la existencia del “caso constitucional” en el marco del artículo 161 inciso 1º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, destaca que la sentencia resuelve declarar la inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley N.º 13.133 por entender la presencia de vulneración a garantías constitucionales en los artículos 10 y 15 de la Constitución provincial, cita jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (v. fs. 164 vta.). Deja planteada la cuestión constitucional federal.

III.-

Luego de ser concedido el recurso extraordinario de inconstitucionalidad por parte de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, fueron remitidas las presentes a esta Procuración General a los efectos de dictaminar (v. fs. 171; 302, CPCC).

IV.-

He de propiciar, se haga lugar al recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal General.

Para ello he de atender, a lo ya dictaminado por esta Procuración General, entre otras causas, en A 75.043 “Amx Argentina SA”, de fecha 27 de marzo del presente año, 2018 (cc. A 74.883, A 74906, A 74.886, todas, dictámenes, 07-XII-2017, A 75006, 28-XII-2017, A 75043, 27-III-2018; art. 302 del CPCC).

1.- En forma previa, estimo necesario recordar ciertos

principios generales acuñados por la jurisprudencia del Alto Tribunal de Justicia de la Nación, en materia de control de constitucionalidad.

En tal sentido, es conocida su doctrina en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad, como una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, última ratio del orden jurídico, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (conf. “Fallos”, “Cine Callao”, T. 247:121, 1960- y sus citas; “Mill de Pereyra”, T. 324:3219, 2001).

Los tribunales de justicia deben imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como, del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (conf. “Fallos”, “Lapadu”, T. 327:5723, 2004).

En este mismo orden de ideas, se ha señalado que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquella, sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica (conf. “Fallos”, cit. “Mill de Pereyra”).

El Alto Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de sostener que “...la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado, que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiesta de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación”; “...cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera”; y que “...la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad” (conf. “Fallos”, “Rodríguez Pereyra”, T. 335:2333, 2012 y “Codina”, T. 337:1403, 2014).

Además, se ha dicho que la declaración judicial de inconstitucionalidad no sólo requiere que la norma impugnada pueda causar un gravamen constitucional, sino que se haya afirmado y acreditado fehacientemente, que ello ocurre en el caso concreto sometido a decisión (“Fallos”, “García”, T. 256:602, 1963; “Rattagan”, T. 258:255, 1964; “Moris de Lococo”, T. 297:108, 1977; “González, Ramón A.”, T. 299:368, 1977; “Olguin Digregorio”, T. 300:352, 1978; “Chapla”, T. 301:410, 1979; “Paredes”, T. 302:355, 1980, “Aceval Pollacchi”, T. 334:799, 2011, entre otros).

2.- Ahora bien, tal como fuera expresado, la Cámara de Apelación, al haber rechazado el recurso de apelación, confirmó la decisión de primera instancia por la cual se había declarado la inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley N.º 13.133.

Por medio de este artículo, se dispuso que las decisiones que adopte el organismo encargado de proteger al consumidor “agotarán la vía administrativa”; se estableció un plazo de caducidad para interponer la demanda contencioso administrativa, la que deberá ser presentada ante el mismo órgano administrativo que la dictó y en “*todos los casos, para interponer la acción judicial contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de ésta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito junto con el escrito de demanda sin cuyo requisito será desestimado, salvo que el cumplimiento de la misma pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante*”.

Por lo tanto, se presenta un requisito de admisibilidad establecido por el legislador, justamente, porque tuvo en mira el espíritu protectorio que posee la legislación de defensa del consumidor, quien es, por definición, la parte más débil de la relación (CSJNA, “Fallos”, “ERCON SA”, T. 338:1524, 2015).

Puntualizo que el Máximo Tribunal de la Nación ha resuelto, en varias oportunidades, que la exigencia de pagos previos -como requisito de procedencia de recursos de apelación- no vulneran como regla general el principio de igualdad y el de la inviolabilidad de la defensa en juicio (CSJNA, “Fallos”, “Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda”, T. 261:101, 1965; “Pérez, Rolando”, T. 278:188, 1970; “Brigido”, T. 280:314, 1971; “Jockey Club de Rosario”, T. 287:101, 1973, “Compañía de Circuitos Cerrados S.A.”, T. 328: 3638, 2005 y, más reciente en tiempo “GIABOO SRL y Otro”, sentencia de 10 de noviembre de 2015, entre otros).

En forma excepcional, en el supuesto de que la parte pueda verse perjudicada en forma grave, desde el punto de vista patrimonial con este pago previo, la regla anteriormente expuesta podría ser mitigada (CSJNA, “Fallos”, “ADELPHIA SAIC” T. 285:302, 1973; “Sociedad Anónima Expreso Sudoeste (SAES)”, T. 319:3415, 1996; “Asociación Israelita de Beneficiencia y Socorros Mutuos Ezrah”, T. 322:337, 1999; “Agropecuaria Ayui SA”, T. 322:1284, 1999; “López Iván A.”, T. 323:3012, 2000; “Centro Diagnóstico de Virus SRL”, T. 328:2938, 2005, entre otros).

Este mismo criterio también se refleja en el caso de las multas (CSJNA, “Fallos”, “COINOR”, T. 198:463, 1944; “Ramo”, T. 236:582, 1956; “María E. Guerrero de García SRL”, T. 243:425, 1959; “Sociedad en Com. Por Acc. Ahumada”, T. 272:30, 1968; “ADELPHIA SAIC”, cit.; “García, Ricardo M”, T. 287:473, 1973; “Barbeito”, T. 291:99, 1975; “Nación”, T. 295:314, 1976; “Soc. Anón. Expreso Sudoeste (SAES)”, cit.; “Agropecuaria Ayui SA.”, cit.; “López Iván A.”, cit., entre otros).

En tiempo reciente, el Alto Tribunal de Justicia reafirmó este criterio al sentenciar en la causa “Edenor S.A.”, distinguiendo en los considerandos séptimo y octavo, su aplicación a otros supuestos distintos, de los predicados por el artículo 40 bis de la Ley N.º 24.240 y afirma: “*Tampoco resultan idóneos los cuestionamientos de orden constitucional que se realizaron a la específica regulación normativa, en tanto no se ha acreditado suficientemente la configuración de un supuesto de excepción que obste, según la jurisprudencia del Tribunal, a la aplicación del principio solve et repete, en el caso*”, (“Fallos”, T. 340:878, 2017).

En el asunto “Microómnibus Barrancas de Belgrano” (“Fallos”: 312:2490, 1989) se estableció que el alcance que cabe otorgar a lo dispuesto por el artículo 8º, inciso 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -a la que el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional- es equivalente, en relación con el principio *solve et repete*, a las excepciones que contemplan situaciones concretas de los particulares a fin de evitar que ese previo pago se traduzca, a causa de la falta comprobada e inculpable de los medios pertinentes para enfrentar la erogación, en un real menoscabo del derecho de defensa en juicio” (cc., “Fallos”, “Agropecuaria Ayui SA”, cit.; SCJBA, cc., A 71910, “Agrotransporte CONESA SA”, sent., 04-08-2016, esp. consid. cuarto “a”, voto del Señor Juez Hitters).

En la causa “Agropecuaria Ayui SA”, el Máximo Tribunal

expresó que el pago previo de la multa era procedente por no haber alegado ni probado la parte actora que lo exigido por el Fisco, representara una desproporción por la que se pudiera llegar a alterar o menoscabar la capacidad económica del particular recurrente (“*Agropecuaria Ayui S.A.*”, cit.).

Por su parte, V.E. también ha seguido ese criterio en varios pronunciamientos (SCJBA, causas B. 65684, “*Albezan S.R.L. y otros*”, res., 24-08-2005; B. 64768, “*Aguas Argentinas*”, res., 27-09-2006; B. 56707, “*Carba*”, sent., 23-04-2008; B. 65727, “*Kel*”, res., 29-09-2010).

Por último, el propio artículo 70 “in fine” de la Ley N.º 13.133 establece que el requisito de pago previo no sería exigible en el supuesto caso de que “...*el cumplimiento... pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante*”.

Cabe destacar que, quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos y si no logra cumplir con ella mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea rechazada (conf. CSJNA, “*Fallos*”, “*Feuermann*”, T. 331:881, 2008).

2.1.- Por último, la apoderada del Banco de la Provincia de Buenos Aires puso de manifiesto que dicha entidad poseería un estatus especial, a la luz del alcance e interpretación jurídica e histórica del contenido del Pacto de San José de Flores suscripto por el Estado de Buenos Aires y la Confederación Argentina entre los días 10 y 11 de noviembre de 1859.

Al respecto, entiendo que en el presente caso se trata de la aplicación de una ley provincial (la Ley N.º 13.133), por parte de un municipio emplazado, también en la misma provincia (la Municipalidad de San Isidro), por lo que, y en concordancia a lo oportunamente resuelto por la Suprema Corte, la naturaleza de dicho banco y del mentado acuerdo “*no guardarían ninguna vinculación con el tema traído a discusión en tanto éste no trasciende el ámbito de la legislación provincial*” (SCJBA, Ac. 43.804, “*Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Mella Modesto y otro*” sent., 18-06-1991).

Ello es así, toda vez que la Ley Nacional N.º 24.240 no interfiere en ninguna competencia que la provincia se haya reservado al momento de su incorporación (arts. 31, 121 y 126 de la Constitución Nacional; art. 1º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires). En sentido contrario, dicha ley nacional está en concordancia y

armonía, no sólo con el artículo 42 de la Constitución Nacional, sino también con el espíritu y contenido del artículo 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de pronunciarse en un caso en el que se discutía acerca de una multa que la Dirección de Comercio Interior le había aplicado al Banco de la Provincia de Buenos Aires, por una supuesta infracción a la Ley de Defensa al Consumidor N.º 24.240.

El Alto Tribunal, al momento de resolver la contienda, se remitió a lo expuesto por la Procuradora Fiscal de la Nación, quien había sostenido que *“lo decidido no afecta (...) el status jurídico de la entidad bancaria local como institución autárquica de derecho público, ni limita las exenciones de las que goza en virtud de la reserva constitucional, en tanto los privilegios invocados no guardan relación con el comportamiento del banco respecto del cumplimiento de normas de derecho común y frente a la vulneración de las garantías constitucionales de los consumidores”* (CSJNA, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ D.N.C.I. -DISP. 622/05”, “Fallos”, T. 337:205; 2014).

V.-

Por lo expuesto, y no habiéndose acreditado en autos una imposibilidad de pago -antes bien, la entidad bancaria ya había efectuado el depósito, que luego le fuera intimado a devolver-, o que dicha erogación pudiera generarle un obstáculo insalvable y con ello la posible vulneración del acceso a la justicia (arts. 18 de la Constitución Nacional; 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), opino que V.E. debería hacer lugar al presente recurso extraordinario de inconstitucionalidad y de esa forma, revocar la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso administrativo con asiento en San Martín (art. 302 del CPCC).

La Plata, 3 de diciembre de 2018.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 75.531

**“Obra Social del Personal de la Industria del Vestido (OSPIV) c/
Municipalidad de General San Martín s/ Proceso sumario de
ilegitimidad”, fecha: 29-11-2018**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Obra Social del Personal de la Industria del Vestido (OSPIV) c/ Municipalidad de General San Martín s/ Proceso sumario de ilegitimidad”

A 75.531

Suprema Corte de Justicia:

Viene la presente causa a esta Procuración General a los efectos de que emita dictamen respecto al recurso extraordinario de inconstitucionalidad interpuesto por el Fiscal General del Departamento Judicial de General San Martín, Dr. Marcelo Fabián Lapargo, contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín, de fecha 21 de junio de 2018, por la cual se decidió rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y de esta forma confirmar la sentencia de primera instancia (v. fs. 111/115 vta. y 117/130 vta.).

I.-

Previo a analizar el recurso, se describirán los hechos que motivan esta intervención.

a) El día 24 de octubre de 2014, la Sra. Marta Elena Rolón presentó ante la Dirección de Comercio y Defensa del Consumidor de la Municipalidad de General San Martín, una denuncia contra la Obra Social del Personal de la Industria del Vestido, en adelante OSPIV. Según surge de una copia simple agregada a las presentes actuaciones, habría solicitado el reintegro por intervención quirúrgica de “*gigantomastía mamaria*”, realizada en el Hospital Castex. Conforme nota dirigida a aquella obra social, el día 25 de julio de 2014, le fue realizada esa operación por parte “*del equipo del doctor..., en el Policlínico Castex de la localidad de San Martín*”. Acompaña copias del pago realizado por depósito bancario y pago del instrumentador, “*para que se me autorice por su intermedio el reintegro de dicho pago*” (v. fs. 1/6).

b) En audiencia del día 3 de diciembre de 2014, el apoderado de la obra social solicitó copia de las actuaciones y que iba a solicitar

instrucciones de su mandante, por lo que requirió, se fije nueva audiencia. De esta forma se determinó, el día 2 de febrero de 2015, en que se constata la incomparencia de la denunciada (v. fs. 9, 13, 14 y 15).

c) En igual fecha, el Director de Comercio y Defensa del Consumidor del Municipio de General San Martín, resolvió imputar a la firma OSPIV presunta infracción al artículo 48 de la Ley N.º 13.133, otorgando el plazo de cinco días hábiles para su defensa y fija audiencia para el día 6 de marzo del mismo año (v. expediente N.º 4051-18109-D-14-; fs. 17/19 y 20).

d) El apoderado de OSPIV se presentó en sede administrativa a contestar el traslado conferido, expresa que la intervención quirúrgica a la que se sometió la Sra. Rolón, “...no se encontraba comprendida dentro del PMO (prestación médica obligatoria), ni dentro del PMA (prestación médica asistencial) de OSPIV, que en oportunidades cubre prestaciones que no están comprendidas dentro del PMO” (v. fs. 21 y vta.).

Agregó que la intervención había sido autorizada por OSPIV para ser realizada “únicamente con sus prestadores médicos a valores de convenio, la que estaba programada en el Sanatorio de Caseros (prestador de OSPIV) en la fecha posible del 08/07/2014, conforme constancia impresa en el certificado suscripto por el Dr. ...” (v. fs. 21).

Sostuvo también, que de las constancias surge que la reclamante transgredió los reglamentos del OSPIV y no acató las instrucciones para la realización de la intervención quirúrgica por lo que, ante la necesidad de realizarla con otro profesional fuera de la cartilla de prestadores, debió haber presentado una solicitud por vía de excepción, debidamente justificada con comprobantes médicos, para ser autorizada por la Dirección Médica de OSPIV (v. fs. 21 vta.).

e) A fojas 25 consta la nueva incomparencia por parte de la obra social, fijándose audiencia para el día 15 de abril de 2015, con igual resultado (v. fs. 26 y 27).

f) Por Secretaría de la Producción y Desarrollo Económico de la Municipalidad de San Martín se impone a la denunciada la sanción de multa por la suma de ocho mil pesos “por infringir lo establecido en el artículo 48 del CPDC, debiéndose

efectuar el depósito correspondiente dentro del plazo de los diez días...” (v. fs. 30/33).

g) La decisión fue impugnada y apelada por la obra social, recayendo en el Juzgado en lo Contencioso administrativo N.º 2 de San Martín (fs. 35, 43/45 y 45 vta./46).

Sostuvo OSPIV que “...habiendo recibido cédula de notificación el 27/02/2015 para audiencia del día 06/03/2015, el mismo día (27/02/2015) OSPIV presenta un escrito en el expediente, que luce agregada a fs. 21 en la que claramente realiza su descargo y manifiesta el porqué de la imposibilidad de restituir los \$ 8300, base del reclamo en el expediente administrativo, ante la falta de documentación original (facturas que avalen el supuesto pago a los profesionales de la salud), y que no concurriría a la audiencia fijada para el 06/03/2015 declinando la instancia conciliatoria ante ese organismo, hasta que la reclamante adjunte dichas facturas” (v. fs. 43 vta./44).

Agregó que, ante la falta de documentación original, la Dirección de Comercio y Defensa del Consumidor no debió darle curso al reclamo formulado al faltar un elemento indispensable para que se genere la obligación. Menciona el artículo 726 del CCC (v. fs. 44).

Invoca y fundamenta sobre la proporcionalidad y graduación de las sanciones, sobre la ausencia de antecedentes sancionatorios, el lugar que ocupa como prestadora y la falta de motivación que respalde el *quantum* de la multa para considerar arbitraria e irrazonable su aplicación.

Por último, considera justificadas las ausencias en los actos de audiencia.

h) La jueza interviniente declaró hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley N.º 13.133 (modificado por Ley N.º 14.652) “en cuanto exige el depósito de la multa cuestionada como requisito de admisibilidad de la demanda”. Agrega: “Importando la inaplicabilidad a la situación de hecho en que se encuentra el actor” (v. fs. 63/64 vta.).

i) La Municipalidad de General San Martín, por apoderada, apeló dicho acto (v. fs. 71/86).

Fundó el recurso y, entre otros argumentos, expuso que conforme las constancias de las actuaciones, no se le había corrido el pertinente traslado de la presentación efectuada por la parte actora a fs. 61, en base a la cual se resolvió que se encontraba planteado el incumplimiento de la condena, cuya nulidad persigue por ocasionar una afectación directa a sus derechos y garantías constitucionales.

Refiere: “...el planteo de la accionante fue introducido con posterioridad y a instancias del juzgador, quien luego de haber efectuado el análisis de la admisibilidad y dar curso a la acción ordenando el traslado de la demanda... con posterioridad dictó la resolución que de fs. 63/64 que se apela...” (v. fs. 73).

Luego de efectuar una serie de consideraciones de hecho y de derecho respecto al presente caso, dejó planteado el caso federal (v. fs. 85 vta.).

j) A fs. 95 y vta. se contestan agravios.

k) La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín, con fecha 21 de junio de 2018, dictó sentencia por la que resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, y de esta forma confirmó la sentencia apelada. Ordena la notificación entre otros, del agente fiscal (v. fs. 111/115; 115 vta. y 116).

II.-

El Fiscal General del Departamento Judicial de San Martín interpuso recurso extraordinario de inconstitucionalidad en los términos del artículo 299 del Código Procesal Civil y Comercial (v. fs. 117/130 vta.).

a) Respecto a la legitimación activa, considera que el Ministerio Público está habilitado para interponer el presente remedio extraordinario, toda vez que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y la Ley N.º 14.442 del Ministerio Público, como parte integrante del Poder Judicial, establece en su artículo 1º que posee “*legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales*” (v. fs. 117 vta.).

A su vez, pone de resalto lo expresamente determinado en la Ley N.º 13.133, “*Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores*”

y Usuarios", cuyo artículo 27 "*...impone al Ministerio Público su actuación OBLIGATORIA como Fiscal de la Ley -concordante con el art.52 de la Ley Nacional N.º 24.240, según texto de la Ley N.º 26.361*" (v. fs. 118, la mayúscula se corresponde con el original).

Considera que esta intervención por parte del Ministerio Público, "*...no es a los fines de representar al particular damnificado en la relación de consumo, ni que actúe en nombre de una asociación de consumidores, sino que interviene por un interés actual, colectivo y relevante, en defensa del orden público y de la ley, resguardando la regularidad del proceso en el que se encuentra en juego un derecho de incidencia colectiva y garantizando la fiel observancia de los derechos expresamente consagrados en la propia Constitución Nacional*" (v. fs. 118).

b) Respecto a los restantes requisitos de admisibilidad, considera cumplir con los mismos: domicilio constituido en la ciudad de La Plata; la sentencia revestiría carácter definitivo; respecto al monto mínimo y al depósito previo, sostiene que no sería de aplicación para este tipo de litigios (v. fs. 118 vta.).

c) En lo que se refiere a los antecedentes, explica que presentada la demanda ante el Juez de Primera Instancia con el objeto de que se revoque la resolución emanada de la Secretaria de Producción y Desarrollo Económico -Dirección de Comercio y Defensa del Consumidor- de la Municipalidad de San Martín, la empresa planteó la inaplicabilidad y en forma subsidiaria la inconstitucionalidad del requisito del pago previo previsto en el artículo 70 de la Ley N.º 13.133 (v. fs. 119 vta.).

Continúa relatando que, pese a que no se confirió vista previamente, el magistrado resolvió hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley N.º 13.133, "*declarar admisible la demanda y correr traslado a la accionada*".

Expresa, en esta primera intervención hace saber que en su entendimiento la inconstitucionalidad ratificada por la Cámara de Apelación "*viola el orden jurídico vigente y la interpretación efectuada del principio del 'solve et repete', es contraria a los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos, cuya protección y defensa es una obligación asignada a este Ministerio Público*" (v. fs. 120).

En análisis de la sentencia atacada menciona que el magis-

trado que da comienzo a la votación y cuyo voto recibirá adhesión, efectúa un análisis de los antecedentes, de los fundamentos de la sentencia de primera instancia y de los agravios propuestos.

Afirma que, no obstante la afectación al orden público con la declaración de inconstitucionalidad propiciada por los sentenciantes, se omitió la intervención del Ministerio Público en forma previa a la sentencia en las dos instancias, sea por las funciones establecidas en el artículo 29, inciso 4, de la Ley N.º 14.442, o en el carácter de fiscal de la ley, Ley N.º 13.133.

Expuesto lo que antecede el recurrente continúa con el análisis de los fundamentos de la sentencia.

Se detiene en el razonamiento seleccionado por el sentenciante al sostener la necesidad de verificar incluso de oficio el respeto constitucional en cuanto al tema en cuestión, la obligación de satisfacer el pago ante la multa impuesta. Relativa el valor de los precedentes jurisprudenciales mencionados.

Afirma que no se ha realizado un relato pormenorizado de los extremos fácticos que acrediten la posible aplicación analógica al caso.

Expresa que luego de transcribir el artículo 70 de la Ley N.º 13.133 y la mención a los artículos 10 y 15 de la Constitución de la provincia se apoya en la doctrina del fallo “Herrera”, sobre el cual refiere que el sustento fáctico dista de ser aplicable.

Da cuenta que las consideraciones que realiza el veredicto en cuanto a la naturaleza de la multa podrían ser fundamentos en otras circunstancias al devenir inaplicables en un marco normativo y constitucional diferente, poniendo énfasis en la materia de defensa del consumidor.

Sostiene que los antecedentes a los que recurre el sentenciante no resultarían vinculantes ni relevantes para la resolución del caso, y a todo evento, no serían compartidos.

Aprecia la existencia de un déficit argumentativo y justificatorio para proceder a declarar la inconstitucionalidad de una norma, cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación a este extremo en la labor judicial.

Hace referencia a la existencia de doctrina legal respecto a la integración normativa en materia del consumidor. Cita precedentes judiciales de la Suprema Corte de Justicia para argumentar que registran coincidencia argumental hacia una mirada normativa plena, partiendo de la Constitución nacional.

Luego de atender al concepto de “doctrina legal” y el reconocimiento de la falta de ser entendida en términos absolutos respecto a la posibilidad de justificar el requisito del pago previo de la multa, producto de un proceso administrativo de consumo, afirma que sí lo sería respecto a la necesidad de recurrir a la “integración normativa de la materia” (v. fs. 123). Menciona jurisprudencia.

Da cuenta que la integración normativa es posible realizarla en forma armónica, basada en la preeminencia de los textos constitucionales, de las leyes que reglamentan la materia que expresa, “...gozan del carácter de orden público e imponen un régimen protectorio del consumidor en sentido amplio, que excede el parámetro básico distintivo entre derecho público y privado” (v. fs. 123 vta.). Hace especial referencia al artículo 42 de la Constitución Argentina y la elevación del principio protectorio atravesando el ordenamiento jurídico.

Sostiene que el fallo no atendió a la doctrina judicial de casos análogos y de hacerlo no lo acredita cuando “...desinterpreta toda doctrina legal, normativa y doctrina autoral en la materia” (v. fs. 124).

En lo que se refiere al principio del *solve et repete*, explica que el concepto habría evolucionado, “...advirtiéndose diversas justificaciones para su aplicación en razón de la naturaleza jurídica que se le adjudicaba, la restricción que importaba al acceso a una instancia judicial o administrativa, el origen de la deuda que se recurría (si era fiscal o multa)” (v. fs. 124).

Según el entender del aquí recurrente “...podemos afirmar que efectivamente nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha mantenido a lo largo del tiempo una mirada absolutamente justificativa del instituto, con diversos cambios o flexibilizaciones en los que algunos autores advierten como etapas” (v. fs. 124 y 124 vta.).

Es de la opinión de que el criterio actual del Máximo Tribunal de la Nación avalaría la constitucionalidad del *solve et repete*, excepto cuando

“...sea desproporcionada la magnitud del monto a pagar en relación con su concreta capacidad económica” o cuando “...exista falta comprobada e inculpable de recursos económicos para poder hacer frente a su pago” o “su efectivización importe un verdadero desapropio o revele en forma inequívoca propósitos persecutorios o configure la doctrina de la desviación del poder”; o finalmente, en el caso de que “se afiance en forma suficiente el monto del litigio” (fs. 124 vta.).

En lo que se refiere a la jurisprudencia de V.E., considera que en el caso *“Herrera, Aníbal”* (I 3361), V.E. trató la constitucionalidad del artículo 42 de la Ley N.º 11.477 (pago previo de una multa en materia pesquera, respecto a un contribuyente que carecía de habilitación para alquilar botes), aborda las posiciones divisorias y los fundamentos en torno a la declaración de inconstitucionalidad del requisito legal (v. fs. 124 vta.).

Entiende que, en el citado caso, por mayoría se declaró inconstitucional el régimen *“...por cuanto las multas no pueden considerarse válidamente como integrantes normales del sistema financiero público”* (v. fs. 124 vta.).

Menciona que en el presente año, en la causa *“Gallo”* (A 71.493), en el específico marco de una determinación impositiva, tuvieron por justificados los extremos para acreditar una exención a través de la tramitación y concesión de un beneficio de litigar sin gastos.

Sostiene que pese a ser casos ajenos a la materia en cuestión, *“lejos se encuentra el máximo tribunal provincial, de amparar una interpretación como la efectuada por esta Alzada Departamental, que por el presente se recurre, del principio del solve et repete”* (v. fs. 125).

Pero añade, en el presente caso si bien se trataría del acceso a la instancia judicial, en el Derecho del Consumidor *“...la inclusión del pago previo de la multa, respondió principalmente a la asimetría propia de las relaciones del consumo, en donde el consumidor se encuentra en una situación desigual ante la empresa (con mayor solvencia para afrontar el pago de la multa), y a la usual menor cuantía de los asuntos involucrados”* (v. fs. 125).

Afirma que la modificación legislativa al cuestionado artículo 70 de la Ley N.º 13.133 respondería a *“un aggiornamento con la legislación*

nacional, que recordemos respeta la doctrina legal del máximo órgano judicial nacional, al no diferenciar a las multas en la aplicación del principio y someterlo al régimen de excepciones...” (v. fs. 125 vta.).

Por ello entiende que el precedente “Herrera” por el que la Cámara Contencioso administrativa fundó la sentencia atacada, “...a todas luces se diferencia el sustento fáctico como para justificar la aplicación analógica de tal solución al presente caso” (v. fs. 125 vta.).

Agrega que en el presente “en modo alguno nos encontramos con una persona física cuyo derecho de defensa se encontraba en juego, sino que se trata de una Obra Social, cuyo monto a integrar de pesos ocho mil (\$ 8000) le impiden hasta la invocación de perjuicio alguno u obstáculo para acceder a la revisión judicial pretendida en el marco normativo vigente” (v. fs. 125 vta.).

Hace saber que igual suerte correría el análisis del fallo “Flora”, en que, si bien el Ministerio Público no tuvo oportunidad de intervenir, los extremos difieren del presente caso. Hace un análisis sobre sus circunstancias.

Específicamente, respecto a la naturaleza de la multa en el marco de la ley de defensa del consumidor, expresa que la sentencia esgrime el fundamento de la naturaleza de la sanción pecuniaria, para justificar la falta de coherencia con la constitución.

Resalta que la materia “Derecho del Consumidor” debería ser objeto de un análisis particular y específico, no debiendo invocarse antecedentes referidos a normas o situaciones de hecho ajenos a ella, ya que posee naturaleza “esencialmente tuitiva” (v. fs. 126 vta.).

Manifiesta que la jurisprudencia referida a las justificaciones por las cuales se impone el pago de las obligaciones tributarias, por hacer al financiamiento del Estado mismo, no podrían aplicarse.

Que tampoco lo sería, los principios genéricos referidos a las sanciones punitivas, respecto a otras materias. Destaca la valoración de la materia comprometida a la luz de convenciones constituyentes, del Código Civil y Comercial de la Nación y la naturaleza del vínculo contractual en juego.

Destaca el destino establecido por la ley para el producido por las multas. Refiere, a tenor de lo previsto en el artículo 75 de la Ley N.º 13.133 lo recaudado con las multas que ingresen al erario público municipal, “...el cuarenta por ciento (40%) serán destinados única y exclusivamente a solventar los gastos que demanden el cumplimiento de la citada Ley y el sesenta por ciento (60%) restante ingresará a rentas generales” (v. fs. 127).

Reflexiona que el Estado tiene la obligación de dictar normas tendientes a hacer operativos los derechos reconocidos constitucionalmente y de hacerlas cumplir. Que, en este sentido, se encuentran las impugnadas por la Cámara, puesto que hasta tanto la multa sea revisada por el órgano judicial, “la misma cumple una importante función de sostén del sistema protectorio del consumidor a nivel municipal, a mérito de su destino financiero, como así también una función preventiva y disuasoria para que los proveedores de los servicios pongan su mejor esfuerzo en evitar el conflicto y en su caso, darle una solución en tiempo propio a los consumidores” (v. fs. 122 vta.).

Pasa a exponer sobre la omisión de evaluar doctrina respecto a la función del magistrado ante la declaración de inconstitucionalidad, existencia del caso constitucional. Recuerda la importancia de operar la declaración de inconstitucionalidad por los jueces, cita doctrina.

Expresa que el sistema de control de constitucionalidad, difuso, el tribunal sentenciante debió expresar con total precisión no solo la norma que tacha de inconstitucional, sino también, el perjuicio real y efectivo que causa su cumplimiento. Menciona sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín (v. fs. 128).

Evalúa la relación ente los derechos individuales y su reglamentación, con mención del artículo 14 de la Constitución Argentina.

El recurrente da cuenta que con la inconstitucionalidad declarada por la Cámara de Apelación se configuraría una “violación flagrante al cuerpo normativo tuitivo y a la doctrina legal vigentes en la materia” (v. fs. 128 vta.).

Recuerda las pautas que surgen de la Ley de Defensa del Consumidor en cuanto a la aplicación de la ley, su integración normativa y su interpretación en caso de duda, hacia la más favorable al consumidor.

Invoca que existirían sobrados motivos para que la Suprema Corte de Justicia confirme la vigencia del artículo 70 de la Ley N.º 13.133, de la doctrina legal vigente en la materia en relación a la integración normativa, revoque la sentencia basada en una declamada defensa del acceso a la justicia *“que importa en realidad, una violación al régimen legal y constitucional vigente, inaplicable en la especie, de acuerdo a lo establecido por el art. 7 del Código Civil Comercial Nacional y 3 de la LDC”* (v. fs. 129).

Aduna que al análisis no debe escapar la doctrina legal también en relación a la noción de consumo jurídico, con mención de lo resuelto entre otras, en la causa *“Canio”* (C 107.516) para solicitar la aplicación inmediata de la ley supletoria más favorable al consumidor.

Entiende como Ministerio Público que, en virtud de los criterios hermenéuticos que ha propuesto, desarrollado y sostenido a partir de la doctrina *“Cuevas”*, se impondría una evaluación particular de la situación planteada en autos ante demandas que *“pretenden la revisión judicial en la instancia contencioso administrativa de las sanciones impuestas en el marco de la ley de defensa del consumidor...y una firme, clara y contundente toma de posición de este máximo órgano provincial, que eche luz definitiva sobre el punto”* (v. fs. 129 vta.).

Por último, invoca la existencia del *“caso constitucional”* en el marco del artículo 161, inciso 1º, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, destaca que la sentencia resuelve declarar la inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley N.º 13.133 por entender la presencia de vulneración a garantías constitucionales en los artículos 10 y 15 de la Constitución Provincial, cita jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (v. fs. 129 vta.). Deja planteada la cuestión constitucional federal.

III.-

Luego de ser concedido el recurso extraordinario de inconstitucionalidad por parte de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, fueron remitidas las presentes a esta Procuración General a los efectos de dictaminar (v. fs. 132 y vta. y 137).

IV.-

1.- En forma previa, dejo observado que en el primer párrafo de la sentencia surge lo siguiente “...los Sres. *Jueces de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín*, estableciendo el siguiente orden de votación de acuerdo al sorteo efectuado: *Hugo Jorge Echarri, Ana María Bezzi y Jorge Augusto Saulquin para dictar sentencia en la causa N.º 6763/2017, caratulada ‘Obra Social del Personal de la Industria del Vestido (OSP IV) c/ Municipalidad de General San Martín s/ Proceso Sumario de Ilegitimidad’...*” (v. fs. 111).

Mas, en la parte resolutive, se manifiesta que “*Se deja constancia que el Sr. Juez Jorge Augusto Saulquin no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia*” (v. fs. 115 vta.).

De tal manera, considero que lo expuesto trataría de un error de carácter material sin complicar la manda del artículo 168 segunda parte de la Constitución provincial, en cuanto allí establece que los jueces de los tribunales colegiados deberán dar su voto, y que la falta de la firma de los mismos provocaría la nulidad de la sentencia.

En consecuencia, entiendo que no se afectaría la sentencia en su sustancia -que es su integridad ideológica- (SCJBA, C 119.088, “*Martínez, Emir*”, sentencia, 21-02-2018 y sus citas).

2.- Hecha esa aclaración, he de propiciar se haga lugar al recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal General.

Para ello he de atender, a lo ya dictaminado por esta Procuración General, entre otras causas, en A 75.043 “*Amx Argentina SA*”, de fecha 27 de marzo del presente año, 2018 (cc. A 74.883, A 74.906, A 74.886, todas, dictámenes, 07-XII-2017, A 75.006, 28-XII-2017, A 75.043, 27-III-2018; art. 302 del CPCC).

2.1. En forma preliminar, estimo necesario recordar ciertos principios generales acuñados por la jurisprudencia del Alto Tribunal de Justicia de la Nación, en materia de control de constitucionalidad.

En tal sentido, es conocida su doctrina en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad, como una de las más delicadas funciones que

puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, última ratio del orden jurídico, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (conf. “Fallos”, “Cine Callao”, T. 247:121, 1960- y sus citas; “Mill de Pereyra”, T. 324:3219, 2001).

Los tribunales de justicia deben imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (conf. “Fallos”, “Lapadu”, T. 327:5723, 2004).

En este mismo orden de ideas, se ha señalado, que la invalidez constitucional de una norma, sólo puede ser declarada cuando la violación de aquella, sea de tal entidad, que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica (conf. “Fallos”, cit. “Mill de Pereyra”).

El Alto Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de sostener que, *“...la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado, que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiesta de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación”; “...cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera”; y que “...la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad”* (conf. “Fallos”, “Rodríguez Pereyra”, T. 335:2333, 2012 y “Codina”, T. 337:1403, 2014).

Además, se ha dicho que la declaración judicial de inconstitucionalidad no sólo requiere que la norma impugnada pueda causar un gravamen constitucional, sino que se haya afirmado y acreditado fehacientemente, que ello

ocurre en el caso concreto sometido a decisión (“Fallos”, “García”, T. 256:602, 1963; “Rattagan”, T. 258:255, 1964; “Moris de Lococo”, T. 297:108, 1977; “González, Ramón A.”, T. 299:368, 1977; “Olguin Digregorio”, T. 300:352, 1978; “Chapla”, T. 301:410, 1979; “Paredes”, T. 302:355, 1980, “Aceval Pollacchi”, T. 334:799, 2011, entre otros).

2.2. Ahora bien, tal como fuera expresado, la Cámara de Apelación, al haber rechazado el recurso, confirmó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley N.º 13.133.

Por medio de este artículo, se dispuso que las decisiones que adopte el organismo encargado de proteger al consumidor “*agotarán la vía administrativa*”; se estableció un plazo de caducidad para interponer la demanda contencioso administrativa, la que deberá ser presentada ante el mismo órgano administrativo que la dictó y en “*todos los casos, para interponer la acción judicial contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de ésta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito junto con el escrito de demanda sin cuyo requisito será desestimado, salvo que el cumplimiento de la misma pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante*”.

Por lo tanto, se presenta un requisito de admisibilidad establecido por el legislador, justamente, porque tuvo en mira el espíritu protectorio que posee la legislación de defensa del consumidor, quien es, por definición, la parte más débil de la relación (CSJNA, “Fallos”, “ERCON SA”, T. 338:1524, 2015).

Puntualizo que el Máximo Tribunal de la Nación ha resuelto, en varias oportunidades, que la exigencia de pagos previos -como requisito de procedencia de recursos de apelación- no vulnera como regla general el principio de igualdad y el de la inviolabilidad de la defensa en juicio (CSJNA, “Fallos”, “Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda”, T. 261:101, 1965; “Pérez, Rolando”, T. 278:188, 1970; “Brigido”, T. 280:314, 1971; “Jockey Club de Rosario”, T. 287:101, 1973, “Compañía de Circuitos Cerrados S.A.”, T. 328: 3638, 2005 y, más reciente en tiempo “GIABOO SRL y Otro”, sentencia de 10 de noviembre de 2015, entre otros).

En forma excepcional, en el supuesto de que la parte pueda verse perjudicada en forma grave, desde el punto de vista patrimonial con este pago previo, la regla anteriormente expuesta podría ser mitigada (CSJNA,

“Fallos”, “ADELPHIA SAIC” T. 285:302, 1973; “Sociedad Anónima Expreso Sudoeste (SAES)”, T. 319:3415, 1996; “Asociación Israelita de Beneficiencia y Socorros Mutuos Ezrah”, T. 322:337, 1999; “Agropecuaria Ayui SA”, T. 322:1284, 1999; “López Iván A.”, T. 323:3012, 2000; “Centro Diagnóstico de Virus SRL”, T. 328:2938, 2005, entre otros).

Este mismo criterio también se refleja en el caso de las multas (CSJNA, “Fallos”, “COINOR”, T. 198:463, 1944; “Ramo”, T. 236:582, 1956; “María E. Guerrero de García SRL”, T. 243:425, 1959; “Sociedad en Com. Por Acc. Ahumada”, T. 272:30, 1968; “ADELPHIA SAIC”, cit.; “García, Ricardo M”, T. 287:473, 1973; “Barbeito”, T. 291:99, 1975; “Nación”, T. 295:314, 1976; “Soc. Anón. Expreso Sudoeste (SAES)”, cit.; “Agropecuaria Ayui SA.”, cit.; “López Iván A.”, cit., entre otros).

En tiempo reciente, el Alto Tribunal de Justicia reafirmó este criterio al sentenciar en la causa “Edenor S.A.”, distinguiendo en los considerandos séptimo y octavo, su aplicación a otros supuestos distintos, de los predicados por el artículo 40 bis de la Ley N.º 24.240 y afirma: “*Tampoco resultan idóneos los cuestionamientos de orden constitucional que se realizaron a la específica regulación normativa, en tanto no se ha acreditado suficientemente la configuración de un supuesto de excepción que obste, según la jurisprudencia del Tribunal, a la aplicación del principio solve et repete, en el caso*”, (“Fallos”, T. 340:878 2017).

En el asunto “Microómnibus Barrancas de Belgrano” (“Fallos”: 312:2490, 1989) se estableció que el alcance que cabe otorgar a lo dispuesto por el artículo 8º, inciso 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -a la que el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional- es equivalente, en relación con el principio *solve et repete*, a las excepciones que contemplan situaciones concretas de los particulares a fin de evitar que ese previo pago se traduzca, a causa de la falta comprobada e inculpable de los medios pertinentes para enfrentar la erogación, en un real menoscabo del derecho de defensa en juicio” (cc., “Fallos”, “Agropecuaria Ayui SA”, cit.; SCJBA, cc., A 71910, “Agrotransporte CONESA SA”, sent., 04-08-2016, esp. consid. cuarto “a”, voto del Señor Juez Hitters).

En la causa “Agropecuaria Ayui SA”, el Máximo Tribunal expresó que el pago previo de la multa era procedente por no haber alegado ni

probado la parte actora que lo exigido por el Fisco, representara una desproporción por la que se pudiera llegar a alterar o menoscabar la capacidad económica del particular recurrente (“Agropecuaria Ayui S.A.”, cit.).

Por su parte, V.E. también ha seguido ese criterio en varios pronunciamientos (SCJBA, causas B 65684, "Albezan S.R.L. y otros", res., 24-08-2005; B 64768, "Aguas Argentinas", res., 27-09-2006; B 56707, "Carba", sent., 23-04-2008; B 65727, "Kel", res., 29-09-2010).

Por último, el propio artículo 70 “*in fine*” de la Ley N.º 13.133 establece que el requisito de pago previo no sería exigible en el supuesto caso de que “...*el cumplimiento... pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante*”.

Cabe destacar que, quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión, tiene la carga de acreditarlos, y si no logra cumplir con ella mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea rechazada (conf. CSJNA, “Fallos”, “*Feuermann*”, T. 331:881, 2008).

V.-

Por lo expuesto, considero que no habiéndose acreditado en autos una imposibilidad de pago o que dicha erogación pudiera generarle a la parte actora un obstáculo insalvable y con ello, la posible vulneración del acceso a la justicia (arts. 18 de la Constitución Nacional; 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), opino que V.E. podría hacer lugar al presente recurso extraordinario de inconstitucionalidad y de esa forma, revocar la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso administrativo con asiento en San Martín (art. 302 del CPCC).

La Plata, 29 de noviembre de 2018.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 74.885

**“Telecom Personal S.A. c/ Municipalidad de General San Martín
s/ Proceso sumario de ilegitimidad”, fecha: 07-12-2017**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Telecom Personal S.A. c/ Municipalidad de General San Martín s/ Proceso sumario de ilegitimidad”

A 74.885

Suprema Corte de Justicia:

Viene la presente causa a esta Procuración General a los efectos de que emita dictamen respecto al recurso extraordinario de inconstitucionalidad interpuesto por el Fiscal General del Departamento Judicial de General San Martín, Dr. Marcelo Fabián Lapargo, contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín de fecha 29 de mayo de 2017 por la cual, por unanimidad, se decidió revocar el pronunciamiento de Primera instancia y declarar la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la Ley N.º 13.133 (fs. 89/93; 95/107).

I.-

Previo a analizar el recurso, se describirán los hechos que motivaran esta intervención.

a) El señor Emanuel Alejandro Báez con fecha 29 de junio de 2012 presentó ante la Oficina de Información y Defensa del Consumidor de la Municipalidad de General San Martín, “*un reclamo*” ante la empresa Telecom Personal S.A., por entender que existieron irregularidades en la relación de consumo, toda vez que el reclamante se presenta como cliente y usuario de una línea de celular brindado por aquella compañía. Explicó en dicha oportunidad que con la llegada de la Factura 2231-02873715 con vencimiento el día 14 de junio de 2012, le fue avisado que debía pagar en concepto de consumos del período la suma de \$ 14.870,95. Advierte el Sr. Báez que esa cifra era “*improcedente y totalmente errónea*”, toda vez que su límite de consumo estipulado habría sido de pesos trescientos (\$ 300.-).

