



ACUERDO: En la Ciudad de Cutral Có, Provincia del Neuquén, a los quince (15) días del mes de octubre del año 2015, la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con las señoras Vocales, doctoras Alejandra Barroso y Gabriela B. Calaccio, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Victoria Boglio, dicta sentencia en estos autos caratulados: **"JARA MIGUEL ANGEL Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE JUNIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO"**, (Expte. Nro.: 40284, Año: 2014), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la **Dra. Alejandra Barroso**, dijo:

1. Llegan los autos a esta instancia por recurso de apelación y memorial interpuesto por la parte actora (fs. 268/283), contra la sentencia de fecha 13 de agosto de 2015 (fs. 254/266) que rechaza la demanda en todas sus partes, impone costas en el orden causado, declara la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ordenanza N° 1571/08 y regula honorarios.

Habiéndose conferido el pertinente traslado el mismo no ha merecido respuesta.

2. a) En su primer agravio, el apelante cuestiona que en la sentencia, en el "RESULTA", se haya omitido mencionar la negligencia en materia de prueba que esa parte oportunamente acusara y que se decretara, y que no se tuviera en cuenta para la regulación de honorarios. Afirma que ello denota una parcialidad que afecta gravemente a esa parte.



b) En su segundo agravio, interpreta que existe arbitrariedad en el análisis del objeto de la acción y el rol de los actores y un desconocimiento del carácter colectivo de la misma.

Con cita de párrafos de la sentencia en crisis, se queja en cuanto a que no se ha considerado que de las normas dictadas surge que desde el Concejo Deliberante se exige por parte de la Municipalidad de Junín de los Andes (en realidad del Poder Ejecutivo Municipal), junto al EPAS, de una acción positiva tendiente a regularizar la situación que motiva la presente acción.

Entiende que esa omisión queda acreditada en la misma contestación de demanda, *prima facie*, al acompañar actas de las cuales no se observa que se haya llegado a una solución, ya que mantener reuniones esporádicas no puede interpretarse como una acción positiva susceptible de dar solución a la problemática.

Discurre en torno a lo establecido en el art. 8 de la Ordenanza Nro. 2202/12, que dispone que el Municipio deberá celebrar un Contrato de Concesión en un plazo que se encontraría vencido. Plantea que el Municipio no ha dado cumplimiento a esta manda legal, sosteniendo que la no realización del Contrato de Concesión es una omisión por parte del Municipio demandado.

Expresa que a través de dicho contrato de concesión se daba solución al problema, ya que una vez ratificado se sancionaría una ordenanza que derogaría la N° 1571/08, y consecuentemente, dando cumplimiento a la Ordenanza N° 2202 se hubiera evitado la inconstitucionalidad que se alega.

Insiste en que hay una omisión por parte de la demandada.



Seguidamente, manifiesta que resulta arbitraria y subjetiva la apreciación del magistrado en cuanto al fundamento de la acción, también con cita de un párrafo de la sentencia.

Agrega que el a quo no ha dado argumentos que lo conduzcan a declarar la inconstitucionalidad del art. 2 de la Ord. N° 1571/08.

Afirma que el objeto de la demanda no fue el pedido de inconstitucionalidad de la mencionada ordenanza, sino que la pretensión fue: "se la intime a la municipalidad de Junín de los Andes para que proceda a elaborar y fijar los factores que inciden en la conformación de la tarifa para la prestación del servicio de agua y saneamiento de esta localidad".

Manifiesta que el reclamo ha sido impetrado en el marco de la ordenanza dictada por un órgano competente y vigente "hasta el momento de la presente decisión jurisdiccional" (text.) y también a la luz de la Ley de Defensa del Consumidor, representando un interés colectivo, dado que afecta a un número importante (de personas) de la comunidad, y por lo tanto no hay ilegitimidad alguna en los accionantes. Que su intención no es el no pago, sino un pago equitativo acorde al uso.

Sostiene que el cobro (de la tarifa de agua y saneamiento) que lleva adelante el EPAS en Junín de los Andes, excede los parámetros en cuanto a los intereses conforme la LDC.

Entiende que al afirmarse que nada impide que los actores soliciten la instalación de un medidor de caudales si están disconformes con el "régimen de cobro por consumo estimado", pasando así al "régimen de cobro por consumo real",



la sentencia se circunscribe a los cuatro actores, desconociendo que la acción afecta derechos colectivos.