Por tal motivo puso en conocimiento del órgano municipal esta circunstancia, a los efectos de la que la empresa prestataria de ese servicio de telefonía celular “*...regularice la facturación y al mismo tiempo me brinde el servicio satisfactoriamente ya que me veo afectado y privado del servicio por su deficiencia*” (fs. 2).

b) El día 3 de octubre de 2012 se llevó a cabo una audiencia entre el denunciante y la empresa Telecom Personal S.A. Esta última negó los hechos denunciados, pero ofreció “*al solo efecto conciliatorio*” una nota de crédito por un total de pesos setecientos diecinueve (\$ 719.-). Este ofrecimiento fue rechazado por el denunciante. El día 29 de noviembre del mismo año se realizó otra audiencia, también sin resultados positivos. Por último se llevó a cabo una tercera audiencia en la cual la empresa denunciada ratifica la legitimidad de la suma reclamada, ofreciéndole al denunciante un plan de pagos de dicha deuda (fs. 18 a 20).

c) Sustanciado el procedimiento administrativo por medio del expediente N.º 4051-10236-D-11, el Subsecretario de la Producción y Desarrollo Económico, del cual depende la Dirección de Comercio y Defensa del Consumidor del Municipio de General San Martín, en su condición de “*funcionario a cargo del órgano municipal sancionatorio previsto por el art. 81 de la Ley Provincial 13.133*” resolvió aplicar a Telecom Personal S.A. la multa de pesos diez mil (\$ 10.000), por considerar que habría violado lo dispuesto en el artículo 4 de la ley 24.240; ordena que se haga efectiva dentro de los diez días de ser notificada (fs. 28 a 32).

d) La empresa Telecom Personal S.A. presentó una demanda contencioso administrativa contra la decisión del órgano administrativo municipal, bajo la modalidad de pretensión anulatoria, prevista en el artículo 12, inciso 1º, del Código en lo Contencioso administrativo (fs. 45/51).

Argumentó la empresa que el órgano municipal sería incompetente toda vez que la prestación del servicio de telecomunicaciones estaría regido por la Ley Nacional N.º 19.798, por el que “*...quedó definido como de jurisdicción nacional (arts. 1 y 3), por lo que todo lo concerniente a su regulación configura materia exclusivamente federal*”. Cita jurisprudencia (fs. 46/48).

También consideró que la multa impuesta por el órgano municipal sería “*improcedente*”. Afirmó que el monto facturado por la empresa Telecom Personal S.A. se correspondería con lo consumido por el Sr. Báez, y que la firma “*...suministra a todos sus clientes la descripción objetiva del servicio, su utilidad, sus condiciones económicas, modalidad jurídica, precio, el pago, etc.*” (fs. 49).

En el caso concreto sostuvo que el actor “*...realizó consu-*

mos en la descarga de datos que fueron detallados en la factura, lo que generaron la facturación de \$ 14.870.95” (fs. 49 in fine).

Finalmente “...formula reserva de los recursos extraordinarios previstos en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y del caso Federal” (fs. 51).

e) El Señor Juez en lo Contencioso administrativo de San Martín, en su primera intervención, además de requerir a la firma actora que abone la tasa y la sobretasa de justicia y el Bono Ley N.º 8480, dispuso: “...previo a dar cumplimiento con lo previsto por el artículo 27 de la Ley N.º 13.133 (texto según ley 14.652), intímese a la parte actora a que acredite en autos el monto de la multa a la orden de la autoridad que la dispuso y a presentar el comprobante de depósito, en el término de cinco (5) días bajo apercibimiento de tener por desistida la presente acción y poner tal situación en conocimiento del municipio demandado...” (fs. 54).

f) El apoderado de Telecom Personal S.A. se notificó de la resolución del juez de Primera Instancia y planteó la “...inaplicabilidad del artículo 70 de la Ley N.º 13.133 y en subsidio plantea inconstitucionalidad”.

Para fundar lo antes expuesto, consideró que “...dado que con posterioridad al inicio de la presente demanda (17/10/2014) se sancionó la Ley 14.652 -modificatoria del artículo 70 de la Ley N.º 13.133- que fue publicada en el Boletín Oficial el 19 de diciembre de 2014, se deja planteado que la exigencia del pago previo para ocurrir a la instancia judicial allí previsto, resulta inaplicable al caso en virtud de la previsión contenida en el artículo 3 del Código Civil y los derechos constitucionales en juego” (fs. 55).

Agregó que la exigencia del pago previo como requisito de admisibilidad de la acción judicial, amén de su inconstitucionalidad, no podría ser aplicada a los hechos ocurridos con anterioridad a la promulgación de la Ley N.º 14.652 habida cuenta el principio de irretroactividad normativa y muy especialmente por la naturaleza penal que ostentan las sanciones administrativas (fs. 55 vta.).

g) El Juez de Primera Instancia interviniente resolvió “...de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley N.º 13.133, de las manifestaciones vertidas en el libelo a despacho y del planteo de inconstitucionalidad articulado, córrase

vista la Ministerio Público Fiscal a los fines y efectos que estime corresponder” (fs. 60).

h) El Fiscal General Adjunto de San Martín tomó conocimiento del traslado conferido, quien entendió que el planteo de inconstitucionalidad debería rechazarse (fs. 61/64).

i) El juez interviniente, resolvió, por un lado, rechazar el planteo de inconstitucionalidad, y por el otro intimar a la parte actora a que acredite el pago del monto de la multa a la orden de la autoridad que la dispuso y a presentar el comprobante de depósito en el término de cinco días (fs. 75/77).

j) Contra esta última decisión el apoderado de la empresa Telecom Personal S.A., interpuso recurso de apelación (fs. 81/83).

k) La Cámara en lo Contencioso Administrativo dictó sentencia, haciendo lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la Ley N.º 13.133, texto según Ley N.º 14.652 (fs. 89/93).

II.-

Contra esta sentencia, el Señor Fiscal General del Departamento Judicial de San Martín interpuso recurso extraordinario de inconstitucionalidad en los términos del artículo 299 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 95/107 vta.).

a) Respecto a la legitimación activa, consideró que el Ministerio Público está habilitado para interponer el presente remedio extraordinario, toda vez que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y la Ley Orgánica N.º 14.442 del Ministerio Público, como parte integrante del Poder Judicial, establece en su artículo 10 que posee *“legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales”* (fs. 95 vta.).

A su vez puso de resalto lo expresamente determinado en la Ley N.º 13.133, "Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios", cuyo artículo 27 *“...impone al Ministerio Público su actuación OBLIGATORIA como Fiscal de la Ley -concordante con el art. 52 de la ley*

Nacional 24.240, según texto de la ley 26.361” (fs. 96, la mayúscula se corresponde con el original).

Finalmente, consideró que esta intervención por parte del Ministerio Público, “...no es a los fines de representar al particular damnificado en la relación de consumo, ni que actúe en nombre de una asociación de consumidores, sino que interviene por un interés actual, colectivo y relevante, en defensa del orden público y de la ley, resguardando la regularidad del proceso en el que se encuentra en juego un derecho de incidencia colectiva y garantizando la fiel observancia de los derechos expresamente consagrados en la propia Constitución Nacional” (fs. 96).

b) Respecto a los restantes requisitos de admisibilidad, consideró cumplir con los mismos: domicilio constituido en la ciudad de La Plata; la sentencia revestiría carácter definitivo; respecto al monto mínimo y al depósito previo, sostiene que no sería de aplicación este requisito para este tipo de litigios (fs. 96/97 vta.).

c) En lo que se refiere a los antecedentes del presente, explicó que presentada la demanda ante el Juez de Primera Instancia, con el objeto de que se revoque la resolución emanada de la Secretaria de Producción y Desarrollo Económico -Dirección de Comercio y Defensa del Consumidor- de la Municipalidad de San Martín, la empresa aquí recurrente planteó la inaplicabilidad y en forma subsidiaria la inconstitucionalidad del requisito del pago previo previsto en el artículo 70 de la Ley N.º 13.133 (fs. 97 vta.).

Continuó relatando que, luego de conferida la vista a la Fiscalía General, se dictaminó en el sentido de que los planteos deberían ser rechazados. Afirmó que este criterio fue el sostenido por el Juez de Primera Instancia al momento de rechazar la pretensión anulatoria, quien intimó a la empresa Telecom Personal S.A. a que acredite el pago previo de la multa, bajo apercibimiento de tener por desistida la acción.

Siguió explicando que contra esta decisión el apoderado de la empresa Telecom Personal S.A. interpuso recurso de apelación, reiterando su solicitud de declaración de inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley N.º 13.133. Este recurso obtuvo finalmente acogida favorable por parte de la Cámara de

Apelación en lo Contencioso Administrativo, con asiento en San Martín.

De este modo, la Cámara a quo sostuvo que el principio del *solve et repete*, sería contrario a los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos (fs. 98).

Analizó la sentencia de la Cámara de Apelación, y los fundamentos vertidos por el juez que votó en primer término al que adhirieron los otros dos magistrados. Al respecto, el representante del Ministerio Público afirmó que los antecedentes citados en la sentencia de segunda instancia no serían de aplicación, y que no le asistiría razón a ese tribunal cuando sostuviera que las multas carecerían de naturaleza tributaria, por lo que no integrarían “*los recursos normales del sistema*” (fs. 98 vta.).

Afirmó que tanto los antecedentes invocados por la Cámara no resultarían “*vinculantes ni relevantes para la resolución del presente caso*”, por lo que solicitó a V.E. que “*case dicha sentencia, por violatoria de textos legales expresos, afectando derechos y garantías amparados constitucionalmente*” (fs. 99).

En lo que se refiere al principio del *solve et repete*, explicó que el concepto habría evolucionado, “*...advirtiéndose diversas justificaciones para su aplicación en razón de la naturaleza jurídica que se le adjudicaba, la restricción que importaba al acceso a una instancia judicial o administrativa, el origen de la deuda que se recurría (si era fiscal o multa)*” (fs. 102).

Según el entender del aquí recurrente “*...podemos afirmar que efectivamente nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha mantenido a lo largo del tiempo una mirada absolutamente justificativa del instituto, con diversos cambios o flexibilizaciones en los que algunos autores advierten como etapas*” (fs. 102).

Opinó que el criterio actual del Máximo Tribunal de la Nación avalaría la constitucionalidad del *solve et repete*, excepto cuando “*...sea desproporcionada la magnitud del monto a pagar en relación con su concreta capacidad económica*” o cuando “*...exista falta comprobada e inculpable de recursos económicos para poder hacer frente a su pago*” o “*su efectivización importe un verdadero desapropio o revele en forma inequívoca propósitos persecutorios o configure la doctrina de la desviación del poder*”; o finalmente, en el caso de que “*se afiance en*

forma suficiente el monto del litigio” (fs. 102).

En lo que se refiere a la jurisprudencia de V.E., considero que el último antecedente sería el caso “Herrera, Anibal” (I 3361), oportunidad en la que V.E. trató la constitucionalidad del artículo 42 de la ley N.º 11.477 (pago previo de una multa en materia pesquera, respecto a un contribuyente que carecía de habilitación para alquilar botes).

Entendió que en el citado caso, por mayoría, se declaró inconstitucional el régimen por “...por cuanto las multas no pueden considerarse válidamente como integrantes normales del sistema financiero público”. Añadió que en la especie, si bien se trataría del acceso a la instancia judicial, en el Derecho del Consumidor “la inclusión del pago previo de la multa, respondió principalmente a la asimetría propia de las relaciones del consumo, en donde el consumidor se encuentra en una situación desigual ante la empresa (con mayor solvencia para afrontar el pago de la multa), y a la usual menor cuantía de los asuntos involucrados” (fs. 102 vta.).

Afirmó que la modificación legislativa al cuestionado artículo 70 de la Ley N.º 13.133 respondería a “un *aggiornamento* con la legislación nacional, que recordemos respeta la doctrina legal del máximo órgano judicial nacional, al no diferenciar a las multas en la aplicación del principio y someterlo al régimen de excepciones” (fs. 103).

Por ello entendió que el precedente “Herrera” por el que la Cámara Contencioso Administrativa fundó la sentencia atacada, “...a todas luces se diferencia el sustento fáctico como para justificar la aplicación analógica de tal solución al presente caso” (fs. 103).

Agregó que en el presente se trata de una operadora de telefonía, proveedora habitual de dicho servicio, que no sólo omitió la invocación y acreditación de elementos que justifiquen la causal eximente especialmente prevista, sino que hasta reconoció que tal requisito no le impedía acceder a la jurisdicción (fs. 103 vta.).

Específicamente respecto al pago previo en el “Derecho del Consumidor”, sostuvo que debería ser objeto de un análisis particular y específico, no debiendo invocarse antecedentes referidos a normas o situaciones de hecho ajenos a ella, ya que posee naturaleza “esencialmente tuitiva” (fs. 104).

Afirmó que a tenor de lo previsto en el artículo 75 de la Ley N.º 13.133 lo recaudado con las multas que ingresen al erario público municipal, “...el cuarenta por ciento (40%) serán destinados única y exclusivamente a solventar los gastos que demanden el cumplimiento de la citada Ley y el sesenta por ciento (60%) restante ingresará a rentas generales”. De allí dedujo que lo recaudado por el municipio “...cumple una importante función de sostén del sistema protectorio del consumidor a nivel municipal, a mérito de su destino financiero, como así también una función preventiva y disuasoria para que los proveedores de los servicios pongan su mejor esfuerzo en evitar el conflicto y en su caso, darle una solución en tiempo propio a los consumidores” (fs. 104 vta.).

Para finalizar dejó planteado el caso federal (art. 14 de la Ley N.º 48; fs. 107).

III.-

Luego de ser concedido el presente recurso extraordinario por parte de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, fueron remitidas las presentes a esta Procuración General a los efectos de dictaminar (fs. 109/vta. y 114).

En primer término, cabe señalar que la demanda fue interpuesta el 17 de octubre de 2014, ante la sede de la Dirección de Comercio y Defensa del Consumidor del Municipio de San Martín, en los términos previstos por la Ley N.º 13.133 (ver cargo de fs. 51 vta.).

Ahora bien, esta demanda fue elevada a la Receptoría de Expedientes del Departamento Judicial de San Martín el 21 de agosto de 2015, esto es, aproximadamente diez meses después de su interposición en sede administrativa.

En el ínterin, se produjo un cambio normativo relevante en orden a dilucidar este asunto: se sancionó la Ley N.º 14.652 de Presupuesto de Gastos y Recursos de la Administración Provincial para el año 2015 (B.O. 19/12/14).

Dicha norma estableció, dentro del Título IV “Disposiciones Varias”, una modificación al artículo 70 de la Ley de Defensa de Consumidor N.º 13.133, que quedó así redactado: “Las decisiones tomadas por el Organismo

correspondiente agotarán la vía administrativa. La acción judicial para impugnar esas decisiones deberá iniciarse ante la misma autoridad que dictó el acto, dentro de los veinte (20) días hábiles de notificada. Dentro de los diez (10) días de recibida la demanda el Organismo remitirá la misma junto con el expediente administrativo al Juzgado de Primera Instancia Contencioso administrativo competente”.

“En todos los casos, para interponer la acción judicial contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de ésta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito junto con el escrito de demanda sin cuyo requisito será desestimado, salvo que el cumplimiento de la misma pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante...” (énfasis añadido).

Por su parte, el artículo 91 de la Ley N.º 14.652 determinó su vigencia a partir del 1º de enero de 2015, como es habitual en normas de esa naturaleza.

De la reseña precedente surge que, en desmedro del principio de celeridad y en forma no reprochable al actor, se retrasó en términos harto prolongados y sin alegar causa alguna, la elevación de las presentes actuaciones a sede judicial.

Ello no puede ir en detrimento de la parte actora, quien cumplió debidamente con los requisitos de admisibilidad vigentes al momento de presentar la demanda el 17 de octubre de 2014, cuando la normativa específica por entonces vigente no exigía el pago previo de la multa.

No impone una solución distinta los términos previstos en el segundo párrafo del artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N.º 26.994), toda vez lo que allí se protege es al “consumidor en las relaciones de consumo”, cuestión que no guarda relación directa con el derecho de acceso a la justicia, de raigambre constitucional, convencional y legal.

Puntualizo que, cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución (conf. Fallos 300:1029; 305:1304).

Sobre esta base, considero que resulta inaplicable en la especie el artículo aquí tachado de inconstitucional, conforme a las circunstancias fácticas y normativas referenciadas *supra*.

IV.-

En el supuesto de que V.E. no comparta el criterio propiciado en el acápite precedente, estimo necesario recordar ciertos principios generales acuñados por la jurisprudencia del Alto Tribunal de la Nación en materia de control de constitucionalidad.

En tal sentido, es conocida doctrina de la Corte Suprema que la declaración de inconstitucionalidad es una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, última ratio del orden jurídico, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (conf. Fallos 247:121 y sus citas; 324:3219). En tal comprobación los tribunales de justicia deben imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (conf. Fallos 327:5723).

En este mismo orden de ideas, se ha señalado que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 324:3219).

El Alto Tribunal ha tenido oportunidad de sostener que “... la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiesta de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación”; “...cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces

puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera”; y que “...la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad” (conf. Fallos: 335:2333 y 337:1403).

Además, se ha dicho que la declaración judicial de inconstitucionalidad no sólo requiere que la norma impugnada pueda causar un gravamen constitucional, sino que se haya afirmado y acreditado fehacientemente que ello ocurre en el caso concreto sometido a decisión (Fallos 256:602; 258:255; 297:108; 299:368; 300:352; 301:410; 302:355, entre otros).

El Máximo Tribunal de la Nación ha resuelto en varias oportunidades que la exigencia de pagos previos como requisito de procedencia de recursos de apelación no vulneraría como regla general, al derecho de igualdad y defensa en juicio (CSJN, Fallos 261:101; 278:188; 280:314; 287:101; entre otros).

Mas la Corte ha expresado, en forma excepcional, que en el supuesto de verse obligada una parte a pagar en forma previa, y se viese vulnerada y perjudicada en forma grave desde el punto de vista patrimonial con este pago, la regla anteriormente expuesta podría ser mitigada (CSJN, Fallos 285:302; 319:3415; 322:337 y 1284; 323:3012; 328:2938).

Este mismo criterio también se refleja en el caso de las multas (CSJN, Fallos 198:463; 236:582; 243:425; 272:30; 285:302; 287:473; 291:99; 295:314; 319:3415; 322:1284; 323:3012, entre otros).

En tiempo reciente, el Alto Tribunal de la Nación reafirmó este criterio (CSJN, Fallos 340:878 -“Edenor S.A. c/ Resolución 32/11 del ENRE”-, sent. 27/VI-2017).

En uno de los casos antes citados -“Agropecuaria Ayui SA. s/ amparo”- la Corte Suprema sostuvo que el alcance que cabe otorgar a lo dispuesto por el art. 8° inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “es equivalente, en relación con el principio 'solve et repete', a las excepciones que contemplan situaciones concretas de los particulares a fin de evitar que ese previo pago

se traduzca, a causa de la falta comprobada e inculpable de los medios pertinentes para enfrentar la erogación, en un real menoscabo del derecho de defensa en juicio".

En ese mismo pronunciamiento el Máximo Tribunal expresó que el pago previo de la multa era procedente por no haber alegado ni probado la parte actora que lo exigido por el fisco representara una desproporción por la que se pudiera llegar a alterar o menoscabar la capacidad económica del particular recurrente ("Agropecuaria Ayui S.A.", Fallos 322:1284, sent. 30-VI-1999).

Por su parte, V.E. también ha seguido ese criterio en varios pronunciamientos (SCBA, causas B. 65.684, "Albezan S.R.L. y otros", res. del 24-VIII-2005; B. 64.768, "Aguas Argentinas", res. del 27-IX-2006; B. 56.707, "Carba", sent. del 23-IV-2008; B. 65.727 "Kel", res. del 29-IX-2010).

Por último, el propio artículo 70 in fine de la Ley N.º 13.133 establece que el requisito de pago previo no sería exigible en el supuesto caso de que *"el cumplimiento de la misma pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante"*, lo cual no fue acreditado en la especie.

Cabe destacar que quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos, y si no logra cumplir con esa carga mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea rechazada (conf. Corte Suprema, Fallos 331:881).

V.-

En virtud de los argumentos expuestos, y ponderando especialmente las particulares circunstancias del presente caso, opino que V.E. podría rechazar el recurso extraordinario de inconstitucionalidad bajo análisis (art. 302 del C.P.C.C.).

La Plata, 7 de diciembre de 2017.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 75.386

**“Asociación Civil de Usuarios Bancarios Argentinos c/ EDEA
S.A. s/ Materia a categorizar”, fecha: 15-11-2018**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Asociación Civil de Usuarios
Bancarios Argentinos c/ EDEA SA
s/ Materia a categorizar"

A 75.386

Suprema Corte de Justicia:

Vienen las presentes actuaciones a esta Procuración General en vista, a tenor de lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley N.º 24.240, respecto de los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos por la parte demandada y quien fue citada como tercera interesada (v. fs. 378 y vta.; 646/655 vta.; 659/681 y 692).

I.-

El titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N.º 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata, al momento de rechazar la demanda, admitió la defensa de falta de legitimación activa opuesta por la demandada Empresa Distribuidora de Energía Atlántica SA, en adelante: EDEA SA y por los terceros: Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico - "CAMMESA"- y la Provincia de Buenos Aires (v. fs. 546/556 vta.).

Dicha decisión que fuera apelada por la actora, fue revocada por la Cámara de Apelación en lo Contencioso administrativo del mencionado departamento judicial (v. fs. 565/572 y 629/638).

Acoge el recurso de apelación y, en consecuencia, revoca el fallo apelado en cuanto admitió la defensa de falta de legitimación, dispone devolver las presentes actuaciones al juez de grado para que, en atención a los intereses involucrados, arbitre un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar afuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte y, hecho ello, se pronuncie lo que por derecho corresponda en punto a la pretensión articulada por la parte actora.

Disconformes con ese pronunciamiento, la Provincia de Buenos Aires y la demandada dedujeron ante V.E. los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley.

II.1. El representante del Estado Provincial en su crítica sostiene, en lo esencial, que el fallo ha violado en su interpretación los artículos 18, 19 y 43 de la Constitución Nacional e incurrido en absurdo decisorio y/o arbitrariedad, violando la legislación aplicable, así como la doctrina legal y jurisprudencia vinculante, al señalar que por regla los derechos individuales deben defenderse por sus propios titulares, y que sólo ameritan una tutela colectiva cuando se constatare una violación del acceso a la justicia.

Expone que la sentencia recurrida adolecería de fundamentos valederos, toda vez que serían dogmáticas sus afirmaciones respecto de que ninguno de los argumentos se ajustan a las circunstancias del caso, ni resultan conforme a derecho y que quedarían desvirtuados por la misma jurisprudencia que se invoca para sostenerlos.

Afirma que ello es así, desde que ninguna norma autorizaría la distinción, sino que, por el contrario, todo el plexo normativo estaría orientado a materia de derechos subjetivos de índole patrimonial en que la legitimación no sería colectiva sino individual con respecto a la disponibilidad personal de esos derechos.

II.2. En su análisis crítico EDEA S.A., expone primero, que la sentencia ha violado y/o erróneamente aplicado los artículos 14, 17, 18, 19, 28, 31, 33 y 42 de la Constitución Nacional; 11, 15, 25, 27, 31, 38, 57 y 171 de la Constitución Provincial; la Ley Nacional N.º 24.240 y sus modificatorias; las leyes provinciales N.º 11.769, N.º 12.008, N.º 13.133, N.º 13.928 y sus modificatorias, el Decreto P.E.N. 1798/1994, el Decreto provincial N.º 2479/04; doctrina y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y de la Corte Federal aplicables al caso, como así también, los artículos 163, incisos 5 y 6, y 34, inciso 4, del Código Procesal Civil y Comercial.

En segundo lugar, explica que la Excelentísima Cámara Departamental, ha omitido el análisis y la aplicación al caso del régimen legal que

habilita a promover una acción colectiva, argumento del artículo 7 de la Ley N.º 13.928, violando en consecuencia la ley en la materia, como la doctrina legal que la Corte Suprema de Justicia ha elaborado sobre la cuestión y que fuera acogida favorablemente por la Suprema Corte de Justicia en reiterados casos, los que identifica.

Por último, cuestiona que la parte actora nunca definió con precisión el grupo que estaba representando y a pesar de las serias falencias de su planteo el Tribunal lo habilita a litigar en representación de un colectivo indefinido o al menos impreciso, configurándose un absurdo que afectaría el derecho de defensa en juicio; cita jurisprudencia.

Interpreta que no sería ajustado a derecho calificar como grupo a todos los usuarios de EDEA SA, ya que dicho grupo involucraría a todo tipo de usuarios con desiguales impactos económicos e inclusive podrían existir subcategorías no representadas.

Puntualiza que las tarifas no resultarían iguales tanto para un usuario residencial, para un carenciado, para una persona de escasos recursos, como para una industria, o un comercio de gran envergadura o para un organismo público.

Critica que la decisión se apoyaría en tres casos de usuarios residenciales, para extrapolar y concluir que se habría acreditado la afectación y dificultad de acceso para todo el colectivo de usuarios dispersos en los dieciocho partidos de la Provincia de Buenos Aires.

Entiende que los usuarios no habrían necesitado promover su propia demanda judicial, al estimar que para conjurar el perjuicio o para evitar el corte del suministro eléctrico bastaba solo pagar el mismo monto que se habría abonado en el período anterior, al efecto de impedir que se percibiera una suma adicional o evitar la interrupción del suministro eléctrico hasta tanto se resolviera el reclamo, como determina el artículo 6 punto 1.3 del Reglamento de Suministro y Conexión de EDEA S.A., el cual transcribe.

A su vez explica que el mismo planteo habría podido realizarse por la propia asociación en sede administrativa ante el Ministerio de Infraestructura de la Provincia o ante el OCEBA, en el entendimiento que sería el

medio más idóneo para su tratamiento; cita jurisprudencia nacional y local.

III.-

Estimo que los recursos promovidos no podrían prosperar.

1.- Las presentaciones de la Provincia de Buenos Aires y la EDEA SA pueden unificarse bajo los siguientes agravios.

a) que son dogmáticas las afirmaciones del Tribunal respecto de que ninguno de los argumentos se ajusta a las circunstancias del caso, ni resultan conforme a derecho, quedando desvirtuados por la misma jurisprudencia que se invoca para sostenerlos.

b) que el plexo normativo está orientado en protección de los derechos subjetivos de índole patrimonial en que la legitimación no es colectiva sino individual.

2.- Con esta plataforma considero que la decisión impugnada posee suficiente razonabilidad en el marco en que se inscribe.

No advierto que exista argumento que obste a la pretensión de la parte actora en las circunstancias en las que se ha buscado proveer al equilibrio patrimonial del colectivo representado.

Surge con nitidez que, a las notas características de esta relación entre los usuarios y la distribuidora de energía, se suma la particularidad que implicaría desproteger a los usuarios al someterlos a ejercitar una acción individual en detrimento de las finalidades de las acciones colectivas.

En ese orden de ideas, dadas las particularidades que presenta la materia objeto del pleito, es dable presumir que los costos (económicos y no económicos) que se derivarían de la iniciación de una demanda individual resultarían muy superiores a los beneficios que produciría un eventual pronunciamiento favorable. En consecuencia, frente al riesgo cierto de que la promoción de acciones individuales resulte inviable o de muy difícil concreción, la acción colectiva aparece como el medio idóneo para garantizar a los consumidores involucrados el derecho a la tutela judicial efectiva (CSJNA, “Consumidores

Financieros Asociación Civil”, consid. quinto, T. 337:762; 2014).

Por otro lado, no puede dejar de soslayarse que la actividad que realiza la empresa queda comprendida en la Ley N.º 24.240 y la sentencia no prescindió de este texto legal por lo que se aleja del dogmatismo invocado.

En tal sentido, corresponde recordar el artículo 55 de la Ley de Defensa del Consumidor en cuanto confiere legitimación a las asociaciones de usuarios por la amenaza o afectación de sus intereses, junto al principio in dubio pro consumidor (conf. art. 3). De esta forma, la admisión de la crítica deducida afectaría negativamente a los usuarios del servicio.

El argumento que esgrimen para descalificar a la sentencia de fs. 629/638 por las omisiones endilgadas, no podrían prosperar, a poco que se advierta que la doctrina legal que se dice violada no encaja circunstancialmente en los aspectos singulares y propios de los hechos analizados en estos obrados.

Dicho de otro modo, las decisiones encuadradas en los aspectos individualizados de las causas que se invocan como antecedentes en las impugnaciones, no determinan por sí mismas que se arribe a una idéntica conclusión. Nos encontramos con un decisorio abastecido por un desarrollo distinto absolutamente autónomo, que no implica la violación o desinterpretación de la ley.

Desde el aspecto técnico, no se relacionan estrictamente los precedentes con los preceptos que se estiman violados por lo que no se puede corroborar las causales endilgadas a la sentencia de segundo nivel basados en la infracción a la ley.

Desde luego, en el desarrollo flexible de la ley y conforme con las proyecciones destinadas a la función social que ella persigue, permiten sostener la comunicabilidad de la doctrina dominante para confirmar la uniformidad del criterio imperante en pos de una solución pacificadora en su interpretación destacada, como refiere la sentencia (CSJNA, “Fallos”, “Halabi”, T. 332:111; 2009, “Padec”, T. 336:1236; 2013; “Unión de Usuarios y Consumidores”, T. 337:196; 2014; “Consumidores Financieros Asociación Civil”, cit.; “Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria”, T. 338:1291; 2015; SCJBA, Acuerdo C. 91.576

“López”, sentencia, 26-03-2014, voto del señor Juez Hitters a la segunda cuestión, consid. tercero y sus citas; v. fs. 32 y 39, artículo primero del Estatuto Social de la actora y fs. 41 a 42 vta. de reconocimiento del carácter de persona jurídica).

Se ha dicho que la normativa específica relativa a las relaciones de consumo no constituye una mera regulación de determinado ámbito de las relaciones jurídicas, como tantas otras. Es eso y mucho más. La preocupación del legislador -signada por la clarísima previsión del artículo 42 de la Constitución Nacional y la correlativa contenida en el artículo 38 de la Constitución Provincial- radica en obtener la efectividad en la protección del consumidor. El principio protectorio como norma fundante es cimiento que atraviesa todo el orden jurídico. El propio artículo 1° de la Ley N.º 24.240, texto según la Ley N.º 26.361, así lo expresa terminantemente: *"la presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario"* (SCJBA, C 117.760, “G., A. C.”, sentencia del 0-04-2015; C 120835, “Minnucci”, sentencia del 18-04-2018; Rc 122.162, “Ianni”, resolución del 15-08-2018 y su cita, del voto del señor Juez de Lázzari).

En tales condiciones, el razonamiento utilizado por el operador, para resolver del modo que lo hizo en la sentencia recurrida, es correcto, toda vez que incluso lo llevó a examinar la entidad del incremento del cuadro tarifario dispuesto por la Resolución N.º 741/08 y la verificación de la aplicación de las normas en vigor y conducentes para la resolución de la controversia (v. fs. 635/636).

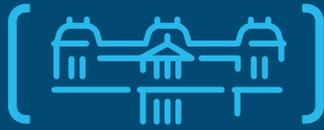
IV.-

Por consiguiente, si estos extremos son compartidos por V.E., opino que corresponde confirmar la sentencia y disponer el rechazo de los recursos extraordinarios interpuestos.

La Plata, noviembre 15 de 2018.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires**

DICTAMEN: B 74.696

**“Fiscal de Estado c/ Juzgado de Faltas N. ° 2 de Defensa del
Consumidor en autos: Barletta Valeria Gisela s/ Denuncia
c/ IOMA (Arts. 161, inc. 2. ° y 196, Constitución Provincial)”,
fecha 29-06-2017**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Fiscal de Estado c/ Juzgado de Faltas N.º 2 de Defensa del Consumidor en autos: Barletta Valeria Gisela s/ Denuncia c/ IOMA (Arts. 161, inc. 2.º y 196, Constitución Provincial)”

B 74.696

Suprema Corte de Justicia:

El Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires, por apoderada, promueve conflicto en los términos de los artículos 161, inciso 2º, y 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires con motivo de haberse arrogado el Juez de Faltas N.º 2 en expediente N.º 4061-1025618/2017, caratulado: "*Barletta, Valeria Gisela s/ Denuncia c/ IOMA*", facultades y potestades propias de la Provincia de Buenos Aires. Solicita se resuelva el así presentado y se anule lo actuado por el funcionario municipal (v. fs. 10/16 vta. y 19/20 vta.).

I.-

La apoderada realiza en primer término consideraciones formales vinculadas a las notificaciones de las providencias de fechas 3 y 10 de marzo de 2017 y su falta de cumplimiento hacia el representante legal de la Provincia; expresa la invalidez de las realizadas ante el Instituto de Obra Médico Asistencial y requiere se omita el cómputo de los plazos procesales desde la fecha de la notificación al IOMA, y se la tenga por notificada en forma personal.

En cuanto a los antecedentes, expone que la Sra. Valeria Gisela Barletta inicia ante el Juzgado de Faltas N.º 2, de La Plata, expediente administrativo por el cual denuncia al Instituto de Obra Médico Asistencial, -en adelante IOMA-, como consecuencia del rechazo a su solicitud de afiliación voluntaria. Expone en ella, que en el año 2016 fue desafiliada del Instituto denunciado por falta de pago y, en enero de 2017 resolvió solicitar su reincorporación. Que dicho pedimento fue rechazado bajo el argumento de la existencia de "*enfermedad preexistente*". Aclara que durante el período en que era afiliada ya padecía de la misma patología (nódulo mamario de carácter benigno).

Continúa expresando que el Juez de Faltas ordena -en forma urgente y con carácter de medida para mejor proveer-, la celebración de una audiencia informativa y conciliatoria. Que en dicho acto, la Sra. Barletta ratifica la denuncia; mientras que el IOMA plantea la incompetencia del Juzgado sin efectuar manifestación alguna respecto a los motivos que dieron su origen. En virtud de ello, el Juez de Faltas dicta la resolución de fecha 10 de marzo de 2017, notificada al Instituto de Obra Médico Asistencial el 16 de marzo del igual año.

Bajo el título "*Conflicto de Poderes*", la apoderada del Fisco manifiesta que la medida precautoria dispuesta por el Juez de Faltas "*...irrumpe en un área que no le compete en el ámbito del derecho público provincial*" (fs. 12). Que se han ejercido atribuciones que constitucional y legalmente no le corresponden, invadiendo la esfera de competencias de la Provincia (Poder Ejecutivo-IOMA y Poder Judicial) e impidiendo el ejercicio, a éste último por resultar el competente para dictar estas clases de resoluciones.

Destaca que el IOMA como sujeto que opera en un Estado de Derecho, debe atenerse a la normativa vigente que diseña su competencia, a la Ley N.º 6.982, a su Decreto Reglamentario N.º 7881/84; a la Ley N.º 11.405, de Medicamentos de la Provincia de Buenos Aires, y a las resoluciones que dicte el Directorio.

La apoderada refiere que ante el pedido de afiliación voluntaria efectuado por la Sra. Barletta ante el IOMA, se da curso mediante expediente administrativo N.º 11-441-55662/16; que analizada la documentación acompañada -historia clínica y estudios médicos-, se determina que padece de una patología mamaria benigna no resuelta, susceptible de encuadrarse como enfermedad preexistente, prevista por la Resolución N.º 2062/15.

Da cuenta que el IOMA dicta la Disposición N.º 1085/15 por la cual dispone el rechazo a la afiliación peticionada. Que notificada, en fecha 1 de marzo del corriente año, la Sra. Barletta solicita ante el Instituto la devolución de los estudios médicos para ser presentados en una prepaga. Que sin sujeción a los procedimientos ordinarios para acudir a la justicia a fin de hacer valer sus derechos, se presenta ante la Justicia de faltas con competencia en Defensa del Consumidor, intentando enmarcar su pretensión como una "*relación de consumo*", que se niega que sea tal.

La apoderada considera que al contar con un acto administrativo y buscando su nulidad, la pretensión debería haberse enderezado a través del proceso contencioso administrativo. Cita los artículos 166, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 1, 2, 6, 12, 13, 14, 16 y 18 de la Ley N.º 12.008 -texto según Ley N.º 13.101-. Que al dictar la medida precautoria, el Juez de Faltas Municipal se ha atribuido una función que no le es propia, conforme el carácter municipal de su jurisdicción. Realiza una reseña de la competencia de dicha jurisdicción administrativa y su distinción con la judicial. Cita fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y de esa Suprema Corte de Justicia.

En la demanda esgrime que no le compete la defensa de las pretensiones invocadas en la denuncia radicada ante el Juzgado a su cargo, en principio porque la alegada relación de consumo no se halla consumada, dado que no se encuentran involucrados todos los elementos que caracterizan a dicha relación. Que el rechazo a la afiliación voluntaria no le da la condición de agente en actividad que el artículo 1º de la Ley N.º 6982 contempla para cumplir con el objetivo para el cual ha sido creado el IOMA y que, aun de considerar que fuere un sujeto de la relación IOMA-afiliado, no encuadran en ninguno de los casos previstos por los artículos 1, 2 y 3, que transcribe, de la Ley N.º 24.240 y 42 de la Constitución Argentina.

Entiende que de las definiciones brindadas por la Ley Nacional de Defensa al Consumidor se desprende que la relación de consumo es aquella de carácter jurídico que se presenta entre el consumidor y el proveedor mientras aclara que dicho organismo del Estado Provincial realiza sus fines "*...en materia Médico Asistencial para sus agentes en actividad o pasividad y para los sectores de la actividad pública y privada que adhieran a su régimen...*". Con transcripción en lo sustancial del artículo primero; para afirmar que no desarrolla actividad lucrativa o comercial alguna.

Atiende al marco de actuación del Juez de Faltas y a la relación de consumo; sostiene que el IOMA no suministra, ni fabrica, ni presta, ni comercializa, o importa, o pone en el mercado sus bienes y servicios a disposición de los consumidores de manera profesional, ni actúa en carácter de proveedor, ni participar de una relación de tal naturaleza. Considera que dicha normativa le es

ajena como que ello determina la incompetencia de la referida dependencia municipal, la cual no ostentaría atribuciones suficientes a los efectos de disponer una medida precautoria como la ordenada, respecto a un organismo provincial.

La apoderada afirma que la medida ordenada ha sido dictada por un funcionario municipal que no reviste, en términos técnicos, la calidad de juez de la órbita del Poder Judicial. Realiza aclaraciones sobre la naturaleza de los Municipios para indicar sus límites dentro del federalismo.

Reitera que el Juzgado de Faltas Municipal, no forma parte del Poder Judicial del Estado Provincial; por lo tanto, no tendría competencia para juzgar ningún tipo de actuación de la Provincia, tal como lo ha hecho al dictar la resolución mencionada. Cita doctrina jurisprudencial de esa Suprema Corte de Justicia, en causa B 62.266, "*Andrenacci, Roberto Enrique contra Municipalidad de Bahía Blanca*", vinculada a la existencia de la Justicia de Faltas.

Añade que dicha intromisión de la Justicia de Faltas evidencia una clara violación del sistema republicano de gobierno, al principio de división de poderes y del principio constitucional del juez natural ocasionando tal obrar que reputa ilegítimo, un "*...claro innecesario conflicto de poderes...*" (v. fs. 15 vta.).

Solicita se haga lugar al planteo presentado, y, que V.E. proceda a declarar la nulidad de todo lo actuado, "*...por la flagrante exorbitancia jurisdiccional en que incurriera el funcionario comunal, sin contar con potestades para hacerlo*" (v. fs. 15 vta.). Cita doctrina jurisprudencial de ese Tribunal de Justicia en la causa B 74.025 "*Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires c/ Juzgado de Faltas N.º 3 del Municipio de Presidente Perón s/ Conflicto de Poderes Art. 196, Constitución Provincial*", en cuanto a la naturaleza de la Justicia de Faltas municipal.

Plantea el caso federal constitucional.

II.-

V.E. requiere las actuaciones administrativas (v. fs. 17, 24 y 25/64); previo a ello se advirtió que no se encontraba acreditado que el titular del órgano provincial involucrado en el conflicto denunciado hubiera encomendado al señor Fiscal de Estado la promoción de la presente denuncia de

conflicto de poderes, por lo que dispuso que debería subsanarse esta deficiencia y acreditarse “...mediante la documentación pertinente, la voluntad administrativa de la autoridad pública para promover el conflicto en tratamiento” (v. fs. 18).

A tenor de lo requerido, la apoderada del Fiscal de Estado acompañó copia de la Resolución N.º 1668/17 del Directorio del Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires, por cuyo artículo 1º, se ratificó lo actuado por el señor Fiscal de Estado en estas actuaciones, como así también autorizarlo para la continuación del trámite judicial del presente caso (v. fs. 19 y 20).

Resuelta esta cuestión previa y agregadas las fotocopias certificadas del Expediente N.º 4061-1025618/2017, se dispuso el traslado a la Municipalidad de La Plata (v. fs. 66).

III.-

La Municipalidad de La Plata se presenta por apoderado, y afirma que el Juez de Faltas Municipal titular del Juzgado N.º 2 actuó dentro de los límites de su competencia, sin extralimitarse ni invadir potestades propias de la Provincia, razón por la cual solicita el rechazo (v. fs. 69/ 80).

Explica que la Sra. Valeria Gisela Barletta se presentó ante la Oficina Municipal de Defensa del Consumidor para formular denuncia y solicitar una medida cautelar contra el I.O.M.A. como consecuencia de negarle la solicitud de afiliación. Continúa manifestando que en el año 2016 habría sido desafiliada del Instituto por no haber podido continuar con los pagos (porque no le habrían llegado a su domicilio las boletas de pago), solicitando en enero del corriente año su reincorporación.

Añade que ante ello el I.O.M.A. le exigió la realización de un chequeo médico completo en base al cual, luego, denegó la solicitud de afiliación con el argumento de padecer “...una patología susceptible de encuadrarse como enfermedad preexistente prevista por la Resolución N.º 2062/15”. También agregó que la Sra. Barletta afirmó que “...durante el período en que era afiliada con cobertura normal, un estudio diagnosticó un nódulo en una de las mamas de carácter benigno con la única recomendación de controlarlo”. De allí entiende que cuando estaba afiliada habría padecido la misma patología, la cual sería benigna y

sólo sujeta a controles periódicos (v. fs. 70).

Subraya que con motivo de la audiencia conciliatoria llevada a cabo el día 9 de marzo pasado, la representante de la Fiscalía de Estado planteó la incompetencia del Juzgado de Faltas "*...conforme lo instruido por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires*" agregando que no realizaría ninguna manifestación sobre el motivo de la denuncia y que "*...en el marco del derecho administrativo, la denunciante puede presentar una nota solicitando un recurso de reconsideración a los efectos de que se revea el rechazo a su afiliación*" (v. fs. 70).

Expone que luego de esta audiencia el Juez de Faltas municipal dictó una medida precautoria ordenando al I.O.M.A. "*...el inmediato cese de su conducta que se reputa en violación a la legislación de defensa del consumidor, debiendo dejar sin efecto el acto administrativo que rechazó la afiliación de la denunciante y proceder al dictado de un nuevo acto conforme lo señalado en la Resolución*". Añade que esta resolución se fundaría en la supuesta desprotección que emanaría de la falta de cobertura de salud, lo que conculcaría derechos de raigambre constitucional como el acceso a la salud (v. fs. 70).

Sobre la supuesta errónea notificación, afirma sería de aplicación el artículo 45 de la Ley N.º 24.240 y el artículo 51 de la Ley N.º 13.133 según los cuales: "*En su primera presentación, el presunto infractor deberá constituir domicilio y acreditar personería*". Y al respecto agrega que en la audiencia conciliatoria, el Instituto denunciado habría constituido el domicilio de la sede del I.O.M.A. donde fuera posteriormente notificado (v. fs. 70 vta.).

Ahora bien, respecto al fondo de la presente denuncia de conflicto de competencia, entiende que la posición asumida por el Juzgado Municipal de Faltas en materia del consumidor es "*cierta e incuestionable*", en cuanto a la validez de la medida precautoria ordenada por el mismo "*...en resguardo del derecho humano a la salud y del interés público que detenta el derecho del consumidor*". Defiende a la Justicia de Faltas municipal sosteniendo que debería ser considerada como "*...un verdadero poder judicial independiente*" (v. fs. 70 vta.).

Para arribar a esa conclusión sostiene que el régimen constitucional bonaerense luego de la reforma efectuada al artículo 166 en el año

1994, indica que se podrá establecer un procedimiento judicial de revisión en materia de faltas municipales, “...siendo la única mención en todo el texto constitucional bonaerense”. De allí que considera que el término “...podrá establecer”, implicaría no sólo dejar librado a lo que resuelva la legislatura, “...sino que la misma no puede ser aislada y ajena a los principios que impone la supremacía de la constitución nacional (arts. 5º, 31 y 123), fortaleciendo la institución municipal y no subordinando sus decisiones al control del Poder Judicial Provincial, sino reconociendo una justicia municipal con facultades jurisdiccionales en materia local propia” (v. fs. 71).

Advierte que el control de las decisiones de la Justicia de Faltas por parte del Poder Judicial Provincial genera una subordinación impropia a la luz del principio de autonomía e independencia institucional-política que reconoce nuestra Constitución (v. fs. 70).

Luego de efectuar un análisis del artículo 42 de la Constitución Nacional y 38 de su par provincial, cita jurisprudencia que considera de aplicación. Así también entiende que debería prestarse especial atención al artículo 41 de la Ley Nacional N.º 24.240 -por las que se ordena a las provincias a que actúen como autoridades locales de aplicación de la Ley del Consumidor-.

Recuerda que la Ley provincial N.º 13.133, “...en consonancia con la política nacional de descentralización”, habría delegado la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor en los Municipios de la Provincia de Buenos Aires a través de los artículos 79, 80 y 81 inciso a, “...donde ordena a cada Municipio la implementación del funcionamiento de un organismo o estructura administrativa encargados de ejecutar las funciones emergentes del Código Provincial” (v. fs. 72).

De allí, continúa, la Municipalidad de La Plata mediante Decreto N.º 1089/2004 estableció por una lado, una Oficina Municipal de Defensa del Consumidor “...con ámbito de actuación en los procedimientos iniciados como consecuencia de las denuncias que presentan instancia conciliatoria”, y por otro lado “...el Juzgado Municipal de Defensa del Consumidor con competencia en la ‘instancia resolutive’, en la que se materializa la intervención oficiosa del Estado Municipal en el ejercicio del poder de policía en materia de relaciones de consumo y la actuación jurisdiccional sancionatoria específica” (fs. 72).

Entiende por lo tanto que se estaría en presencia de una *“...delegación operada por el artículo 79 de la Ley N.º 13.133, al encomendar a los Municipios el ejercicio de las funciones emergentes de la misma, debe interpretarse como excepción a la regla de la improrrogabilidad de la competencia”*. Que en este sentido considera que el Juzgado de Faltas Municipal intervendría como *“autoridad de aplicación de la Ley Nacional de Defensa del Consumidor”* (v. fs. 72).

El apoderado de la Municipalidad de La Plata, a continuación, indicó que la naturaleza de la actividad que desarrolla el I.O.M.A. y el vínculo con sus afiliados está determinada por los artículos 1, 2 y 3 de la Ley N.º 24.240.

Para arribar a esta conclusión, sostiene que I.O.M.A. es *“...una persona jurídica de naturaleza privada [sic] que desarrolla de manera profesional una actividad de comercialización (en el caso de los afiliados voluntarios) de un servicio destinado a consumidores o usuarios”*. Entiende que de los términos del artículo 1º de la Ley Orgánica del I.O.M.A. también surgiría que las prestaciones que brinda se corresponderían con una relación de consumo (v. fs. 73 vta.).

Cita y transcribe, como doctrina supuestamente aplicable en autos, a un manual escrito justamente por el Juez de Faltas Municipal interviniente en el expediente que diera origen al presente proceso. También enuncia y alude a jurisprudencia referida a esta materia (v. fs. 74).

Respecto a lo afirmado por la apoderada de la Fiscalía de Estado, en el sentido de que la señora Barletta debió haber efectuado un reclamo a I.O.M.A. en los términos del Decreto Ley N.º 7647/70, entiende el representante de la Municipalidad de La Plata que esta postura sería equivocada toda vez que ese régimen no constituye un procedimiento administrativo diseñado *“...para dar adecuada respuesta a dichos reclamos en términos de eficacia, tal como garantiza la Constitución Nacional”*. Agrega que los afiliados al I.O.M.A. gozarían del derecho a contar con procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos a tenor de lo previsto en los artículos 42 de la Constitución Nacional y 15, de la Carta Magna provincial (v. fs. 76).

Afirma en definitiva que, *“...los mecanismos administrativos indicados a la denunciante, aun cuando su funcionamiento resulte*

verdaderamente efectivo, no desplazan al sistema público tutelar instaurado a partir del año 1993 con la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor” (v. fs. 76 vta.).

Para finalizar defiende la validez de la medida precautoria dispuesta por el Juez de Faltas Municipal, transcribe jurisprudencia que respaldaría su posición; denuncia violación a la garantía de igualdad ante la ley y ausencia de acreditación del perjuicio ocasionado. Plantea cuestión federal en el hipotético caso de que V.E. haga lugar a la presente denuncia de conflicto de competencia (v. fs. 79 vta.).

IV.-

Con fecha 23 de junio del corriente, fueron remitidas las presentes actuaciones a esta Procuración General de la Suprema Corte de Justicia a los fines de dictaminar (v. fs. 81; art. 690, CPCC).

IV. 1.- En primer término, respecto a la admisibilidad, se advierte que la cuestión planteada por la apoderada del Fiscal de Estado, es de aquéllas que ese Tribunal posee la competencia de decidir a tenor de lo previsto en el artículo 196 de la Constitución de la Provincia ya que, como se ha resuelto, la misma comprende los denominados conflictos externos municipales (Doctr. SCJBA, causas B. 57.409, "Juez de Paz Letrado de Pinamar", resolución del 1-X-1996; B. 57.644, "Municipalidad de San Nicolás (Juzgado de Faltas)", resolución del 5-XI-1996; B. 61.715, "Juzgado de Faltas de Coronel Suárez", resolución del 7-II-2001; B. 68.214, "Juzgado de Faltas de Chacabuco", sentencia del 29-VI-2005, entre otras).

IV. 2.- Despejado lo anterior, la cuestión medular consiste en determinar si el Juzgado de Faltas de la Municipalidad de La Plata al dictar una medida cautelar contra el Instituto de Obra Médico Asistencial en una cuestión de índole funcional administrativa de dicho organismo -afiliación- habría invadido competencias provinciales.

Anticipo que soy de la opinión de que V.E. debería hacer lugar al presente conflicto de poderes, en el sentido de reconocer la competencia provincial, por las razones que paso a exponer.

Esta propuesta, irá acompañada a tenor de la materia en discusión -*derecho a la salud*- de una solicitud a ese Alto Tribunal a favor de la

afiliación voluntaria de la señora Valeria G. Barletta.

IV. 3.- V.E. ha expresado que, para la determinación de la competencia, corresponde atender principalmente a la exposición de los hechos expuestos, “...y sólo en la medida que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de la pretensión” (Doct. SCJBA, causa B. 68.059, “Báez”, resolución del 3-XI-2004; B. 72.273 “Añón”, resolución del 24-IV-2013, entre otras).

IV. 3.1.- Del sustento fáctico obrante en autos surgiría que la señora Barletta, estuvo afiliada al IOMA en forma voluntaria, en los términos del artículo 18 de la Ley N.º 6982 (según texto de la Ley N.º 13.965), y del artículo 18 del Decreto reglamentario N.º 7881/84, norma esta última que establece que terceros “...podrán afiliarse en forma directa voluntaria e individual, cumplimentando los requisitos y condiciones que para cada caso el Directorio establezca”.

Expresa la misma denunciante que durante el año 2016, y por falta de pago, se produjo su desafiliación en forma automática, cuestión que se produce cuando se verifica un atraso en los pagos superior a los sesenta días (v. art. 36 del Decreto N.º 7881; fs. 27).

La señora Valeria G. Barletta pretendió su reafiliación. Previo a resolver esta solicitud, le requirieron la realización de exámenes médicos, a los efectos de comprobar la inexistencia de patologías preexistentes (conf. arts. 2 y 3 de la Resolución del Directorio de IOMA N.º 438/04).

Agregada la historia clínica donde obrarían estudios oportunamente ordenados, se habría verificado la existencia de una “...patología susceptible de encuadrarse como enfermedad preexistente prevista en la Resolución N.º 2062/15, por lo que sugieren NO ACCEDER a la afiliación solicitada”. Por este informe la Directora de la Dirección Regional La Plata de IOMA, con fecha 13 de febrero del corriente año, dispuso el rechazo de su afiliación (la mayúscula pertenece al original, fs. 30).

Ante ello, la señora Barletta, el día 1º de marzo de 2013, efectuó denuncia en la Dirección Operativa de Defensa al Consumidor de la Municipalidad de La Plata, iniciando el expediente administrativo N.º 4061-1025618/2017 (v. fs. 27).

IV. 3.2.- Como se advierte, el supuesto agravio que surge del presente caso tuvo origen en el ejercicio de una función administrativa regida por normas de Derecho Público, y llevada a cabo por un órgano descentralizado de la administración pública de la Provincia de Buenos Aires. La pretensión indudablemente tuvo por objeto la obtención de la anulación de una decisión vinculada a la función administrativa, para que la Sra. Barletta sea aceptada como afiliada voluntaria en la obra social denunciada.

Un funcionario de un organismo administrativo municipal procede a dictar una “*medida cautelar*” paralizando el accionar administrativo de un organismo del Estado provincial.

Cabe recordar que la actual organización de la Justicia de Faltas fue instituida por el Decreto Ley N.º 8751/1977. Por el artículo primero, se regula: “*Este código se aplicará al juzgamiento de las faltas a las normas municipales dictadas en el ejercicio del poder de policía y a las normas nacionales y provinciales cuya aplicación corresponda a las Municipalidades, salvo para las dos últimas cuando para ello se hubiera previsto un procedimiento propio*”.

V.E., en la sentencia dictada en la causa B. 74.025, “*Fiscal de Estado*”, resolución del 13-IV-2016, recordó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido -bien que en términos generales- que la Justicia Municipal de Faltas no posee las notas propias del Poder Judicial, constituyendo sólo órganos administrativos cuyas decisiones no revisten el carácter de sentencias (C.S.J.N. Fallos 310:674, 1380; 311:334; 326:4087). Que en similar sentido se ha expresado esa Suprema Corte al resaltar que la índole de las funciones que ejercen y el grado de autonomía funcional con que el legislador los ha dotado -que presenta similitudes con la estrictamente jurisdiccional-, no alteran esa calidad de órganos de la administración municipal (causa B. 72.697 “*Inostrosa*”, res. del 9-X-2013 y sus citas).

No es de recibo la argumentación ensayada por el apoderado municipal para justificar que la Justicia de Faltas debería gozar de mayor reconocimiento institucional, el pretender una asimilación a las funciones que desarrolla el Poder Judicial. Actos como el dictado por el IOMA, cuentan con una instancia judicial constitucional que garantiza un juicio pleno, tal el caso de la instituida por el Constituyente provincial en el artículo 166, y reglamentada por la

Ley N.º 12.008, e incluso la de poder recurrir a la mayor garantía constitucional: al amparo (art. 20, apartado segundo). Una autoridad administrativa, no es un juez de aquellos a los que aluden las mentadas cláusulas constitucionales.

Al ejercer un acto típicamente judicial, es claro que la llamada cautelar adoptada por el Juez de Faltas, es manifiestamente ilegal en tanto trasunta el ejercicio de funciones judiciales por parte de una autoridad administrativa (Doct. Causa B 74.025, cit.).

V.E., en forma clara al resolver una cuestión de competencia, estableció las líneas diferenciales de cuándo nos encontramos con una función administrativa o consecuencia de ella, a cuándo están en juego normas de otro carácter y de extraña competencia a la administrativa. Así lo hizo al decidir en la causa citada, “Añon” (v. art. 40 bis, párrafo final, de la Ley N.º 24.240).

En el caso actual planteado la función administrativa surge connatural a la naturaleza contenida en la pretensión de acceder a ser afiliada al IOMA. La Provincia de Buenos Aires persigue un sistema sanitario asistencial cuyo objetivo coincide con la finalidad del IOMA, dentro de sus posibilidades, ampliar el marco de sus beneficiarios dándole contenido social a su gestión médico-asistencial, haciendo viable la extensión de la cobertura a todos los habitantes de la Provincia de Buenos Aires (v. arts. 36, inc. 8, y 37, párrafo primero, de la Constitución provincial; art. 1º, párrafo segundo, de la Ley N.º 6982).

De tal manera es claro que el Juez de Faltas al disponer la medida cautelar, invadió la esfera de atribuciones del IOMA y, sin contar con la competencia para ello.

IV. 4.- Despejada la cuestión de la competencia, peticiono a V.E. como Ministerio Público, en protección de los derechos en juego, y contralor de la legalidad, haga saber al IOMA la necesidad y urgencia de reconsiderar su decisión en cuanto a la Sra. Barletta (cf. arts. 1; 21, incs. 7 y 24, de la Ley N.º 14.442; art. 34, inc. 5, apart. “e”, del CPCC).

Ello lo fundamento atendiendo a los hechos que surgen de las actuaciones, y normativa propia, del IOMA.

La Sra. Barletta ha afirmado que habría dejado de pagar la cuota al IOMA por su afiliación voluntaria en el año 2016 “*por estar fuera de la ciudad*” (v. fs. 27); e inicia su nuevo trámite, reincorporación, en enero de 2017.

Recuerdo que el artículo 7 de la Resolución N.º 438/04 del IOMA, que regula la “*Apertura de la afiliación voluntaria individual*”, expresamente exceptúa de realizar los estudios para detectar patologías preexistentes, a todos aquellos que habiendo sido afiliados voluntarios fueran dados de baja del sistema, y solicitaran su reincorporación antes de cumplirse un año de acaecida esa baja. Esta es la situación de la denunciante Valeria G. Barletta. Por lo que entiendo que debió haber sido reincorporada.

Como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este el primero de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. Agregó que “*el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*” (“Fallos”, T. 329:4918, “Mosqueda”; T 330:4647, “María Flavia Judith”; “Sánchez, Elvira”, sentencia del 15-V-2007, entre otras).

La protección de este derecho está consagrada por la Constitución Nacional, y contemplada en las Constituciones provinciales (v. arts. 5º y 121), y por los tratados internacionales que tienen tal jerarquía (v. art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema; art. 12, inc. “c” del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1º de los arts. 4º y 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; inc. 1º, del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Más acá en el tiempo el Máximo Tribunal de la Nación ha dicho que en nuestro país “*...el derecho a la salud en tanto presupuesto de una vida que debe ser protegida, es pasible del más alto grado de protección a nivel constitucional*”. Y agregó que: “*...es deber impostergable que tiene la autoridad*

pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales”, e indicó: “...la responsabilidad que cabe a las jurisdicciones provinciales en la protección de la salud, en línea con el reconocimiento de las facultades concurrentes” (CSJNA, “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia de 27-X-2015).

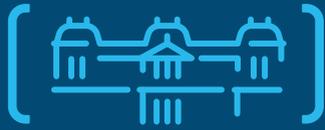
IV. 5.- Por lo precedentemente expuesto correspondería declarar que en el caso se ha configurado un conflicto de los previstos en el artículo 196 de la Constitución provincial, anular todo lo actuado por parte del Juez de Faltas en el marco del expediente administrativo N.º 4061-1025618/2017.

Asimismo, a la hora de resolver, atender a lo solicitado por este Ministerio Público, de así estimarlo oportuno.

La Plata, junio 29 de 2017.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires**

DICTAMEN: A 74.103

**“Mercedes-Benz Argentina SA c/ Municipalidad de General
Pueyrredón s/ Pretensión anulatoria”, fecha: 29-05-2018**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“MERCEDES-BENZ ARGENTINA SA
c/ Municipalidad de General Pueyrre-
dón s/ Pretensión anulatoria”

A 74.103

Suprema Corte de Justicia:

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata resuelve rechazar el recurso de apelación interpuesto por la Municipalidad accionada y confirma el pronunciamiento de grado, en cuanto ha sido materia de agravio (v. fs. 213/216 y 246/256).

El juez de primera instancia resolvió hacer lugar a la demanda articulada por MERCEDES-BENZ ARGENTINA SA y, en consecuencia, dejó sin efecto parcialmente la resolución dictada por el Juzgado Municipal de Faltas N.º 4 del Partido de General Pueyrredón, de fecha 29 de septiembre de 2011, recaída en el expediente administrativo N.º 818 Dig. 8/2009, sólo respecto a ella, por resultar ilegítima (v. fs. 202/208).

La Municipalidad de General Pueyrredón, mediante apoderado, interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, para afirmar en forma liminar, que la sentencia recurrida viola los derechos de los consumidores y usuarios consagrados constitucionalmente en el artículo 42 de la Constitución Nacional y disposiciones de la Ley N.º 24.240, de orden público, puntualmente, el artículo 40 (v. fs. 264/276 vta.).

Se resuelve a tenor de lo normado en el artículo 52 de la Ley N.º 24.240 dar intervención a esta Procuración General (v. fs. 297).

I.-

Al recurrir se expone que se da satisfacción a los requisitos de admisibilidad a tenor de lo dispuesto en los artículos 278 a 280 y 281 del Código Procesal Civil y Comercial. Funda la excepcionalidad del cumplimiento al artículo 280, mencionado.

I. A.- Referencias del recurrente, sobre los hechos.

Manifiesta que, MERCEDES-BENZ ARGENTINA SA inicia demanda tendiente a la anulación del acto administrativo por vicio en el objeto, dictado por el titular del Juzgado Municipal de Faltas N.º 4 de la Municipalidad de General Pueyrredón, que impusiera a la firma una multa, en solidaridad a ARLUNI SRL.

Que en dicha oportunidad, se invoca el quebrantamiento de lo dispuesto en los artículos 42 de la Constitución Nacional y 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, como así también, violaciones a diversas normas de la Ley de Defensa del Consumidor N.º 24.240.

Refiere que la sanción de multa le ha sido impuesta en razón de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley N.º 24.240, por violaciones a los deberes de información, trato digno, cumplimiento del contrato y buena fe.

Aclara que dichas infracciones se habrían dado en el marco de la compra de un camión marca Mercedes Benz por parte del Sr. Sebastián Antonio Benítez Hnatiuk a la empresa ARLUNI AUTO SRL.

Da cuenta que, el Sr. Benítez Hnatiuk inició denuncia contra ARLUNI AUTO SRL ante la OMIC local -Dirección General de Defensa del Consumidor e Intereses del Contribuyente dependiente del Municipio de Gral. Pueyrredón -.

Continúa relatando que en dicho organismo se dispuso la citación de la empresa MERCEDES-BENZ ARGENTINA SA, que arrojará como resultado a la luz de lo normado por la Ley Provincial N.º 13.133, la imposición de la citada multa.

Que MERCEDES-BENZ ARGENTINA SA promovió pretensión anulatoria e invocó la falta de legitimación pasiva, en su condición de tercero, ajeno al vínculo entre el denunciante y ARLUNI AUTO SRL.

El juez de primera instancia en lo Contencioso administrativo N.º 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata, en fecha 12 de noviembre del año 2014, resuelve que en el caso no resultaba aplicable la solidaridad prevista en el artículo 40 LDC, atento que dicho precepto se aplica, a

criterio del juez de la instancia de origen, únicamente en materia de daños.

Entendió a su vez, que el incumplimiento de las obligaciones que puede dar lugar a las sanciones del sistema consumeril debe tener en mira la situación individual de cada uno de los sujetos alcanzados. Ergo, que el acto dictado devenía nulo, razón por la cual acogió favorablemente la pretensión actora, desechando otras cuestiones planteadas.

Refiere el recurrente que contra dicho decisorio se alzó el Municipio en apelación.

Hace saber que, entre los agravios, sostuvo que el juez de grado habría equivocado el análisis jurídico de la causa, al interpretar que la responsabilidad solidaria consagrada en el artículo 40 LDC se vincula con la que puede llegar a generarse en materia de daños.

Que también se destacó, que para disparar la responsabilidad solidaria dispuesta en el mencionado precepto no se requiere que haya habido un comportamiento individual de MERCEDES BENZ ARGENTINA SA, sino que la sola disposición legal de los artículos 42 de la Constitución Argentina y 40 LDC habilitan a responsabilizar solidariamente a todos los integrantes de la cadena de comercialización, independientemente de que hayan tenido algún comportamiento determinado.

Que asimismo se expuso que la responsabilidad solidaria puede ser también aplicada en el ámbito del derecho sancionatorio.

Da cuenta que la Cámara en lo Contencioso Administrativo del citado departamento judicial, en fecha 3 de noviembre del año 2015, sentencia desestimando íntegramente el recurso de apelación deducido por la Comuna accionada, confirmando el pronunciamiento de grado, “...aunque con distintos argumentos, en cuanto hizo lugar a la demanda articulada por Mercedes-Benz Argentina S.A. contra la Municipalidad de General Pueyrredón, declarando la ilegitimidad del acto administrativo dictado por el Juez de Faltas del Juzgado N.º 4 que impusiera a la actora la multa de \$ 250.000” (v. fs. 267).

I. B.- Fundamentos invocados en el recurso.

Al ingresar en la fundamentación del recurso expone sobre los requisitos y el objeto del recurso extraordinario intentado. Cita jurisprudencia de ese Tribunal de Justicia.

Afirma la violación a la ley, al artículo 279, inciso primero, del Código Procesal Civil y Comercial, en cuando lo sentenciado vulneraría el alcance de los preceptos implicados, artículos 42 de la Constitución Argentina y 40 de la Ley N.º 24.240 -LDC-. Cita doctrina y aclara conceptos, fundándose en jurisprudencia, sobre el contenido del concepto "ley".

Continúa con el análisis de los fundamentos del fallo en crisis; denuncia la presencia y demostración de los errores y violaciones en que habría incurrido el tribunal.

Parte expresando que los puntos centrales, radican en la existencia o no de vínculo jurídico entre las empresas que componen la cadena de comercialización para que se haga efectiva la solidaridad prevista en el artículo 40 LDC y, en la invocación de la marca como factor atributivo de responsabilidad en el marco de la relación de consumo.

Del primer aspecto sostiene que la Alzada entendió acreditada la ausencia de vínculo jurídico entre MERCEDES-BENZ ARGENTINA SA y ARLUNI AUTOS SRL impidiendo que le alcancen los efectos derivados del frustrado contrato suscripto entre la nombrada y el consumidor del producto, aun cuando la oferta haya recaído sobre un bien, fabricado por MERCEDES-BENZ ARGENTINA SA.

Expone que la Cámara de Apelación funda su decisión en una serie de precedentes de la Suprema Corte de Justicia. Los menciona; afirma que según los sentenciantes, debía de existir una vinculación jurídica entre quienes integran la cadena de comercialización de los bienes o servicios objeto de la relación de consumo, para generar la responsabilidad solidaria.

El recurrente entiende que ello no sería lo que surge del artículo 40 de la LDC, al no exigir relación alguna entre quienes integran la "cadena de comercialización" (v. fs. 268 vta.).

Aclara que el alcance del régimen de responsabilidad

solidaria, más allá de los postulados que emergen de la normativa aplicable debería ser abordado a partir del principio de primacía de la realidad. Expone sobre este principio; indica doctrina, su enclave con el derecho laboral. Transcribe los artículos 40 de la LDC y 42 de la Constitución Argentina.

Señala que el precepto citado consagra la protección de los consumidores y usuarios en el marco de la relación de consumo, y no la circunscribe a la necesaria existencia de relación contractual entre los distintos actores que concurren en calidad de proveedores.

Apunta que en la realidad comercial hoy existente “...los consumidores se ven atrapados por redes y estructuras contractuales, y cautivados por marcas de amplio reconocimiento a nivel nacional e internacional”. Para agregar: “En dicha circunstancia, ni el consumidor más prevenido en muchos casos podrá saber si contrata con la empresa titular de una marca o que fabrica o importa bienes, como en este caso Mercedes-Benz Argentina SA” (v. fs. 270).

Afirma que el artículo 42 de la Constitución Argentina brinda garantías de protección al consumidor o usuario, no siendo necesaria la existencia de contrato alguno, ya sea entre el consumidor y el o los proveedores, o entre los distintos integrantes de la cadena de comercialización.

Aduna que se estaría tutelando al eslabón más débil de la cadena comercial, resaltando la persona, la necesidad de protegerla frente a la debilidad, inexperiencia, y con una finalidad protectoria que encontraría su cobijo en el ordenamiento jurídico aplicable, y en la superación de la división tradicional entre lo contractual o extracontractual para el nacimiento del régimen de responsabilidad. Menciona doctrina vinculada a la relación de consumo, y a las notas que la caracterizan.

Reitera que en ningún momento se requiere que para que se haga efectiva la responsabilidad solidaria exista relación alguna o vínculo entre las empresas que integran la cadena de comercialización; que su exigencia, desnaturalizaría el régimen protectorio. Enfatiza de la calidad de la marca requerida y las reglas informales de comercialización y las exigencias constitucionales en el marco de los derechos del consumidor.

Sostiene que MERCEDES-BENZ ARGENTINA SA es proveedora en los términos del artículo 2 de la LDC (art. 2º: “Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley...”).

Manifiesta que por ende, integra la cadena de comercialización aun cuando no tengan vínculo alguno con quien, en definitiva, contrata directamente con el consumidor. Cita doctrina, en pos de agravar las responsabilidades sobre marcas significativas en el mercado y las expectativas del eventual consumidor junto al consiguiente deber de obrar con prudencia y evitar el uso indebido de la marca.

Esgrime que no debería recaer en el consumidor la carga de probar esta vinculación, para hacer efectiva la solidaridad, como pretendería el fallo en crisis.

Sostiene que al tratarse de una marca reconocida, genera una apariencia, y esa apariencia crea una expectativa y confianza que merecería una especial protección, en especial al tratarse de un negocio jurídico, al que califica de complejo y en el que todos los agentes intervinientes debieran resultar legitimados pasivos frente al consumidor y a una ley de orden público que entiende expresamente los incorpora en la condición de responsables solidarios.

Solicita que MERCEDES-BENZ ARGENTINA SA sea declarada responsable solidaria en virtud de la confianza por ella generada en el consumidor, dada su impronta en el mercado, que lo habría decidido a contratar el plan de que se trata.

Afirma que no desconoce los precedentes jurisprudenciales, que cita, a que hace referencia la Cámara de Apelación y su aplicación a los fabricantes/importadores cuando existe concesión.

Añade que con posterioridad al dictado de esos fallos se dictó sentencia en causa C. 115.486, “Capaccioni” (2014), en donde se habría

responsabilizado a la empresa fabricante o importadora por desperfectos en automotores vendidos por sus concesionarios, por lo que entiende que el criterio del cimero provincial ha ido variando en esta materia.

Sostiene que la interpretación realizada por la Cámara de Apelación implica una violación a la ley en los términos del artículo 279, inciso 1º del Código Procesal Civil y Comercial, al vulnerar el alcance de las normas involucradas exigiendo requisitos que no surgen de ellas, ni de su interpretación armónica.

En cuanto al aspecto vinculado a la invocación de la marca como factor atributivo de responsabilidad, en el marco de la relación de consumo, da cuenta de lo expresado en el artículo 2 de LDC y la inclusión como proveedores, de quienes conceden la marca.

Enlaza la cuestión de la marca a la buena fe y a los fines tuitivos; destaca su importancia y que, recibiría igual fuente que la correspondiente a la protección de la leal competencia entre empresarios. Menciona doctrina sobre las mayores obligaciones frente al consumidor y en el caso, al tratarse de “*marcas notorias*”, la confianza generada en el consumidor, quien contrataría basándose en ella (v. fs. 273 vta.).

Esgrime que el Juez de Faltas resaltó la improcedencia de trasladar en el consumidor una obligación que la ley pondría en cabeza de todo aquel que intervenga en la cadena de comercialización, como ser la de comprobar la falta de vinculación entre las firmas. Cita jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Nación, *in re “Ferreira, Víctor”* (2006); menciona doctrina en cuanto a la responsabilidad extracontractual fundada, en la violación de la confianza y el derecho a su resarcimiento. También da cuenta de la doctrina-principio de la apariencia y en el caso su respaldo en los artículos 58 de la Ley N.º 19.550 y 40 de la Ley N.º 24.240, junto a la situación de hecho, su notoriedad e idoneidad para llevar a engaño (v. fs. 275).

Sostiene que adquiere importancia cuando se utilizan logotipos, como en el caso de autos, que llevarían a que el consumidor pueda legítimamente confiar en que está contratando con el mismo fabricante/importador.

Aclara que la falta de información, las reglas del funciona-

miento interno de las redes contractuales, o la existencia o no de vínculo entre quienes conforman la cadena de comercialización no interesarían al consumidor al generar “...una apariencia de unidad que es lo que legitima la acción del consumidor” (v. fs. 275 vta.).

Afirma que quien es titular de una marca importante, como MERCEDES-BENZ ARGENTINA SA, debe adoptar todos los medios necesarios para evitar que los consumidores pudieran ver frustrados sus derechos cuando estén contratando de buena fe con terceros que hagan uso indebido de las marcas. Cita jurisprudencia de la Cámara Nacional de Comercio.

Entiende que la imputación basada en la apariencia jurídica está en la base de la responsabilidad de las cadenas de oferentes en el derecho de consumo; con mención del mencionado artículo 40. Cita doctrina en cuanto a la tésis de la defensa del consumidor.

Concluye que se podría responsabilizar al titular de una marca, en virtud de la teoría de la apariencia, cuando se ofrecen bienes o servicios que contengan dicha marca aun cuando su titular no haya intervenido en la conclusión del negocio.

I. C.- En consecuencia, solicita que se haga lugar al recurso extraordinario impetrado y su violación a la ley - artículos 42 de la Constitución Argentina y 40 de la LDC- en los términos del artículo 279, inciso 1º del Código Procesal Civil y Comercial, por haberse interpretado los hechos planteados vulnerando su alcance. Deja presentada, la cuestión federal.

II.-

Estimo que el recurso no podría prosperar.

II. 1.- Para ingresar en el análisis sobre la procedencia del recurso, es necesario atender a la plataforma fáctica y jurídica, sobre la que cabe subsumir las circunstancias del caso.

A. En primer lugar, cabe poner de resalto que el señor Sebastián Antonio Benítez Hnatiuk habría resultado un adquirente frustrado de un plan de ahorro, para la adquisición de un camión MERCEDES-BENZ 1634 O km.

Plan que, conforme a detalle de fs. 18 vta. de la copia certificada del Expte 8118 DIG 1 Año 2009, acompañado sin acumular, en adelante, “Expte. adm.”, se efectuaría a “Círculo de Inversores SA de Ahorro para Fines Determinados”.

Dicha compra y reserva de plan, la habría efectuado en la firma ARLUNI AUTO SRL, oferente del plan.

El señor Benítez Hnatiuk habría entregado sumas de dinero a la firma, y en virtud de la modalidad suscripta -expresa- que, debía integrar cuatro cuotas de \$ 4.639 cada una, asegurándole ARLUNI AUTOS SRL, la entrega del camión con la cuarta abonada. Consta facturas: N.º 0001-00001694, fs. 12 del 15 de abril de 2008 por \$ 14.800; N.º 0001-00001679, fs. 13 del 14 de abril de 2008 por \$ 2000; N.º 0001-00001621, fs. 14 del 13 de mayo de 2008 por \$ 4639; N.º 0001-00001695, fs. 15 del 15 de abril de 2008 por \$ 3.200; N.º 0001-00001669, fs. 16 del 21 de abril de 2008 por \$ 1439 y N.º 0001-00002199, fs. 17 del 20 de junio de 2008 por \$ 4.639 (v. a fs. 18, 18 vta. y 19, la reserva, N.º 00000900 del 15 de abril de 2008, por un total de \$ 16.800).

Solicitó, por carta documento de día 15 de julio de 2008, la restitución de lo abonado que correspondía a la suma de \$ 30.717 (v. fs. 11, Expte. adm.).

Denuncia en su oportunidad, que previo a abonar la cuarta cuota, se le habrían dado a conocer las formas para perfeccionar la adquisición de dicho bien: “*documentación personal adicional*” (9 de junio de 2008, v. fs. 8: “a) seis últimos pagos del de IVA o Monotributo y reseña de actividad firmada por el titular, b) Inscripción ruta, c) Declaraciones Juradas de deudas actualizadas (comerciales, fiscales, previsionales, bancarias, financieras, etc.), firmadas por el titular y CPN; e) última Declaración Jurada de Ganancias y bienes personales; f) Detalle parque móvil (copias de títulos y/o pagos de últimas patentes; g) Cliente bancarizado; h) Verificación telefónica; i) Informe ambiental”).

No consta en las actuaciones que tengo en vista, cuál o cuáles, de dichas formas, no estaban a su alcance satisfacer; mas atendiendo a las características del vehículo y a su condición de contador público.

Tampoco se tiene real certeza -ante lo solidario de la multa- si habría sido intentada la satisfacción de ella, como de las sumas abonadas

(v. fs. 8) al titular de la agencia, e incluso si fue objeto, ante la eventual firmeza de lo obrado administrativamente en relación a ARLUNI AUTO SRL, del inicio de apremio (arts. 63 y 64 de la Ley de la Provincia de Buenos Aires N.º 13.133).

A fs. 26 a 45 del Expte. adm. se adjunta documentación agregada por MERCEDES-BENZ ARGENTINA, que da cuenta de las agencias que actúan como concesionarias y que podrían operar en el marco de la IGJ 26/2004 y posteriores resoluciones números 8/2015 y 11/2015, entre las que no figura la mencionada, ARLUNI AUTO SRL.

Se observa del anexo firmado por el cliente, que el plan de ahorro lo fue con Círculo de Inversores SA y podía ser uno, a su elección.

En virtud de la cláusula quinta, ambos se comprometieron a poder ejercer la opción “...por falta de acuerdo de partes y/o ausencia del productos y/o imposibilidad de acceso a financiación y/o crédito, por parte del cliente y/o Arluni SRL...”, con expresa previsión de restituir los fondos entregados correspondientes a las cuotas 1 a 4 (v. fs. 19, Expte. adm.).

De la simple verificación en la web se advierte que “Círculo de Inversores SA- Ahorro para Fines Determinados” se encuentra inscrita en la Inspección General de Justicia bajo el número 53338, autorizada por dicho organismo en fecha 13 de febrero de 1976, con contrato social hasta el 15 de octubre de 2075, cuya sociedad controlante es “Peugeot Citroën Argentina SA”; cuya actividad principal es: Ahorro para fines determinados.

En sus Planes de Ahorro, la sociedad tiene por objeto realizar operaciones mediante la asociación de capitales dentro del sistema denominado de ahorro para fines determinados. Información del informe de Estados contables al 31 de mayo de 2001 y 2000, en la que también puede verse, que administra “Autoplan”, plan formado por grupos cerrados y comprende las líneas Fiat y Peugeot de automotores, y también pick-ups Chevrolet y las líneas de camiones y tractores Fiat.

Se puede observar en la web que con fecha 11 de marzo de 2011 el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N.º 3, Secretaría N.º 5, decretó su quiebra.

Asimismo, advierto que no ha tenido intervención en las presentes actuaciones quien resultara damnificado (cf. art. 94, CPCC).

B. El 11 de septiembre de 2008, el Sr. Sebastián Antonio Benítez Hnatiuk formuló una denuncia ante la Dirección de Defensa del Consumidor y el Usuario de la Municipalidad de General Pueyrredón contra ARLUNI AUTO SRL, alegando que la firma incumplió con el deber de brindar información determinante de la voluntad de contratar, como asimismo, que habría existido ausencia absoluta de lealtad y buena fe en el trato, incumplimiento de lo acordado e imposición de cláusulas abusivas (v. fs. 7, 8/9, Expte. adm.).

Luego, con fecha 10 de octubre del mismo año 2008, ante la incomparencia en la Audiencia Conciliatoria de la firma denunciada (la cual persistirá a lo largo del procedimiento), el funcionario resuelve extender “la denuncia” en virtud de notificación, la cual ordena a la firma MERCEDES-BENZ ARGENTINA SA (v. fs. 22, del Expte. adm.).

Dicha empresa se presenta a estar a derecho en oportunidad de celebrarse la nueva audiencia de conciliación y manifiesta su falta de vinculación con ARLUNI AUTOS SRL. A fin de acreditar lo manifestado adjuntó un listado con carácter de declaración jurada de los concesionarios oficiales de la marca (v. fs. 26/45 y 46 del Expte. adm.).

Cerrada la instancia conciliatoria, el titular de la Dirección de Defensa del Consumidor y Usuario de la Municipalidad de General Pueyrredón, mediante auto de imputación N.º 072/009 del 21 de diciembre de 2009, le atribuyó a las firmas ARLUNI AUTO SRL y MERCEDES-BENZ ARGENTINA SA la violación a lo normado por los artículos 42 de la Constitución Nacional; 38 de la Constitución Provincial; artículos 4 (deber de información), 8 bis (trato digno), 10 bis (opción del consumidor ante el incumplimiento de la oferta y del contrato por el proveedor), 19 (cumplimiento del contrato) y 37 (deber de buena fe) de la ley 24.240, solicitando al juez de faltas que le fije una multa de pesos doscientos ochenta mil (\$ 280.000.-), más la publicación de la sanción (v. fs. 68/73).

Concluida la instancia sumarial, se giran las actuaciones al Juzgado Municipal de Faltas competente para el dictado de la resolución definitiva.

Por resolución de fecha 29 de septiembre de 2011 el titular a cargo del Juzgado de Faltas Municipal N.º 4, aplicó a las firmas la sanción de multa de Pesos doscientos cincuenta mil (\$ 250.000), conforme lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley N.º 24.240 por haberse constatado la violación a lo normado en los artículos 42 de la Constitución Nacional, 38 de la Constitución Provincial, 4, 8 bis, 19 y 37 de la Ley N.º 24.240; no haberse respetado los términos del artículo 10 bis, y de acuerdo a lo reglado por la Ley N.º 13.133 (v. art. 1º, parte resolutive; fs. 84/94, espec. fs. 93 vta. y 94, del Expte. adm.).

En lo que aquí resulta de interés, el Juez de Faltas apuntado en el artículo 40 del Estatuto de los Consumidores y Usuarios determinó que la empresa MERCEDES-BENZ ARGENTINA SA -en tanto fabricante del rodado objeto del contrato celebrado entre el denunciante y la firma ARLUNI AUTO SRL-, resultaba solidariamente responsable por el daño causado al consumidor.

El artículo 40 dentro del Capítulo X, “Responsabilidad por daños”, regula: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

El funcionario, al valorar la prueba, tuvo en cuenta “...que el denunciante ha acompañado documentación suficiente y fehaciente que permite en primer término tener por acreditada la relación de consumo con la firma denunciada ARLUNI AUTOS SRL, y consecuentemente, la relación con la firma MERCEDES-BENZ ARGENTINA. S.A., en virtud de ser ésta quien tiene a su cargo la producción del vehículo en cuestión...” (v. fs. 88, Expte. adm.).

Afirmó: “En cuanto a la firma imputada MERCEDES-BENZ ARGENTINA SA, tampoco ha aportado prueba alguna en su defensa que permitiera cuando menos desvirtuar los dichos manifestados [en la denuncia]..., o probar haber obrado conteste a derecho” (v. fs. 88, Expte. adm.).

Luego, al analizar “*La posición del infractor en el mercado*”, destaca el reconocimiento de la firma ARLUNI AUTOS SRL que “*no está en discusión...*” y que “*...genera en los potenciales consumidores una confianza preponderante al momento de elegir*”.

Agrega: “*En tal sentido debemos a su vez referir a la firma fabricante del rodado Mercedes-Benz Argentina S.A. cuyo marca es sinónimo internacionalmente de prestigio y garantía de seguridad en la industria automotriz*”.

A ello suma: “*Así la propia empresa en su página web www2.mercedes-benz.com.ar, expone la responsabilidad que atañe a la empresa como parte del compromiso de su marca, sosteniendo que ello no depende del éxito comercial sino que se trata de un imperativo ético, así como también de un principio básico de los negocios legítimos*” (v. fs. 93 vta., Expte. adm.).

C. Por su parte, el Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo evaluó, para desinteresar a la firma MERCEDES-BENZ SA, que la solidaridad a la que se refiere el artículo 40 de la LDC se vincula con la que puede llegar a generarse en materia de daños (v. fs. 202/208 vta.; 12 de noviembre de 2014).

Destacó que si bien el artículo 40 impone responsabilidades a cargo de distintos integrantes de la cadena de comercialización, tendiendo a proteger más eficazmente los derechos de los consumidores, lo cierto es que dicha norma se refiere a la responsabilidad solidaria por el daño que resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, y no a otros supuestos, como el de autos.

Aclaró que la solidaridad prevista en el mencionado precepto, no habilitaría a sancionar, indiscriminadamente, a todos los sujetos que numera, precisa que respecto al artículo 2 de LDC no entrañaría solidaridad.

Añadió que debería tener en mira la situación individual de cada uno de los sujetos y que la solidaridad no puede regir en un ámbito donde deben ponderarse conductas individuales y la falta de prueba al respecto.