Reitera que la principal afirmación de su parte en la demanda fue manifestar que no hay marco regulatorio para la actividad del EPAS, no hay convenio con el EPAS y que el cobro que pretende el Ente es violatorio de la LDC y que no se pretende el no pago del servicio sino un pago que se corresponda con el uso.

Expresa que, contrariamente a lo afirmado en la sentencia, la demora en celebrar el contrato de concesión con el EPAS "repercute negativamente en la población y atenta contra los derechos de los ciudadanos" (text.), y que los derechos que se vulneran con la omisión surgen del propio incumplimiento.

Refiere que lo cuestionado es el monto desproporcionado que se cobra por el servicio, y no es que la comunidad no quiera pagar un monto que sea razonable, agrega que no se cuestiona la no prestación del servicio, sino el método de cobro del mismo.

Considera que existe una contradicción de suma gravedad al manifestarse en la sentencia que la acción no resulta admisible, mientras que oportunamente se decretó su admisibilidad.

c) En su tercer agravio cuestiona la inconstitucionalidad decretada, en tanto entiende que existe un conflicto de poderes dado que el pedido de inconstitucionalidad fue realizado por el Ejecutivo (demandada) contra una norma sancionada por el Cuerpo Deliberativo, con lo cual el *a quo* sería incompetente; transcribe el art. 241 inc. 2 de la Constitución Provincial e invoca la teoría de los actos propios.



Con referencia a los argumentos que fundan la inconstitucionalidad, destaca dos errores; el primero es que con anterioridad al año 2008 no existía marco regulatorio, el que fuera establecido recién con la Ordenanza N° 2202/12 y el segundo, es que la Ordenanza N° 1571/08 no eximía del pago del servicio, sino que lo suspende.

Cuestiona la declaración de inconstitucionalidad al no advertir una apreciación restrictiva como correspondería, además de no haber sido planteada como cuestión de fondo por ninguna de las partes.

d) En su cuarto agravio se queja el recurrente de haber omitido el *a quo* ponderar los antecedentes de la Ordenanza N° 1571/08.

e) En el quinto agravio se queja de la falta de decisión de la cuestión planteada en el objeto de la demanda. Se pregunta qué sucede con la deuda que se ha generado por el acatamiento de la Ordenanza N° 1571/08 y otras consideraciones.

f) Finalmente, en su sexto agravio, alega omisión de tratar incidentes, desproporción en la regulación de honorarios y aplicación parcial del beneficio de gratuidad del proceso.

En este sentido, afirma que no se ha valorado el incidente de negligencia probatoria resuelta favorablemente, que se han regulado los honorarios de los letrados de las partes en el mismo monto y que no se ha considerado el art. 53 de la ley 24.240, en orden a la gratuidad de los procedimientos.

Realiza otras consideraciones, cita doctrina y jurisprudencia que hace a su derecho y solicita se revoque la



sentencia apelada en lo que ha sido motivo de agravios, con costas.

3. En forma previa a ingresar al estudio del recurso interpuesto, señalo que considero que la queja traída cumple con la exigencia legal del art. 265 del C.P.C.C.

En esta cuestión, y conforme ya lo he expresado en anteriores precedentes, la jurisprudencia sostiene que: "...Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional. De allí entonces que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto. Ahora bien, no obstante tal amplitud en la apreciación de la técnica recursiva, existe un mínimo por debajo del cual las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley de forma, no resultando legalmente viable discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista (conf. C. N. Civ., esta Sala, Expte. N° 70.098/98 "Agrozonda S. A. c/Jara de Perazzo, Susana Ventura y otros



s/escrituración" y Expte. N° 60.974/99 "Agrozonda S. A. c/Santurbide S. A. y otros s/daños y perjuicios" del 14/8/09; Idem., id., Expte. N° 43.055/99, "Vivanco, Ángela Beatriz c/Erguy, Marisa Beatriz y otros s/daños y perjuicios" del 21/12/09)...(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, "Scott, Sonia Lorena c/ Guerra Cruz, Angelina s/daños y perjuicios", 27/10/2011, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/67333/2011)".

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica).

También puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir al apelante en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimientes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

4. Seguidamente, he de ingresar al estudio de los argumentos expuestos.

a) Con relación al primer agravio, el mismo no puede merecer tratamiento en tanto sólo se limita a expresar que en los resultados de la sentencia no se ha hecho mención a la resolución de la negligencia planteada y resuelta, sin explicitar cuál es el agravio que ello le acarrea o en qué le afecta, sin perjuicio de referirme posteriormente a la regulación de honorarios que petitiona con relación a este planteo.

b) En orden a la cuestión de fondo, procederé a tratar en forma conjunta el segundo y quinto agravio,



adelantando que los mismos no han de tener favorable acogida en este voto, dando mis razones.