Trajo a mención que en la audiencia de conciliación de fecha 26 de noviembre del año 2008, MERCEDEZ-BENZ ARGENTINA SA,

acompañó un listado completo con carácter de declaración jurada de los Concesionarios Oficiales de la Marca Mercedes Benz en la Argentina (v. fs. 20/45 del Expte. adm.), lo que se encontraba refrendado por el acta de comprobación de la página web (escritura número veintisiete), a fs. 108 de los autos principales.

Especificó la falta de vinculación contractual directa o indirecta con la empresa MERCEDES-BENZ ARGENTINA SA en tanto ARLUNI AUTO SRL no era uno de sus concesionarios oficiales, y no se encontraba dentro de la cadena de comercialización.

D. Apelada la sentencia por la Municipalidad de General Pueyrredón, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo también entendió que no le asistía responsabilidad a la firma MERCEDES-BENZ ARGENTINA SA (v. fs. 246/256; 3 de noviembre de 2015).

En el voto del señor Juez Mora, al que adhiere el señor Juez Riccitelli, se analiza el marco legal a la luz de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación -Ley N.º 26.994-; se detiene en el artículo 7 respecto a la interpretación en materia de vigencia de las leyes; al principio de aplicación inmediata y la veda -en principio- a las situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas, o a efectos ya producidos, agotados o extinguidos; y su vigencia para los hechos que están *in fieri* o en curso de desarrollo al tiempo de su sanción.

Estima que tanto el acto dictado en sede administrativa, así como la totalidad del proceso impugnatorio posterior se desarrolló en forma previa a la entrada en vigencia de la Ley N.º 26.994.

Reseña los hechos y actos transcurridos antes de la denuncia, destaca entre otros como firme, el que ARLUNI AUTOS SRL no resulta ser concesionario oficial de Mercedes-Benz Argentina SA y la inexistencia de vínculo jurídico entre las nombradas.

Atendió que para el recurrente, la responsabilidad emanada del juego armónico de los artículos 42 de la Constitución Argentina y 40 de la LDC ostenta carácter objetivo en virtud del principio de protección del más débil en la relación de consumo, razón por la cual que exista o no un vínculo jurídico entre los sujetos que integran la cadena de comercialización no resultaría relevante.

El Magistrado no acompañó tal criterio en virtud del contexto fáctico que presenta el *sub examine*.

Sostuvo que la acreditación de la ausencia de vínculo jurídico entre MERCEDES-BENZ ARGENTINA SA Y ARLUNI AUTOS SRL, resultaba impedimento suficiente a los fines de que le alcance a la primera los efectos derivados del frustrado contrato, aun cuando la oferta haya recaído sobre un bien fabricado por ella.

Citó doctrina de la Suprema Corte de Justicia en las causas C. 93.038 "García" (2007) y C. 105.173 "Bonacalza" (2013) y del propio tribunal en cuanto a la ausencia de responsabilidad sobre quien no posee relación de alguna con la empresa oferente del contrato.

Señaló que el hecho de publicitar el camión fabricado por MERCEDES-BENZ no bastaría para ligarla a la relación de consumo.

Reflexionó sobre lo afirmado en la decisión administrativa -en la parcela en que alude a la confianza que genera en el consumidor la invocación de la marca- para sostener que ello no autoriza por sí solo a suponer que medió intención alguna de colocarse en directa vinculación con el consumidor, ni de que existió un ofrecimiento concreto en relación a la entrega del rodado dado que no ha quedado probado que la publicidad en la que posa su mirada el funcionario administrativo haya sido encomendada o financiada por la constructora del vehículo.

Afirmó que pretender extender a MERCEDES-BENZ ARGENTINA SA la responsabilidad por el incumplimiento contractual provocado por ARLUNI AUTOS SRL., sin que entre ambos sujetos exista, siquiera, una mínima relación jurídica, no es congruente con la correcta interpretación de las normas legales invocadas.

II. 2.- En cuanto al fondo.

A. Tengo presente que la normativa relativa a las relaciones de consumo es especial, y privilegiada en su tratamiento ("Fallos", "Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor", T. 340:172, consid. quinto, último párrafo, 2017).

La preocupación del legislador -signada por la clarísima previsión del artículo 42 de la Constitución nacional y la correlativa contenida en el artículo 38 de la Constitución provincial- radica en obtener la efectividad en la protección del consumidor. El principio protectorio como norma fundante es cimiento que atraviesa todo el orden jurídico. El propio artículo 1° de la Ley N.° 24.240, texto según la Ley N.° 26.361, lo expresa: "*La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario*".

Así cabe recordar al respecto, lo sostenido en su voto, por el señor Juez de Lázzari al decidir la causa C 117.760, "*G., A. C. contra 'Pasema S.A.' y otros s/ Daños y perjuicios*" (2015).

Sostuvo que constituye una decisión de regulación especial de una parte de la economía que -por mandato constitucional, se reitera- apunta a favorecer el ejercicio pleno de los derechos de los más débiles, asumiendo que las fuerzas del mercado son infinitamente más poderosas que el consumidor aislado.

Para añadir que es un sistema, un paradigma intervencionista del Estado, con el objeto de corregir las consecuencias socioeconómicas negativas que la realidad demuestra fehacientemente, con su cita a la que me remito del actual señor Juez Rosatti ("*La relación de consumo y su vinculación con la eficaz protección de los derechos reconocidos por el art. 42 de la Constitución Nacional*", en "*Revista de Derecho privado y Comunitario*", 2012-1, pág. 77 y sigtes.).

Destaca entre las notas a tener en cuenta la que proviene, por un lado de lo dispuesto en el artículo 3 de la ley en cuestión en cuanto a la integración normativa, a la regla de interpretación: "*En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor*".

En coordinación con ella, complementándola, la que emerge del artículo 65 en cuanto dispone su carácter de orden público: "...*La presente ley es de orden público...*".

B.- En nueva sentencia, el señor Juez de Lázzari en la causa C 120.835, "*Minnucci*" (2018) tuvo oportunidad de analizar y profundizar

sobre el alcance de la responsabilidad diseñada en el artículo 40 de la LDC; criterios y fundamentos a los que remito y adoptaré en lo sustancial para la solución del presente recurso, junto a lo sostenido, en lo propio, por el señor Juez Soria en las causas C 93.038, “García” (2007), C 105.173, “Bonacalza” (2013) y junto al voto del señor Juez Genoud, en C 116.878, “Iarritu” (2014).

En torno al sistema de responsabilidad, con la pica en Flandes, el Magistrado analiza el artículo 40 de la Ley N.º 24.240 y en su enclave con el artículo 42 de la Constitución nacional sostuvo, que importa una obligación de seguridad de base constitucional; recordó doctrina de Cosimo Gonzalo Sozzo (*“El estado actual de la problemática de los riesgos derivados del consumo: dimensiones reparatoria, preventiva y precautoria”*, Revista de Derecho privado y comunitario, 2009-1, p. 367 y sigs.).

Ello, para afirmar que sostiene que se ha consolidado en la jurisprudencia el reconocimiento de la responsabilidad objetiva, solidaria y unificada de la cadena de proveedores de bienes y servicios, habiéndose puesto fin a las discusiones, acerca de si el factor de atribución debía ser objetivo o subjetivo.

Que el autor acepta a la idea de la responsabilidad objetiva también la responsabilidad solidaria de la cadena de proveedores de bienes y servicios, jugando un rol fundamental la recepción jurisprudencial de la constitucionalización del derecho del consumidor y concluir que el sistema de reparación de daños a consumidores es unitario, pues abandonaría la distinción contractual-extracontractual.

Un Derecho del Consumidor, valiéndose de normas de orden público, edificado en una relación jurídica particular, que no es otra que la relación de consumo, cuya estructura se construiría sobre el presupuesto de hecho que importa el consumo como fenómeno o acto social.

Sin embargo, el Magistrado agudamente destaca que en la esfera del consumo también existen ciertos factores que, demostrados, implican la exoneración al régimen de responsabilidad objetiva.

Es decir, al igual que en el Código de fondo, en la Ley N.º 24.240 podemos encontrar determinados acontecimientos fácticos que

eximen a los proveedores de responder frente a los reclamos que hicieran los consumidores, tales como: a) el caso fortuito; b) la culpa o el hecho del tercero y c) la culpa o hecho de la víctima (conf. arts. 514 y 1.113 segunda parte, Cód. Civ. y 1.722, 1.729, 1.730 y 1.731, Cód. Civ. y Com.).

De los hechos descriptos y a diferencia de lo meritado en sede administrativa, tal como lo verifican los sentencias en las instancias, encuentro que efectivamente se ha acreditado por parte de la firma MERCEDES-BENZ ARGENTINA SA la eximente de responsabilidad basada en el hecho ajeno y que la queja traída por la recurrente, a los fines de conmovier lo decidido es insuficiente (art. 279, CPCC).

En efecto, recordemos que el Plan suscrito por el denunciante no lo era vinculado a la citada firma, y que la misma, conforme a la documentación que se hiciera referencia, no tenía, como una de sus concesionarias a ARLUNI AUTOS SRL (v. art. 40 in fine: “*Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena*”).

Tal fundamento, que se constituye en uno de los pilares del pronunciamiento recurrido, no logra ser conmovido por los argumentos planteados por la Municipalidad de General Pueyrredón.

El recurrente plantea ante esta sede un argumento dogmático que desconoce la estructura jurídica del fallo, se aparta de su idea rectora y de sus bases esenciales, limitándose a objetar la exclusión de MERCEDES-BENZ ARGENTINA SA, sin dar tratamiento a los hechos y a la ajenidad con lo suscitado en el contrato, parcializando con ello el remedio, el que devendría en ineficaz, para rever lo decidido (conf. art. 279, CPCC y doctr. causas C. 120.835, cit. “*Minnucci*” y sus citas, consid. V. 3.a.).

No es posible omitir la necesaria acreditación del nexo de causalidad adecuada como uno de los requisitos indispensables para que nazca el deber de responder (arts. 1092 y 1093 del CCC; v. voto del Señor Juez Soria sobre el vínculo entre concedente-concesionario y la eventual responsabilidad entre las partes, *in re* “*García*”, cit., consid. 3.c.ii; coincidente, “*Bonacalza*”, consid. III, b, i y ii).

En la oportunidad referenciada *supra*, el Magistrado de

Lázzari destacó -recordando doctrina de la Suprema Corte- que en reiteradas oportunidades se señaló que es requisito ineludible de una adecuada deducción del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley la impugnación concreta, directa y eficaz de los fundamentos esenciales del pronunciamiento, siendo insuficiente la que deja incólume la decisión por falta de cuestionamiento de los conceptos y citas legales sobre los que la misma se asienta.

El atacante centra su crítica en cuestiones de hecho y prueba, pero sin lograr demostrar el mentado vicio lógico. Aun cuando el criterio del sentenciante pueda ser calificado de objetable, discutible o poco convincente, ello no es suficiente para tenerlo por absurdo, porque se requiere algo más: el error grave, grosero y manifiesto que conduzca a conclusiones inconciliables con las piezas objetivas (conf. causa C 104.866, “Nieva”, sentencia del 29-08-2017 y sus citas); supuesto, que no ha sido idóneamente evidenciado por quien se alza (art. 279, CPCC).

Disentir con lo decidido por los sentenciantes o proponer una argumentación paralela o distinta no es base idónea de agravios ni configura el absurdo que da lugar a la vía extraordinaria de inaplicabilidad de ley, puesto que esa anomalía queda configurada cuando media cabal demostración del error palmario y fundamental, única vía que autoriza la apertura de la casación para el examen de las cuestiones de hecho y prueba (SCJBA, C 121.125, “Rubén, Juan José”, sentencia del 08/11/2017, entre muchas).

Lo expuesto y lo dicho habilita a desechar esta parcela impugnativa y permite repeler las infracciones normativas indicadas.

C. Con relación a la responsabilidad atribuida por vulneración de la doctrina legal de la causa C.115.486, “Capaccioni” (2014), no advierto que la recurrente haya demostrado las infracciones denunciadas (art. 279, CPCC); respuesta sobre el punto se da *supra* respecto del encuadramiento del caso.

Sin perjuicio de ello, es necesario mencionar que no puede alegarse la violación de doctrina legal elaborada sobre la base de hechos distintos al del caso en que se invoca (Ac. 94.644, “Moroz”, sentencia del 12-07-2006; C. 97.478, “Barraza”, sentencia del 26-08-2009, voto del señor Juez Negri, en la causa 105.173, cit., consid. 2. c); C 116.483, “Di Cunzolo”, sentencia del

17/06/2015, entre otras); en tanto que en la causa se trató de las circunstancias sobrevenidas de adquirir un auto de alta gama, este no reunía las características ofrecidas por el instructivo del vehículo, así como las vicisitudes que el consumidor tuvo que transitar para hacer valer la garantía, poniendo en juego la "reparación no satisfactoria" (artículo 17 de la ley del consumidor), mientras que en estos actuados estamos ante la adquisición de uno a una empresa, sin demostración de vínculo comercial alguno con la firma que se pretende responsabilizar. Ello determina la inaplicabilidad del criterio que informa al fallo citado y que viene siendo lo aquí propuesto y lo decidido, la doctrina aplicada por la Cámara acompañada por la jurisprudencia de este Tribunal que he adoptado y hecho especial mención.

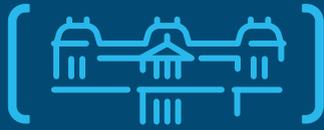
D. Finalmente, como se valoró en los fallos mencionados, el principio in dubio pro consumidor -artículo 3 de la Ley N.º 24.240, cc. artículo 1094 del CCyC- no resulta aplicable, toda vez que dicha pauta legal de valoración de las constancias y circunstancias debatidas en los procedimientos, creada como una forma de salvar obstáculos probatorios a la hora de resolver, no encontraría cabida en el sub examine.

II. 3.- En consecuencia, considero que, no habiéndose demostrado las infracciones normativas alegadas ni el yerro invocado, podría V.E., rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto (arts. 283 y 289, CPCC).

La Plata, mayo 29 de 2018.

DR. JUAN ANGEL DE OLIVEIRA

Subprocurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 74.723

**“Nosei Mario Alberto c/ Usina Popular Cooperativa de
Necochea “Sebastián de María” s/ Amparo”, fecha: 18-12-2018**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Nosei Mario Alberto c/ Usina
Popular Cooperativa de Necochea
“Sebastián de María” s/ Amparo”

A 74.723

Suprema Corte de Justicia:

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata dicta sentencia haciendo parcialmente lugar al recurso de apelación interpuesto por Mario Alberto Nosei.

Por dicho acto, revoca el pronunciamiento de grado y en consecuencia hace lugar parcialmente a la acción de amparo, otorga legitimación expandida al actor y condena a la Usina Popular Cooperativa de Obras y Servicios Públicos Limitada de Necochea “Sebastián de María” a que se abstenga de incluir en la facturación por el suministro de energía eléctrica el concepto ajeno “cuota capital E.E.”, o cualquier otro que con diferente denominación procure el cobro del adicional cuestionado, ello hasta tanto dé acabado cumplimiento con lo establecido en el artículo 78 de la Ley N.º 11.769.

Ordena que la parte resolutoria del pronunciamiento se dé a publicación, a costa de la demandada, en el diario de mayor circulación de las localidades de Necochea y Quequén, imponiendo las costas de ambas instancias a la accionada (v. fs. 992/1011).

Contra el mentado acto la cooperativa dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 1017/1030 vta.).

A fs. 1041, se ordena el pase en vista a la Procuración General a tenor de lo dispuesto en los artículos 52 de la Ley N.º 24.240 y 283 del Código Procesal Civil y Comercial.

I.-

Quien recurre expone que ha sido errónea e incorrecta la aplicación del artículo 78 de la Ley N.º 11.769, de los decretos reglamentarios N.º 2479/04 y N.º 2193/01, así como de la doctrina legal de la causa B 54.685 “Cooperativa Limitada de

Servicios Eléctricos de Pehuajó (1997).

Entiende inaplicables las normas del derecho del consumo -Ley N.º 24.240- y el artículo 7 de la Ley N.º 13.928 (v. fs. 1017 vta.).

Solicita que el Alto Tribunal de Justicia case la sentencia de la Cámara de Apelación y dicte un nuevo pronunciamiento por los motivos de derecho en que sustenta la pieza recursiva.

El recurrente precisa que ha dado cumplimiento a los recaudos de admisibilidad del remedio intentado.

A continuación, pasa a desarrollar los fundamentos que lo llevan ante ese Tribunal de Justicia.

Afirma que la sentencia causa gravamen irreparable a su mandante pues, para arribar a la condena, los sentenciantes habrían incurrido en errónea e incorrecta aplicaciones de normas legales.

En este sentido precisa que se habrían pasado por alto tanto la normativa específica establecida por la Ley N.º 20.377 -Ley de Cooperativas-, como también la establecida en el estatuto que rige la vida institucional de la entidad, deviniendo en una decisión violatoria de los artículos 1º y 4º del Decreto N.º 2193/01, reglamentario de la Ley N.º 11.769.

Apunta que la Cámara de Apelación considera a la “cuota capital EE” como un concepto ajeno y en ese entendimiento erróneamente le aplicaría los requisitos y previsiones del artículo 78 de la Ley N.º 11.769 cuando resultaría improcedente; solicita se resuelva tal como lo entendiera el Tribunal del Trabajo.

Sostiene que el fallo se fundamenta en ley, atendiendo principalmente a lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley N.º 11.769 -con transcripción de los párrafos tercero y cuarto-; a lo dispuesto en el párrafo segundo para el citado artículo del Decreto reglamentario N.º 2479/04 y en lo sustancial, a los artículos 1, 3, 4 y 6 de Decreto N.º 2193/01.

Afirma que los conceptos incluidos como los de la cuota capital no resultarían ajenos y aclara para que se trate de uno ajeno no debería estar

vinculado con la condición de usuario del servicio público de energía eléctrica.

Entiende: “...es claro que el ‘concepto ajeno’ resulta ser aquel rubro que no posea vinculación con la base imponible tenida en cuenta para el cobro del servicio público de energía eléctrica” (v. fs. 1020).

Hace saber que la cuota capital se encontraría estrechamente vinculada con el objeto social de la cooperativa, con la condición de usuario del servicio público de energía como aporte de capital en la facturación del servicio de energía eléctrica.

Sostiene que no debería exigirse la conformidad previa del usuario-socio, que lo normado por el artículo 78 de la Ley N.º 11.769 haría referencia exclusivamente a conceptos ajenos y distintos a la creación y existencia de la mentada cuota capital, y que por ello no resultaría aplicable dicho precepto legal.

Aduna que, tal como lo entendiera el Tribunal del Trabajo, dicho concepto se presenta coincidente con lo resuelto en otras circunstancias por el Ministerio de Producción. Aclara, atendiendo al concepto de “Fondo solidario”, que el usuario socio está obligado por el voto mayoritario de la Asamblea a su aceptación.

A ello suma un criterio similar que sería el adoptado por la Asesoría General de Gobierno. Entiende que en la causa B 54.685 surgiría la respuesta en torno a esta cuestión, en cuanto fija la soberanía de la Asamblea de la entidad cooperativa para imponer decisiones.

A diferencia de lo sentenciado por la Cámara de Apelación, considera que la cuestión es netamente de derecho cooperativo, regido específicamente por la Ley N.º 20.337, de contenido estatutario y debería resolverse dentro de una Asamblea convocada a esos efectos bajo la normativa específica.

Expone que la Cámara de Apelación también habría tenido en cuenta que el fallo era de fecha anterior a la sanción de la Ley N.º 11.769 e inaplicable al caso. La recurrente afirma que ello no sería así, que una correcta interpretación de la normativa resolvería la cuestión debatida. Transcribe tramos del voto del señor Juez Hitters a la segunda cuestión, considerando cuarto, puntos primero, tercero y cuarto de la citada causa.

Añade, que los conceptos habrían sido sometidos a consi-

deración del Organismo de Control de la Energía Eléctrica, resolución 48/2010.

Califica de erróneo el despliegue normativo realizado por la Cámara de Apelación al confundir el tratamiento de un concepto ajeno -en cuyo caso sería de aplicación el artículo 78 de la Ley N.º 11.769-, con la cuota capital fijada al socio por el organismo cooperativo, dirigida al cumplimiento del objeto social y que no compartiría su condición.

Realiza precisiones sobre dicho aporte en el marco de la ley de cooperativas, su jerarquía normativa frente al derecho local y especialmente en relación al marco regulatorio eléctrico para destacar el valor de la voluntad societaria por encima de la Ley N.º 11.769.

Remarca que la vinculación entre la cooperativa y sus socios se encontraría gobernada exclusivamente por el derecho cooperativo; transcribe lo propio del artículo 4 de la Ley N.º 20.377.

Refiere que la cuota de capitalización de la entidad cooperativa sería el resorte legal aplicable por la ley de cooperativas y por el estatuto de la entidad para equilibrar las pérdidas de los distintos ejercicios que se reflejarían en cada uno de los balances aprobados por la Asamblea.

Da cuenta que el mecanismo de capitalización se encontraría previsto en los artículos 27 y 42 de la Ley N.º 20.337 y en los artículos 15, 20 y 83 del Estatuto, en cuanto determinarían la forma en que debería establecerse la capitalización de la entidad.

Reitera que la normativa societaria sería la aplicable con prescindencia del artículo 78 de la Ley N.º 11.769. Enuncia prueba y transcribe lo expresado por la Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires sobre las cooperativas concesionarias de servicios públicos eléctricos.

De la misma forma hace saber que, para la fijación y determinación de la cuota de capitalización, la cooperativa se encontraría sometida al control del Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social -INAES- y del Organismo de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires -OCEBA- entre otros organismos, acerca prueba a este respecto.

Esgrime que, a diferencia de lo resuelto en la sentencia, el organismo de control habría aprobado la inclusión de un concepto no ajeno a la factura del servicio eléctrico en concordancia a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 78 de la Ley N.º 11.769 y al decreto reglamentario; transcribe lo pertinente y expresa que así habría sido afirmado por el Tribunal del Trabajo de Necochea.

Ratifica la errónea aplicación e interpretación que habría realizado la Cámara de Apelación, tanto de la Ley N.º 11.769 como de su decreto reglamentario, al determinar el incumplimiento de los requisitos allí establecidos aun cuando se habría dado satisfacción a la normativa vigente en cuanto al contralor de los organismos estatales, respecto de la implementación de los conceptos facturados a los distintos socios del servicio público de energía.

La recurrente afirma que los sentenciantes no habrían advertido que dentro de las facultades de los asociados se encontraba la de convocar a una asamblea o participar de una ordinaria, a los fines del tratamiento del objeto de reclamo y en su caso, lograr la exclusión del concepto a tenor de lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley N.º 20.337 y del fallo de primera instancia, o proceder por igual vía a su impugnación en los términos de los artículos 61 y 62 de la Ley N.º 20.337 y 15, inciso "c", del Estatuto social. Transcribe la normativa mencionada.

Por consiguiente, afirma que dentro de los procedimientos sociales existirían mecanismos para atender a la pretensión actora, sin vulnerar sus derechos y con prescindencia de la decisión adoptada por los jueces.

Sostiene que la cuestión suscitada por el accionante, socio de la cooperativa, se encontraría alcanzada por la Ley N.º 20.337 como por las previsiones del Estatuto social, debiendo haber canalizado en un primer momento sus pretensiones apoyándose en un régimen legal, convencionalmente aceptado.

La recurrente considera demostrado que el concepto Cuota Capital EE, resultaría uno, no ajeno al actor, por tratarse de un usuario-socio, y obedecer a la concreción del objeto social de la entidad, con fundamento en el artículo 1º del Decreto reglamentario N.º 2193/01.

De tal manera, afirma que sería inaplicable el artículo 78 de la Ley N.º 11.769.

A continuación, invoca la preexistencia de la cuota de capitalización en relación al dictado de la Ley N.º 11.769, para luego ingresar en el análisis del artículo 4º del Decreto N.º 2193 y afirmar, que el concepto cuota capital no requeriría autorización expresa previa del socio. Transcribe lo propio del articulado, en referencia a los conceptos ajenos, los que serían preexistentes a la ley.

En cuanto a la afirmación del sentenciante de que la cooperativa habría omitido acreditar el extremo fáctico contemplado en la norma, destaca que la inclusión del concepto sería anterior a la ley y no requeriría de prueba que, por el contrario, el actor sería el obligado a desvirtuar tal circunstancia por alguno de los medios probatorios y ello no se habría verificado, por lo que la cooperativa habría quedado habilitada a su inclusión conforme a los procedimientos societarios.

De igual manera, cuestiona la aplicación de las normas vinculadas al derecho al consumidor, considera que la Cámara de Apelación habría incurrido en error al resultar inaplicables a la relación entre la cooperativa y los socios, quienes se encontrarían alcanzados “*excluyentemente*” por las normas del derecho cooperativo. Cita doctrina y sentencia de cámara nacional para diferenciar la calidad institucional de las cooperativas, el acto cooperativo y la aplicación de las normas específicas, es decir la ley de cooperativas, el estatuto y los principios de ese derecho.

El recurrente, recordando el artículo 118 de la Ley N.º 20.337, afirma que debería estarse al régimen legal específico, teniendo en cuenta que la aplicación supletoria de otras normas sería viable en cuanto se concilien con las disposiciones de dicha ley y con la naturaleza de dichas entidades sociales.

Aduna que conteste con esta legislación que hace al tipo asociativo, se encuentra la legislación provincial que hace a las concesiones y al marco regulatorio eléctrico.

Destaca el artículo 232 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, el cual transcribe, como la naturaleza de la prestación de servicios de las cooperativas a usuarios que son asociados; califica esta condición como un requisito ineludible para definir que no es el usuario quien tiene la potestad de decidir de ser o no asociado, que las tarifas son abonadas por los socios, dado que considera que sin este requisito no existiría la concesión.

Trae a consideración lo expresado en el artículo 20 de la Ley N.º 11.769, conforme Ley N.º 13.173 y sobre dicho precepto, en el Decreto reglamentario N.º 2479/04.

Reafirma que los usuarios del servicio eléctrico en las áreas de concesiones municipales prestado por cooperativas deberán adherir en calidad de asociados para recibir el servicio.

Expone que en razón de ser un servicio público monopólico, no podrían impedirle el ingreso como asociado y, en los casos en que pierda tal calidad - por exclusión- igualmente se debería continuar prestando el servicio.

Asevera que la prestación del servicio público no se encontraría en colisión con el requisito de que el usuario deba asociarse; trae a mención que no habría sido impedimento durante el régimen de “*mutualismo riguroso*”, en que no era objeto de discusión la necesidad de hacerlo.

El recurrente señala que el régimen de la ley de cooperativas no es un régimen abierto, por lo que no se pondría en el usuario la facultad de elegir entre asociarse o no y que, al permitir prestar sus servicios a terceros, no trastoca que sean ellas las que mantengan el poder de decisión.

Insiste en la exigencia de ser el usuario un asociado a la cooperativa para poder acceder a los servicios y, en virtud de dicho vínculo, entiende que no devendría aplicable la normativa del derecho del consumo.

En otro punto de su escrito, invoca la inaplicabilidad de la legitimación expandida y por ello, del artículo 7 de la Ley N.º 13.928.

Considera que la sentencia habría aplicado de manera errónea el artículo 7 de la Ley N.º 13.928 y resultaría violatoria de las leyes N.º 20.337, N.º 12.008, N.º 14.192 y del artículo 43 de la Constitución Nacional.

Refiere que el fallo habría omitido la ubicación -en el tiempo y en el espacio- del sistema eléctrico provincial y nacional de la última década.

Que el tribunal habría aplicado erróneamente o violentado las normas de interpretación de la prueba pericial rendida en autos, dado que, de haberla

tenido presente y valorado conforme las pautas previstas en la Ley N.º 12.008, la solución hubiera resultado “*diametralmente opuesta, so pena de condenar a media provincia de Buenos Aires a la oscuridad total*” para aclarar que sería lo que ocurriría en los grandes centros urbanos en temporada pico (v. fs. 1027 vta.; el remarcado pertenece al original). Remite a la página virtual de la Federación de Cooperativas de Electricidad y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires Limitada –FEDECOBA–.

Resalta el valor del sistema eléctrico prestado por cooperativas en plazas que califica de deficitarias o con grandes extensiones de líneas eléctricas, a donde no llegarían las empresas privadas.

Con remisión a la prueba pericial, destaca que mientras los costos de operación de las distribuidoras en el período 2003-2014 aumentaron un 2.800 % la tarifa eléctrica, en el mismo período lo hizo a razón del 700 %; que los quebrantos que advierte el informe pericial sería el correspondiente a los periodos 2010 a 2014.

Realiza aclaraciones en cuanto a las diferencias que existirían entre las cooperativas y una sociedad anónima, destaca las finalidades institucionales de la primera y se detiene en los congelamientos tarifarios.

Asevera que la sentencia, al expandir los efectos de la demanda individual al universo de socios, violentaría “...*las más elementales normas de la ley al imponer coactivamente a 42.885 socios la pretensión de 1 solo de ellos*” (v. fs. 1028).

Expone que la cooperativa -fundándose en la pericia- es una institución de más de setenta y cinco años de antigüedad, que se rige por las normas legales y estatutarias, “*cuyos destinos no merecen ser impuestos por una sentencia de un Tribunal llamado a actuar por la acción de un solo socio*” (v. fs. 1028).

Apunta que se habría violado la propia Ley N.º 11.769.

Destaca que si bien se tuvieron en cuenta las obligaciones que pesan sobre el distribuidor, al sentenciar se habría omitido hacer referencia a los derechos que le asisten, con el objeto de desarrollar las actividades económicamente viables en distribución y transporte de electricidad, cuando al Estado le correspondería alentar inversiones para asegurar el abastecimiento de energía eléctrica a corto, mediano y largo plazo, en condiciones de calidad y precio, alineadas con el costo económico del

suministro.

Asimismo, hace saber que no se ha atendido a la obligación que pesa en la prestataria de garantizar la operación y confiabilidad de los servicios e instalaciones de transporte y distribución de electricidad, que no se cumplirían sin tarifa.

Aclara sobre la inexistencia de cortes del insumo eléctrico cuando es prestado a través de las cooperativas, aun cuando las ha llevado a recurrir “*al mecanismo de la capitalización*” para cumplir con los objetivos legales.

Califica de absurda la interpretación y aplicación que los sentenciantes realizan del plexo normativo y de viciada, la que habrían realizado tanto de la prueba como de los hechos evidentes expuestos en las actuaciones.

Aprueba de falso, incongruente y arbitrario el hecho de considerar que el actor haya pretendido tutelar un bien jurídico de carácter colectivo y haber concentrado el proceso.

Sostiene, el Tribunal habría prejuzgado al dar por hecho la posible existencia de múltiples amparos, sin valorar la prueba, advierte que de 42.887 usuarios no existirían más de dos amparos en trámite, mientras que los restantes pagarían un valor razonable por el servicio en pos de no sufrir cortes diarios de energía. Remite a fs. 892 vta.

Entiende que sería evidente la violación del artículo 7 de la Ley N.º 13.928, ante el incumplimiento de lo allí preceptuado, que describe; recuerda la causa “*Halabi*” y las Acordadas 32/2014 y 12/2016 de la Corte Suprema de Justicia.

Distingue que no habría habido otras intervenciones en la causa y en especial, de los restantes usuarios, socios de la cooperativa.

Invoca la violación de la doctrina de la Suprema Corte de la causa C. 91.576 “*López, Rodolfo Osvaldo*” (2014) al pretender extender sus efectos al presente caso, cuando explica, sería un supuesto que califica de inverso.

Que en dicha causa, se habría discutido la inclusión de un plus tarifario a los no socios de una cooperativa, quienes se veían obligados por una resolución asamblearia emanada de una institución a la que no se hallaban asociados, mientras que en

el presente caso, el fallo pretendería imponer a los socios los efectos de una pretensión individual contraria a las decisiones soberanas assemblearias, colocándolos en situación de afectados por una sentencia que no habrían solicitado y, revocando decisiones de autoadministración de las cooperativas.

Solicita que se haga lugar al recurso revocando la sentencia “en cuanto otorga al presente fallo le legitimación expandida en los términos del art. 7 de la ley 13928” (v. fs. 1029).

Mantiene la cuestión constitucional federal.

Finalmente, bajo el título de “Resolución del litigio”, solicita que se resuelva conforme a la ley y a doctrina legal invocada, como así también, las cuestiones constitucionales introducidas, revocando la sentencia cuyos fundamentos basales entiende, han sido aplicados erróneamente por un pronunciamiento que califican como producto de una apreciación absurda y arbitraria.

Aprecia que se habría desconocido el derecho cooperativo, la adecuada aplicación de las normas estatutarias, así como el marco regulatorio eléctrico de la Provincia de Buenos Aires, las resoluciones de los organismos de control del Estado, y la doctrina legal emanada de dicho entramado normativo.

Invoca la inaplicabilidad de las normas del derecho del consumo, y del artículo 7 de la Ley N.º 13.928, ante una interpretación y aplicación que estipula, se habría realizado en forma errónea en detrimento de los derechos de la cooperativa y en ausencia de una derivación razonada del derecho vigente.

En definitiva, requiere la revocación de la sentencia y el dictado de una nueva aplicando la totalidad del plexo normativo esgrimido al recurrir.

II.-

Estimo que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley debería ser rechazado.

He tenido oportunidad de expedirme sobre una cuestión que involucra el tema de fondo, en debate en la presente causa, al dictaminar en el expediente judicial I 2361 “Rodríguez, Mario Rubén”, dictamen con fecha de ingreso a la Suprema Corte

de Justicia del día 20 de septiembre de 2016, cuyos criterios y razonamientos tendré en cuenta a los fines de emitir opinión.

II. 1.- Tomo vista de la presente causa que incluye a usuarios del servicio eléctrico de la Usina Popular Cooperativa de Obras y Servicios Públicos Limitada de Necochea “*Sebastián de María*” -conforme extensión reconocida por los sentenciantes- cuya pretensión propone, se abstenga de incluir en la facturación por el suministro de energía eléctrica el concepto ajeno “*cuota capital E.E.*”, o cualquier otro que con diferente denominación procure el cobro del adicional cuestionado ante el incumplimiento de lo establecido en el artículo 78 de la Ley N.º 11.769.

De tal manera, he de actuar en atención a lo dispuesto en los artículos 27 de la Ley N.º 13.133 (BOBue 9/1/2004; conf. art. 11 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, primer párrafo) y 52 de la Ley N.º 24.240 (BOA 15/10/1993), ratificado en lo pertinente por el artículo 24 de la Ley N.º 26.361 (BOA, 7/4/2008); doctrina de la CSJNA, “*Fallos*”, “*Flores Automotores S.A.*”, T. 324:4349, apartado tercero del dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió, la Corte Suprema de Justicia y “*Dilena, Silvia Delia*”, T.330:133, apartado cuarto del dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió también, la Corte Suprema de Justicia, cuya doctrina reza en lo pertinente: “*La ley 24.240 integra el derecho común, toda vez que resulta complementaria de los preceptos contenidos en los Códigos Civil y de Comercio*”) en miras del interés de la ley y de los usuarios alcanzados por la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata.

II.2.- En este sendero anticipo que la cuestión involucra a la Constitución Argentina, a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, al decreto ley N.º 20.337 (BONA 15/5/1973), a la Ley N.º 11.769 (TO por Decreto N.º 1868/04, BOBue 6/9/2004) con las modificaciones operadas por las Leyes N.º 13.929 (BOBue 30/12/2008, ref. art. 64), N.º 14.068 (BOBue 30 y 31/12/2009, ref. arts. 54, incisos “f” y “ñ” y 67 inc. “b”), N.º 14.989 (BOBue 29/12/2017, ref. art. 62, inc. “f”) y N.º 15.026, (BOBue 28/05/2018, ref. art. 74), al Decreto reglamentario general N.º 2479/04 (BOBue 3/12/2004) y al Decreto N.º 2193/01 (BOBue 13-9-2001) reglamentario del artículo 75 de la Ley N.º 11.769, que hoy subsiste en su contenido y efectos en el artículo 78 y a las leyes nacional y provincial de defensa al consumidor y usuario.

II.3.- Razones de método me llevan a considerar, en primer

término, la cuestión relativa al alcance de la legitimación de la actora, que ha sido puesta en crisis por la recurrente.

La acción de amparo promovida por Mario Alberto Nosei contra la Usina Popular Cooperativa de Obras y Servicios Públicos Limitada de Necochea “Sebastián de María”, ha sido interpuesta en lo que nos interesa, a fin de obtener un pronunciamiento jurisdiccional que obligue a la accionada a abstenerse de incluir en la facturación del consumo eléctrico conceptos que no sean los permitidos por la ley 11.769, concretamente y específicamente la “Cuota Capital E.E.”, tanto en su factura como en las del resto de la población de Necochea y Quequén que posea el carácter de “Socio/Suministro y/o Usuario y/o titular de medidor” (v. fs. 22 vta.).

El actor formula su presentación invocando la calidad de usuario del servicio público de electricidad distribuido por la concesionaria municipal, -en conformidad a los artículos 52, 53, 230 a 239 del Decreto ley N.º 6769/58- y la hace extensiva a otros usuarios, en igualdad de condición.

Acredita su interés con original de la factura y consumos de energía eléctrica expedidos por dicha cooperativa, y figura que le debitan entre otros, dicho concepto (v. fs. 5 de estos actuados y notificación a fs. 4, con invocación del carácter de “socio, usuario y/o consumidor”).

Se agregó facturas pertenecientes a otros asociados con similar imputación (v. fs. 8/10 y 14/15 y 17).

Se advierte que lo hace en su carácter de perjudicado a título individual e invoca un interés colectivo al pretender la protección judicial en el marco de los artículos 24 y 25 y 52 bis de la Ley N.º 24.240, y 19, 23, 24 y 26 inciso “a” de la Ley N.º 13.133; de las normas constitucionales y tratados internacionales incorporados a ellas; la afectación de los principios de supremacía constitucional, legalidad, razonabilidad, igualdad, el derecho de información y defensa de los intereses de los usuarios y consumidores.

De los actuados se desprende que el acto de facturación que emite la Cooperativa guarda relación con el cobro por el servicio eléctrico, y se cuestiona un concepto ajeno incorporados a él y, cuyo abono se exige en forma total junto a los gastos del servicio.

Sin duda que la legitimación constituye un requisito esencial de la acción (CSJN, “Abarca, Walter José y Otros c/ Estado Nacional-Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo Ley N.º 16.986”, T. 339:1223, consid. 11; SCJBA, AC 82.123, “Institutos Médicos SA”, sentencia del 14-IV-2004, considerando III, a la segunda cuestión, voto Juez de Lázzari y sus citas; C 96.235, “Fontán, Alfredo”, sentencia del 26-X-2016, considerando tercero, primera cuestión, voto Juez Negri y sus citas; entre otras).

II.3.1.- En primer lugar, encuentro acreditado el interés individual para demandar tal como lo entendió el *a quo*.

De lo contrario no habría caso o legitimación, requisitos éstos que se inferen a partir de la situación fáctica en que se enmarca la pretensión (SCJBA, doctrina de la causa: I. 72.580, “Florentín, Liliana y otros”, resolución del 8-V-13, considerando tercero y sus citas; I 2.129, “Asociación de Diseñadores Gráficos Nicoleños A.DI.GRA.N.”, sentencia de 13-VII-2016, considerando primero, voto Juez Soria a la primera cuestión y sus citas; I 74.218, “Pardo Villarroel”, Resolución del 17-VIII-2016, considerando tercero y sus citas; “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación”, R.O. Berizonce y G. H. Quadri. Edit. Abeledo Perrot, cuarta edición 2016, T. VIII pág. 155).

Se ha sostenido que la invocación de la calidad de ciudadano, en principio, sin la demostración de un perjuicio concreto es insuficiente para sostener la legitimación a los fines de impugnar la constitucionalidad de una norma (CSJNA, doctrina de “Fallos”, “Baeza, Aníbal Roque”, T 306:1125, considerando cuarto; “Lorenzo, Constantino”, T. 307:2384, considerando cuarto; “Felicetti, Roberto y otros”, T. 323:4130, considerando segundo; “Presentaciones Varias con Retardo de Justicia N° 1 - NN: N.N. T.”, T. 339:477, considerando tercero; entre otros).

En efecto, cabe poner de manifiesto que el de “ciudadano” es un concepto de notable generalidad y su comprobación, en su mayoría, no basta para demostrar la existencia de un interés “especial” o “directo”, “inmediato”, “concreto” o “sustancial” que permita tener por configurado un “caso contencioso” (CSJNA, “Fallos”, “Gómez Diez, Ricardo y otros”, T. 322:528, considerando cuarto, quinto, noveno y décimo segundo; “Leguizamón”, T. 324:2048; “Thomas, Enrique”, T. 333:1023, considerando quinto, voto Jueza Argibay; “Monner Sans Ricardo”, T. 337:166, considerando tercero y sus citas; a *contrario sensu*, en el que la configuración del caso resulta diferente a la delineada por el

Tribunal en precedentes que involucraban otro tipo de derechos: “Colegio de Abogados de Tucumán”, T. 338:249, considerando noveno, con remisión a los votos en disidencia del Juez Fayt, causas T. “Polino, Héctor y otro”, T 317:335, considerandos once al trece y sus citas y “Gascón Cotti, Alfredo J. y otros”, T. 313:594, considerandos veinte y veintiuno; y, “Oehler, Carlos A.”, T. 337:1108, considerando séptimo).

En la mencionada causa “Aníbal Roque Baeza” precisamente se recordó al jurista y juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de origen vienés, Félix Frankfurter quien luego de destacar la necesidad de la existencia de “caso” o “controversia” como premisa para el ejercicio del Poder Judicial, señala como pautas que permiten establecer si se da una controversia definida y concreta, en supuestos en los que se impugna una actividad administrativa, las siguientes: a) Que la acción (administrativa) impugnada afecta substancialmente en algún momento los intereses legales de alguna persona; b) Que la actividad cuestionada afecta al peticionante en forma suficientemente directa y c) Que ella ha llegado a una concreción bastante en el ámbito administrativo (Fallo cit., considerando cuarto, in re 341 US, 123, pág. 149 y sigs.; cc “Fallos”, “Hogg, David, y Cía. S.A.”, T. 242:353, pág. 362).

La cuestión central traída a decisión de ese Tribunal de Justicia demuestra la presencia de ese interés requerido, especial, directo, inmediato, concreto y sustancial por cuanto la pretensión la radica como usuario de un servicio público, a quien facturan conceptos ajenos junto con los rubros correspondientes al consumo de electricidad; ítem puntual que se cuestiona en el caso “Cuota Capital EE” que se lo da por consentido y como tal, incorporado a la factura por consumo de electricidad ante la circunstancia de invocarse “derechos” cooperativos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N.º 11.769.