1. La pretensión: En primer lugar, y a fin de clarificar las cuestiones a resolver, cabe puntualizar concretamente cuál ha sido la pretensión de los actores, atendiendo al cuestionamiento puntual del quejoso y remitiéndome a tales fines al escrito de demanda.

Allí se expresa, como primer punto, que se demanda por la vía de amparo a la Municipalidad de Junín de los Andes solicitando "se la intime a que en el plazo que V.S. estime prudencial y razonable, proceda a elaborar y fijar los factores que inciden en la conformación de la tarifa para la prestación del Servicio de Agua y Saneamiento de la ciudad de Junín de los Andes".

Cita como fundamento de lo pretendido los arts. 127 inc. "a" de la Carta Orgánica Municipal, art. 42 de la CN, arts. 3, 25 y conc. de la LDC, art. 55 de la Constitución Provincial y Ley 2268.

Luego, agrega que "lo que se pretende es que se dé cumplimiento a la Ordenanza N° 1571/08, se proceda a elaborar el marco regulatorio a los fines de poder fijar los factores que inciden en la conformación de la tarifa" (fs. 99vta. *in fine*).

Esta es la pretensión de la demanda.

Luego, se solicita en la demanda una medida cautelar de no innovar contra el EPAS (que no ha sido demandado), ordenándole se abstenga de realizar intimaciones para el cobro de la prestación del servicio de agua y saneamiento que fuera suspendido mediante Ordenanza N°



1571/08, y hasta tanto se celebre el convenio con la Municipalidad, el que fuera ordenado por Ordenanza N° 2202/12.

Esta no es la pretensión contenida en la demanda, sino el pedido de una medida cautelar destinada, según los actores, a tornar eficiente el pronunciamiento a dictarse en caso de ser admitido el amparo.

Oportunamente, la medida cautelar peticionada fue rechazada, considerando el *a quo*, con buen tino, entre otras cuestiones, que se intentaba dirigir una medida cautelar contra quien no había sido demandado en este proceso (conf. fs. 106vta.).

En estos términos, conveniente es destacar y en este aspecto le asiste razón al recurrente, que la pretensión no se fundó en lo dispuesto en el art. 2 de la Ord. N° 1571/08, al menos en cuanto a la suspensión del cobro de la tarifa (porque el citado artículo, además de la suspensión, insta al DEM a realizar otras acciones en cuanto al marco normativo a aplicar en el ámbito municipal); tampoco se alegó el no pago de la tarifa; ni que se intentara evitar el pago de la tarifa del servicio de agua y saneamiento; por el contrario, se reconoció el derecho del EPAS a cobrar por el servicio.

Por otro lado, siendo que el EPAS no ha sido demandado, cualquier decisión que se tomara en orden al cobro de la tarifa actual, sus intereses, etc., afectaría derechos de un tercero que no ha sido parte en el presente proceso. Destaco con respecto a los intereses, que el actor sólo "deja la salvedad", pero no concreta ninguna pretensión al respecto en su demanda (conf. fs. 100), más allá de alegar vulneración de derechos y daños ciertos, los cuales, en todo caso, podrán



ser objeto de reclamo por la vía que corresponda y contra quien deba ser parte.

Para completar el cuadro fáctico que conformó la traba de la litis, tengo en cuenta que de los términos de la contestación de demanda (fs. 138vta.), surge que la demandada ha interpretado cuál es la pretensión, oponiendo su improponibilidad objetiva.

A su vez, ha fundado su oposición en las Disposiciones complementarias, transitorias y finales de la Constitución Provincial, que transcribe textualmente en la parte pertinente, así como en la Ordenanza N° 2202 dictada por la Municipalidad de Junín de los Andes (por su órgano deliberativo) y restantes acciones que entiende llevó a cabo el municipio; plantea que se han ejecutado acciones positivas y que aún se encuentran en situación de resolver un problema que pertenece al ámbito de su discrecionalidad, esto es, un acuerdo con el EPAS, que actualmente se encuentra constitucionalmente amparado en la continuidad de sus prestaciones.

Ninguna de las partes desconoce la autenticidad de la prueba documental acompañada.

2. Carácter colectivo de la pretensión: Sentado lo anterior y atendiendo a los agravios traídos, he de considerar la naturaleza colectiva o individual de la pretensión de los actores, así como también la legitimación de los mismos, siendo este un presupuesto procesal.

En este aspecto, ya he tenido oportunidad de expedirme al votar en la causa "OTERO ARIEL Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE VILLA LA ANGOSTURA S/ACCION DE AMPARO", Expte. N° 5216/14 de la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes; a cuyos fundamentos me



remito en honor a la brevedad, sin perjuicio de destacar lo pertinente en este voto.

a) Considero que, para definir a una pretensión como colectiva, ha de estarse a la naturaleza de lo reclamado, circunstancia que no puede ser modificada por la voluntad de las partes. En ese sentido y atendiendo al objeto de lo reclamado, esto es "elaborar y fijar los factores que inciden en la conformación de la tarifa para la prestación del servicio de agua y saneamiento en la ciudad de Junín de los Andes", entiendo que los actores han iniciado un proceso que contiene una pretensión de incidencia colectiva que tiene por objeto reclamar protección para bienes colectivos y no para derechos individuales ni individuales homogéneos.

Advierto que, a pesar de las falencias claramente detectables en el escrito de demanda, los actores persiguen como objeto de su reclamo lograr la protección de un interés público, en este caso la legitimidad de la determinación razonable de las tarifas de un servicio público, un bien de carácter colectivo (art. 55 de la Constitución Provincial).

Siguiendo el razonamiento vertido por la CSJN en el fallo "Halabi" (sentencia del 24/2/2009, aun cuando se refiere a un caso de intereses individuales homogéneos): "...La admisión formal de toda acción colectiva requiere...la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas..." "... el tema planteado tiene repercusión institucional, en la medida en que excede el mero interés de las partes y repercute en un importante sector de la comunidad por haberse sometido a debate la legitimidad de medidas de alcance general...".



La Corte en este *leading case*, delimita con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Considero que en el presente se reclaman derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (la legitimidad de la determinación de las tarifas de un servicio público). En términos de la Corte, en este supuesto también es necesaria la existencia de un "caso", y no que se pretenda el control de la mera legalidad, aunque señalando que el "caso" tiene una configuración típica diferente para cada uno de los supuestos.

En este aspecto, verifico que la naturaleza misma de la pretensión invocada impide, fáctica y jurídicamente, considerarla como un reclamo individual; es obvio que, eventualmente, no puede disponerse se elaboren y se fijen los factores que determinan la tarifa de un servicio público y que ello tenga efecto sólo para los actores, lo que implica la incidencia colectiva de la decisión que se pretende.

En este sentido, entiendo que el bien que se pretende tutelar con la acción es un objeto que pertenece a toda la localidad, y además es indivisible, no admitiendo exclusión alguna, y consecuentemente resulta ser un bien colectivo; no se trata de la existencia de una pluralidad de sujetos, sino de un bien que es de naturaleza colectiva, que no tiene por titular a una pluralidad indeterminada de personas, no pudiendo determinarse el sujeto titular en el proceso. "...Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno... la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho..." (CSJN en Halabi, punto 11).



Por estas razones, atendiendo a la naturaleza y objeto de la pretensión no puede considerarse que lo pretendido se refiera a derechos individuales subjetivos; ni aun cuando así hubiera sido planteado en tanto: "...cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la *causa petendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación..." (CSJN Halabi, punto 11).

En este aspecto, entiendo cumplimentado el recaudo para el ejercicio de una acción colectiva, en tanto se pretende la protección de "derechos de incidencia colectiva en general" o es "relativo a derechos colectivos" (arts. 43 de la CN y 55 y 59 de la Constitución provincial).

En la forma en que se plantea la pretensión, la satisfacción de los derechos que se pretende no puede realizarse sólo con respecto a los actores sin contemplar al resto de la comunidad.

En estos casos, no se debe invocar un mero interés en la aplicación de la ley, sino que debe postularse que la ilegalidad provoca, o tiene potencial para provocar, un daño al patrimonio social (económico), solicitando una protección concreta y no un pronunciamiento abstracto.

b) Seguidamente, y en estos términos, he de ingresar puntualmente a considerar la legitimación activa invocada por la actora para reclamar derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos con fundamento en lo dispuesto por el art. 59 de la Constitución Provincial y 43 de la C.N.



Cuando se pretende la tutela de un bien colectivo, siendo indivisible, se concede una legitimación extraordinaria o ampliada para reforzar su protección (CSJN, Halabi, punto 11).