Finalmente cabe recordar que expresamente el artículo 23 de la Ley N.º 13.133, ratificado por la modificación introducida por la ley N.º 14.514 (BOBue 4/7/2013, artículo 1º) reza como introito general de las eventuales pretensiones judiciales en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios: “*Para la defensa de los derechos e intereses protegidos por este código, son admisibles todas las acciones capaces de propiciar su adecuada y efectiva tutela...*”.

A lo dicho en este punto añadido que ante la presencia de situaciones más complejas en las cuales están en juego derechos constitucionales de

tercera generación -tal el caso que nos ocupa- entiendo que es una regla de la jurisdicción protectora la elasticidad en la elección de las vías procesales, esto a los fines de superar verdaderos ápices formales, teniendo en cuenta que la vía elegida pueda cumplir con la aspiración de brindar tutela al derecho fundamental.

La reforma del año 1994 en lo que a ellos respecta, implicó algo más que una mayor protección de facultades personales o colectivas, abren estos nuevos derechos una idea diferente de la persona humana, del Estado, de las corporaciones y de las relaciones entre todos ellos (conf. María Angélica Gelly, “*Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*”, Edit. La Ley, año 2005, pág. 460).

En consecuencia, este aspecto observado por la demandada debería ser rechazado.

II.3.2.- El segundo aspecto que se cuestiona es el vinculado a la representación de terceros, siendo mi opinión que nada obstaría a su invocación y ejercicio por la actora.

Se sostiene que el artículo 43 de la Constitución Nacional abre paso a las causas colectivas y a las formas de legitimación “*anómala o extraordinaria*”, que habilitan la actuación en el litigio de personas u órganos ajenos a la relación jurídica sustancial objeto del conflicto.

En función del tipo de lesión o de la infracción denunciada, de la situación subjetiva comprometida, del debate realizado y de los restantes contornos de la *litis*, los tribunales pueden acudir a variados arbitrios para favorecer la mejor composición de esta clase de conflictos, entre los cuales ha de estar presente también la expansión subjetiva de los efectos del pronunciamiento (Causa C 91.576, “*López, Rodolfo Osvaldo c/Cooperativa Eléctrica de Pehuajó s/Sumarísimo*”, sentencia de 26-III-2014, a la que me remito y en la cual se debatieron y decidieron por la vía del proceso sumarísimo cuestiones de aspectos análogos a los de la presente causa; voto Juez Soria, considerando 1º, “c”, ii, segunda cuestión y sus citas; Piero Calamandrei, “*Instituciones de Derecho Procesal*”, Traducción de la 2º Edición Italiana, Volumen I, pág. 261 y sgtes.; Francesco Carnelutti, “*Instituciones del Proceso Civil*”, Traducción de la 5º Edición Italiana, Tomo I, págs. 174 y sgtes.; Hugo Alsina, “*Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*”, segunda edición, Tomo I, 1956, págs. 388 y sgtes.).

Advierto que los temas propuestos en la demanda y ventilados (de hecho y de derecho) se presentan comunes y homogéneos a todo el grupo de usuarios afectados, a modo de la postulación de un caso colectivo.

Quien oportunamente demandara puede hallarse investido de aptitud para instar un proceso de tenor supraindividual ante la implicación constitucional y no solo patrimonial del caso; considerando que la acción ha procurado mantener la igualdad de trato entre los usuarios de un servicio público esencial, que compromete al interés general (arts. 42, 43 y concs. de la Constitución Argentina; doctrina de los arts. 38, 55 y concs. de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 26, "a" y 27 de la ley N.º 13.133).

De allí que correspondería asignarle validez a la representación que se invoca y ello sin perjuicio, y como se adelantara, de evaluar oportunamente la fuerza expansiva de la sentencia respecto de los usuarios del servicio de consumo eléctrico de la Provincia de Buenos Aires.

Se presenta un factor común de origen de la lesión del derecho, que aquí defiende uno de los directos afectados, que comparte con los restantes miembros de su grupo en pos de la tutela de los derechos e intereses transindividuales. Así, en la especie, el conjunto de lesiones individuales proviene de una misma conducta -desplegada por la cooperativa accionada- que actúa como fuente causal de las afectaciones individuales, sociales y comulgan los fundamentos jurídicos sustanciales que definen su procedencia o mérito.

También media una homogeneidad fáctica y normativa que justificaría la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada, ya que el tema en debate -circunscrito al cumplimiento de los recaudos establecidos en el Marco Regulatorio de la Energía Eléctrica provincial para la facturación del servicio concesionado y el derecho de los usuarios involucrados-, no presenta particularidades relevantes que puedan pregonarse existentes en cabeza de cada uno de los afectados.

Tampoco se vislumbra que se imponga la desestimación de un tratamiento concentrado del conflicto, por lo antes dicho, como por los planteos y argumentaciones de la parte actora, quien no se ha detenido en peculiaridades que puedan considerarse propias de su situación personal, en tanto abarca en modo

suficientemente descriptivo, las cuestiones comunes y homogéneas a todo el referido grupo de usuarios del servicio eléctrico y expone con claridad la utilidad que tendrá para el resto de los usuarios.

El “Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica” señala como requisitos para el ejercicio de las acciones para la tutela de los intereses individuales comunes, la adecuada representatividad del legitimado, y la relevancia social de la tutela colectiva (artículo 2º), extremos que, encuentro suficientemente acreditados ante la existencia de realidades fácticas y jurídicas que se proyectan más allá de la actora y que se encarnan en verdaderas realidades humanas, necesitadas de protección judicial.

De la preferencia europea a favor de la legitimación a las asociaciones representativas, nuestra normativa parece inclinarse a la tradición de origen anglosajón de las “Class Actions” en la que puede apreciarse también la representatividad de un individuo, como se prevé ahora en el mencionado Código Modelo. Sin embargo, la estrategia de la Comisión Europea en materia de política de los consumidores 2002-2006 reconoce que los servicios de interés general constituyen uno de los ámbitos políticos en los que es preciso actuar para asegurarles un elevado nivel de protección (v. COM [2002] 208, DO C 137 del 8.6.2002, p. 2), y sin olvidar que corresponde a los Estados miembros definir requisitos relativos, por ejemplo, al servicio universal, la cobertura territorial, los niveles de calidad y seguridad, los derechos de usuarios y consumidores y la protección del medio ambiente (v. “Libro verde sobre los servicios de interés general”, COM/2003/0270 final, punto 77).

En una de las comunicaciones de la Comisión sobre los servicios de interés general se establece una serie de principios que pueden ser de utilidad a la hora de definir las necesidades de los consumidores y usuarios en este ámbito.

Entre ellos destaca: La buena calidad del servicio, niveles elevados de protección de la salud y de seguridad física de los servicios, **la transparencia (por ejemplo de las tarifas**, los contratos, la elección y la financiación de los proveedores), la elección del servicio y del proveedor, una competencia efectiva entre proveedores, la existencia de organismos reguladores, la disponibilidad de mecanismos de solución de conflictos, **la representación y participación activa de los consumidores y usuarios en la definición y evaluación de los servicios**, y la **elección de la forma de pago**, conceptos que se pueden acompañar con los contenidos de la “Buena gobernanza: Organización,

financiación y evaluación” (v. 2001/C 17/2004, el remarcado nos pertenece).

En suma, la Unión Europea ingresa abordando su preocupación por los servicios públicos, los temas prioritarios para madurar de los Estados que la conforman, entre los cuales, el vinculado a los derechos de transparencia, información y participación entre otros, en materia tarifaria que destaca y desarrolla, en busca de demostrar plenamente su compatibilidad con el principio de subsidiariedad.

La ley procesal estadounidense, por su parte, reconoce legitimación a reclamantes individuales para que ejerciten acciones en defensa no sólo de sus propios derechos e intereses patrimoniales, sino, además y de forma simultánea, en defensa de los análogos derechos e intereses patrimoniales de un número indeterminado de consumidores o usuarios no identificados. Los presupuestos son regulados desde el año 1937 en la Rule 23 “Class Actions” “*Federal Rules of Civil Procedure*” tras su configuración inicial por parte de la jurisprudencia estadounidense, distinguiendo categorías de acciones.

Establece requisitos a verificar, tales como el dato numérico de los implicados; la presencia de cuestiones fáctica o jurídicas comunes a los distintos miembros del grupo; la reclamación iniciada por quien invoca la representación o incluso otros miembros y que quien la inicia lo puede hacer irrogándose la representación de la clase, y los debe representar adecuadamente. Prevé mecanismos de inclusión personal de cualquiera de la clase e incluso apersonarse para provocar la exclusión (el texto completo de la norma puede consultarse en www.law.cornell.edu).

También se aprobó, para evitar efectos negativos con motivo de excesos en el ejercicio y en el reconocimiento judicial que las acciones de clase estaba causando sobre la economía estadounidense, la “*Class Action Fairness Act of 2005*”, (v. U.S. Government Publishing Office: www.gpo.gov) centrada en las reclamaciones de responsabilidad por producto, estableciendo límites económicos para tales reclamaciones o que residan en lugares distintos a los del juez interviniente.

Cercanos a nosotros, en la República de Uruguay, en el “*Código General del Proceso*”, aprobado por la Ley N.º 15.982 (publicada el 14-11-1988), en el artículo 42 reglamenta, “*Representación en caso de intereses difusos*”:

“*En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio*

ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido". Por el artículo 28 se expresa: Intervención como parte principal.

"El Ministerio Público intervendrá como parte en el proceso únicamente en los procesos relativos a intereses difusos (artículo 42) ..." y en cuanto a los efectos de la sentencia, el artículo 220 prescribe: "Efectos de la cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos. La sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (artículo 42) tendrá eficacia general, salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso, otro legitimado podrá volver a plantear la cuestión en otro proceso".

De tal manera se advierte que las orientaciones a favor de reconocer participación y derechos a uno de los sujetos de la relación jurídica, se amplían día a día en busca de encontrar una respuesta a favor de aquella parte débil de ella, a la que se pretende otorgar una mayor protección: Los usuarios; recomponiendo, con un sentido ético de justicia y de solidaridad social el equilibrio que deben tener los vínculos entre proveedores del servicio y los usuarios y, que se podrían ver afectados ante las situaciones abusivas que pueden presentaban en la vida cotidiana.

Los usuarios, en relación con las reglas del servicio, están en una situación de sujeción a la que deben de acomodarse a la hora de recibir las prestaciones.

La calificada como *"situación objetiva de los usuarios"* es consecuencia de la aplicación al ámbito de los servicios públicos de la concepción de Pierre Marie Nicolás Léon Duguit, según la cual el derecho subjetivo es una noción metafísica y no jurídica, de donde el administrado no ostenta frente a la Administración derechos subjetivos, sino que goza de una situación derivada del derecho objetivo, en nuestro caso de la ley del servicio. Posición que fuera desarrollada por Gaston Jèze (La postura de este autor, aparece desarrollada en dos trabajos, el primero publicado en el año 1912 en la *«Revue de Droit Public»* bajo el título *"Essai d'une théorie générale sur le fonctionnement des services publics"*, pp. 26 y ss. El segundo publicado en el año 1943 en esa misma Revista con el título *"Appréciation par les gouvernants et leur agents de l'opportunité*

d'agir: réalisation, organisation et fonctionnement des services publics", pp. 1 y ss.). Para Jèze el servicio público representa la actividad de la Administración, que se propone "...el mejoramiento de las condiciones materiales, intelectuales y morales de la población, es decir, la paz social duradera" (Cf. fuente, Pedro Collado Escribano, "El usuario ante los servicios públicos precisiones acerca de su situación jurídica", Rev. de Administración Pública, N.º 82, pp. 113 y ss.).

Desde otra visión social, se solicita que se atienda: "... a que la empresa se convierta en una comunidad de personas en las relaciones, en las funciones... (Carta Encíclica "Populorum Progressio" del Papa Pablo VI a los Obispos, Sacerdotes, Religiosos y Fieles de todo el mundo y a todos los hombres de Buena Voluntad sobre la necesidad de promover el desarrollo de los Pueblos, párr. 28); de especial preocupación, a la hora de tratar los servicios prestados por una Cooperativa.

Asimismo, se predica: "Las actitudes que obstruyen los caminos de solución, ...van de la negación del problema a la indiferencia... Necesitamos una solidaridad universal nueva..." (Carta Encíclica "Laudato sí", del Santo Padre Francisco, "Sobre el Cuidado de la Casa Común", párr. 14).

Así en el caso, correspondería reconocer al actor la posibilidad de abrirse hacia aquello que al menos en principio, le pudiera resultar discutible e injusto y hacerlo atendiendo a la situación objetiva legal y al interés solidario que pretende: La facturación, su contenido y determinaciones, que confluyen en los derechos de información y transparencia (v. art. 38, "...a una información adecuada y veraz..." de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y artículo 42: "Los... usuarios de... servicios tienen derecho... a una información adecuada y veraz..." de la Constitución Argentina).

No puede olvidarse que, en el caso, el centro de la relación jurídica, el sujeto, es el usuario.

Usuario quien en muchos casos deviene en rehén de un único servicio y sin posibilidades ciertas de intervenir en las macro decisiones políticas sobre el tema.

Su emergencia por lo pronto, como actor individual le permite sólo participar en temas micro (v. Sue Richards 1994 "El paradigma del cliente en la gestión pública", en "Gestión y Análisis de Políticas Públicas", INAP, Madrid,

septiembre-diciembre) pretendiéndose no reconocer al menos en principio, la posibilidad de elección sobre una ejercida colectivamente por ciudadanos con un interés común- en el caso una Cooperativa- cuyas decisiones se hacen públicas y exigibles para todos, socios y no socios (cf. art. 5° del Estatuto Social de la Usina Popular Cooperativa de Obras, Servicios Públicos y Sociales Ltda. de Necochea “Sebastián de María”: apartado “a”: “Proveer energía eléctrica destinada al uso domiciliario, rural, comercial e industrial, etc.; y la que requiere el servicio público...”).

A esta altura del reconocimiento realizado por el ordenamiento jurídico argentino como “derechos a favor de los usuarios de los servicios públicos”, (artículo 42 de la Constitución Argentina y cc. con lo dispuesto en el art. 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), resultaría conveniente explorar opciones que garanticen transparencia y ecuanimidad entre las partes involucradas, a través de mecanismos de prevención del conflicto, que estimo no llegaría a abastecer plenamente la mera notificación preventiva que actualmente se realiza al usuario.

El artículo 42 de la Constitución Nacional otorgó máxima jerarquía a los derechos de información, consulta y participación de los usuarios y consumidores, como así también a la protección de sus intereses económicos. Incluso, debería implementarse lo que para determinados conceptos dispone el propio artículo 40, último párrafo de la Ley N.º 11.769: “...con la participación del Municipio y las asociaciones de usuarios y consumidores”.

La Corte Suprema de Justicia expuso: “...en materia tarifaria la participación de los usuarios de un servicio público no se satisface con la mera notificación de una tarifa ya establecida. Es imperativo constitucional garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad de aplicación al momento de la fijación del precio del servicio...” (CSJN, “Fallos”, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y minería s/ Amparo colectivo”, consid. 18, voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco y considerando 14, voto Juez Maqueda, T. 339:1077)

Asimismo, atendiendo a que, quien presta el servicio es una Cooperativa y entre sus objetivos está el tema educativo y participativo (conf. art. 5° del Estatuto Social, cit. apartado “1”, cc. arts. 2, inc. 8; 40 inc. 3; 42, inc. 3, 46 y 106 inc. 3, de la

Ley N.º 20.337) podría una de sus actividades ser, la de facilitar los mecanismos de información y participación, -socios o no socios-, en sus decisiones en los temas que hacen al servicio público.

En esta materia la discusión todavía no está cerrada, resultando conveniente, voy a insistir, en explorar opciones que las garanticen.

Sin duda, la sanción de la Ley N.º 14.560 (BOBue, 6/02/2014; Ídem Nación Argentina, Ley N.º 27.351, BONA 17-5-2017), norma que tutela al colectivo de usuarios “*Electrodependientes por cuestiones de salud*”, es un camino que continúa en pos de reconocimientos -en equidad-, en la gestión de un servicio público relevante, como lo es, el de la energía eléctrica (cf. Res. N.º 125/14 de la Secretaría de Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires: por el art. 2 se dispone: “*Instruir a las Distribuidoras con concesión Provincial y Municipal a incorporar en el cuerpo de las facturas que se emitan a partir de la vigencia de la presente Resolución, la inclusión de la siguiente leyenda: “Sr/a Usuario/a: la Secretaría de Servicios Públicos ha dictado la Res. N.º/14 (...) que aprobó el Reglamento que implementa los “presupuestos mínimos para electrodependientes por cuestiones de salud. Si usted considera estar alcanzado por dicho Reglamento consulte a su Distribuidora y/o al OCEBA”.*”

Así cabe tener presente a título informativo que la Unión Europea, a través de la Directiva N.º 2012/27/UE pone a los consumidores de energía en condiciones de gestionar mejor su consumo, garantizándoles un acceso fácil y gratuito a los datos de consumo gracias a un sistema de medición individual; también, por la Directiva N.º 2010/30/UE se pretende garantizar que la información compleja sobre el consumo y la eficiencia energética de determinados aparatos domésticos se presente en un formato claro y comprensible, gracias al cual los consumidores puedan decantarse con conocimiento de causa por la compra de los aparatos más eficientes.

En suma, los usuarios del servicio eléctrico que presta la Cooperativa han tenido en el caso una adecuada representación de sus intereses, ya no solo por el resultado de la contienda que aquí habré de proponer, también por haber la parte actora abastecido adecuadamente la pieza de inicio, con la carga de articular las cuestiones de hecho y de derecho que se presentan como comunes y homogéneas a todo el colectivo comprometido que merece mayor estima que aquel reparo que la recurrente ensaya al desacreditar la legitimación colectiva del accionante con fundamento en que no

encontraría tal pretensión expansiva sustento en el marco constitucional y confundirla con una acción popular y que, podríamos incluso calificar de un injustificado rigorismo formal en atención a la naturaleza de los derechos que se intentan proteger (CSJN, “Fallos”, “Defensor del Pueblo de la Nación”, T. 337:307, considerando séptimo, disidencia del Juez Maqueda).

La posibilidad de admitir la tramitación del proceso tal como ha sido planteado ante el reclamo de protección jurisdiccional de derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos con base patrimonial en principio no se excluyen del acceso a la justicia.

Tampoco obsta a ello la circunstancia de que se haya demandado por la vía de uno, como el amparo pues, conforme a la finalidad y a los bienes protegidos, los propios textos constitucionales y legales autorizan el ejercicio de acciones apropiadas para la defensa de intereses colectivos con prescindencia de las figuras expresamente diseñadas en él o en las normas procesales vigentes (art. 42: “... La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos...” y, 43: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”. Para continuar: “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...” de la Constitución Argentina; 20, último párrafo: “...Todas las garantías precedentes son operativas. En ausencia de reglamentación, los jueces resolverán sobre la procedencia de las acciones que se promuevan, en consideración a la naturaleza de los derechos que se pretendan tutelar” y 38: “...La Provincia proveerá... al establecimiento de procedimientos eficaces para la prevención y resolución de conflictos...”, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (Cc. art. 52, de la Ley N.º 24.240 y art. 26, “a”, de la Ley N.º 13.133; CSJNA, “Fallos”, in re “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas

contractuales”, T. 336:1236, considerandos 9, su cita y 14).

En definitiva, respecto a este punto, estimo que la propuesta de la recurrente carece de sostenimiento ante los contenidos específicos que gobiernan esta clase de relaciones jurídicas y bienes colectivos de especial protección.

Si atendemos al principio "*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*" no correspondería hacer distinción donde el legislador no lo hace. La pretensión encuentra un andarivel cierto en aquellas normas constitucionales y legales -concernientes a la materia aquí ventilada- y previsiones suficientes para garantizar la tutela judicial efectiva (cfr. arts. 18, 42 y 43 de la Constitución Argentina; arts. 11, 15, 20-2 y 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 52 y 54 de la Ley N.º 24.240 -texto según Ley N.º 26.361-; arts. 26 inc. "a"; 23 y 28 inc. "a" de la Ley N.º 13.133).

La exégesis de la ley requiere la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se le asigne no conduzca a la pérdida de un derecho o el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (CSJNA, "Fallos", "De Maio, Ana de las Mercedes", T. 337:1006, considerando séptimo; "Díaz Cabral, Marcelo Gonzalo y otros", T. 329:2890, considerando sexto, entre otros) y por ello, en esa tarea, las palabras de la ley y el espíritu que la nutre han de determinarse en procura de una aplicación racional, humana, que elimine el riesgo de un formalismo paralizante.

Es necesario buscar en todo tiempo una interpretación valiosa de lo que las normas, jurídicamente han querido mandar, de suerte que deviene necesario evitar soluciones notoriamente injustas cuando es posible arbitrar otras, de mérito opuesto, compatibles con el fin común de la tarea legislativa y judicial (CSJNA, "Fallos", "Yofre de Vaca Narvaja, Susana", T. 327:4241, considerando quinto; entre otras).

De tal manera, soy de la opinión para el caso que no correspondería decretar la falta de legitimación de la parte actora en cuanto a los intereses a los que extiende la pretensión, cuando la acción perseguida busca y se encuadraría en la tutela de intereses colectivos.

II.4. Antes de abordar la cuestión de fondo, hace al caso aclarar en relación a la Ley N.º 11.769 (BOBue 5/2/1996) -marco regulatorio eléctrico de la Provincia de Buenos Aires-, que en el año 2004 se dicta un texto ordenado, el que ha sido

modificado por las leyes N.º 13.929 (modifica artículo 64, BOBue 30/12/2008), N.º 14.068 (modifica los artículos 54, incisos “f” y “ñ” y 67, inciso “b”, BOBue 30 y 31/12/2009), N.º 14.989 (deroga el artículo 62, inc. “f”, v. art. 59, BOBue 29/12/17) y N.º 15.026 (sustituye artículo 74, BOBue 28/5/18, e integrada esta última norma con lo dispuesto por la Ley N.º 15.042, en cuanto a las empresas EDENOR SA y EDESUR SA, y también en atención a lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N.º 714/92, BOBue 8/8/18), conforme texto ordenado según el Decreto N.º 1868/04, BOBue, 6/9/2004, actualizado.

El entonces artículo 75 corresponde al actual 78, que ha guardado identidad de texto, desde su origen.

Por su parte el Decreto N.º 2479/04 (BOBue 3/12/2004), aprueba la reglamentación del marco regulatorio eléctrico establecido por la citada ley, deroga el anterior acto reglamentario: Decreto N.º 1208/97, modifica el propio decreto ordenatorio de la ley: Decreto N.º 1868/04 -su inciso “g” por “f” del artículo 42, y los artículos 21 y 29-, en aspectos que no hacen a la cuestión y, expresa del artículo 78: *“Solo se admitirá la modalidad de facturación estimada, en forma transitoria, con carácter excepcional y en casos debidamente fundados. En los casos de entidades cooperativas, se requerirá la aprobación por parte del OCEBA, sin perjuicio de la que corresponda al organismo fiscalizador con competencia en la materia, de conformidad a los términos de la Ley de Cooperativas 20.337”*.

El Decreto N.º 2193/01 (BOBue, 13-09-2001) reglamentó el actual artículo 78 de la Ley N.º 11.769. En la página oficial no se advierte reemplazo por la actual reglamentación, antes bien dicha norma aparece mencionada entre las complementarias.

Una simple reflexión haría pensar que habría sido sustituido, sin embargo, dada sus notas de regulación específica para el artículo, entonces 75 y las circunstancias antes señaladas, me llevan a considerar dicha preceptiva regulatoria vigente. Tengo asimismo en cuenta lo dispuesto en el artículo 122 del Decreto Ley N.º 7647/70: *“Toda iniciativa que modifique o tienda a sustituir normas legales o reglamentarias, deberá ser acompañada de una relación de las disposiciones vigentes sobre la misma materia y establecerá expresamente las que han de quedar total o parcialmente derogada. Cuando la reforma afecte la sistemática o estructura del texto, éste se reordenará*

íntegramente". Esto último no ha sido el caso del Decreto N.º 2479/04, reglamentario, en cuanto al Decreto N.º 2193/01.

II.5. Previamente pasaré a anotar la normativa que regula en lo específico, la prestación del servicio eléctrico, luego a analizar las especiales circunstancias a tener en cuenta al constituir el prestador una sociedad cooperativa; y finalmente, atenderé a la situación de los usuarios alcanzados por la prestación a la luz del marco constitucional y legal.

II.5.1. El Marco Regulatorio Eléctrico de la Provincia de Buenos Aires está conformado en lo principal, por la Ley N.º 11.769; su Decreto reglamentario N.º 2479/04 y en conformidad a lo antes expresado, por el Decreto N.º 2193/01.

Ordenamiento que se integra con las cláusulas de los respectivos contratos de concesión, las licencias técnicas correspondientes y las normas particulares que a tal efecto dicten la Autoridad de Aplicación y el Organismo de Contralor en el marco de sus respectivas competencias (v. arts. 1, 2 y 23, de la Ley).

La ley N.º 11.769 prescribe que las actividades de generación, transporte y distribución de energía eléctrica en la Provincia de Buenos Aires se regirán por las normas allí contenidas (art. 1), fijando en su capítulo segundo, los objetivos de la política provincial en materia de electricidad, entre los cuales –en lo que aquí concierne– se enumeran en el artículo 3:

Inciso "a": "Proteger los derechos de los usuarios de conformidad con las disposiciones constitucionales y normativas vigentes"; inciso "b": "Establecer un régimen tarifario y de prestación de servicios único para la actividad eléctrica en todo el ámbito provincial, con las limitaciones que surgen de su artículo primero segundo párrafo..."; inciso "d": "Asegurar que los importes finales unitarios máximos a pagar por cada categoría de usuarios, sean equivalentes en todo el ámbito de la Provincia de Buenos Aires..."; inciso "e": "Promover actividades económicamente viables en la producción, distribución y transporte de electricidad, y alentar inversiones para asegurar a los usuarios el abastecimiento de energía eléctrica a corto, mediano y largo plazo, en condiciones de calidad y precio alineadas con el costo económico del suministro"; inciso "f": "Garantizar la operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalaciones de transporte y distribución de electricidad" e inciso "g": "Regular las

actividades de generación -en lo que corresponda pertinente-, transporte y distribución de electricidad, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables”.

En párrafo final expresa: *“La actuación de los organismos públicos competentes en la materia deberá ajustarse a los propósitos enunciados, velando por el cumplimiento de los mismos por parte de los agentes de la actividad eléctrica”.*

Los artículos 23 y 25 determinan la obligatoriedad de los concesionarios provinciales y municipales de distribución de energía de regirse por dicho cuerpo legal y su reglamentación, así como por las normas particulares que a tal efecto dicten la Autoridad de Aplicación y el Organismo de Control.

Dentro del Capítulo noveno -artículos 39 a 44-: “Tarifas”, regula el artículo 39: *“Los servicios públicos de electricidad suministrados por los concesionarios serán ofrecidos a tarifas justas y razonables, teniendo en cuenta el derecho de acceso a la energía de todo habitante de la Provincia de Buenos Aires”.*

El artículo 40, en lo pertinente, en cuanto a la aprobación de las tarifas a aplicar por los concesionarios provinciales y municipales de servicios públicos de electricidad en todo el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, con las limitaciones que surgen del Artículo 1º (otorgadas por autoridad nacional), será atribución exclusiva de la Autoridad de Aplicación, de acuerdo con el régimen y los procedimientos para el cálculo tarifario establecido en los contratos de concesión. Al Organismo de Control le compete realizar los estudios y establecer las bases para la revisión periódica de los cuadros tarifarios.

En tanto que el artículo 62 (dentro del Capítulo trece) atribuye al nombrado Organismo, entre otras obligaciones:

En el inciso “a”, de defender los intereses de los usuarios; inciso “b”, hacer cumplir el Marco Regulatorio; en el inciso “j”, establecer -luego de formulados los estudios pertinentes- las bases para la revisión de los cuadros tarifarios, controlando que las tarifas de los servicios de electricidad sean aplicadas de conformidad con los correspondientes contratos de concesión, licencias técnicas y las disposiciones de la ley; en el inciso “l”, publicar y difundir los principios generales que deben aplicar los concesionarios de servicios públicos de electricidad, *“...para asegurar el libre acceso no*

discriminatorio a sus instalaciones o servicios” y en el inciso “w”, en los casos que corresponda, “...coordinar su actividad con el órgano provincial competente en materia cooperativa”.

Por su parte, el Capítulo quince, en lo que estimo relevante destacar, bajo el título: “Derechos de los usuarios”, establece en el artículo 67, los que califica de “derechos mínimos”:

Inciso “a”: “Recibir un suministro de energía continuo, regular, uniforme y general que cumpla con las metas y niveles mínimos de calidad que determine la Autoridad de Aplicación, a través de los respectivos contratos de concesión otorgados a los concesionarios de servicios públicos de electricidad”; inciso “b”: (Texto según Ley 14068) “Que les facturen sus consumos de energía eléctrica en base a valores realmente medidos, a intervalos de tiempo regulares y a precios no superiores a los que surgen de aplicar a dichos consumos, las tarifas contenidas en los cuadros aprobados por la Autoridad de Aplicación. O en su caso se ajusten éstas, al sistema prepago de tarifas en las condiciones que autorice la Autoridad de Aplicación”; inciso “c”: “Ser informado en forma clara y precisa acerca de las condiciones de la prestación, de sus derechos y obligaciones y de toda otra cuestión y/o modificación que surja mientras se realiza la misma, y que pueda afectar las relaciones entre el prestador y el usuario”; inciso “d”: “Que se brinde a los reclamos que el usuario pueda efectuar, referidos a deficiencias en la prestación del servicio y/o a errores en la facturación que recibe, un trámite diligente y responsable, dándole adecuada respuesta en los plazos y modalidades que se estipulen en el régimen de suministro;”; inciso “e”: “Efectuar sus reclamos ante el Organismo de Control, cuando entienda que los mismos no hayan sido evacuados en tiempo y forma por los concesionarios de servicios públicos de electricidad, o cuando interprete que no han sido debidamente tenidos en cuenta sus derechos”; inciso “g”: “No ser privado del suministro si no media una causa real y comprobada, prevista expresamente en la legislación específica, el contrato de concesión de su prestador y/o el régimen de suministro vigente”; inciso “i”: “El acceso a la electricidad como un derecho inherente a todo habitante de la Provincia de Buenos Aires, garantizándose un abastecimiento mínimo y vital” y “j”: “A participar en el Organismo de Control a través de las asociaciones de usuarios legalmente habilitadas, las que conformarán la Sindicatura de Usuarios”.

El artículo 75, en cuanto hace referencia al abono del suministro para alumbrado público, expresa “...se trasladará en forma discriminada en la

facturación al usuario...".

La Ley expresa en el capítulo diecinueve en "Disposiciones varias", artículo 76: "Derógase toda disposición legal o reglamentaria que se oponga o contradiga los contenidos de la presente Ley".

El artículo 78 (cf. Decreto N° 1868/04) establece los requisitos a seguir para la incorporación de "conceptos ajenos" en la factura del servicio eléctrico. Dicha norma expresa:

"Las facturas a usuarios por la prestación del servicio público de distribución de electricidad deberán detallar la información necesaria y suficiente que permita constatar al usuario en forma unívoca el valor de las magnitudes físicas consumidas, el período al cual corresponde, los precios unitarios aplicados y las cargas impositivas.

Se deberá eliminar la facturación estimada, en el término que se fije en cada contrato de concesión.

Podrán incluirse en las facturas conceptos ajenos a la prestación del servicio público, cuando tal procedimiento hubiera sido expresa e individualmente autorizado por el usuario y aprobado por el Organismo de Control y siempre que se permita el pago por separado de los importes debidos exclusivamente a la prestación del suministro eléctrico.

En el caso cooperativo, la aprobación mencionada en el párrafo anterior, deberá responder a la normativa específica del Órgano local competente en la materia. Podrá ser incluido en las facturas, como concepto de prestación de servicios, el consumo, medido por alumbrado público".

A lo cual agrega que "...La falta de pago de cualquier concepto ajeno al precio de la energía consumida por el usuario y los cargos que correspondan de acuerdo con el párrafo primero del presente artículo, no podrá constituir causal de incumplimiento habilitante para la interrupción o desconexión del suministro a dicho usuario".

Por su parte, el Decreto N° 2479/04 en el artículo 3, incorpora al Texto Ordenado del Marco Regulatorio Eléctrico aprobado por el Decreto N° 1.868/04, el texto del inciso "g" del artículo 42 de la Ley N.º 11769, que pasa como inciso "f"

del citado artículo, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 42: inciso f): “Los concesionarios de servicios públicos de electricidad no podrán aplicar diferencias en sus tarifas o servicios, excepto que aquellas resulten de distinta localización, tipo de suministro u otro elemento objetivo debidamente autorizado por la Autoridad de Aplicación”.

Este decreto, al reglamentar la ley y el artículo 78 señala:

“Sólo se admitirá la modalidad de facturación estimada, en forma transitoria, con carácter excepcional y en casos debidamente fundados”. Para continuar:

“En los casos de Entidades Cooperativas se requerirá la aprobación por parte del OCEBA, sin perjuicio de la que corresponda al Organismo Fiscalizador con competencia en la materia, de conformidad a los términos de la Ley de Cooperativas N.º 20.337”.

Asimismo, el Decreto N.º 2193/01 que reglamenta el artículo 75 de la Ley, actual 78, establece:

Por el artículo 1º, qué debe entenderse por concepto ajeno:

“Defínese como concepto ajeno conforme a lo establecido en el artículo 75 de la Ley N.º 11.769, aquel agregado a la tarifa neta que no es impuesto, tasa o contribución, cuya base imponible no esté vinculada con la condición de usuario del servicio público de energía eléctrica”.

Por el artículo 3, qué conceptos podrán incluirse en la facturación, ajenos a la prestación del servicio y bajo qué condiciones:

“Podrán incluirse en las facturas otros conceptos ajenos a la prestación de servicio público de energía eléctrica siempre y cuando el usuario hubiere prestado conformidad en forma expresa e individual, firmando una constancia a esos efectos, especificando el concepto que se autoriza a incluir y en qué número de suministros. En ese caso, las facturas deberán contener un detalle del pago que deba realizarse en concepto de la prestación del servicio público de energía, los ítems que identifiquen los rubros ajenos a ese concepto y, por último el importe total a abonar que incluirá a todos los

rubros facturados”.

Por el artículo 4º, se dan por incluidos conceptos anteriores a la sanción de la ley N.º 11.769:

“Los conceptos ajenos que se encuentren incluidos en la factura al momento de entrar en vigencia la Ley N.º 11.769 se considerarán debidamente autorizados a los efectos de su inclusión de la misma”.

El decreto en análisis, afirma en el artículo 5:

“La falta de pago de cualquier concepto ajeno al precio de la energía consumida por el usuario, no constituirá causal de incumplimiento que habilite la interrupción o desconexión del suministro de energía eléctrica”.

Por el artículo 6, se establece para las distribuidoras municipales la obligación de presentar ante el organismo de control cuando facturen “conceptos ajenos”: *“...el sistema de facturación y pago para su homologación en un plazo no mayor a 180 días de la fecha del presente Decreto y de corresponder, adjuntar las autorizaciones legales del Instituto Provincial de Acción Cooperativa”.*

Finalmente, el artículo 7, también dirigido a las distribuidoras municipales, que cuando *“...no den cumplimiento a las obligaciones que surjan de lo dispuesto en este acto administrativo, serán pasibles de las sanciones previstas en la legislación vigente, debiendo comunicarse tal situación al Poder Concedente para su conocimiento”.*

II.5.2. La Usina Popular Cooperativa de Obras, Servicios públicos y Sociales Ltda. de Necochea “Sebastián de María” de la Provincia de Buenos Aires como prestadora del servicio, siendo una sociedad cooperativa, encuentra un tratamiento específico en el ordenamiento legal.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires fomenta la organización y desarrollo de cooperativas y mutuales, otorgándoles un tratamiento tributario y financiamiento acorde con su naturaleza (cf. art. 41, segundo párrafo).

II.5.2.1. En la República Argentina, la Ley Nacional de Cooperativas N.º 11.388, que se sancionó en diciembre del año 1926 (BONA 27/12/1926), fue el

punto de partida e inspiración de las leyes de cooperativas de algunos países latinoamericanos y sus principios fundamentales fueron luego mantenidos y ampliados por el Decreto ley de Cooperativas N.º 20.337, y cuya primaria regulación la tuvo en los artículos 392, 393 y 394 del Código de Comercio de 1889 (BONA 15/5/1973; v. en lo pertinente: Beatriz R. Solveira, “El problema del acceso a los fondos documentales de las cooperativas eléctricas”, Rev. Antítesis, vol. 2, n. 3, jan.-jun. de 2009, p. 458; de la autora, sobre el perfil de las cooperativas eléctricas en la Argentina: “Estado, cooperativismo eléctrico y electrificación rural. La experiencia cordobesa entre 1930 y 1980”, Revista de estudios rurales, vol. 6, nº 12, segundo semestre de 2006. Centro de Estudios Histórico Rurales. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de La Plata).

A los dos años de la Ley N.º 11.388, (1928), una estadística del Ministerio de Agricultura revelaba 79 cooperativas urbanas y 143 rurales, las primeras ubicadas con preferencia en la Capital Federal, en la provincia de Buenos Aires y las segundas en el Litoral, Córdoba y Territorios Nacionales (v. Verónica Lilian Montes y Alicia Beatriz Ressel, “Presencia del cooperativismo en Argentina”, Instituto de Estudios Cooperativos, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de La Plata, unircoop, Vol. 1, 2003, p. 11).

Cabe recordar que en el año 1875 se creó la “Sociedad Cooperativa de Producción y Consumo de Buenos Aires”, inspirada por el sociólogo francés Adolfo Vaillant (1816-1881), que impulsó la acción cooperativa en Uruguay y Argentina para difundir un espíritu inspirado en la prédica y actitud “rochdaleanas”, con un propósito de mejoramiento del pueblo obrero (v. Daniel Plotinsky, “Orígenes y consolidación del cooperativismo en Argentina”, Revista Idelcoop, N.º 215, Marzo 2015, Instituto de la Cooperación, Fundación de educación, investigación y asistencia técnica. IDELCOOP, p. 160).

Una cooperativa de servicios públicos posee rasgos particulares. En este sentido “...el objeto de las cooperativas de servicios públicos es el de la prestación de uno o más servicios que satisfacen necesidades colectivamente sentidas en la comunidad, que por razones técnico-económicas requieren una organización empresaria unificada de producción y/o distribución y que a su vez deben brindarse en condiciones de generalidad, continuidad e igualdad para todos los usuarios” (v. Alfredo Victorino Callejo, “Cooperativas de Servicios Públicos, Comunidad y Estado”, Cuadernos de Economía Social,

año VI, número 10, IAIES; Buenos Aires, noviembre de 2000).

Otra de las expresiones que se utilizan para denominar a este tipo de cooperativas, más aún cuando han sumado otras actividades a la de prestación del servicio público, es la de Cooperativas de Servicios Comunitarios. Estas organizaciones realizan una actividad complementaria a la del Estado en tanto que prestan un servicio que reviste características de público, sumado al hecho que no dejan de ser organizaciones pertenecientes al ámbito civil.

Los Principios Cooperativos son lineamientos por medio de los cuales las cooperativas ponen en práctica sus valores. En el Congreso de la Asociación Cooperativa Internacional, ACI, realizado en Manchester el 23 de septiembre de 1995, se expusieron siete principios, que son los que orientan su comportamiento:

1°.- Adhesión abierta y voluntaria: las cooperativas son organizaciones voluntarias, abiertas para todas aquellas personas dispuestas a utilizar sus servicios y dispuestas a aceptar las responsabilidades que conlleva la condición de socios, sin discriminación de género, raza, clase social, posición política o religiosa.

2°.- Control democrático de los socios: las cooperativas son organizaciones democráticas controladas por sus socios, quienes participan activamente en la definición de las políticas y en la toma de decisiones. Los hombres y mujeres elegidos para representar a su cooperativa, responden ante los socios. En las cooperativas de base, los socios tienen igual derecho de voto (un socio, un voto), mientras en las cooperativas de otros niveles también se organizan con procedimientos democráticos.

3°.- Participación económica de los socios: los socios contribuyen de manera equitativa y controlan de manera democrática el capital de la cooperativa. Usualmente reciben una compensación limitada, si es que hay, sobre el capital suscrito, como condición de socio. Los socios asignan excedentes para cualquiera o todos los siguientes propósitos: el desarrollo de la cooperativa, mediante la posible creación de reservas, de las cuales al menos una parte debe ser indivisible; los beneficios de los socios en proporción con sus transacciones con la cooperativa; y el apoyo a otras actividades, según lo aprueben los socios.

4°.- Autonomía e independencia: las cooperativas son organizaciones auto- nomas de ayuda mutua controladas por sus socios. Si entran en acuerdo

con otras organizaciones (incluyendo gobiernos) o tienen capital de fuentes externas, lo realizan en términos que aseguren el control democrático por parte de sus socios y mantengan la autonomía de la cooperativa.

5°.- Educación, entrenamiento, e información: las cooperativas brindan educación y entrenamiento a sus socios, a sus dirigentes electos, gerentes y empleados, de tal forma que contribuyan eficazmente al desarrollo de sus cooperativas. Las cooperativas informan al público en general, particularmente a los jóvenes y creadores de opinión acerca de la naturaleza y beneficios del cooperativismo.

6°.- Cooperación entre cooperativas: las cooperativas sirven a sus socios más eficazmente y fortalecen el movimiento cooperativo, trabajando de manera conjunta por medio de estructuras locales, nacionales, regionales e internacionales.

7°.- Compromiso con la comunidad: la cooperativa trabaja para el desarrollo sostenible de su comunidad por medio de políticas aceptadas por sus socios (v. Narciso Paz Canalejo, *“Principios cooperativos y prácticas societarias de la cooperación”*, Dialnet, Universidad de La Rioja, España, artículo N.º 1148525).

Desde el año 1895, la Alianza Cooperativa Internacional -que de acuerdo a la clasificación de la ONU es una ONG de grado uno- es la autoridad máxima para definir las cooperativas y elaborar sus principios básicos.

De tal modo, cumpliendo con el mandato de ser un organismo rector se ha ocupado de la revisión periódica de su situación. En el año 1995, ACI reformuló los principios cooperativos, como instrumentos operativos; definió los valores cooperativos, como elementos permanentes que inspiran a las cooperativas y sus socios y aprobó su primera definición de la naturaleza de las cooperativas en los cien años de existencia de la organización, armonizando lo atinente a la caracterización sobre qué son las cooperativas.

Se señalan entre sus notas relevantes: su carácter democrático y autónomo, la combinación de la autonomía local con la integración internacional y el hecho de constituir una forma organizativa en que los ciudadanos utilizan sus propios medios y la responsabilidad de cada uno para alcanzar objetivos no sólo económicos, sino también sociales y ambientales, como la erradicación de la pobreza, la obtención de

empleos productivos y el fomento de la integración social.

Se debe recordar en cuanto a la importancia del Cooperativismo en la Argentina y su proyección en el MERCOSUR, entre otros importantes documentos, la Declaración de las Organizaciones Cooperativas de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay integradas en el FCES “Cooperativas El rostro Humano de la Economía”, Río de Janeiro, junio de 1999; la Declaración del 25 de setiembre de 2003, V Sesión Plenaria RECM Asunción, Paraguay y la Declaración del 27 de Noviembre de 2003, VI Sesión Plenaria RECM Montevideo, Uruguay, donde se rescatan los contenidos del Comunicado Conjunto de la Cumbre de Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR.

Asimismo, la Recomendación N.º 193 de la OIT: “Recomendación sobre la Promoción de las Cooperativas” aprobada el 20 de junio del 2002, es un instrumento orientador para una acción de gobierno, con definiciones claras de las implicancias de una política pública integral para el sector (v. documento: “Políticas Públicas y materia de Cooperativas”, Reunión especializadas de cooperativas del MERCOSUR, Serie jurídica, Intercoop editora Cooperativa Limitada, Buenos Aires).

Cabe distinguir respecto a ellas, el informe sobre “Situación y potencialidad del cooperativismo como actor de desarrollo”, elaborado por el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, a solicitud de la Asamblea General, y a los efectos de aprobarse como propuesta de acción para los gobiernos (León Schujman, “Naciones Unidas y el Cooperativismo”, Revista de Idelcoop - Año 1987, Volumen 14, N.º 53).

En la Resolución de la Asamblea de Naciones Unidas N.º 56/114 del 19 de diciembre del año 2001, se señala la atención de los Estados miembros, del proyecto de directrices encaminadas a crear un entorno propicio para el desarrollo de las cooperativas que habrán de tener en cuenta al elaborar o revisar sus políticas nacionales sobre las cooperativas; alienta a los gobiernos a que sigan examinando, según proceda, las disposiciones jurídicas y administrativas que rigen las actividades de las cooperativas, con miras a garantizarles un entorno propicio y a proteger y promover su potencial para ayudarles a lograr sus objetivos (Reconoce como antecedentes: Resoluciones ONU 47/90; 49/155, 51/58 y 54/123)

II.5.2.2. Luego de una breve síntesis de antecedentes, pasando

al Decreto ley N.º 20.337, se advierte que no sólo hace referencia a los asociados, también prescribe respecto a los “no asociados” y lo hace al atender la cuestión del concepto y caracteres de las cooperativas:

Artículo 2, inciso 10: “Prestan servicios a sus asociados y a no asociados en las condiciones que para este último caso establezca la autoridad de aplicación y con sujeción a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 42”. Y, este último expresa:

“Se consideran excedentes repartibles sólo aquellos que provengan de la diferencia entre el costo y el precio del servicio prestado a los asociados”.
“Distribución y destino de excedentes generados por prestación de servicios a no Asociados”:
“Los excedentes que deriven de la prestación de servicios a no asociados autorizada por esta ley se destinarán a una cuenta especial de reserva”.

La misma norma bajo el título de “Cooperativas de servicios públicos únicas concesionarias”, establece en el artículo 20:

“Cuando las cooperativas sean o lleguen a ser únicas concesionarias de servicios públicos, en las localidades donde actúen deberán prestarlos a las oficinas de las reparticiones públicas nacionales, provinciales o municipales, sin el requisito previo de asociarse y en las condiciones establecidas para sus asociados”.

El concepto “Cuota Capital EE” se ha venido facturando por la Cooperativa y expresa el recurrente su legalidad a tenor de lo previsto en los artículos 15 (obligaciones de los asociados), 20 (cuotas e incrementos a suscribir e integrar) y 83 (deberes y atribuciones del Consejo de Administración) del Estatuto Social, como así también, en razón de lo dispuesto en los artículos 27 (sobre el procedimiento para la formación e incremento del capital) y 42 (sobre excedentes repartibles) de la Ley N.º 20.337 (v. fs. 300).

Se invoca que los diferentes porcentuales de capitalización para los distintos escalones tarifarios se determinan por resoluciones del Consejo de Administración, quien a su vez se ajusta a los lineamientos de un plan de gestión anual aprobado por Asamblea y que la pericia da muestra de las diversas aprobaciones de Cuota Capital aplicadas a las facturas de energía eléctrica.

Recuerda la Resolución N.º 626/12 provincial que acordara

incorporar en la facturación una “cuota *extraordinaria mensual*” con el objeto de destinar dicho importe al cumplimiento de los planes de inversión y mejoras del servicio público, previa autorización del Organismo de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires (OCEBA).

Asimismo, el recurrente hace mención de lo dispuesto en la Resolución N.º 48/10 del OCEBA a los fines de determinar a la Cooperativa como autoridad de decisión en el tema de incorporar dicho concepto (v. fs. 1021 vta.).

Dicho esto, no puede dejar de atender y de dar a conocer, que el mismo OCEBA por la Resolución N.º 167/18 ante consulta vinculada a la concesionaria y al rubro tarifado resuelve en el Marco Regulatorio de la Actividad Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires, lo actuado en el Expediente N.º 2429- 1882/2018.

Al así hacerlo considera que el artículo 78 de la Ley N.º 11.769, dispone que las facturas a usuarios por la prestación del servicio público de distribución de electricidad deben detallar la información necesaria y suficiente que permita constatar al usuario en forma unívoca el valor de las magnitudes físicas consumidas, el período al cual corresponde, los precios unitarios aplicados y las cargas impositivas.

Afirma que la incorporación en las facturas a usuarios de conceptos ajenos a la prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica, resulta de interpretación restrictiva.

Recuerda lo reglamentado en el Decreto N.º 2193/01, la definición de concepto ajeno y lo establecido en el artículo 78 y su reglamentación, en cuanto la incorporación de dichos conceptos que debe quedar sujeta a: la autorización expresa e individual por el usuario, que se permita el pago por separado de los importes debidos exclusivamente a la prestación del suministro eléctrico y a la correspondiente aprobación del Organismo de Control de Energía Eléctrica de la provincia de Buenos Aires.

Aclara como concepto de prestación de servicios, solo la inclusión del consumo por alumbrado público.

Criterio concordante con lo decidido por el *a quo* en interpretación y aplicación de la ley.

El OCEBA da cuenta que a través de la Resolución MlySP N.º

419/17 se aprobó la Revisión Tarifaria Integral y los cuadros tarifarios aplicables durante el período de 5 años, que permiten a los distribuidores provinciales y municipales, obtener el ingreso necesario para la prestación del servicio público de distribución.

Que puntualmente el artículo 47 de dicho acto establece que los distribuidores no podrán incorporar en su facturación conceptos adicionales destinados a cubrir costos vinculados al servicio público de distribución de energía eléctrica, sin la aprobación previa del Organismo de Control de Energía Eléctrica de la provincia de Buenos Aires (OCEBA).

Se recuerda que los usuarios tienen derecho a que se le facture el servicio efectivamente prestado y vinculado con el servicio público de distribución de energía eléctrica, debiendo las facturas ser claras y transparentes, **de conformidad con lo dispuesto en el marco regulatorio eléctrico y la ley de defensa del consumidor.**

Trae a consideración que, en el Acuerdo Federal Energético (20 de abril del año 2017) suscripto, entre otras, por la Provincia de Buenos Aires con el fin de consolidar los objetivos y principios de la política energética, se fijaron como criterios en materia de tarifas, propender a estructuras tarifarias simples, con una clara definición de los conceptos incluidos y que provean información suficiente a los usuarios de dichos servicios.

Puede consultarse al respecto el mencionado acuerdo, especialmente su cláusula primera, punto 1.3 vinculado a perseguir mecanismos de coordinación entre las distintas jurisdicciones para armonizar criterios regulatorios y tarifarios y, las competencias reconocidas a tenor de la cláusula segunda con la creación del Consejo Federal de la Energía y su rol para el logro del acuerdo celebrado y del desarrollo del Plan Energético Estratégico.

El mencionado acuerdo hace especial tratamiento de las tarifas y precios de la energía a los fines de evitar distorsiones en el sector y el aseguramiento de la prestación de los servicios públicos, con estructuras tarifarias simples, con una clara definición de los conceptos incluidos y para que provean a una información suficiente a los usuarios, con tarifas y precios que retribuyan los costos económicos relaciones con la producción, importación, transporte y distribución con

inversión eficiente y mejora en la calidad del servicio.

El OCEBA -como consecuencia de reclamos de usuarios, denunciando el cobro de conceptos ajenos al servicio sin la correspondiente autorización e incluso, en aquellos casos en los que el usuario goza de la gratuidad del servicio, como es el caso de los electrodependientes, en pos de encaminar aquellos objetivos y dando cumplimiento a lo dispuesto en el marco regulatorio eléctrico en cuanto al contenido de las facturas a usuarios del servicio público de distribución de energía eléctrica a emitirse por los distribuidores provinciales y municipales- ha hecho saber que solo deberán contener conceptos vinculados a dicho servicio, dispuso la prohibición de incorporar en su facturación conceptos ajenos a la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica ni conceptos adicionales vinculados al servicio público de distribución de energía eléctrica, sin la previa aprobación del Organismo de Control de Energía Eléctrica de la provincia de Buenos Aires, con excepción de lo dispuesto por la Ley N.º 10.740 en relación al alumbrado público).

Expresamente deja sin efecto todas las autorizaciones conferidas hasta la fecha por el Organismo de Control de Energía Eléctrica de la provincia de Buenos Aires y especialmente, respecto de los conceptos ajenos preexistentes a la Ley N.º 11.769.

A los efectos de la autorización dispuesta por el artículo 4 del Decreto N.º 2193/01, los distribuidores que se amparen en lo allí establecido, deberán acreditar y detallar ante el Organismo de Control de Energía Eléctrica de la provincia de Buenos Aires, tal circunstancia para su análisis y debida procedencia.

De allí que las facturas a usuarios que emitan los distribuidores provinciales y municipales, a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente (08-05-2018, artículo 6, a partir del día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial: 15-05-2018), solo deberán contener conceptos tarifarios vinculados a la prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica.

Los distribuidores provinciales y municipales, a partir de la vigencia de la Resolución N.º 167/18, no podrán incorporar conceptos ajenos a la prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica, ni conceptos adicionales vinculados al servicio público de distribución de energía eléctrica, sin la

previa aprobación del Organismo de Control de Energía Eléctrica de la provincia de Buenos Aires (OCEBA), con excepción de lo dispuesto por la Ley N.º 10.740 con relación al alumbrado público.

Conteste con lo sostenido por el magistrado en cuanto a la pericia y la indeterminación de la preexistencia del concepto a la Ley N.º 11.761 (art. 4º cit.), esta eximición mantenida por el recurrente, hoy se encuentra suficientemente abastecida con lo resuelto por el acto administrativo antes mencionado.

También debo traer a mención la causa A 69.721, por idéntico concepto al de autos, que concluyera con el desistimiento del recurso extraordinario por la Cooperativa Celta de Obras y Servicios de Tres Arroyos y que diera lugar a la resolución de la Suprema Corte de Justicia de fecha 26 de mayo de 2010.

II.5.2.3. De la normativa, y de la naturaleza societaria de la prestataria del servicio surge otra cuestión, la diferencia entre usuario y socio; y sí, ella es relevante a los fines de la aplicación de los “conceptos ajenos” e incluso en el tratamiento de la facturación del suministro eléctrico.

La determinación de ello podría incidir en las modalidades y procedimientos entre los usuarios que reciben el suministro de electricidad por parte de la cooperativa.

Pasaremos a analizar los lineamientos preferidos en los regímenes vigentes a favor de los derechos de los consumidores y usuarios de la Provincia de Buenos Aires.

II.5.2.3.1. La Constitución Argentina, en el artículo 42 establece:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y

eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

La Ley N.º 24.240 nos da el concepto de usuario-consumidor. Lo define como “Objeto de la ley”, en el caso, la defensa del consumidor o usuario (art. 1º). Indica la equiparación y definición de ambos conceptos (cc. arts. 16, 1092 y 1093 del CCyC, Ley N.º 26.994, BONA 8/10/2014 y sobre orden de prelación, v. arts. 963 y 1094 del CCyC).

Considera consumidor “... a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social” (ídem, art. 1º).

Equipara al consumidor: “... quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social” (ídem, art. 1º).

El artículo 25 de la Ley Nacional de Defensa del Consumidor respecto a “Usuarios de servicios públicos domiciliarios” en los párrafos quinto y sexto, expresan:

“...Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, serán regidos por esas normas, y por la presente Ley”. “En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable al consumidor...”. Con la innovación normativa de la Ley N.º 26.361, su artículo 10, sustituye el artículo 25; se elimina la aplicación supletoria de la Ley N.º 24.240 a los servicios públicos en cuestión.

Por su parte, el artículo 35 prescribe:

“Queda prohibida la realización de propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito, que obligue

al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice...". Y, el artículo 37, inciso "b", es terminante al referirse a la interpretación de términos y cláusulas del contrato que se tendrán por no convenidas:

"...las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte..."

II.5.2.3.2. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires expresa:

"Los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección frente a los riesgos para la salud y su seguridad, a la promoción y defensa de sus intereses económicos y a una información adecuada y veraz.

La Provincia proveerá a la educación para el consumo, al establecimiento de procedimientos eficaces para la prevención y resolución de conflictos y promoverá la constitución de asociaciones de usuarios y consumidores".

En el ordenamiento provincial, la Ley N.º 13.133 establece las bases legales para la defensa del consumidor y del usuario según los términos del artículo 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, regla las políticas públicas, los mecanismos administrativos y judiciales para su efectiva implementación en el ámbito provincial. Para lo cual tiene en cuenta en el artículo 1º:

"...los derechos de los consumidores y usuarios reconocidos en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires"; "... las normas de protección consagradas en la Ley Nacional de Defensa del Consumidor y disposiciones complementarias, sin perjuicio de las competencias concurrentes de la Autoridad Nacional de Aplicación" (cc. CCyC., art. 1096).

II.5.2.3.3. De conformidad a dichos marcos jurídicos, se aplica a todos los usuarios de servicios públicos domiciliarios, sin distinción, de socios o, no socios en la Provincia de Buenos Aires.

La calidad de consumidor o usuario o de ambos no sustituye ni reemplaza derechos que se pudieran tener como miembros de una asociación cooperativa u otras formas societarias.

Puede hablarse de una situación jurídica del usuario, en cuanto sólo ella, como ha señalado Renato Alessi, puede dar lugar a concretas relaciones jurídicas entre la Administración y los beneficiarios-usuarios del servicio público (*“Le prestazioni amministrative rese ai privati”*, Milano, 1958, pp. 37-38).

La Resolución del IPAC N.º 280/97 reza que debe aplicarse a los usuarios del servicio público de electricidad y no utiliza la palabra socio, ya sea porque los asociados son usuarios de la entidad prestadora, e incluso, porque se confunden con ella, o en razón de que muchas de estas asociaciones estaban pensadas para ser integradas por todos los usuarios del servicio.

Al analizar la resolución no se podría olvidar que en la Provincia de Buenos Aires recién en el año 2004 se sanciona y promulga la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, y en la Nación, con la Ley N.º 26.361 del año 2008 (BONA 7/4/2008), que modifica la Ley N.º 24.240, se incorporan significativas protecciones que por cierto no se habrían tenido en cuenta tampoco, para el dictado del Decreto N.º 2193/2001.

Las cooperativas se someten al control externo que -sobre su proceder- efectúan el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES) y el organismo local competente provincial (Ministerio de la Producción) y en lo específico del servicio eléctrico, al Organismo de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires (OCEBA) y con obligación de no desatender el Acuerdo Federal Energético antes mencionado, que fijó un plan energético y directrices en materia tarifaria.

Sin perjuicio de convalidar por las vías societarias la incorporación de un concepto ajeno (Asamblea, Consejo de Administración), ello no las libera de contar con las intervenciones necesarias de los organismos con competencias legales para autorizar dichos conceptos, en especial cuando inciden las decisiones en otros usuarios-no socios y, en un rubro como es la facturación final de un servicio público domiciliario que debe ser brindado en condiciones de *“...trato equitativo y digno...”* (artículo 42 de la Constitución Argentina).

De lo visto hasta ahora, la sola autorización del “socio-usuario” y del “no socio-usuario”, en una palabra del consumidor-usuario no alcanza y, más allá de las formas en que los primeros la hayan tomado, para validar la incorporación del

concepto, requieren también -como una suerte de acto complejo-, las aprobaciones de los organismos de aplicación de la Ley N.º 20.337 y del organismo regular de energía de la Provincia.

No puedo dejar de tener presente que no solo se trata de la incorporación de un “*concepto ajeno*” sino de, una modificación en la tarifa final y en la forma de pago de un servicio público.

Como tampoco se debe descuidar del concepto que se trata.

En el caso persigue un incremento de capital el cual no se compadece ni con su perpetuidad, ni con las pautas del mencionado Acuerdo Federal.

El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales -Protocolo de San Salvador- subraya: “*Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos*” (art. 11.1).

El ciudadano, el habitante de la Provincia de Buenos Aires es el motivo y el destino final de la Ley Suprema.

Un ciudadano y habitante libre que pueda elegir y acceder a beneficios que le han sido provistos en su condición de tal, sin acondicionamientos; en igualdad, con razonabilidad y respeto al debido proceso (cf. CADH, arts. 1 y 8, apartado 1º).

Ya no es sólo la tolerancia del otro distinto lo que está en juego, sino la opción de la auto-recreación propia en la interacción con ese otro. O, más aún: la tolerancia frente al otro es más apremiante porque la auto-recreación se ha vuelto una opción inminente.

Cabría preguntar: ¿Qué ocurre cuando se quiere reformular la relación a fin de que el valor de la diferencia sea igualmente activo en la articulación entre lo político y lo social? (Martín Hopenhayn, “*Transculturalidad y Diferencia. (El lugar preciso es un lugar movedizo)*”, Cinta de Moebio, Revista de Epistemología de Ciencias Sociales, Universidad de Chile; 7: 2-5 www.moebio.uchile.cl/07/hopenhayn.htm; “*Viejas y nuevas formas de la ciudadanía*”, Revista de la CEPAL N.º 73, pág. 122).

La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servi-

cios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos, de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Ximenes Lopes”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, N.º 149, párr. 96).

El Tribunal Interamericano se ha pronunciado en relación a la falta de diligencia para prevenir actos de particulares que atenten contra derechos humanos, y así lo ha hecho en cuanto es perpetrada por entidades privadas a las que el Estado ha delegado la prestación de servicios públicos.

Señaló que si bien los Estados pueden delegar la prestación de servicios públicos, “...a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo”; el Estado tiene como deber, prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos.

Para continuar expresando, en el supuesto en el que los Estados ceden, subrogan o delegan a una entidad privada la prestación de algún servicio público, no se liberan de su responsabilidad internacional de garantes en la prestación de dicho servicio, pues es su deber y obligación regular y fiscalizar su debida prestación a los particulares. Para sostener que estas obligaciones adquieren un significado especial al considerar que la prestación de los mencionados servicios implica la protección de bienes públicos, obligación que se constituye como una de las principales finalidades de los Estados (Cfr. “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Comisión de Derecho Internacional”, 53º sesión, 2001. Documento de la ONU A/56/10. Texto introducido en el anexo de la Resolución N.º 56/83 de 28 de enero de 2002, de la Asamblea General de las Naciones Unidas; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Ximenes Lopes”, cit. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, N.º 149, párr. 85. La Corte Europea de Derechos Humanos se ha pronunciado en ese sentido, Caso “Storck Vs. Alemania”. Sentencia del 16 de junio de 2005. Aplicación N.º 61603/00).

II.5.2.4. Teniendo como parámetro el principio de jerarquía de las leyes (arts. 31 de la Constitución Argentina; 11 de la Constitución de la Provincia de

Buenos Aires), todo otro concepto al antes referido -por ser ajeno- debe ser autorizado expresa e individualmente por el usuario, aprobado por el organismo de control y facturado para su pago en forma separada (artículo 78, Ley N.º 11.769). No podría quedar ajeno a la autorización del organismo de control.

La Ley N.º 11.769 reconoce entre los distribuidores concesionarios del servicio público de electricidad a las entidades Cooperativas -artículo 20-, que se deberán regir por lo dispuesto en ella a partir de la fecha de la entrada en vigencia, por su reglamentación y las normas particulares que a tal efecto dicten, la Autoridad de Aplicación y el Organismo de Control en el marco de sus respectivas competencias -artículos 25, 54 “n”, 62 “w” y 78 de la ley-.

Se someten a sus obligaciones, formalidades y requisitos para llevar adelante su cometido, sin perjuicio que en el marco del Decreto Ley N.º 20.337 y de acuerdo a su propio Estatuto Social, posean herramientas para regular la relación con los asociados y la manera de llevar adelante el cumplimiento del objeto social.

Por cierto, lo significativo en el caso es el cumplimiento de un servicio público, garantizado en derechos por igual a sus usuarios, por el ordenamiento constitucional.

Una resolución asamblearia no puede ser contraria al Estatuto ni a las leyes vigentes, tal lo estipulado por los artículos 61 y 62, de la Ley N.º 20.337 y artículo 4, segundo párrafo del Estatuto Social (v. “...respeto irrestricto por el pluralismo ideológico y los derechos fundamentales del hombre acreditados en nuestra Constitución Nacional y las leyes que reglamentan su ejercicio”).

Todo otro concepto -como vengo sosteniendo- al antes referido se debiera considerar “ajeno” con el alcance ya precisado, y por ello, debiera ser autorizado expresa e individualmente por el usuario, aprobado por el organismo de control y facturado para su pago en forma separada (art. 78 de la Ley N.º 11.769).

Conforme al inciso “f” del artículo 42 de la Ley N.º 11.769: “Los concesionarios de servicios públicos de electricidad no podrán aplicar diferencias en sus tarifas o servicios, excepto que aquellas resulten de distinta localización, tipo de suministro u otro elemento objetivo debidamente autorizado por la Autoridad de Aplicación”. Sólo se deberá admitir modalidad de facturación estimada, en forma transitoria, con carácter

excepcional y en casos debidamente fundados, así reza la reglamentación del artículo 78 de la Ley N.º 11.769 conforme al Decreto N.º 2479/04, no obstante que la ley es terminante: *“Se deberá eliminar la facturación estimada, en el término que se fije en cada contrato de concesión”*.

El artículo 78 de la Ley N.º 11.769 adquiere plena vigencia y aplicación desde el momento en que no ha variado su texto.

En consecuencia, la prestadora que desee incorporar a una factura *“conceptos ajenos”* a la prestación del servicio eléctrico deberá cumplimentar los requisitos que la norma prevé; aunque resulte obvio señalarlo -dada la clara redacción del artículo 78-, tiene que verificarse el acatamiento de todos los condicionamientos legales, ya que no pueden ser interpretados como facultativos para el prestador, y, aún de aquellos que vienen siendo incorporados históricamente en detrimento de los derechos del usuario (v. artículo 3 de la Ley N.º 24.240, en lo pertinente: *“En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”*; cc. art. 1095, CCyC).

La autorización que una asamblea pudiese otorgar para su cobro, o el hecho incluso de admitir su pago por separado a los importes debidos exclusivamente a la prestación del suministro eléctrico, y del propio consentimiento del usuario, siempre requerirá de la aprobación, del control por el OCEBA; son pasos diferenciados.

La autorización por parte del usuario en forma individual y expresa debe cumplirse. La aprobación por parte del organismo de control debe verificarse. El pago por separado es el otro requisito y debe acatarse por parte del proveedor del servicio eléctrico, y para todos los usuarios.

Resultaría sobreabundante hacer ratificar a un asociado lo resuelto en una asamblea dado que existen mecanismos institucionales que le otorgan a dicha resolución asamblearia trascendencia para todos los socios a menos que sea debidamente impugnada por los carriles institucionales (arts. 61 y 62, Ley N.º 20.337). Pero aún en estos casos deben de satisfacerse los otros requisitos impuestos por la ley.

Se ha sostenido que la participación de los usuarios con carácter previo a la determinación de la tarifa constituye un factor de previsibilidad, integrativo del derecho constitucional a una información "adecuada y veraz" y un elemento de legitimidad para el poder administrador, responsable en el caso de garantizar el derecho a la información pública, estrechamente vinculado al sistema republicano de gobierno, al mismo tiempo que otorga una garantía de razonabilidad para el usuario y disminuye las estadísticas de litigación judicial sobre las medidas que se adoptan. Con mención de los artículos 1 y 42 de la Constitución Argentina. (CSJN, "Fallos", "Centro de Estudios para la promoción de la igualdad y la solidaridad y Otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", T. 339:1077, considerando 18).

La ley en el artículo 75, actual 78, en su párrafo tercero, reza tal como expusimos: "*Podrán incluirse en las facturas conceptos ajenos a la prestación del servicio público, cuando tal procedimiento hubiera sido expresa e individualmente autorizado por el usuario y aprobado por el Organismo de Control y siempre que se permita el pago por separado de los importes debidos exclusivamente a la prestación del suministro eléctrico...*"; a su vez el párrafo sexto establece: "*...La falta de pago de cualquier concepto ajeno al precio de la energía consumida por el usuario y los cargos que correspondan de acuerdo con el párrafo primero del presente artículo, no podrá constituir causal de incumplimiento habilitante para la interrupción o desconexión del suministro a dicho usuario*".

La Constitución tiene la condición de norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios y compromete como en el caso, un servicio público esencial, un derecho humano (Sobre servicios públicos esenciales, en el caso de la energía eléctrica, v. Ley N.º 25.877, BONA 19/3/2004, art. 24, segundo párrafo).

II.5.2.5. En otro aspecto, en la competencia que me asiste, advierto que debería el OCEBA hacer saber a la Cooperativa, que debería dar cumplimiento a lo establecido por el artículo 25 de la Ley N.º 24.240:

"Constancia escrita. Información al usuario. Las empresas prestadoras de servicios públicos a domicilio deben entregar al usuario constancia escrita de las condiciones de la prestación y de los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes. Sin perjuicio de ello, deben mantener tal información a disposición de los

usuarios en todas las oficinas de atención al público. Las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deberán colocar en toda facturación que se extienda al usuario y en las oficinas de atención al público carteles con la leyenda: 'Usted tiene derecho a reclamar una indemnización si le facturamos sumas o conceptos indebidos o reclamamos el pago de facturas ya abonadas, Ley N° 24.240'. Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor. Los usuarios de los servicios podrán presentar sus reclamos ante la autoridad instituida por legislación específica o ante la autoridad de aplicación de la presente ley”.

Ello, por cierto, deja sin sustento el pretendido embate del recurrente en pos de prevalecer las decisiones sociales por sobre los derechos que surgen derivados de la defensa de los consumidores y usuarios.

El principio de jerarquía constitucional, lo establecido por el artículo 42 de nuestra Carta Magna y las leyes que aseguran la operatividad de dicha norma jerárquica; y como ya lo adelantara, la ley 11.769 reconoce especialmente entre los distribuidores concesionarios del servicio público de electricidad a las entidades Cooperativas -artículo 20 de la ley citada-, no existiendo dudas que dichas entidades por su calidad de distribuidores -sean provinciales o municipales- se deberán regir por lo dispuesto en la referida ley a partir de la fecha de entrada en vigencia de la misma, por su reglamentación y las normas particulares que a tal efecto dicten la Autoridad de Aplicación y el Organismo de Control en el marco de sus respectivas competencias -artículos 23 y 25-.

La Ley N.º 11.769, luego de la modificación introducida por la Ley N.º 13.173 (BOBue 16/3/2004) a su artículo 3º, inciso “a”, prescribe como objetivo:

“...Proteger los derechos de los usuarios de conformidad con las disposiciones constitucionales y normativas vigentes...”; agregando el Decreto N.º 2479/04 que lo reglamenta:

“...Toda la normativa vigente de carácter general, referida a los Derechos del Consumidor, y la que en el futuro se dicte, será aplicada a la protección de los usuarios del servicio público de electricidad en forma supletoria a lo contemplado en el

Capítulo XV de la Ley N.º 11.769 y sus modificatorias (T.O. Decreto N.º 1868/04)”.

La Cooperativa en cuestión, como prestadora de un servicio Público, queda sometida a las obligaciones, formalidades y requisitos que la ley prevé para llevar adelante dicho cometido, sin perjuicio que en el marco de la Ley N.º 20.337 y que de acuerdo a su propio Estatuto Social cuente con mecanismos para regular la relación con sus asociados y la mejor manera de llevar adelante el cumplimiento de su objeto social.

De tal manera, en el servicio que presta la cooperativa a los usuarios eléctricos queda alcanzada por lo normado por la Ley N.º 24.240, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 13.133, de allí el acatamiento debido a lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley N.º 24.240, citado.

V.E., lo expuesto me lleva a propiciar que debiera darse estricto cumplimiento de lo prescripto en el artículo 25 de la Ley N.º 24.240, por la Cooperativa, y que el OCEBA debiera asegurar su cumplimiento; razón por la cual correspondería salvo mejor criterio, ordenarlo (Cc. art. 1103, CCyC).

II.5.2.6. Debo dejar presente también, la necesidad de dar cumplimiento oportunamente y por quien corresponda de lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley N.º 13.133, y, a todo registro, en pos de favorecer la difusión y garantizar los derechos de los eventuales alcanzados por el acto jurisdiccional (cc. art. 1102, CCyC).

III.- Por lo tanto, y con las particularidades antes señaladas, es que opino que podría V.E. rechazar el presente recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (art. 283, CPCC).

La Plata, 18 de diciembre de 2018.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires**

DICTAMEN: A 74.951

“Pereyra, Germán y otros c/ Aguas Bonaerenses Sociedad Anónima -ABSA- s/Amparo colectivo”, fecha: 13-02-2019



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“Pereyra, Germán y otros c/ Aguas
Bonaerenses Sociedad Anónima
-ABSA- s/ amparo colectivo”

A 74.951

Suprema Corte de Justicia:

Vienen las presentes actuaciones a esta Procuración General a los efectos de tomar vista respecto al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el apoderado de Aguas Bonaerense SA -en adelante ABSA- contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con sede en Mar del Plata de fecha 22 de junio de 2017 (v. fs. 1107/1129 y 1143/1154 vta.).

I.-

En forma previa, he de relatar las distintas etapas procesales por las que transitaron las presentes actuaciones.

1.1.- El abogado Germán Pereyra con fecha 28 de abril de 2015, por derecho propio y patrocinando a María Celia Lorente y a Ismael Telmo Bustamante, los tres con domicilio en la ciudad de Dolores, interpuso una acción de amparo colectivo, invocando el carácter de usuarios “*afectados por el deficiente servicio de agua potable*” brindado por ABSA y la Provincia de Buenos Aires, también demanda al Organismo de Control de Aguas de Buenos Aires (OCABA), por entender que no cumpliría en forma efectiva con sus funciones legales (v. fs. 86/97).

Solicita que el órgano jurisdiccional obligue a “*que las demandadas, realicen las obras y tareas necesarias dentro de un plazo breve y razonable, a su costa y cargo, para proveer agua en calidad y cantidad suficiente a los usuarios del servicio de agua potable de la ciudad de Dolores, bajo apercibimiento de pagar una multa diaria...*” (v. fs. 86).

Demanda que hasta tanto sean efectuadas las obras, se ordene “*refacturar el servicio a la demandada ABSA, descontando el consumo de agua potable de todos los usuarios de Dolores atento el incumplimiento de la demandada*” (v. fs. 86).

A su vez, pide que en un plazo de sesenta días o los que el

órgano judicial considerare oportuno, sea presentado un plan obras y su ejecución, y que la misma se efectúe “*con constante monitoreo*” por parte del juez interviniente (v. fs. 86 y vta.).

Respecto a la legitimación activa manifiesta que son vecinos de Dolores y usuarios del servicio que presta ABSA en dicha ciudad, y para ello detalla el domicilio particular y el número de identificación como usuarios (v. fs. 86 vta.).

Refiere que la acción de amparo colectivo constituye la vía más apta para reclamar en sus condiciones de usuarios de un servicio público. Hace expresa mención del caso “Halabi” (2009) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, entiende, serviría para justificar su legitimación activa en una acción colectiva como la pretendida.

Subraya que la doctrina de dicha causa habría sido receptada por V.E. en la sentencia recaída en autos C 91.576, “López, Rodolfo Osvaldo” (2014). Transcribe la parte del fallo que considera de aplicación al presente (consid. tercero, puntos 2.2.c del voto del Señor Juez Hitters).

Sobre la legitimación pasiva manifiesta que la Provincia de Buenos Aires “*es la principal responsable como concedente*” de este servicio (v. fs. 88 *in fine*).

Que ABSA es la concesionaria “*que explota el servicio de agua potable en la ciudad de Dolores y debido a la falta de inversiones la red de abastecimiento de agua potable de la ciudad se encuentra en pésimo estado con usuarios que hace años que no tienen acceso al agua potable en calidad y cantidad suficiente*” (v. fs. 88 vta.). Transcribe determinadas cláusulas del marco regulatorio del servicio de agua potable y desagües cloacales establecido por medio del decreto 878, ratificado por medio de la ley 13.154, por lo que infiere la responsabilidad de la empresa estatal concesionaria del este servicio público (v. fs. 88 vta./89).

Respecto al OCABA, explica que es demandado por ser “*el organismo que debió controlar, y no lo hizo, sobre el deficiente servicio de agua brindado por ABSA., pese a los reiterados reclamos de los usuarios*” (v. fs. 89).

En lo que se refiere a la admisibilidad de la presente acción indican que se encontrarían cumplidos los requisitos de procedencia formal a tenor de lo establecido en el artículo 43 de la Constitución Nacional y por la Ley N.º 13.928.

Agrega que se trataría de una omisión por parte de ABSA en “brindar el servicio de agua potable a los usuarios de la ciudad de Dolores en calidad y cantidad suficiente” (v. fs. 89 vta./90).

Explica, a su vez, que esta omisión sería ilegítima al resultar afectado “el derecho constitucional de acceso al agua que es considerado un bien esencial y primordial para el desarrollo de una vida digna, y como el derecho básico, base, para el goce pleno de otros derechos”. Cita jurisprudencia y doctrina (v. fs. 90).

Sobre los hechos que motivan la demanda expresa que hace ya varios años “que el servicio de agua potable de la ciudad de Dolores viene siendo deficiente, pero en los últimos días se ha convertido en intolerable, ya que se ha agravado con cortes de agua, sin previo aviso y por varios días, falta de presión en la red por varios días, meses, y en algunos barrios incluso por años, pérdidas de agua por toda la ciudad, falta de respuesta a los reclamos de los usuarios, camiones de agua que abastecen a escuelas y lugares públicos ante la falta de suministro, falta de inversión, todo lo cual es de público conocimiento” (v. fs. 91 vta.).

A continuación, efectúa un detallado informe del servicio que presta ABSA, al cual considera deficitario. Agrega que debido a ello formularon presentaciones ante el OCABA y ante la Oficina de Información al Consumidor, sin obtener mayores respuestas (v. fs. 92).

Ofrece prueba documental, informativa y pericial (v. fs. 93/94). Plantea la cuestión federal (art. 14 de la Ley N.º 48), y solicita la concesión del beneficio de litigar sin gastos (v. fs. 94 vta.).

Para finalizar, atento el carácter colectivo de la acción de amparo solicita se dé publicidad la presente a los efectos de permitir la convocatoria de los usuarios y su eventual participación en el proceso (v. fs. 95 vta.).

1.2.- Las Señoras y Señores: Olga Noemí Erviti, Germán Alfredo Pereyra, Lydia Elena Bernal, Vicente Garófalo, Blanca Silva, Gloria Inés Ochoaizpuro, Roberto Oscar Pivano, Roberto Carlos Dávila, Francisco Aranciaga, María Elena Diestro, Ernesto Osvaldo Romero, Patricia Susana Equisito, Norma Graciela Diuberti, Mónica Estela Echave, Matías Agustín Gabotto y Ángel Heriberto Balbi adhirieron en forma expresa a la demanda (v. fs. 119, 122, 128, 132, 137, 141, 156, 170, 174,

178, 183, 187, 191, 195, 199 y 204).

1.3.- Respecto al órgano judicial interviniente a fojas 97 consta que a tenor de las resoluciones de la Suprema Corte N.º 1358 y N.º 1794, ambas del año 2006, queda desinsaculado el Juzgado en lo Civil y Comercial N.º 3 de Dolores.

El juez a cargo de dicho juzgado se excusa de intervenir por *“estar comprendido en las causales previstas en el artículo 30 del CPCC, con relación al Dr. Germán [...] Pereyra”* (v. fs. 153).

Por su parte la titular del Juzgado en lo Civil y Comercial N.º 1, al cual la Receptoría General de Expedientes le asignó entender en las presentes actuaciones, en primer lugar, aceptó los motivos vertidos en la excusación formulada por su colega a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial N.º 3, y en segundo lugar, también se excusó alegando ser usuaria del servicio de provisión de agua potable por red aquí demandado, y afectada por las anomalías en la prestación del servicio que originan este litigio, expresa: *“aun cuando no he suscripto las planillas que se acompañan a la demanda por adhesión a esta acción colectiva”* (v. fs. 158 y 159).

La Jueza a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial N.º 2, sorteado su juzgado, se inhibe de actuar para lo cual invoca el carácter de usuaria del servicio y manifiesta poseer *“un interés directo en el pleito”*, lo que le impediría juzgar *“con la objetividad e imparcialidad que la función judicial requiere”* (v. fs. 160 y vta.).

Sorteado el Juzgado en lo Civil y Comercial N.º 4 departamental, el juez a cargo rechaza esta última excusación por considerarla insuficiente para configurar la situación de excepción prevista en el artículo 17 inciso 2 del Código ritual y decide elevar las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores (v. fs. 162/163).

Finalmente, la Cámara de Apelaciones considera que no se encontraría configurada la causal invocada por la titular del Juzgado en lo Civil y Comercial N.º 2 y por tal motivo, resuelve remitirlas a la Receptoría General de Expedientes para su posterior envío al juzgado antes mencionado a fin de que su titular tome intervención (art. 17 y conchs, CPCC; v. fs. 164/166 vta.).

1.4.- La Jueza a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial N.º

2, habiendo vencido el plazo de la publicación de edictos, ordena se corra traslado de la demanda (v. fs. 208 y vta.).

Por otra parte, atento a la existencia de otros procesos en trámite en el Departamento Judicial de Dolores, ordena el libramiento de un oficio al Registro Públicos de Amparos de Incidencia Colectiva para su inscripción (v. fs. 208 vta.).

1.5.- La empresa ABSA por apoderado se presenta a contestar la demanda y solicita su rechazo, con costas (v. fs. 224/ 231 vta.).

Expresa que la vía intentada sería improcedente, en el entendimiento de que no cumpliría con los requisitos de admisibilidad previstos en la ley. Así sostiene que no habría habido una conducta u omisión manifiestamente arbitraria o ilegal por parte de ABSA (v. fs. 224 vta.). A su vez considera que existirían otras vías procesales o administrativas aptas para su tratamiento (v. fs. 226 vta.).

Respecto a la cuestión de fondo niega los hechos puestos en conocimiento en la demanda. No obstante, reconoce que podría darse en algún caso puntual algún inconveniente de carácter menor en la prestación del servicio, para afirmar: *“pero de manera alguna existe una desatención del servicio como lo plantean los actores”*.

Agrega: *“Muestra de ello es que, tal como se prueba en la planilla que se adjunta como prueba documental (...) solo 9 de los 19 actores han presentado reclamos formales o telefónicos ante mi mandante en los últimos tres años por cuestiones operativas o de servicio”* (v. fs. 230).

En este sentido sostiene: *“Si efectivamente todos ellos hubieran sufrido en alguna oportunidad cortes intempestivos de agua, baja presión o falta de agua, tendrían que haber realizado algún reclamo ante la empresa o ante el propio ente controlador, sin embargo 10 de los aquí demandantes no lo han hecho en los últimos tres años”* (v. fs. 230).

Acompaña prueba documental, ofrece prueba pericial informática, a los efectos de ser verificada *“la veracidad de la información brindada ... con relación a la existencia del reclamo, usuario que realizó el mismo, unidad de facturación correspondiente, motivo y fecha”* (v. fs. 231).

Se opone a la producción de la prueba pericial ofrecida por

la contraparte y deja presentado el caso federal (v. fs. 231 y vta.).

1.6.- El Fiscal de Estado, por apoderado, se presenta y contesta la demanda (v. fs. 404/ 408).

En forma liminar, niega todos y cada uno de los hechos expuestos que no sean expresamente reconocidos. Expresa que la vía elegida sería improcedente.

También sostiene que a tenor del marco regulatorio la responsabilidad recaería exclusivamente en ABSA en lo que hace a las condiciones y calidad de la prestación (v. fs. 405 vta.).

Afirma que *“en virtud de las facultades y obligaciones conferidas en el Marco Regulatorio provincial, el ejercicio de la competencia atribuida a OCABA corresponde, pero a la vez se limita, al contralor de la prestación del servicio público sanitario y su adecuación a la normativa que lo rige”* (v. fs. 406).

Agrega que el Estado Provincial, *“como concedente de un recurso primordial que incide directamente sobre la vida y salud de los pobladores de esta provincia, es el principal interesado en propiciar que el servicio brindado por ABSA a los usuarios, lo sea en condiciones que aseguren su calidad y cantidad...”* (v. fs. 406).

Da cuenta que través del expediente administrativo 2430-5444/204 -iniciado en la oficina municipal de información al consumidor de Dolores- se sustancia el reclamo del co-actor Germán Alfredo Pereyra por similares hechos a los controvertidos en la presente acción de amparo.

Expone que el Directorio de OCABA dispuso *“hacer lugar al reclamo OCABA N.º 49472 por falta de presión individual en el domicilio de suministro... y ordenar al prestador ABSA SA refacturar descontando el consumo del servicio público de agua potable del mencionado usuario...”* (v. fs. 406 vta.).

Aduna que en virtud de dicho expediente se ordena a ABSA a que de manera urgente arbitre todos los medios necesarios para solucionar el desabastecimiento comprobado en el domicilio de suministro del usuario.

Aclara que frente al silencio guardado por ABSA y la falta de

acreditación del cumplimiento de la sanción e intimación a pesar del tiempo transcurrido, las actuaciones estarían nuevamente a despacho del Directorio para la adopción de nuevas medidas contra la empresa (v. fs. 407).

Sostiene que no existiría posibilidad de vincular a la Provincia con el evento que ha dado lugar este proceso, por faltar los presupuestos de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta. Cita el artículo 1º de la Ley N.º 13.928 y doctrina jurisprudencial.

Esgrime que no existiría una limitación de los derechos constitucionales de los accionantes que pueda ser atribuido causalmente a acciones u omisiones de la autoridad de control por lo que estima que la provincia debería ser apartada del proceso.

Para finalizar ofrece como prueba documental el expediente administrativo N.º 5100-7571/2015, y deja planteado el caso federal (v. fs. 407 vta.).