Teniendo en cuenta este caso concreto, corresponde efectuar la interpretación de lo dispuesto por el art. 43 de la CN y art. 59 de la Constitución Provincial en orden a la legitimación activa en supuestos de reclamarse derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos.

En general, es conteste la doctrina y jurisprudencia en afirmar que el art. 43 de la CN, a pesar de lo que podría parecer de una primera lectura, no estableció la denominada "acción popular", esto es que cualquier persona puede comparecer en nombre de otros, arrogándose la representación del colectivo por el mero interés en que se cumplan la Constitución y las leyes (legalidad objetiva), ello en tanto en su segundo párrafo confiere legitimación para los supuestos de defensa de intereses de incidencia colectiva "al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que tienden a tales fines".

En cambio, el art. 59 de nuestra Constitución Provincial, expresamente legitima a "cualquier persona", resultando en un estándar más amplio de protección de derechos.

La disposición constitucional que rige en la provincia de Neuquén (art. 59), en el segundo párrafo, referido a derechos de incidencia colectiva, dispone que "podrán también interponer esta acción en lo relativo a los derechos colectivos, cualquier persona, el Defensor del Pueblo y las personas jurídicas que propendan a esos fines" (el destacado me pertenece).



En la Convención Constituyente, el miembro informante de la respectiva Comisión, Convencional Prieto, expresó: "...En primer lugar, la legitimación que comprende al afectado cuando se trata de un amparo interpuesto de forma individual pero que se extiende de un modo amplio cuando el amparo se interpone contra o en defensa de derechos que se han denominado colectivos, aquí es cualquier persona más las personas jurídicas que propendan a tales fines son los que, reitero, están legitimados para interponer la acción cuando se trata de derechos colectivos, esto está en línea con el principio de amplitud del control que impregna el ordenamiento jurídico neuquino y en realidad no constituye una novedad sino que viene a ratificar un principio consolidado..." (el destacado me pertenece).

Asimismo, el mismo convencional constituyente, Sr. Prieto, en relación a derechos de incidencia colectiva, hizo mención expresa a la defensa de la legalidad en beneficio del conjunto de la población, al interpretar el art. 59 de nuestra Constitución Provincial en estas palabras: "...el vencido que es el propio autor, quien promueve la acción, no cargará con las costas del proceso, esto es realmente muy importante porque promueve el ejercicio de la acción en beneficio de los intereses colectivos, en beneficio de la propia legalidad, en beneficio del conjunto de la población..." (el destacado me pertenece).

Y, como si no bastara, agregó el convencional: "...Pero el rol del amparo se extiende no ya a la propia protección de los derechos individuales, sino que cumple una función muy importante en el sistema jurídico porque en la medida en que es un modo de control de la Administración Pública contribuye al sostenimiento del proceso democrático, en la medida en que se controlan los actos administrativos, la



adecuación de los actos administrativos a la norma de superior jerarquía -que es la ley- se contribuye a hacer efectiva la voluntad del legislador y esto es consolidar, construir mayor democracia, por eso se puede decir que a mayor control -y el amparo es un instrumento de control- habrá más democracia, y también sirve precisamente este control, para la eficacia de la función administrativa porque precisamente, como decía o como dice el administrativista español Tomás Ramón Fernández, juzgar a la administración también contribuye a administrar mejor..." (el destacado me pertenece).

Considero que la norma constitucional provincial, implica un estándar de protección mayor que en el orden nacional y que, su interpretación auténtica, es decir, cómo estrictamente debe regir y ser aplicada en nuestra Provincia, surge de los argumentos y explicaciones vertidos en el seno de la Convención Constituyente, además de considerar el texto literal de la misma, ya que la expresión: "cualquier persona" puede ser entendida sin dificultad y sin recurrir a artificios interpretativos.

En precedentes tales como "Dromi" y "Polino" de la CSJN, donde establece el criterio de que la condición de ciudadano no es apta para autorizar la intervención de los jueces, se ocupa de aclarar expresamente: "en el orden Federal", dejando así a salvo cualquier otra disposición constitucional en el orden provincial, según mi opinión.

En consonancia con esta postura, el Maestro Morello expresa: "...Alargar la protección del administrado y mejor aún del ciudadano, del habitante, es un propósito consustanciado con el moderno Estado de Derecho. Y la encrucijada a la que se arriba se da al tener en vista `que una acabada noción del derecho subjetivo impide hacer de él el instrumento suficiente para acordar protección a los administrados ante ilegalidades



administrativas que sobre ellos repercuten en su detrimento'..." (Morello, Augusto y Vallefín, Carlos A.; "El amparo. Régimen procesal", quinta edición, págs. 270/271, con cita de Bandeira de Mello).

Por otro lado, y sin perjuicio de lo expresamente dispuesto por el art. 59 de la Const. Provincial, normativa de máxima jerarquía en nuestra Provincia y que estoy obligada a aplicar, además, considero, en este caso concreto, que los actores resultan ser las personas afectadas, conforme resulta de la prueba documental acompañada, en tanto están sujetos al pago de las tarifas por la prestación del servicio de agua y saneamiento en la localidad de Junín de los Andes.

Por estas razones, entiendo que los actores se encuentran legitimados para iniciar la presente acción de amparo colectivo por expresa habilitación de la normativa constitucional provincial, de conformidad con la interpretación auténtica que se desprende de la discusión en el seno de la convención constituyente.

3. El amparo: Despejadas las cuestiones precedentes, corresponde ingresar al análisis de la cuestión de fondo.

El amparo resulta ser no un proceso dirimente sino más bien protectorio, de allí la exigencia de la ilegalidad y arbitrariedad manifiestas. Es decir que la ilegalidad y la arbitrariedad deben aparecer manifiestas, con claridad, ser evidentes los hechos sometidos a la jurisdicción, sin necesidad de mayor desarrollo probatorio. En las especiales situaciones que se requieren para su procedencia radica su excepcionalidad, en mi opinión.

Al decir que la ilegalidad o arbitrariedad deben aparecer manifiestas, se entiende que deben aparecer de modo



claro, patente, evidente, notorio, cierto, ostensible; cuando la interpretación es opinable, se excluye el carácter de manifiesto.

En el presente caso, si bien resulta de la prueba documental acompañada y de la contestación de la demanda, que no se ha concluido el convenio de concesión con el EPAS para la prestación del servicio público de agua y saneamiento, en los términos de los arts. 36 incs. "i", "s", "x"; 57 incs. "p" y "q", 124, 125 y 127 de la Carta Orgánica Municipal; en un todo de acuerdo con lo establecido por el art. 273 inc. "a", "f" y "m" de la Constitución Provincial; sin embargo, existe un marco regulatorio constitucional y legal que no ha sido motivo de cuestionamiento alguno por parte del apelante.

En este aspecto central, considero que el apelante no ha controvertido suficientemente el fundamento dado por el a quo para descartar la existencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta como requisito para la procedencia del amparo, esto es, que el EPAS presta actualmente el servicio en esa localidad en el marco de lo dispuesto en la cuarta disposición complementaria transitoria y final de la Constitución Provincial, en lo dispuesto por la Ley 1763, en el art. 124 de la Carta Orgánica Municipal y en los Decretos N° 1137/82, 295/13 y 2603/13.

La citada disposición constitucional (del año 2006), ha prorrogado por diez años las concesiones de los servicios públicos otorgadas con anterioridad por las municipalidades, circunstancia que el quejoso omite mencionar en sus agravios.

La normativa citada no ha sido cuestionada puntualmente por los actores, ni motivo de observación alguna. También se ha acreditado, contrariamente a lo sostenido por



los actores, que existe un marco regulatorio, esto es la Ordenanza N° 2202/12.

Si bien el quejoso realiza afirmaciones en su escrito de apelación, en cuanto manifiesta que el cobro del servicio por parte del EPAS es violatorio de la LDC, no precisa tampoco cuál es la afectación concreta; es decir, manifiesta que lo que se pretende es un pago que se corresponda con el uso, o cuestiona los intereses de una presunta deuda, pero no ha producido prueba alguna tendiente a verificar estos extremos (en la documental obrante a fs. 10/12 no se discriminan intereses). No sabemos cuál es el uso, a qué intereses se refiere y tampoco alega deficiencia alguna en la prestación del servicio por parte del Ente o que se hayan vulnerado los derechos y garantías previstos en el art. 11 inc. "h" de la Carta Orgánica, ni se aprecia en qué medida pueden estar afectados los derechos a la protección de sus intereses económicos (art. 55 de la Constitución Provincial). Específicamente, no se ha acreditado que el monto de la tarifa determinada por los mecanismos dispuestos por la Ley 1763, conforme resulta de los Decretos N° 295/13 y 2603/13, resulte irrazonable o desproporcionada al uso.