1.7.- El día 5 de octubre del año 2015 se lleva a cabo la audiencia convocada en los términos del artículo 11 de la Ley N.º 14.192, en la que asistieron el Dr. Germán Alfredo Pereyra, en su condición de apoderado de la parte actora, el Dr. Fernando Jorge Vilar Rousseaux, como apoderado de ABSA, y el Dr. Juan de Dios Benítez, como apoderado del Fisco de la Provincia de Buenos Aires (fs. 208 y vta., 216 y 415/416).

En esta instancia conciliatoria las partes no arribaron a ningún acuerdo. A su vez, ratificaron las distintas posturas manifestadas por medio de las presentaciones efectuadas con anterioridad en estas actuaciones y se resuelve por la Magistrada proveer las pruebas que allí se precisan (v. fs. 415/416).

1.8.- Respecto a la producción de prueba, se llevaron a cabo declaraciones testimoniales, como así fueron recabados distintos informes por los que se corroboraría el déficit en la prestación del servicio domiciliario de agua potable. También se destaca la pericia de fs. 553/561.

Informe que posteriormente fuera impugnado por el apoderado de ABSA (v. fs. 567/571) y que diera lugar a las explicaciones del experto a fs. 615/626 vta.

1.9.- La Jueza interviniente, con fecha 7 de julio de 2016, dicta sentencia, *“haciendo lugar a la acción de amparo promovida por los Sres. Germán Pereyra, María Celia Lorente e Ismael Telmo Bustamante, por si y en representación de todos los usuarios de ABSA de la ciudad de Dolores...”* (v. fs. 767/799 vta.).

En dicho pronunciamiento la magistrada dispuso que el Estado Provincial y ABSA presentaran en un plazo no mayor a los 180 días un Plan integral de obras y gestión conforme lo prevé el Decreto N.º 878/03, *“y que contemple: a) Estudio, Proyecto y Construcción de la infraestructura adecuada; b) Gestión adecuada del Servicio para lo cual se deberá contar con un presupuesto acorde a fin de garantizar el funcionamiento constante y continuo de las Obras Planificadas... c) Control de Calidad y Cantidad de la Prestación. El Plan de Gestión deberá contemplar un Control de fugas, Mallas Cerradas y diámetros acordes a la demanda y usos sectoriales, Ampliación de la red domiciliaria, Estudios de nuevas fuentes de captación, Acondicionamiento de la infraestructura existente, Control de Calidad, Gestión adecuada del servicio, Plazos de ejecución razonable y etapas si correspondieren y provisión de partidas presupuestarias en tiempo razonable conforme lineamientos sentados...”* (v. fs. 798 vta., las letras en mayúsculas pertenecen al original).

Agrega que la presentación descripta *“es bajo apereamiento de imponerse astreintes”*, las que *“se determinarán judicialmente en su debida oportunidad”* (v. fs. 798 vta. y 799).

A su vez ordena que el Estado Provincial y ABSA den debida publicidad e informen sobre el plan de obras y de gestión a la comunidad de Dolores conforme a las prescripciones de los artículos 35 m), 50 e) y h) y 88 n) del Decreto N.º 878/03 (v. fs. 799).

Precisa que el plan sea solventado por sendas demandas (v. fs. 799).

Dispone que el concesionario ABSA proceda a la refacturación del servicio descontando el consumo de agua potable en los casos en que la Gerencia de Control Técnico y de Calidad del Servicio del Organismo de control constate o se acredite la falta de suministro y/o presión en los domicilios de los usuarios. Precisa pautas para su realización y señala que la medida perdurará *“hasta que*

el prestador notifique que la provisión de agua en las condiciones del Dec. 878/03 esté efectivamente solucionada, lo cual deberá ser notificada fehacientemente al Organismo de Contralor del Agua de Buenos Aires, el que en todos los casos deberá corroborar ello”. Además, impuso las costas a la demandada (v. fs. 799).

1.10.- El Dr. Pereyra apela los honorarios por bajos (v. fs. 801).

El Dr. Vilar Rousseax por ABSA se alza contra lo decidido (v. fs. 812/824 vta.).

Respecto a este último recurso, sostuvo como primer agravio, que existirían otras vías procesales o administrativas más aptas para efectuar este tipo de reclamos. En especial considera que el artículo 51 del Decreto N.º 878/03 establece un procedimiento administrativo idóneo para exigir una mejor prestación del servicio público.

También entiende que los actores debieron haber canalizado la pretensión por medio de una demanda contencioso administrativa, única vía procesal que considera apta, y que “permite la sustanciación de pretensiones de lo más variada, y que involucran no solamente la impugnación de la actuación administrativa, sino también la revisión de cualquier acto u omisión de un sujeto en ejercicio de función administrativa, como es ABSA, en su calidad de concesionario de un servicio público” (v. fs. 813).

Como segundo agravio considera que el actuar de su representada bajo ningún punto de vista podría ser calificada como ilegal o arbitraria, para que el amparo fuera procedente. Así, sostiene que “no ha sido probado que mi mandante haya incumplido con estas obligaciones, de manera tal que pueda haberse probado la existencia de una omisión ilegal por parte de ABSA que haga procedente la acción de amparo intentada en autos”, razón por la cual afirma que la sentencia sería infundada (v. fs. 815).

Resalta que, de los diecinueve actores, solamente nueve han presentado reclamos formales o telefónicos en los últimos tres años por cuestiones operativas o de servicio. Para continuar exponiendo que diez de los amparistas nunca habrían iniciado reclamo operativo ni ante ABSA ni ante el OCABA por problemas de prestación del servicio en los últimos tres años cuando considera que ello debía ser

necesario para demostrar la existencia del problema denunciado (v. fs. 815).

Respecto a la pericia ingenieril, en apretada síntesis sostiene que las conclusiones a las que arriba no estarían fundadas en hechos verificables, y no cumpliría con las previsiones de los artículos 457 y 472 del CPCC *“al no explicar detalladamente las operaciones técnicas realizadas ni los principios científicos en los que se funda el experto, todo lo cual lo descalifica como medio probatorio apto para formar la convicción del sentenciante”* (v. fs. 817).

A su vez, considera ineficaz las declaraciones testimoniales producidas, se explaya al respecto. Expone que denotarían la existencia de inconvenientes en el servicio, pero no llegarían a probar la violación de obligaciones por ABSA en materia de prestación del servicio, y que tampoco serían patentes, descalificando la vía procesal adoptada (v. fs. 818).

Como tercer agravio en cuanto a supuestos incumplimientos legales impuestos por el marco regulatorio del servicio, transcribe algunos de los preceptos normativos para afirmar que al decidir no se habría especificado o fundado cuáles eran las obligaciones incumplidas en relación a los hechos *“limitándose a mencionar genéricamente que las pruebas producidas ...habrían probado que...incumplió las obligaciones impuestas por los artículos 24, 25, 32 y 33 del marco regulatorio”* extendiéndose a otros incumplimientos que no se habrían sometido a su decisión.

Invoca la ausencia de fundamentación ante la falta de determinación lógica y jurídica en lo decidido que atentaría contra el derecho de defensa de ABSA (v. fs. 822).

También se agravia del supuesto exceso en el ejercicio de la función jurisdiccional. En apretada síntesis, en cuanto impuso una serie de medidas por las que la empresa se vería obligada a cumplir con una sentencia *“cuyos alcances son imposibles de precisar, por cuanto las condiciones que debería cumplir ...han sido definidas sin haberse realizado un estudio ni análisis integral de la situación real de los bienes que utiliza ABSA para prestar su servicio”* (v. fs. 823).

Para finalizar apela los honorarios del perito por altos, y mantiene el caso federal (v. fs. 823 vta.).

1.11.- El Fiscal de Estado, por apoderado, también presentó un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (v. fs. 826/830).

Expone en lo principal, que la sentencia produciría una invasión de competencia, que el órgano judicial se arrogaría la facultad de obrar como si fuera la propia administración, violándose de este modo –siempre según los términos del presente recurso– la división de poderes.

Agrega que *“la realización de una obra pública configura el ejercicio de una actividad discrecional de la Administración; que se lleva a cabo en función del mérito, oportunidad y conveniencia de aquélla y que constituye el ejercicio de una facultad que, como regla, excluye la revisión judicial, cuyo ámbito queda reservado para los casos en que la decisión administrativa resultare manifiestamente ilegal o irrazonable y los daños alegados no sean susceptibles de reparación ulterior”*. Invoca *“la cuestión no judicial”*, Cita jurisprudencia a los fines de destacar la improcedencia de la acción intentada (v. fs. 827).

Explica que no se darían tampoco los presupuestos propios del amparo colectivo y se alza contra la intervención que se da a la provincia en el proceso y los resultados dispuestos en cuanto al OCABA.

Descalifica el pronunciamiento en cuanto arriba a la existencia de un actuar ilegal o arbitrario de la provincia cuando esta *“delegó la prestación del servicio de agua potable para el Partido de Dolores...”* (v. fs. 829).

Se agravia, por último, de las costas, de las regulaciones de honorarios, montos y distribución. Invoca los artículos 1 y 18 del Decreto ley N.º 7543/69 en cuanto a la previsión en materia de honorarios para los funcionarios de la Fiscalía de Estado (v. fs. 829 vta.).

1.12.- La Magistrada atiende a lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley N.º 14.192, concede con efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto, dispone el traslado y ordena que en su oportunidad se forme incidente y se eleven las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial (v. fs. 831).

A fs. 838/840 vta. y 842/846 vta., la parte actora contesta traslados de los recursos impetrados.

Asimismo, el perito ingeniero apela sus honorarios por bajos (v. fs. 1041 y vta., v. fs. 1056 y vta. y 1065); se responde traslado por el apoderado de ABSA a fs. 1067/1068 vta.

Por su parte, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores resuelve el día 18 de agosto del año 2016 se remitan las actuaciones para el tratamiento de los recursos interpuestos a la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata (v. fs. 1049/1050 vta.).

1.13.- La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo en lo sustancial, ante la ausencia de informe del oficio librado al Registro Público de Amparos de Incidencia Colectiva (v. fs. 551 y 1089) y sin perjuicio de arbitrar lo necesario, decide suspender el pase de los autos al acuerdo hasta tanto se constate el cumplimiento de lo ordenado (v. fs. 1093 y vta.).

Obra constancia, a fs. 1095/1096. Se informa con fecha 1° de marzo de 2017, el Área Registros y Digesto de la Secretaria de Servicios Jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia sobre la solicitud de registración y de la inscripción de un listado con un total de cinco causas en trámite judicial, detallando sus respectivas carátulas, números de expediente, órganos de radicación, objeto y materia.

1.14.- La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo advierte la omisión de cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley N.º 13.133 para lo cual, remite las actuaciones al Juzgado de origen a los fines de otorgar vista al Ministerio Público Fiscal (v. fs. 1097).

A fs. 1100, se evacua vista por el Agente Fiscal Diego Carlos Bensi del departamento judicial de Dolores quien se notifica de la sentencia y solicita se dé vista al Fiscal General en cuanto a la cuestión de competencia planteada, con mención del artículo 16, inciso 6, de la Ley N.º 12.061. Así se dispone a fs. 1101.

El Dr. Diego Leonardo Escoda, Fiscal de la Cámara departamental de Dolores expone respecto a la competencia del Ministerio Público en relación a lo normado por el artículo 27 de la Ley N.º 13.133 y la intervención del agente fiscal de instancia; se aparta de lo manifestado por el Fiscal Bensi en cuanto a la existencia de una cuestión de competencia (v. fs. 1102 y vta.).

Se dispone dar nueva vista al agente fiscal (v. fs. 1103), ratifica su anterior intervención en cuanto a la notificación de la sentencia y “*adhiere*” a los fundamentos de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores en lo que respecta a la cuestión de competencia (v. fs. 1104 y 1049/1050 vta.).

1. 15.- La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, con asiento en Mar del Plata, con fecha 22 de junio de 2017, dicta sentencia (v. fs. 1107/1129).

1.15.1.- Declara su competencia para conocer de los recursos articulados (art. 17 bis de la Ley N.º 13.928 -t.o. según Ley N.º 14.192-).

Desestima los recursos de apelación deducidos por Aguas Bonaerenses S.A. y por Fiscalía de Estado; confirma el pronunciamiento de grado. Las costas de alzada se imponen a los apelantes por su objetiva condición de vencidas.

Asimismo, resuelve inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por el Fisco provincial a fs. 826/830, en aquella parcela en que se cuestionan los emolumentos fijados en favor del perito.

Acoge el embate deducido por el Fisco Provincial en aquel segmento direccionado a cuestionar la regulación de honorarios practicada por el *a quo* en favor de sus letrados apoderados y deja sin efecto los estipendios fijados en la instancia de grado en favor los Dres. Sergio Rodolfo Estefanell y Juan de Dios Benítez.

Rechaza los recursos de apelación articulados a fs. 801, 812/824, 826/830 y 1041 y, consecuentemente, confirma las regulaciones de honorarios efectuadas en la instancia de grado en favor del Dr. Germán Pereyra y del Perito.

1.15.2.- Solo haré referencia a la parcela de la sentencia en la que se trata la cuestión de fondo resulta.

El juez que vota en primer término, fundante de la sentencia, analiza lo referido a los planteos que postulan ABSA y el apoderado del Fiscal de Estado sobre la supuesta “*ausencia de un obrar manifiestamente arbitrario o ilegítimo*” que tornaría inadmisibile la acción de amparo.

Al respecto, entiende que la ausencia de individualización de las normas que se tendrían por incumplidas en relación a los concretos hechos ventilados en la causa arrojarían como consecuencia la ausencia de *“argumentos capaces de poner en crisis el razonamiento a través del cual la sentenciante, tras un pormenorizado relevamiento de la normativa de la cual surgiría -en su visión- el incumplimiento de la entidad prestadora ABSA. ‘a su obligación de proveer agua en condiciones adecuadas de calidad y continuidad para los usuarios de Dolores...’, y la omisión de la Prov. de Buenos Aires ‘...de cumplir adecuadamente el deber de control sobre la prestadora...’ y permitir además que una obligación esencial y propia del Estado... se preste por delegación en forma deficitaria...”* (v. fs. 1116 vta.).

Agrega que los embates intentados en tales términos, por tanto, *“nada aportan a la conformación de una crítica concreta y razonada del pronunciamiento cuya revocación se persigue, requisito éste que, impuesto por el art. 260 del CPCC (aplicable al caso por remisión del art. 19 de la ley 13.928 -texto según ley 14.192-), exige hacerse cargo de los fundamentos del fallo, a través de un memorial que exponga en forma seria, fundada, objetiva y puntual sus errores, junto con la demostración de los motivos para considerarlo erróneo, injusto o contrario a derecho”* (fs. 1117).

También advierte una *“falencia argumental”* cuando los recurrentes aluden a la supuesta improcedencia formal de la acción de amparo intentada con sustento en que la vía excepcional del amparo se vería desplazada en cuanto a su idoneidad por la existencia de carriles ordinarios aptos para enderezar la presente.

Sobre ello considera que la pretensión, consistente en sugerir que la vía procesal adecuada debería haber sido la acción contencioso administrativa ante el carácter excepcionalísimo de la vía del amparo y la necesidad de producir vasta y profusa prueba, viene acompañada de la circunstancia de que *“ninguna objeción se plantea en sendos memoriales capaz de conmover aquella premisa del fallo de grado que postula que el reclamo ventilado en el sub lite giraría en torno a la protección de derechos especialmente tutelados por el ordenamiento constitucional como el derecho a la vida y a la salud”* (v. fs. 1117 vta.).

Agrega, tampoco se cuestiona el análisis probatorio a partir del cual la Juez de grado concluyó que existiría la posibilidad de inferir un daño grave e irreparable si se desviara la reclamación a los procedimientos

comunes, sean judiciales o administrativos.

Entiende el Señor Juez, que debería rechazarse también lo pretendido por los recurrentes, respecto al supuesto carácter no justiciable de la cuestión motivo del presente proceso.

Refiere que se habría aludido a un *“indebido avance sobre las potestades del Poder Ejecutivo”* que -según lo manifestado en las piezas recursivas- *“implicaría la fijación por el a quo de un plazo, no superior a los 180 días, para que presenten un Plan integral de Obras y Gestión que respete el marco regulatorio establecido por el Dec. N.º 878/03...”* (v. fs. 1117 vta., *in fine*).

Sostiene, que en autos se encontrarían comprometidos derechos de raigambre constitucional, como el derecho a acceder a aquellos servicios públicos sanitarios que tienen como fin la satisfacción de necesidades vitales del hombre -como lo es precisamente la provisión de agua potable en calidad y cantidad suficiente-, el derecho a la salud y a la integridad física, *“derivados lógicos del derecho a la vida -primer derecho del ser humano reconocido por el ordenamiento jurídico”*. Se transcribe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación e instrumentos internacionales que protegen estos derechos (v. fs. 1118 vta.).

Aduna el Magistrado que constituiría un aspecto indiscutido *“la existencia de un expreso deber jurídico en cabeza del Estado provincial como titular del servicio público sanitario y en particular del Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos como la Autoridad Regulatoria prevista en el art. 4 del dec. N.º 878/03 -sin perjuicio de las responsabilidades que en virtud del contrato de concesión le caben a la Entidad Prestadora ABSA y los deberes de control que por imposición normativa le competen al OCABA- de que éste se desarrolle en condiciones que garanticen su continuidad, regularidad, cantidad, calidad y universalidad, asegurando una prestación eficaz a los usuarios y la protección de la salud pública y el medio ambiente, según las pautas que se correspondan con el servicio sustentable”* (v. fs. 1119).

Expresa dicho pronunciamiento que la obligación de brindar este servicio surgiría no sólo del derecho constitucional a la salud y la vida, sino también, de los establecido por el marco regulatorio aplicable.

Detalla que la norma establece que: *“...deberá mantenerse*

en la llave maestra de cada conexión, las condiciones de presión y caudal que se indiquen en los reglamentos y las normas que dicte la Autoridad Regulatoria; ...deberá entregarse un suministro de agua continuo, regular, uniforme y universal y ...si la presión de suministro fuera insuficiente para que el agua potable ingrese a las instalaciones internas de los inmuebles servidos, se considerará incumplido el principio de continuidad del servicio” (v. fs. 1119, in fine).

Señala la sentencia que no se ignora que la responsabilidad principal en el diseño, ejecución y control de obras de carácter sanitarias como las que se están aquí juzgando, recaería en el Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires, mas “*el concreto ejercicio de tales prerrogativas reconocidas a la Administración provincial debe ser consistente con el amplio alcance de aquellos derechos a la vida, a la salud y a la integridad física, reconocidos en tratados incorporados a nuestro orden supralegal por imperio del citado art. 75 incs. 22° y 23° de la Carta Magna y en desmedro de los cuales habría redundado el proceder aquí enjuiciado” (v. fs. 1120).*

Atiende para resolver a los lineamientos de la Suprema Corte de Justicia que se establecieron en el caso A 71.230 “Gutiérrez” (2015), en especial el considerando tercero, voto del Dr. Hitters, al que se remite.

Por ello considera que la discrecionalidad administrativa encontraría un límite “*en el efectivo cumplimiento de las prerrogativas superiores y no viceversa, de modo que mal podría considerarse la existencia de una zona de reserva de la Administración eximida de ajustarse a aquellos preceptos supralegales que resguardan los derechos fundamentales del Administrado, pues el efectivo goce de estos últimos no podría quedar supeditado al cumplimiento discrecional de las normas por la Administración...*” (v. fs. 1120 vta.).

De esta forma entiende que los preceptos constitucionales no constituyen “*un mandato dirigido solo al legislador o a la autoridad administrativa, sino también a los Jueces*”, principios que no podrían ser desconocidos (v. fs. 1120 vta.).

De esta forma entiende que “*las acciones positivas que por imperio de los citados principios el Estado debe llevar a cabo no se ejercen exclusivamente por leyes o actos administrativos, sino que también pueden y deben ser adoptadas por los*

jueces". (v. fs. 1120 vta.).

Afirma, en lo que respecta a la cuestión aquí debatida, que se encontraría demostrada tanto la ilegítima omisión en que habrían incurrido las demandadas en punto al cumplimiento de los deberes a su cargo, como así también, el perjuicio que tal proceder les habría producido a los amparistas y a la comunidad de Dolores.

De allí que desestima que pudiera ser considerado lo debatido como una "cuestión no justiciable" o que se pudiera configurar un "exceso del ejercicio de la función jurisdiccional", para añadir que del plan de obras dispuesto en la sentencia de primera instancia, varias cuestiones relevantes quedarían en manos de la autoridad administrativa, por ejemplo "...la determinación de la infraestructura que consideren adecuada para cumplir con los parámetros de calidad y eficiencia del servicio que impone el marco regulatorio, ...la fijación de plazos razonables de ejecución y... la provisión de las partidas presupuestarias suficientes para garantizar la realización de las obras planificadas" (v. fs. 1121).

Por lo expuesto, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo resuelve en definitiva a través del voto del juez que interviniera en primer término, al que adhiere -agregando fundamentos- el restante Magistrado, rechazar el recurso de apelación presentado por ABSA (v. fs. 1128).

II.-

El apoderado de ABSA interpone -ante lo decidido por la Cámara de Apelación- el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 1143/ 1155).

2.1.- Respecto a la admisibilidad considera cumplidos los requisitos de carácter formal previstos en la normativa adjetiva para este tipo de remedios extraordinarios (arts. 278, 279, y concordantes del CPCC).

Entiende que el recurso ha sido interpuesto en el plazo legal, la decisión sería de carácter definitivo y por lo tanto resultaría de imposible reparación ulterior.

Aclara que al momento de su interposición no había efectuado el depósito previo previsto en el artículo 280 del código de rito, al estar pendiente

la apertura de la cuenta judicial.

Por último, expresa que la sentencia le produciría un gravamen de imposible reparación ulterior (v. fs. 1143 vta.).

Explica que la parte actora había promovido la presente acción de amparo contra ABSA y contra la Provincia de Buenos Aires con el objeto de que los demandados realizaran las obras y tareas necesarias para proveer de agua potable a la ciudad de Dolores *“en calidad y cantidad suficiente, como así también se ordene la refacturación del servicio a todos los usuarios”* de dicha comunidad (v. fs. 1144).

Agrega que la parte que representa había sostenido que la acción de amparo no resultaba procedente, por cuanto no se habrían dado los presupuestos que establece el artículo 20 de la Constitución Provincial ni los de la Ley N.º 13.928, *“por cuanto ABSA no había actuado ni omitido actuar con ilegalidad o arbitrariedad manifiesta”* (v. fs. 1144).

Explica que la sentencia le produce un agravio de carácter irreparable, porque la decisión impugnada confirma un fallo de primera instancia por el que se había condenado a ABSA y al Estado Provincial a que en un plazo de 180 días presentaran un plan integral de obras y gestión del servicio sanitario para la Ciudad de Dolores *“que contemple: a) Estudio, Proyecto y Construcción de la Infraestructura adecuada. b) Gestión adecuada del Servicio para lo cual se deberá contar con un presupuesto acorde a fin de garantizar el funcionamiento constante y continuo de las Obras Planificadas. La partida presupuestaria correspondiente deberá ser provista y otorgada por la demandada en un tiempo razonable para cumplir las etapas de su ejecución. c) Control de Calidad y Cantidad de la Prestación”* (v. fs. 1144).

A su vez afirma que la decisión recurrida agregaría requisitos a ser cumplidos por el *“Plan de Gestión”*, debiendo contemplar *“un control de fugas, mallas cerradas y diámetros acordes a la demanda y usos sectoriales, ampliación de la red domiciliaria, estudios de nuevas fuentes de captación, acondicionamiento de la infraestructura existente, control de calidad, gestión adecuada del servicio, plazos de ejecución razonables y etapas si correspondieren y provisión de partidas presupuestarias en tiempo razonable...”*, y ello *“bajo aperecibimiento de imponerse astreintes”*.

Expone que también ordena la debida publicidad e

información sobre dicho Plan de Obras y de Gestión para la comunidad de Dolores (v. fs. 1144 y vta.).

De esta forma, expresa que la sentencia impondría *“una obligación de hacer sumamente gravosa, por cuanto A.B.S.A. tendrá que desembolsar cuantiosísimas sumas de dinero, que en caso de que esta decisión no sea revocada, a efectos de ejecutar el plan de obras a que refiere el punto 1 de la sentencia que por el presente se impugna”* (v. fs. 1144 vta.).

A ello se le sumaría la obligación de refacturar el servicio de provisión de agua potable *“a los usuarios que se constate que han tenido o tienen falta de presión en el suministro de agua potable, y todo ello hasta quede se realicen las obras que del plan que A.B.S.A. y la Provincia deben presentar”* (v. fs. 1144 vta.).

Para la recurrente la Cámara de Apelación habría efectuado una errónea invocación del artículo 260 del Código Procesal en lo Civil y Comercial al determinar que ABSA no habría dado cumplimiento al requisito de que en el memorial se expusiera *“en forma seria, fundada y objetiva los errores del fallo de primera instancia”* (v. fs. 1145),

Entiende que esto último implicaría *“la violación del derecho de defensa de mi mandante, por cuanto sus agravios fueron rechazados sin argumentación jurídica ni fáctica alguna, solamente explicitando que no implican una crítica razonada y concreta del resolutorio de primera instancia, y con ello obviamente la violación del derecho de defensa de ABSA cuyo ejercicio y goce se encuentra garantizados por los artículos 18 de la CN y 15 de la CP”* (v. fs. 1145).

Efectúa una crítica a la supuesta errónea aplicación que la Cámara de Apelaciones habría hecho respecto al contenido del artículo 2 de la Ley N.º 13.928, *“por el cual se establece que la acción de amparo no será admisible cuando pudieran utilizarse por la naturaleza del caso los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable”*.

También considera que no se habría interpretado en forma correcta la manda de los artículos 50 y 51 del marco regulatorio del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales, aprobado por Decreto N.º 878/2003 ratificado por Ley N.º 13.154, *“que disponen que los usuarios tiene derecho a recurrir ante el OCABA, ante cualquier situación conflictiva con el concesionario, que éste no haya*

atendido o resuelto satisfactoriamente ante el requerimiento previo y fundado por parte del usuario y a denunciar ante el OCABA cualquier conducta irregular u omisión del concesionario o sus agentes que pudiera afectar sus derechos perjudicar los servicios, o el medio ambiente, como así también que ‘Contra las decisiones o falta de respuesta de la entidad prestadora, los usuarios podrán interponer ante el OCABA un recurso directo dentro del plazo de treinta días corridos a partir del rechazo tácito o explícito del reclamo por parte de la entidad prestadora. ...Se considerará tácitamente denegado un reclamo, cuando la entidad prestadora no hubiese dado respuesta dentro de los treinta días de presentado el mismo’” (v. fs. 1145 vta.).

2.2.- En lo que se refiere a la procedencia sustancial del recurso de inaplicabilidad de ley, y tal como lo hiciera párrafos antes, rechaza la posición sustentada por la Cámara de Apelaciones cuando, al confirmar la sentencia de primera instancia, habría resuelto que el recurso de apelación interpuesto por la empresa ABSA no habría cumplido con los requisitos previstos en el artículo 260 del CPCC, en el sentido de que *“el memorial no se hacía cargo de los fundamentos del fallo en tanto no exponía de manera fundada, seria y objetiva cuáles eran sus errores”* (v. fs. 1146).

En sentido opuesto, considera que lo resuelto resultaría una apreciación totalmente dogmática y violatoria del derecho de defensa.

También sostiene que el recurso de apelación interpuesto habría dado *“una correcta crítica razonada y concreta del fallo apelado”* (v. fs. 1146).

Para arribar a esa conclusión, hace saber que lo dispuesto por la Cámara de Apelación sería una mera afirmación dogmática, por cuanto se habría rebatido lo resuelto en la sentencia de primera instancia y efectuado *“un exhaustivo análisis y rebatimiento de la prueba en que se basó el juez de primera instancia para hacer lugar a esta acción de amparo”* (v. fs. 1146 in fine).

Explica el segundo agravio que habría planteado ABSA al momento de presentar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el cual consistiría en que la parte actora no habría acreditado el cumplimiento del requisito de *“ilegalidad y arbitrariedad manifiesta”*, para su procedencia, con lo cual ese remedio no debería haber prosperado (v. fs. 1146 vta.).

Recalca que **“para acreditar la arbitrariedad e ilegitimidad**

manifiesta, debió haberse probado en autos que mi mandante VIOLA DE MANERA PATENTE Y OSTENSIBLE LAS NORMAS LEGALES QUE LE RESULTAN APLICABLES ABSA” (v. fs. 1146 vta., el resaltado pertenece al original).

Destaca que la Cámara de Apelación efectuó una extensa transcripción del texto del marco regulatorio, y entendió que el supuesto incumplimiento a obligaciones previstas en el marco regulatorio configuraría un accionar omisivo por parte de ABSA, que configuraría un actuar arbitrario e ilegal, que se habría acreditado por medio de reclamos insatisfechos en favor de los usuarios, ante la pretendida deficiencia en la prestación del sistema de provisión de agua (v. fs. 1147).

Manifiesta que lo expuesto no sería cierto a tenor de las razones que expone (v. fs. 1147).

Así, en lo que se refiere a los distintos reclamos iniciados por los usuarios, entiende que la Cámara de Apelación habría fundado su decisión en reclamos realizados ante ABSA y OCABA por supuestas deficiencias, pero “*sin haberse constatado acabadamente cuál fue la resolución brindada por ABSA a los mismos*” (v. fs. 1147).

Refiere que la empresa que representa no habría negado al momento de contestar la demanda, la posibilidad de que algunos de los usuarios demandantes no hubieran efectuado reclamos a la empresa ante posibles inconvenientes en la prestación del servicio.

Reconoce que a tenor de las características que posee el servicio que brinda su mandante, es posible que pudieran darse “*de manera puntual u ocasional*” inconvenientes en algún domicilio de los usuarios demandantes, más “*de manera alguna existe una desatención del servicio que pueda ser considerada como una omisión configurativa de una ilegalidad manifiesta o una violación al marco regulatorio que hagan procedente la acción de amparo*” (fs. 1147).

Agrega que sería “*imposible pensar que en la prestación del servicio no existan inconvenientes a diario[s] que puedan producirse o bien por el aumento excesivo del consumo en épocas estivales, o bien por el mal uso que los usuarios hacen del mismo o por inconvenientes técnicos puntuales, como pueden ser la rotura de una bomba o una pérdida de agua en la vía pública*” (v. fs. 1147).

Manifiesta que ello de ninguna manera -siempre según los términos del recurso bajo análisis- podría ser considerado “*como una violación a las normas del marco regulatorio para hacer procedente esta acción de amparo*” (v. fs. 1147).

Afirma que no habría quedado probado que ABSA hubiera incumplido con las obligaciones del artículo 23 del marco regulatorio y que, por ello, no se habría presentado ni “*estaría probada la existencia de una omisión ilegal por parte de ABSA que haga procedente la acción de amparo intentada en autos*”, razón por la cual la sentencia del *a quo* resultaría infundada (v. fs. 1147 vta.).

Explica que, de los diecinueve actores, solamente nueve habrían presentado reclamos formales o telefónicos en los últimos tres años por cuestiones operativas o de servicio.

Agrega: “*Es decir, que 10 de los amparistas NUNCA iniciaron reclamo operativo ni ante ABSA ni ante el OCABA por problemas en la prestación del servicio en los últimos tres años. Cosa que deberían haber hecho necesariamente, si los supuestos problemas denunciados hubieran existido*” (v. fs. 1147 vta., las letras mayúsculas se corresponden con el original).

Expone que, de los restantes usuarios, sólo dos habrían iniciado reclamos por pérdidas de agua en la vereda, las cuales habrían sido oportunamente reparadas.

Aclara que solamente siete amparistas han realizado algún reclamo por falta de presión, en alguna oportunidad en los últimos tres años (v. fs. 1147 vta.).

Por eso, sostiene, que esos hechos demostrarían la inexistencia de una omisión en la prestación del servicio “*QUE PUEDA SER CONSIDERADA COMO UNA ILEGALIDAD O ARBITRARIEDAD MANIFIESTA QUE HAGA VIABLE ESTA ACCION DE AMPARO*” (v. fs. 1147 vta., las palabras en mayúsculas pertenecen al original).

No niega la posibilidad de la existencia de algún problema puntual en la prestación del servicio, ocasional o estacional, pero señala que esta circunstancia no podría traducir la existencia de un problema generalizado que afectase a toda la ciudad de Dolores (v. fs. 1148).

Luego de citar y transcribir jurisprudencia de V.E. y recordar

los artículos 43 de la Constitución Argentina y 20, inciso 2, de la Constitución de Buenos Aires, expresa que *“de las pruebas producidas en autos no se ha acreditado la omisión manifiestamente ilegal a la que alude el a quo en su sentencia, lo que la tornan reprochable por su falta de fundamentación, dado que la existencia de algunos reclamos realizados por los usuarios ante ABSA y/o el OCABA de manera alguna puede ser considerada como que la actuación de mi mandante haya sido en franca violación al marco regulatorio aplicable, razón por la cual, se solicita (...) revoque la sentencia apelada”* (v. fs. 1148 vta.).

Respecto a la pericia sobre la que se habrían fundado las sentencia de primera y de segunda instancia, manifiesta que habría sido oportunamente impugnada por la parte aquí recurrente, *“... ello por cuanto la respuesta dada por el perito demuestra que no ha constatado efectivamente el estado de la red de distribución de agua de Dolores”*. Y agrega que, *“...se ha limitado a reproducir las falencias que tendría el servicio de acuerdo a lo explicitado en notas periodísticas publicadas en diversos diarios y publicaciones de la zona, por los dichos del intendente o de los propios empleados de ABSA, todo ello además improbable”* (v. fs. 1148 vta.).

Precisa que dicha pericia carecería de valor probatorio respecto de la supuesta omisión ilegítima de ABSA.

Aduna que *“la jurisprudencia de manera pacífica considera que ‘carecen de eficacia probatoria las conclusiones que se consignan en la pericia que surgen de meras manifestaciones verbales que en la empresa le manifestaron al experto, porque su admisión implicaría la desnaturalización de la prueba y labor pericial ... y la sustitución por ésta del medio probatorio idóneo...’* (v. fs. 1148 vta.). Menciona el artículo 457 del CPCC.

Continúa expresando que la pericia no acreditaría el estado de la red de agua de la ciudad de Dolores ni la supuesta deficiencia en la prestación del servicio que alega el a quo en su sentencia, por cuanto el perito no habría efectuado ninguna constatación que le permitiera aseverar, cuál sería la situación real de los bienes utilizados por ABSA para prestar el servicio público a su cargo.

Pues considera que *“el dictamen pericial ...no pasa de ser una mera suposición, desprovisto de fundamento técnico científico, al no contar con una explicación detallada para llegar a la conclusión que sugiere...”* (v. fs. 1149). Descalifica su valor probatorio.

Niega lo expresado por el perito en cuanto manifiesta que la red no aseguraría una columna de agua con la que puedan llenarse los tanques de reserva domiciliarios, así como que la cantidad de agua generada resultase inferior a la creciente demanda de la ciudad. Al respecto, el apoderado de ABSA sostiene que lo expuesto por el profesional habría sido realizado sin hacer mediciones que le permitieran fundar sus aseveraciones (v. fs. 1149).

También le critica el no haber explicitado en qué se basa para sostener que la cantidad de agua potable que produce ABSA sea inferior a la demanda local.

Afirma: *“Evidentemente su dictamen lo funda en las notas periodísticas que cita como así también en un informe del OCABA, sin que el mismo sea producto de sus propias constataciones y menos aún de una derivación de su leal saber y entender técnico”* (v. fs. 1149).

Respecto a la *“dotación diaria por habitante”* explica que el perito habría manifestado que, a tenor de las declaraciones del Jefe de Sucursal en una nota periodística, *“el modulo potabilizador (una de las tres fuentes de provisión) genera 140.000 litros por hora y que distribuidos entre 28 mil habitantes significa una dotación del orden de los 100 litros por día y por habitante”* (v. fs. 1149).

Pero lo antes expuesto, agrega el recurrente *“correspondía solamente al caudal aportado por el modulo potabilizador y la interpretación dada por el Perito resulta ser errónea y contrapuesta al primer análisis de disponibilidades que el propio perito realiza y a través del cual determina que la disponibilidad sería del orden de 360.000 litros hora y no 140.000 como expresa posteriormente”* (v. fs. 1149).

Más adelante efectúa otras apreciaciones sobre contenidos de la pericia en cuanto a la población total de Dolores, y la dotación para el área servida que resultaría ser del orden de los 294 litros por día y por habitante, *“esto es un 84 % del máximo establecido como parámetro de cálculo para el diseño de redes (350 litros por habitante por día), por lo cual debe considerarse que la provisión de agua que mi mandante realiza en la Ciudad de Dolores resulta aceptable...”*. Asevera que ello probaría que ABSA no habría violado de manera manifiesta las previsiones del marco regulatorio en torno a sus obligaciones prestacionales (v. fs. 1149 vta.).

De allí que, respecto a la pericia, concluye afirmando que la misma no habría satisfecho lo previsto en el artículo 472 del CPCC, *“al no explicar detalladamente las operaciones técnicas realizadas ni los principios científicos en los que se funda el experto, todo lo cual lo descalifica como medio probatorio apto para formar la convicción del sentenciante, no obstante ello el a quo la ha considerado como la prueba del deficiente servicio que presta mi mandante”* (v. fs. 1149 vta.).

Sobre la supuesta falta de presión de agua, afirma que el perito no habría utilizado un manómetro, lo cual considera como *“un procedimiento básico de medición”*, y que, *“no obstante ello, y sin ningún fundamento, informa que el mínimo de 10 mca [metro de columna de agua] no se ha cumplido de manera continua y permanente”* (v. fs. 1149 vta.).

Respecto a las declaraciones testimoniales producidas en autos considera que las mismas no probarían la violación patente de sus derechos como usuarios, que hagan viable la acción de amparo, *“por lo cual la sentencia dictada por el a quo, a pesar de su extensión, no encuentra fundamento adecuado en las probanzas de autos”* (v. fs. 1150 vta.).

Luego dedica un capítulo a la inadmisibilidad de la acción de amparo en un tema como el presente (v. fs. 1152/153 vta.).

Así reitera lo expresado en las instancia procesales anteriores, en el sentido de que *“..el remedio judicial más idóneo, luego de la entrada en funcionamiento del fuero contencioso administrativo, es la acción contenciosa administrativa, que permite la sustanciación de pretensiones de lo más variada, y que involucran no solamente la impugnación de la actuación administrativa, sino también la revisión de cualquier actor u omisión de un sujeto en ejercicio de función administrativa, como es ABSA, en su calidad de concesionario de un servicio público”* (v. fs. 1152 vta.).

Vuelve a manifestar que el escrito de expresión de agravios presentado contra la sentencia de primera instancia, *“lejos se encuentra de los reproches efectuado por el fallo de Cámara en cuanto sostiene que el mismo incurre en una falencia argumental que logre conmovier las premisas del fallo impugnado”* (v. fs. 1153).

Esgrime que pareciera que el tribunal no tiene en cuenta que *“no obstante los requisitos que debe satisfacer la carga técnica de expresar agravios...,”*

en la materia prevalece un criterio amplio o flexible, en salvaguarda de principios de mayor jerarquía ...” (v. fs. 1153).

Continúa “...es así que, sin perjuicio de la debilidad de los fundamentos articulados en la expresión de agravios, es necesario su tratamiento si se advierte en ella el mínimo agravio” (v. fs. 1153). Cita los artículos 18 de la Constitución Argentina, 11 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 260 y 261 del CPCC.

Por ello entiende que la Cámara debió haber tratado los agravios expresados por la recurrente, “*por cuanto la parte troncal del decisorio apelado se encontraba correctamente impugnada*” (v. fs. 1153 y vta.).

Para finalizar mantiene el caso federal (v. fs. 1154 y vta.; art. 14 de la ley 48).

III.-

3.1.- Una vez concedido el recurso extraordinario por la Cámara de Apelación (v. fs. 1160 y vta.), fueron elevadas a V.E. las presentes actuaciones.

3.2.- Con fecha 18 de octubre de 2017, se dispuso la devolución de las mismas a la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata a los efectos de que sea notificado el Asesor de Incapaces (v. fs. 1170 y 1171).

Una vez recibidas, dicho Tribunal ordenó correr vista a dicho funcionario y al Agente Fiscal Dr. Diego Carlos Bensi, titular de la UFIJ N.º 2 del Departamento Judicial de Dolores (v. fs. 1171).

La Asesoría de Incapaces N.º 2 de Dolores se notificó personalmente de la sentencia de segunda instancia y devolvió las actuaciones (fs. 1173). Hizo lo propio el Agente Fiscal (v. fs. 1173 y 1178).

Regresadas las presentes a la Suprema Corte de Justicia, a fojas 1185 se dispuso la remisión a esta Procuración General “*a los fines de dictaminar con relación al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*” (v. arts. 27, Ley N.º 13.133, 52, Ley N.º 24.240).

IV.- Paso a responder al traslado conferido propiciando se rechace el recurso interpuesto por las razones de hecho y de derecho que

paso a desarrollar.

4.1.- Respecto a la admisibilidad formal del presente recurso entiendo que debería darse curso favorable toda vez que cumpliría con las cargas procesales que el código adjetivo establece para este tipo de remedios extraordinarios (SCJBA, A 74.038, "José J. Chediack S.A.", 09-05-2018 y sus citas).

En primer lugar, quien recurre posee legitimación procesal suficiente para interponerlo por resultar ser quien fuera condenado en las instancias procesales anteriores, produciéndole, tal como lo explica en el recurso, un gravamen de imposible reparación ulterior.

En segundo lugar, la sentencia por la que se agravia proviene de la última instancia procesal de carácter ordinario, tal como lo es en el presente caso la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con sede en Mar del Plata, teniendo, a su vez, el litigio un valor de carácter indeterminado (art. 278 del CPCC).

En lo que se refiere al plazo de interposición, fue presentado dentro de los diez días que prevé el primer párrafo del artículo 279 del CPCC (v. fs. 1139/1140 y 1154 vta.).

Finalmente, el recurrente efectuó el depósito previo previsto en el artículo 280 del CPCC (v. fs. 1156/1159) y constituyó domicilio procesal en la ciudad de La Plata (v. fs. 1143).

4.2.- Con carácter previo he de expresar, en lo que se refiere a la intervención del Ministerio Público en este tipo de litigio, que la Ley N.º 13.133 ("Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios"), en su artículo 27 impone al Ministerio Público su actuación obligatoria como fiscal de la ley, en forma concordante con lo establecido en el artículo 52 de la ley nacional N.º 24.240.

La intervención por parte del Ministerio Público, no tiene como objeto representar al interés meramente individual o particular, presuntamente perjudicado en la relación de consumo, ni tampoco su actuación obedece a hacerlo en representación o como coadyuvante en favor de alguna asociación de consumidores sobre las que hace referencia el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución

Nacional, sino que responde a la defensa de intereses de carácter colectivo y en la protección del orden público y de la ley, como así en resguardo del debido proceso en el que se encuentra involucrado un derecho de incidencia colectiva (arts. 1, 21, incs. 7 y 24 de la Ley N.º 14.442; 27 de la Ley N.º 13.133 y 240 del CCC; SCJBA, B 60.013, “Fiscal de Estado”, res., 27-04-1999; B 59.100, “Alemano”, res., 05-05-1998; Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. arts. 3º, III y VIII, par. 3 a 5; 8; 14 y 32; Junyent Bas, Francisco y Del Cerro, Candelaria, “Aspectos procesales en la Ley de Defensa del Consumidor”, La Ley N.º 2010-C, 1281, capítulo cuarto).