No le asiste razón cuando afirma que "la reticencia en dar cumplimiento a una norma repercute negativamente en la población y atenta contra los derechos de los ciudadanos", y que ello surgiría del propio incumplimiento, ya que, más allá del cumplimiento o no de una norma, el perjuicio concreto a los derechos protegidos debe acreditarse, o, al menos, precisar concretamente en qué consistiría.

En estos términos, considero que la sentencia recurrida debe ser confirmada en cuanto a que, en el presente caso, la omisión que se denuncia en orden a la determinación de los factores que inciden en la tarifa del servicio de agua



y saneamiento por parte de la Municipalidad, no resulta manifiestamente arbitraria e ilegal, existiendo por el contrario un marco normativo constitucional y legal que no ha sido cuestionado y por el cual se presta el servicio y se determina la tarifa.

Tampoco se ha demostrado que dicha omisión restrinja, altere o amenace en forma actual e inminente derechos constitucionales de los peticionantes.

Por estas razones, los agravios han de ser rechazados, confirmando en lo esencial la sentencia recurrida.

4. Declaración de inconstitucionalidad:
Seguidamente procederé a analizar en forma conjunta los agravios tercero y cuarto de la apelante.

Cuestiona puntualmente la quejosa que la sentencia se haya pronunciado declarando la inconstitucionalidad del art. 2 de la Ordenanza N° 1571/08. Destaco que la inconstitucionalidad declarada no ha sido peticionada por ninguna de las partes, por lo cual el a quo expresa que la demandada "propicia" dicha declaración (fs. 261vta. primer párrafo de la sentencia); es decir, no introduce concretamente la pretensión, por el contrario, a fs. 139vta. sostiene que dicha norma nunca ha sido impugnada, ni atacada y se encuentra vigente.

A los fines de resolver esta cuestión, tengo en cuenta, como bien se afirma en la sentencia en crisis, que la declaración de inconstitucionalidad de una norma resulta ser una función delicada, que debe ejercerse restrictivamente, siendo la inconstitucionalidad la última *ratio*. Destaco, asimismo, que la inconstitucionalidad declarada judicialmente no deroga normativa alguna, ni le quita vigencia, sino que tiene efectos para el caso concreto.



Consecuentemente, habiendo rechazado o inadmitido la acción de amparo, decisión que propongo confirmar por los fundamentos expuestos precedentemente, considero que no resulta necesario y tampoco procedente, declarar la inconstitucionalidad de dicha normativa.

Si bien la Ley 1981, en este aspecto, contiene un diseño anterior a la reforma constitucional de 1994 (art. 43) y ha quedado ampliamente superada por las interpretaciones jurisdiccionales actualizadas, además de ser una norma jerárquicamente inferior, he de citarla por cuanto resulta aplicable en la argumentación que interesa en este caso. Así, es que el art. 3 inc. "5" de la Ley 1981, establece textualmente que: "La acción no será admisible cuando:... inc. 5: Haga necesario discutir la constitucionalidad de una norma legal, salvo que la violación de los derechos y garantías sea palmaria, en cuyo caso pueden los tribunales admitirla, y en su caso declarar la inconstitucionalidad...".

En los fundamentos de la norma se expresó que: "... se incluye como inciso quinto la posibilidad de admitir la acción aun cuando ello implique discutir la constitucionalidad de una norma legal y, en su caso, declararla inconstitucional. Ello cuando la violación de los derechos o garantías sea palmaria...".

A su vez, el art. 43 de la CN expresa que: "... el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto y omisión lesiva...".

Es decir que, de lo que se trata es de habilitar la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que se funda el acto u omisión lesiva y a fin de no obstaculizar la procedencia del amparo, que, evidentemente, no es el caso de autos; la finalidad de esta función judicial es que, ante un



acto arbitrario de la autoridad con fundamento en una norma contraria a la constitución, se declare su invalidez constitucional reforzando la protección de los derechos que es el objeto del amparo como garantía.

El diseño del amparo en estos términos otorga una vía directa para declarar la inconstitucionalidad de normas que en forma actual o inminente lesionen o amenacen los derechos y garantías reconocidos y cuya protección se solicita, de manera de otorgar a esos derechos la jerarquía que corresponde y decidir de manera de no desvirtuar su contenido.

Si como resulta de autos, cuya decisión propongo confirmar, no se ha acreditado el acto u omisión lesiva, la declaración de inconstitucionalidad, como dije, es innecesaria y por lo tanto improcedente.

Por estos fundamentos, he de proponer se deje sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 2 de la Ordenanza 1571/08.

5. Honorarios: Con relación a los honorarios regulados y la imposición en costas por su orden, considero que el presente debe ser declarado exento de costas, atento lo dispuesto por el art. 59 de la Constitución Provincial.

En este sentido, el art. 59 de la Constitución provincial expresa que: "...Estará exenta del pago de costas y costos, salvo que medie temeridad, malicia o error no excusable, toda acción de amparo que se promueva contra autoridad pública y resulte rechazada en lo relativo a la afectación de derechos e intereses colectivos y contra cualquier forma de discriminación...".



La norma menciona expresamente no sólo los "costos" sino también las "costas" y no se ha pretendido siquiera la declaración de temeridad, malicia o error no excusable.

Menciono aquí también las palabras del miembro informante de la respectiva comisión en la Convención Constituyente, Convencional Prieto: "...Luego hay una innovación importante que es la vinculada a la imposición de costas al vencido, en principio, la materia es que las costas las paga el vencido pero tomando el antecedente de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, aunque mejorándola en lo que voy a explicar a continuación, se eximirá de costas a aquél, aun resultando vencido, el accionante, cuando el amparo se haya promovido contra autoridad pública y resulta rechazada en lo relativo a la afectación de derechos e intereses colectivos y contra cualquier forma de discriminación, es decir, en materia de derechos colectivos, cuando se promueve y se pierde el asunto -salvo que medie temeridad, malicia u error no excusable- el vencido que es el propio autor, quien promueve la acción, no cargará con las costas del proceso, esto es realmente muy importante porque promueve el ejercicio de la acción en beneficio de los intereses colectivos, en beneficio de la propia legalidad, en beneficio del conjunto de la población, entonces no parece justo que aquel que ha accionado de modo tendiente a la protección de esos derechos que no son específicamente individuales, deba cargar con las costas en caso de ser vencido...".

En este aspecto, el TSJ local ha expresado recientemente: "...No hay costas para aquellas engendradas entre el amparista y la Provincia del Neuquén, dada la exención de su pago dispuesta por la Constitución Provincial para los procesos de amparo por afectación de derechos colectivos promovidos contra autoridad pública (Arts. 54 y 59, último



párrafo)... Ello así, pues el constituyente neuquino consagró en el Art. 54, una garantía judicial de características especiales y propias cuando se afecten derechos colectivos. Entre ellas, que la vía procesal resulte expedita -amparo-, que pueda ser promovida -legitimados- por cualquier persona, y que para acceder a ella no resulte óbice el pago de costos y costas -exención-..." ("Marianetti, Franco Gabriel c/ Chevron Argentina S.R.L. y otro s/ acción de amparo", Ac. 133/14, sentencia del 11/9/14).

Por estas razones, he de proponer al Acuerdo declarar el presente exento de costos y costas atento lo expresamente dispuesto por el art. 59 de la Constitución Provincial, y en consecuencia, dejar sin efecto las regulaciones de honorarios e imposición de costas practicada en la sentencia que se revisa.

Atento como propongo se resuelva este planteo, no corresponde ingresar al tratamiento de los agravios expuestos en el punto sexto de la queja.

6. Por todo lo considerado, he de proponer al Acuerdo:

a) Confirmar parcialmente la sentencia recurrida en cuanto al rechazo de la acción de amparo interpuesta, dejando sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 2 de la Ordenanza N° 1571/08.

b) Declarar el presente exento de costos y costas, atento lo expresamente dispuesto por el art. 59 de la Constitución Provincial, y en consecuencia, dejar sin efecto la regulación de honorarios e imposición de costas practicada en la sentencia que se revisa. **Mi voto.**

A su turno, la **Dra. Gabriela Calaccio**, dijo:



Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto. **Mi voto.**

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Confirmar parcialmente la sentencia recurrida en cuanto al rechazo de la acción de amparo interpuesta, dejando sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 2 de la Ordenanza N° 1571/08.

II.- Declarar el presente exento de costos y costas, atento lo expresamente dispuesto por el art. 59 de la Constitución Provincial, y en consecuencia, dejar sin efecto la regulación de honorarios e imposición de costas practicada en la sentencia que se revisa.

III.- Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan las actuaciones a origen.

Dra. Alejandra Barroso - Dra. Gabriela Calaccio
Registro de Sentencias Definitivas N°: **72/2015**
Dra. Victoria Boglio - Secretaria