A la impronta penal con la que la sociedad vincula a los Fiscales, puede agregársele una faceta más proactiva y protectoria de los bienes y los derechos de incidencia colectiva de la comunidad sumado al de un Ministerio Público como magistratura de control a fin de custodiar el orden público y la defensa del orden jurídico en su integridad (CSJNA, “Fallos”, “Cacciatore, Osvaldo Andrés y otros”, T. 311:593;1988, su dictamen y citas; “Lamparter”, T. 315:2255;1992, consid. sexto y superadores de las limitaciones por entonces sostenidas por sus votos, en dicha causa, ídem consid. sexto; “Flores”, T. 319:1855; 1996, consid. tercero; v. Dictamen PGN in re “Unión de Usuarios y Consumidores”, 30-09-2009; “Fiscalía de Investigaciones Administrativas”, T. 336:2293; 2013, consid. noveno; “Yan”, 341:413; 2018, consid. tercero, sobre la intervención necesaria del Ministerio Público Fiscal, entre otros).

4.3.- Respecto al núcleo del recurso:

4.3.1.- Se advierte que en el presente proceso se encuentra en juego la normal prestación de un servicio público. Se trata de un servicio esencial, cual es el brindar agua potable en calidad y cantidad necesaria para satisfacer necesidades vitales.

Quienes demandan expresan que atento a una supuesta ausencia de inversiones en la red de abastecimiento, la misma se hallaría en muy mal estado de conservación, lo que habría provocado que, a una innumerable cantidad de usuarios, y en algunos casos por prolongado tiempo, la empresa ABSA no les habría brindado la prestación de agua potable en calidad y cantidad suficiente.

Agregan que, en varios casos, los hechos denunciados se verían agravados por la existencia de cortes en el suministro de agua sin aviso previo,

los cuales, en algunos casos, se producirían durante un tiempo considerable, dependiendo del barrio al que pertenecen los distintos usuarios. Otros en cambio, sufrirían falta de presión en la red y pérdidas de agua.

Tengo en consideración que, según se anticipa en las consideraciones que nutren al Decreto N.º 878/2003, la Ley N.º 11.820 -del año 1996- que autorizó un Marco Regulatorio para la Prestación de los Servicios Públicos de Provisión de Agua Potable y Desagües Cloacales en la Provincia de Buenos Aires, se dictó en un contexto social, económico y político muy distinto al de las épocas en que se promulgara dicho decreto (el Decreto N.º 878 es del año 2003) y su principal objetivo declarado: “[...] a efectos de garantizar la continuidad de la prestación del servicio público sanitario y, por ende, la defensa de los derechos de los usuarios de gozar de la provisión de un servicio público esencial a la vida y a la salud de la población” y [...] radica en el establecimiento de un régimen jurídico del servicio público sanitario único y uniforme aplicable a todo el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, independientemente de que dicho servicio sea de titularidad provincial o municipal, imponiendo iguales derechos y obligaciones para todos los prestadores del mismo, sean éstos personas jurídicas públicas o privadas” (SCJBA, A. 72.408, “Negrelli”, sent., 03-12-2014, voto del Señor Juez de Lázari, a la tercera cuestión, punto primero).

El acceso al agua potable y los servicios de saneamiento es indispensable para que la población pueda gozar de buena salud y prevenir enfermedades, así como para contar con un medio ambiente saludable (v. “Panorama Social de América Latina”, 2018, CEPAL, Capítulo IV, c) Infraestructura: garantizar el bienestar y la inclusión de las personas, p. 163).

El agua es fundamental para la vida y la salud. La realización del derecho humano a disponer de agua es imprescindible para llevar una vida saludable, que respete la dignidad humana. Es un requisito para la realización de todos los demás derechos humanos. “Se exigirá a los países que ‘respeten, protejan y atiendan’ el derecho de las personas a disponer de agua potable y saneamiento. Se trata de un importante impulso a los esfuerzos que se despliegan para alcanzar el Objetivo de Desarrollo del Milenio...” (OMS, Ginebra, 27 de noviembre de 2002; Resolución 64/292, de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 28 de junio de 2010. En noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la Observación General N.º 15 sobre el derecho al agua. El artículo 1.1 establece que “El derecho humano al agua es

indispensable para una vida humana digna". La Observación N.º 15 también define el derecho al agua como el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico).

4.3.2.- Respecto a la legitimación activa de los actores en el presente proceso nada tengo para observar.

En efecto, ya antes de 1994 se entendía que en el caso de los denominados *"intereses difusos"*, resultaba evidente que no sólo el interés individual y subjetivo podía presentarse con protección, también aquellas situaciones que alcanzaban de alguna u otra manera al conjunto de los habitantes, por lo que el sistema jurídico debía acordar un esquema de protección, dando legitimación para obrar al grupo o a un individuo que alegue su representación sin necesidad de norma específica al respecto (CSJNA, *"Fallos"*, en el voto en disidencia de Luis V. Varela en la causa *"Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de la Provincia de Santa Fé"* sostiene: *"si la Constitución argentina ha dado jurisdicción a los tribunales federales, en todas las controversias que versen sobre puntos regidos por la Constitución, ni la ley ni la Corte Suprema pueden hacer excepciones. Allí donde la Constitución no ha hecho distinciones, no puede nadie hacerlas. Y esta jurisdicción que la Constitución acuerda a los tribunales federales, nace de la materia en litigio, y no de la condición de las partes que están en el pleito [...] Cuando una ley o un acto del Poder Ejecutivo están en conflicto con las disposiciones, derechos y garantías que la Constitución consagra, siempre surgirá una causa judicial"*, T. 53:420;1893, espec. p. 439; en la causa *"Don Florencio Calzada"*: La Corte Suprema, alguna vez ha señalado que *"en materias regidas especialmente por leyes de orden administrativo, no es de estricta aplicación la regla de derecho común que admite acción en juicio para la defensa de todo derecho o interés legítimo"*, T. 120:193; 1915, anteúltimo párrafo; En *"Peralta, Luis Arcenio y otro"*, expresa *"[...] es función indeclinable de los jueces el resolver las causas sometidas a su conocimiento, teniendo como norte el asegurar la efectiva vigencia de la Constitución Nacional, sin que puedan desligarse de este esencial deber, so color de limitaciones de índole procesal. Esto es especialmente así, si se tiene en cuenta que las normas de ese carácter deben enderezarse a lograr tal efectiva vigencia y no a turbarla"* y otro momento del decisorio sostiene: *"Que, sentado ello, cabe afirmar que el art. 2º, inc. d) de la ley 16.986 halla su quicio constitucional en tanto se admita el debate de inconstitucionalidad en el ámbito del proceso de amparo, cuando en el momento de dictar sentencia se pudiese establecer si las disposiciones*

impugnadas resultan o no 'clara, palmaria o manifiestamente' violatorias de las garantías constitucionales que este remedio tiende a proteger", T. 313:1513; 1990, considerandos séptimo y décimo tercero; en el "Incidente promovido por la querrela s/inconstitucionalidad del Decreto N.º 2125 del P. E. N.", se atiende más allá del *nomen juris* empleado, el pedido de declaración de inconstitucionalidad del Decreto N.º 2125/78 en pos de prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional. La introducción en una causa penal como consecuencia de la denuncia propiciada por dos vecinos ribereños de los ríos Tigre y Reconquista contra quienes contaminaban y envenenaban por acción u omisión, el curso de agua potable del río Reconquista y su cuenca, T. 310:2342; 1987, v. tb. dictamen del PG Juan Octavio Gauna, esp. punto quinto en que requiere al Señor Presidente de la República Argentina la derogación o modificación del reglamento en cuestión; "Louzan", T.317:1658; 1994, dis. de los Sres. Jueces Levene, Fayt y López; "Inhibitoria planteada al Juzgado de Primera Instancia en lo Correccional N.º 2 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora", T.316:2374; 1993; SCJBA, B 49.544, "Thomann", sent., 07-12-1984, voto en minoría del señor Juez Negri; abriéndose paso en la doctrina: Morello, Augusto Mario, "La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal," JA, 1978-III, 321; LL, 1979-A, 225; "La defensa de los intereses difusos," JA, 1982-IV, 700; "Las nuevas exigencias de tutela (experiencias y alternativas para repensar la política procesal y asegurar la eficacia del servicio)," en *La justicia entre dos épocas*, La Plata, Platense, 1983, p. 57 y ss.; Morello, Augusto Mario y Stiglitz, Gabriel: "Hacia un ordenamiento de tutela judicial de los intereses difusos," JA, 1985-IV, 651; *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, La Plata, Platense, 1986, p. 201 y ss.; "Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia," LL, 1987-D, 364; "Los intereses difusos y su adecuada protección judicial. Operatividad del amparo colectivo," DJ, 1991-2, 471; o las posibles visiones: Marienhoff, Miguel Santiago, "Delfines o toninas y acción popular", *El Derecho* T. 105, p. 244, con motivo del recordado caso "Katan A. y otros c/ Gobierno Nacional", donde desde un Juzgado Nacional de 1ª. Instancia en lo Contencioso Administrativo, el N.º 2 en sentencia firme se sostenía entre otros conceptos: "Si toda vez que un habitante quisiera protección para sus eventuales derechos, estuviera necesitado de invocar un específico derecho subjetivo, el grueso de la legalidad administrativa quedaría fuera de su alcance, aun en la hipótesis de que el perjuicio fuera cierto e irreversible [...]", La Ley del 4 de noviembre de 1984).

La plenitud del estado de derecho, no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige

esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justiciabilidad plena de las transgresiones a la ley y de los conflictos jurídicos (CSJNA, “Fallos”, “Pérez de Smith”, T. 300:1282; 1978, consid. cuarto).

Hoy en día la acción se otorga para defender ante la justicia un interés tutelado jurídicamente, lo cual es indeterminado en cuanto a la no utilización de la antigua terminología en diversas categorías. Ellas van desapareciendo.

Volvemos así, nos dice Gordillo, por vía normativa o jurisprudencial, a la definición del pretor: “*dame los hechos, yo te daré el derecho*” (*da mihi factum, dabo tibi jus*), criterio que se va imponiendo en la jurisprudencia, bajo el principio de la legitimación constitucional de los derechos de incidencia colectiva (v. Gordillo, Agustín, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo y sección segunda, cap. tercero, p. III-1; v. tb., Jeanneret de Pérez Cortés, María, “*La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia*,” LL, 2003-B, 1333; Quiroga Lavié, Humberto, “*Derecho Constitucional*”, CDCS, Buenos Aires, 1978, pp. 216 y ss., del mismo autor, “*De la sociedad pasiva a la democracia social*”, La Ley, t. 1981- C, pp. 1003 y ss.).

De esta forma, desde antes de la última reforma llevada a cabo a la Constitución Nacional, se propiciaba el abandono del concepto iusprivatista, caracterizado por la acreditación de un daño individual resarcible, y así pasar a una concepción de carácter colectivo, por el que no se debía agotar la pretensión con la reparación particular, sino propiciar la protección de los intereses legítimos de una innumerable y a veces indeterminable cantidad de perjudicados.

Mueve a la reflexión las consideraciones que -aunque en orden al régimen español- efectúa Jesús González Pérez en lo relativo a que, aun en los casos en que la sentencia -por reconocer situaciones jurídicas individualizadas- produce efectos de cosa juzgada sólo para los que hayan sido partes en el pleito, quienes no lo hubieran sido podrían lograr la plena efectividad de los derechos, a través de la ejecución forzada, de no acceder la Administración, invocando como fundamento el principio de igualdad, constitucionalmente reconocido (“*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*”, segunda edición, Ed. Civitas SA, Madrid, 1994, pp. 1084 y ss., especialmente p. 1087).

Una vez concluida la labor de la Convención Nacional Constituyente del año 1994, con la expresa incorporación a nuestra Carta Fundamental de los derechos humanos de tercera generación o de incidencia colectiva, se reconoce directamente la legitimación para interponer acciones de amparo en causas concernientes al medio ambiente, tanto al afectado como al defensor del pueblo como a las asociaciones que tienden a esos fines, debidamente registradas conforma a la ley y sin desconocer la posibilidad de que existan afectados particulares de resultados de haber sufrido un daño directo en sus personas o en sus patrimonios (v. CSJNA, “Fallos”, “Rivarola”, T. 334:476; 2011; “Mendoza”, T. 329:2316; 2006; ídem., T. 330:1158; 2007).

En este orden de ideas, la palabra afectado no podría ser interpretada sino en la manera de admitir que todo sujeto de derecho que sienta menoscabado en forma directa o indirecta, un derecho de carácter colectivo podría lograr una efectiva y concreta protección de su porción subjetiva del interés de carácter común (arts. 41 y 42 de la Constitución Nacional).

Lo mismo se produjo en la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires que también se llevó a cabo en 1994, por los que se sancionó a los actuales artículos 20 y 28 de la Constitución provincial.

La distinción, que no es necesariamente oposición, entre ambas generaciones de derechos se hace patente cuando se considera que mientras en la primera los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa (*Abwehrrechte*) de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa; en la segunda, correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales, se traducen en derechos de participación (*Teilhaberechte*), que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos (v. Antonio Enrique Pérez Luño, “Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 1990, pp. 82 ss. y 120 ss.; id., “Los derechos fundamentales”, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 1988, pp. 183 ss.).

Este camino fue acompañado por la Corte Suprema de Justicia de Argentina que entendió que los postulados previstos en el artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional debía ser directamente aplicables aún sin

ley que lo reglamente al amparo colectivo (v. “Fallos” 332:111, “Halabi”, T. 332:111; 2009, consids. quinto y doce).

Para afirmar también, que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del artículo 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados (“Halabi”, cit. consid. doce).

Ahora bien, conforme las tres generaciones de derechos que recuerda Bidart Campos (“*Tratado Elemental de Derecho Constitucional*”, ed. Ediar, Tomo I-A, 2000, p. 717 y ss.), el caso en análisis también involucra a los derechos de segunda generación emergentes como derechos sociales, económicos y culturales al comprender contenidos que atañen a la salud, a las condiciones de sustentabilidad económica del servicio y las previsiones convenidas, a las condiciones sanitarias y urbanísticas para su instalación, prestación y control, por ejemplo.

Ahora bien, la dimensión generacional de los derechos fundamentales nos presenta un desafío en la mudanza de los instrumentos jurídicos dirigidos a su positivación y protección.

Así, en el ámbito de la doctrina iuspublicista se ha considerado apremiante la exigencia de completar la célebre teoría de los *status*, elaborada por Georg Jellinek, con nuevos cauces jurídicos que se hicieran cargo de las sucesivas transformaciones operadas en las situaciones subjetivas (G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, reimp. de la ed. de 1919, Scientia, Aalen, 1964, pp. 81 y ss.).

Surge una necesidad ampliar aquella tipología, pensada para dar cuenta de las libertades y derechos de la primera generación, con el reconocimiento de un *status positivus socialis*, que se haría cargo de los intereses económicos, sociales y culturales propios de la segunda generación y hasta alcanzar la categoría de “Derechos fundamentales” (v. Bidart Campos, op. cit., p. 725; La CSJNA hace especial mención a los “derechos fundamentales” y a “derechos humanos fundamentales”, así, v. “Incidente N° 34 – Incidentista Lenna...”, sent., 6 de noviembre de 2018).

Que corresponde recordar que la vida es el primer derecho

de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (CSJNA, “Fallos”, “Hospital Británico de Bs. As.”, T. 324:754; 2001, donde se enfatizó su consagración como garantía constitucional explícita, conf. dictamen PGNA; “Floreancig”, T. 329:2552; 2006; “Cisilotto”, T. 310:112; 1987; “Amante”, T. 312:1953; 1989, entre otros) y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental (CSJNA, “Fallos”, “American Cyanamid Company”, T. 278:313; 1970; “Bahamondez”, T. 316:479; 1993; “Monteserin”, T. 324: 3569; 2001, entre otros) criterios estos que deben orientar el sentido de las decisiones judiciales (CSJNA, “Fallos”, “E., R. E.”, T. 324:677; 2001, voto del Señor Juez Vázquez, consid. décimo tercero, párr. segundo).

Con especial énfasis, asimismo, tras la reforma constitucional del año 1994, la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (conf. arts. 42 y 75, incs. 19 y 22, de la Constitución Nacional, 11, 36 inc. 8, 37 y 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y CSJNA, “Fallos”, “Policlínica Privada de Medicina y Cirugía SA”, T. 321:1684; 1998; “Asociación Benghalensis”, T. 323:1339; 2000; “Campodónico de Beviacqua”, T. 323:3229; 2000; “I.C.F.”, T. 331:2135; 2008, “P. L., J. M.”, T. 337:222; 2014, entre otros).

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido: “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos”. Para precisar: “Los derechos a la vida y a la integridad humana se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud humana” (“ASHPA”, sent. 17-06-2015, voto fundador del Señor Juez Hitters, consid. tercero, punto segundo, “ii” y sus citas).

Por ello, el sistema adjetivo, como así también los órganos del Poder Judicial que intervengan en casos como el presente, deberán garantizar el acceso a la jurisdicción de los habitantes, mediante el acceso a una efectiva tutela judicial de los derechos amenazados o conculcados, en resguardo de un interés eminentemente público, ello sin descuidar el interés individual.

De esta forma considero totalmente apto el carril procesal utilizado por la parte actora, que fuera motivo de agravio por parte del aquí recurrente (arts. 11, 15 y 20 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Entiendo, por lo tanto, que la legitimación activa de los actores y la representación procesal de todos los usuarios de este servicio que se brinda en Dolores es incuestionable.

Así, el órgano jurisdiccional al resolver confirmar la sentencia de grado, brindó una respuesta a la pretensión, consideró alcanzados por la sentencia no sólo los que interpusieron la acción y a los que adhirieran con posterioridad, también a los habitantes de la ciudad de Dolores afectados por el servicio de suministro de agua y con el alcance y medidas dispuesta por aquél.

Por su parte, se encuentra acreditado que el presente proceso está debidamente registrado en los términos del artículo 8 de la Ley N.º 13.928, texto según Ley N.º 14.192 (v. fs. 551 y vta. y 1093/1096).

Por lo tanto, el remedio solicitado a través del amparo y los daños a evitarse y subsanarse tendrían incidencia sobre los derechos de toda una categoría de sujetos, con un interés personal simétrico al de los promotores.

La conducta evidenciada de la demandada afecta a las personas individualmente y a la comunidad que tiene el uso y goce de ese bien, que, por esa razón, se denomina público o colectivo (CSJNA, “Fallos”, “Mujeres por la Vida...”, T. 329:4593; 2006, voto de la Señora Jueza Argibay sobre la legitimación especial devenida del art. 43 de la Constitución Argentina, consids. noveno y décimo tercero, ídem “Padec”, T. 336:1236; 2013, consids. primero y segundo).

Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que tiene por objeto una efectiva protección de derecho más que una ordenación o resguardo de competencias y los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (CSJNA, “Fallos”, “Martínez”, T. 339:201, 2016, consid. séptimo y sus citas).

4.3.3.- Despejadas estas cuestiones, las presentes actuaciones cobran vida a raíz de la demanda promovida por un conjunto de vecinos de la ciudad de Dolores, en carácter de usuarios afectados y en representación de los usuarios de ABSA de Dolores, contra Aguas Bonaerenses SA, la Provincia de Buenos

Aires y el organismo de Control del Aguas de Buenos Aires (OCABA) con el objeto de que las demandadas realicen las obras y tareas necesarias a su costa y cargo para proveer agua en calidad y cantidad suficiente a los usuarios de dicha localidad.

Asimismo, solicitan se ordene a ABSA a refacturar el servicio descontando el consumo de agua potable en los casos en que la Gerencia de Control Técnico y de Calidad del servicio de OCABA constate o se acredite por cualquier medio fehaciente la falta de suministro y/o falta de presión en los domicilios de los usuarios. La previa demostración se exige por encontrarse en situaciones disímiles los diferentes usuarios y cambiar la provisión de agua en las distintas épocas del año.

La refacturación corresponderá hasta que el prestador notifique que la provisión de agua en las condiciones del Decreto 878/03 esté solucionada, la cual deberá ser notificada al OCABA, quien deberá proceder a su corroboración.

El Sr. Germán Alfredo Pereyra, en su condición de usuario del servicio hizo una presentación ante el OCABA, que tramitó bajo el número de reclamo N.º 49472, por el que ponía en conocimiento del ente regulador provincial, la falta de presión de agua en su domicilio particular.

Ante esto, el organismo de contralor ordenó a la empresa a que dispusiera la refacturación del servicio público de agua potable desde el 27 de octubre de 2014 hasta la fecha de notificación del acto administrativo, y exigió que en forma urgente dispusiera de todos los medios necesarios para la solución del mal servicio prestado en el domicilio del reclamante (v. Resoluciones de OCABA. N.º 155/2014 de fecha 18-12-2014 y N.º 171/2015 del 24-09-15, fs. 369/ 386 y 424/425). Situación que quedaría insatisfecha.

El Señor Sergio Antonio Scaglia, testigo, da cuenta que el servicio es deficiente y es algo que sucede desde hace muchos años, que realizó reclamos a través de un petitorio (v. fs. 448 y vta.).

La Señora Adriana Elisabet Stanga da cuenta en la testimonial que en la actualidad tiene agua durante la tarde y a partir de las 20:30 h no cuenta con el servicio, que llegó a estar sin nada de agua, realizando reclamos ante ABSA (v. fs. 449).

Héctor Oscar Valenzuela expuso que realizó también “*innumerables reclamos*” al ABSA, sin saber que debían darle comprobante, circunstancias que no efectivizara el organismo. Que su presentación fue con motivo de no contar con el servicio (v. fs. 454).

Es conteste a lo expuesto la prueba testimonial producida, por la que se expuso bajo juramento de ley, que el servicio de provisión de agua potable brindado por ABSA en la ciudad de Dolores sería desde hace mucho tiempo defectuoso, y que esta circunstancia se agravaría durante el verano (v. fs. 448/450 y 454/455).

En lo que se refiere a la pericia producida, surgiría según el experto, una deficiente prestación del servicio que no cumpliría con los requisitos que fija el marco regulatorio previsto por medio del Decreto N.º 878/2003, y que el inconveniente obedecería a fallas y déficits en la infraestructura y el correspondiente mantenimiento, como así respecto a las fuentes de captación de agua y el control de calidad del servicio (v. fs. 553/ 561).

En la citada pericia concluye el ingeniero que sería necesario para solucionar el problema de suministro de agua a la ciudad de Dolores, la realización de ciertas obras, para “*contar con un adecuado suministro de agua y una buena gestión del servicio y sus recursos*” (v. fs. 560 vta.).

Para ello, consideró necesario llevar a cabo los siguientes pasos: “*1. Estudio, proyecto y construcción de la infraestructura adecuada; 2. Gestión adecuada del servicio, para lo cual se deberá contar con un presupuesto acorde a fin de garantizar el funcionamiento constante y continuo de las obras planificadas, 3. Control de calidad y cantidad de la prestación [...]*” (v. fs. 560 vta.).

La prueba producida y lo expuesto por el perito fueron fundamentos suficientes para la confirmación del fallo por la Cámara de Apelación.

4.3.4.- Ahora bien, debido a la solución dispuesta por ambas sentencias, el apoderado de la empresa ABSA sostiene tanto en el recurso de apelación como en el presente recurso extraordinario, que se habría invadido una competencia que en principio no le correspondería al Poder Judicial sino a la Administración. En otras palabras, denuncia un avasallamiento de potestades que en forma exclusiva serían del Poder Ejecutivo.

Al respecto entiendo como principio general, que si bien las razones de oportunidad, mérito y conveniencia evaluadas y consideradas por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que les corresponden a tenor del reparto de competencias establecido por la Constitución, en este caso de la Provincia de Buenos Aires, no estarían sujetas al control judicial, no obstante, es obligación de este Poder desplegar con todo vigor el ejercicio del control de razonabilidad de las leyes y de los actos administrativos provenientes de los otros poderes del Estado, como así, respecto de las omisiones materiales por parte de la administración de prestar un buen servicio especialmente ante denuncias de derechos vitales afectados.

Así V.E. sostiene: “Nunca las atribuciones de un órgano administrativo pueden ser totalmente regladas o absolutamente discrecionales. Es decir, que la tarea discrecional no está desvinculada de la reglada sino comprendida, como todo accionar estatal, por la plenitud hermética del orden jurídico”. Para continuar: “[...] ello en modo alguno significa conculcar el principio de división de poderes, y menos limitar el accionar de la Administración en el ejercicio de las funciones que le son propias, por cuanto esta postura reconoce la existencia de un casillero de la actividad discrecional exenta del control judicial: la oportunidad, mérito o conveniencia, elementos que integran la competencia jurídica que el legislador ha conferido al administrador, habilitándolo para que pueda realizar concretamente su función de tal, en orden a satisfacer las necesidades públicas” (SCJBA, A 71.230, “Gutiérrez, Griselda Margarita y otra”, sent., 15-07-2015, voto del Señor Juez Hitters, consid. tercero, ap. tres, “c” y sus citas).

Allí también se precisa: “Es la discrecionalidad administrativa la que encuentra un límite en el efectivo cumplimiento de las prerrogativas superiores y no viceversa, por lo que no puede considerarse que exista una zona de reserva de la Administración...”, ídem consid. citado).

Examen que podría por ejemplo alcanzar a la existencia de las obras denunciadas y a la real prestación de un servicio público que, en su condición de usuarios demandan y por el que pagan un precio para acceder a uno que les garantice el suministro de agua potable en calidad para poder desarrollar una vida normal (V. OMS, “Guía para la calidad del agua potable”, tercera ed., 2006).

4.3.5.- No se está en presencia del reclamo de una prestación suntuaria, sino de la prestación de un servicio de carácter esencial.

El derecho a contar con el servicio de agua potable forma parte de la atención primaria de la salud (Declaración Alma Ata, Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, URSS, 6-12 de septiembre de 1978, cláusula séptima, tres “[...] un abastecimiento adecuado de agua potable...]”).

La Declaración de Astaná reafirma la histórica Declaración de Alma-Ata de 1978 -Conferencia Mundial de Atención Primaria de Salud- “Desde Alama-Ata hacia la cobertura sanitaria universal y los objetivos del desarrollo sostenible” (Astaná -Kazajstán- 25 y 26 de octubre de 2018).

Al celebrarse el 12 de diciembre del año 2018 los cuarenta años de la declaración, la representante de la OPS/OMS en Argentina pone de manifiesto la necesidad de “un cambio hacia un modelo de atención centrado en las personas y en la comunidad en lugar de centrarse en las enfermedades”.

Asevera: “Además necesitamos intervenciones intersectoriales para abordar los determinantes sociales de la salud, aquellas condiciones y el entorno en el que las personas nacen, viven, trabajan y envejecen”. “Estos determinantes están relacionados con el aire que respiramos, los alimentos que comemos, el agua que bebemos, la educación que recibimos, la vivienda que tenemos, la comercialización de productos, las contaminantes ambientales, nuestras condiciones de trabajo y protección social, entre otros determinantes” (Maureen Birmingham, v. OPS Argentina, “A cuarenta años de la Declaración de Alma Ata...”).

Cabe recordar, asimismo, el compromiso ambiental -y la provisión de agua-, claramente relacionada con estos principios.

La Constitución Argentina atribuyó la competencia de establecer los denominados presupuestos mínimos al Gobierno Federal (art. 41 de la Constitución Nacional; Ley N.º 25.675 -General del Ambiente- BONA 28-11-2002, v. art. segundo; Ley N.º 25.688 -de Gestión Ambiental de Aguas- BONA 03-01-2003, v arts. 1, 5 y 7; Ley N.º 25.831 -de Acceso a la Información Pública Ambiental- BONA 07-01-2004, v. art. 1º y ss.).

La citada Ley N.º 25.688 establece en su artículo 1º los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional, determinando en su artículo 7, inciso “c”, a la autoridad nacional de aplicación el

deber de fijar los parámetros y estándares ambientales de calidad de las aguas.

Por su parte en el orden provincial la Ley N.º 13.133 con el paraguas de Ley Nacional N.º 24.240 de los Derechos de los Usuarios y Consumidores, expresamente protege a los usuarios de servicios públicos, garantiza su defensa y la promoción de sus derechos, en el caso aplicable a raíz de la condición de usuarios del servicio público de agua potable (La Ley N.º 24.240, norma de derecho común complementaria de los preceptos contenidos en el Código Civil y Comercial, v. CSJNA, “Fallos”, “Flores Automotores SA”, T. 324:4349; 2001; “Dilena”, T. 330:133; 2007; “Telefónica de Argentina SA”, T. 339:704; 2016, v. esp. dictamen de María Graciela Reiriz, 07-11-2001).

Creo oportuno recordar que desde antiguo se ha dicho que las leyes han de interpretarse evaluando la totalidad de sus preceptos y los propósitos finales que las informan, de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (doctrina de CSJNA, “Fallos”, “Grosso”, T. 255:192; 1963; “Massalin y Celasco SA”, T. 263:63; 1965; “Romero Ouras”, T. 285:60; 1973; “Gunther”, T. 308:1118; 1986; “Romero”, T. 310:500; 1987; “Ríos”, T. 312:111; 1989; “Ginocchio”, T. 313:1223; 1990; “Flores”, cit. 2001, “Incidente N.º 34 - Incidentista: Lenna entre otros...”, cit.).

La Provincia dentro del marco de atribuciones propias de la legislatura local ha dictado la Ley N.º 13.133 e involucra cuestiones vinculadas al procedimiento que deben seguir las empresas prestadoras de servicios públicos provinciales en el momento de emitir las facturas, así como las relaciones entre éstas y los usuarios y la modalidad de prestación de un servicio público sujeto a regulación provincial, previsto por las autoridades locales en el marco de sus competencias constitucionales (art. 121 de la Ley Fundamental; arts. 1, “a”, 2, 3 inc. “e”, 5, 7, 10, 18 inc. “a” y 30 de la Ley provincial).

Es preciso poner de relieve también, que el legislador nacional, al sancionar la Ley N.º 24.240 con la modificación operada por Ley N.º 26.361, dispuso que los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor (art. 25).

Es decir, prevé que en ese tipo de servicios no sólo las autoridades competentes regulen la modalidad de prestación y las relaciones entre prestadores

y usuarios, también eleva en la interpretación de los principios que establece la más favorable al consumidor como forma de dar la mejor protección (v. arts. 3, Ley N.º 24.240; 72, Ley N.º 13.133 y cc., 7, último párr., 1094 y 1095 CCC).

Por último, considero que el carácter de orden público de la ley nacional de protección al consumidor (art. 65) no impide que las provincias e incluso las municipalidades, dentro de sus atribuciones naturales, puedan dictar normas que tutelen los derechos de los usuarios y consumidores, en la medida que no los alteren, supriman o modifiquen en detrimento de lo regulado en la norma nacional (v. cc. Dictamen PGN, in re “EDELAR SA”, al que se remite la CSJNA, “Fallos”, T. 330:2081; 2007).

A su vez, el Código Alimentario Argentino, Decreto ley N.º 18.284/69 (BONA 28-07-1969) conforme resolución conjunta de la Secretaría de Políticas, Regulación y Relaciones Sanitarias -SPRyRS- y de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos -SAGPyA- 68/2007 y 196/2007, especialmente en el artículo 982, recepta los estándares de calidad del agua potable previstos en la Guía de Calidad del Agua Potable de la Organización Mundial de la Salud (ver: https://www.who.int/water_sanitation_health/dwq/guidelines/es/; cf. considerandos de la resolución conjunta).

El mencionado precepto expresa: “*Con las denominaciones de Agua potable de suministro público y Agua potable de uso domiciliario, se entiende la que es apta para la alimentación y uso doméstico: no deberá contener sustancias o cuerpos extraños de origen biológico, orgánico, inorgánico o radiactivo en tenores tales que la hagan peligrosa para la salud. Deberá presentar sabor agradable y ser prácticamente incolora, inodora, límpida y transparente. El agua potable de uso domiciliario es el agua proveniente de un suministro público, de un pozo o de otra fuente, ubicada en los reservorios o depósitos domiciliarios [...]*”.

Ambas deben cumplir con las características físicas, químicas y microbiológicas que allí se determinan.

La Provincia de Buenos Aires, por medio de su legislatura adhirió a estas pautas de calidad del agua por medio de la Ley N.º 13.230 de adhesión al Código Alimentario nacional (BOBue del 29-09-2004).

Establece esta última en el artículo 3: “*La autoridad de aplicación realizará una permanente fiscalización de la presente Ley ejerciendo directamente la*

supervisión técnica-administrativa, y convendrá con los municipios las tareas de contralor, procediendo a delegarlas dentro de sus jurisdicciones cuando reúnan, de conformidad con lo que fije la reglamentación [...]", y remite al procedimiento del "Código de Faltas Municipales", Decreto ley N.º 8751/77 (v. art. 5º, cf. Ley N.º 13.996, BOBue, 11-06-2009).

En este contexto, la Provincia de Buenos Aires regula lo concerniente al tema agua.

En el año 1996 sancionó la Ley N.º 11.820 (BOBue, 11-11-1996), en la que fuera aprobado como "Anexo I" el "Marco regulatorio para la prestación de los servicios públicos de agua potable y desagües cloacales en la Provincia de Buenos Aires".

Los estándares establecidos en el anexo debían ser cumplidos por las empresas prestadoras de este servicio, los cuales continuaron vigentes con el dictado del Decreto N.º 878/03 por el que se estableció un nuevo marco regulatorio para el servicio de agua y desagües cloacales, el cual fue ratificado por medio del artículo 33, inciso 'a' de la Ley de Presupuesto N.º 13.154 (BOBue, 30-12-2003).

A su vez, no puede perderse de vista que nuestro país ha establecido compromisos internacionales en lo que se refiere a la prestación del servicio de agua potable.

Así, el Protocolo Adicional a la "Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, sociales y culturales", denominado "Protocolo de San Salvador", que fuera ratificado por Argentina, por Ley N.º 24.658 (BONA 17-07-1996) que establece expresamente en su artículo 11 el derecho a un medio ambiente sano.

En el inciso 1º del citado artículo 11 expresa que "Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con los servicios públicos básicos".

Se señala como fundamento jurídico del derecho al agua "[...] 2. El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica" (Observación General N.º 15 del

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Por su parte: “ *El derecho al agua ha sido reconocido en un gran número de documentos internacionales, tales como tratados, declaraciones y otras normas. Por ejemplo, en el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se dispone que los Estados Partes asegurarán a las mujeres el derecho a "gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de [...] el abastecimiento de agua". En el párrafo 2 del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño se exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante "el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre"* (v. art. 4 y la nota quinta, sus citas de la Observación General N.º 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Tal como ocurre con otros derechos económicos, sociales y culturales, debería concederse prioridad a las personas más vulnerables, es decir “*a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los niños, los grupos minoritarios*” (v. N.º 16 de la Observación General N.º 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, conf. <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional>).

Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente, el 28 de julio de 2010 a través de la Resolución N.º 64/292, el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que tanto el agua potable limpia, como así el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos.

En dicha oportunidad se afirmó el acceso al agua potable como un derecho humano básico y urgió a garantizar que los casi 900 millones de personas que carecen del líquido vital puedan ejercer ese derecho.

En una resolución adoptada por 122 votos a favor, ninguno en contra y 41 abstenciones, la Asamblea General estipuló también que el acceso a los servicios sanitarios básicos es un derecho en vista de que la contaminación del agua es una de las principales causas de mortalidad en los países más pobres (http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml).

La ministra Ana María Bianchi, en su condición de representante de Argentina en esa reunión organizada por las Naciones Unidas explicó el voto a favor de nuestro país en los siguientes términos:

“La Argentina entiende que es una de las responsabilidades principales de los Estados asegurar a sus habitantes el derecho al agua como una de las condiciones fundamentales para garantizar el derecho a la vida y para asegurar un nivel de vida adecuado” (<http://blogs.lanacion.com.ar/ecologico/econoticias/el-agua-potable-un-derecho-humano/>).

En la resolución aprobada por dicha Asamblea, se reconoció la importancia de disponer de agua potable y saneamiento en condiciones equitativas para la realización de todos los derechos humanos.

Estos principios fueron nuevamente reiterados y profundizados en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, titulada “Río +20” (Río de Janeiro ,Brasil, 20 a 22 de junio de 2012).

Se expresó en dicho documento, en la porción que se considera más relevante para la resolución del presente, que:

“Reconocemos que el agua es un elemento básico del desarrollo sostenible pues está estrechamente vinculada a diversos desafíos mundiales fundamentales. Reiteramos, por tanto, que es importante integrar los recursos hídricos en el desarrollo sostenible y subrayamos la importancia decisiva del agua y el saneamiento para las tres dimensiones del desarrollo sostenible”. “Reafirmamos nuestros compromisos relativos al derecho humano al agua potable y el saneamiento, que ha de hacerse efectivo gradualmente en beneficio de nuestra población...” (conf. <http://www.un.org/es/sustainablefuture/about.shtml>, v. reconocimientos nros. 119 y 121).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver el caso “Kersich, Juan Gabriel y otros c/ ABSA” (“Fallos”, T. 337:1361; 2014) reafirmó que muchos instrumentos internacionales mencionan y aseguran la tutela del derecho al agua potable, en los siguientes términos: “...la ‘Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer’ (1979), artículo 14, párr. 2 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ‘Protocolo de San Salvador’ del 17/11/1988, predicán que toda persona tiene derecho

a un medio ambiente sano y a contar con los servicios básicos; la ‘Convención sobre los Derechos del Niño’, artículo 24, 2º párr. (1989), exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades mediante el suministro de agua potable salubre” (considerando 12).

También en dicha causa, en el mismo considerando se recordó que “en el mes de septiembre de 2000 los dirigentes de todos los países se comprometieron en la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas a reducir a la mitad para el año 2015 la proporción de personas que carecían de acceso al agua potable o que no podían costearla. Y que, en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002, celebrada en Johannesburgo, se acordó un objetivo similar para reducir a la mitad, también para el año 2015, las cifras de personas sin saneamiento básico”.

Continúa: “Asimismo, numerosos documentos de organizaciones internacionales, incluyen declaraciones en ese sentido, como la que surge de la Observación General N.º 15 del “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” de Naciones Unidas, que el 15/11/2002, en virtud de la cual se dijo que: “El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”.

Por la tal razón, el Máximo Tribunal de la Nación concluyó afirmando que “resulta de fundamental importancia el derecho de acceso al agua potable y la aplicación del principio de prevención y, aun en la duda técnica, del principio precautorio, como sustento de ese derecho”.

La Legislatura de la Provincia de Buenos Aires por medio de los claros preceptos que surgen de la Ley N.º 14.782 (BOBue, 21-12-2015) reconoce el “Derecho Humano al Agua”, entendido como “el derecho de todas las personas a disponer oportunamente de agua suficiente, salubre, aceptable y accesible para el consumo y el uso personal y doméstico” (v. art. 2, inciso 1º).

Añade: “El derecho humano al agua potable y saneamiento debe garantizar:

a) El acceso oportuno a la cantidad de agua que sea necesaria y apta para el consumo y el uso personal y doméstico, y para promover la salud pública.

b) El acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen el suministro necesario y regular de agua salubre. c) La distribución equitativa y no discriminatoria de todas las instalaciones y servicios de agua potable disponibles. d) La adopción de estrategias y planes de acción provincial sobre el agua para toda la población, que deberán ser elaborados y revisados periódicamente con base en un proceso participativo y transparente. e) La vigilancia sobre el grado de realización del derecho al agua y al saneamiento. f) La puesta en marcha de programas de acceso al agua y al saneamiento destinados a los grupos vulnerables. g) La adopción de medidas adecuadas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua. h) Establecer un nivel mínimo esencial de disponibilidad diaria de agua potable por persona, que permita cubrir las necesidades básicas de consumo y para el uso personal y doméstico, y garantizarán su pleno acceso” (v. art. 3).

Esta relevante y esencial cuestión del agua, constituye una preocupación para el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires.

Así en el año 2003 fue abordado este tema en el marco de un importante congreso organizado por la Procuración General de la Suprema Corte, conjuntamente con la Universidad Nacional de La Plata: “Foro del Agua” (27/30 octubre), en el año internacional del agua dulce, auspiciado por la Organización Mundial de la Salud, la Unesco- en respuesta al informe “Agua para todos, agua para la vida”- (Kyoto, Japón), y por el Colegio de Abogados de La Plata, entre otras importantes entidades.

Ya en ese entonces los especialistas, en forma interdisciplinaria, advertían la necesidad del cuidado de las napas de agua, los cursos naturales y su aprovechamiento, el drama de las inundaciones, el peligro de la contaminación, y el derecho de todas las personas de acceder en calidad y cantidad suficiente a este vital elemento, entre otras cuestiones abordadas.

El derecho de acceso al agua potable (en la especie acceder a condiciones dignas del servicio domiciliario) incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y -en particular- en el campo de los derechos de incidencia colectiva, por lo que es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia (CSJNA, “Fallos”, “La Pampa, provincia de”, t. 340:1695; 2017, consid. décimo primero; “Kersich” cit., consid. décimo segundo).

Para ir concluyendo, la Suprema Corte en un caso que poseía similitudes con el presente sostuvo que el derecho a la salud de los habitantes previsto en el artículo 36, inciso 8º, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires “*implica que la actividad estatal -o en su caso la privada- no generen situaciones que la pongan en peligro genérico, sin olvidar que el Estado debe garantizar la preservación de dicha prerrogativa con acciones positivas*”, doctrina general que encuentro aplicable al sub iudice (SCJBA, A 70.011, “*Conde, Alberto José Luis y otro c/ A.B.S.A. s/ amparo*”, sent. del 30-11-2011 y sus citas: B. 65.643, sent. del 3-XI-2004, con cita de Ac 82.843, sent., 30-03-2005).

V.-

Por lo expuesto, a tenor de las pretensiones esgrimidas que merecen atención, valorando la prueba acompañada y producida, considero que la solución dispuesta en la sentencia de primera instancia, -luego ratificada por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo-, deviene razonable, de ahí que tengo la convicción de que debería ser confirmada (Linares, Juan Francisco, “*Razonabilidad de las Leyes*”, Segunda Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1970, en especial páginas 136 y 137).

De esta forma, por medio de la intervención dispuesta por el artículo 27 de la Ley de Defensa al Consumidor N.º 13.133 (cc. Art. 52, ley 24.240), este titular de la Procuración General propicia que debería V.E. rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la empresa ABSA, y de esta forma, adquirir firmeza en todos sus términos la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con sede en Mar del Plata (v. fs. 1107/1129).

La Plata, 13 de febrero de 2019.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires



