

## Servicio De Agua Potable Aumento Tarifario Medida Cautelar Tutela Anticipada Suspension Del Aumento

### JURISPRUDENCIA

Servicio de agua potable. Aumento tarifario. Medida cautelar. Tutela

anticipada. Suspensión del aumento Se confirma la resolución que rechazó la medida cautelar solicitada por la parte actora, tendiente a que se suspendan los efectos del aumento tarifario por la prestación del servicio público de agua potable y desagües cloacales, por entender que la cautela pretendida se confundía con la cuestión principal planteada, por lo que su concesión implicaría adelantar opinión sobre el fondo del asunto, y que, además, el examen del asunto requería de mayores elementos de juicio.

Buenos Aires, 5 de junio de 2018.- VISTO Y CONSIDERANDO: Los Sres. Jueces de Cámara, Dres. Guillermo F. Treacy y Jorge F. Alemany, dijeron: I.- Que a fs. 375/376 la jueza de la anterior instancia rechazó la medida cautelar solicitada por la parte actora, tendiente a que se suspendieran los efectos de la Disposición N° 62/16 de la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, por medio de la cual se estableció un aumento de la tarifa por la prestación del servicio público de agua potable y desagües cloacales; se ordenase a la empresa AYSA S.A. que se abstuviera de cobrar las facturas emitidas de conformidad con esa disposición y de efectuar cortes en el suministro por falta de pago de tales facturas; y que se la autorizara a pagar el servicio a los valores anteriores a la entrada en vigencia del aumento tarifario cuestionado. Para así decidir, sostuvo que la cautela pretendida se confundía con la cuestión principal planteada, por lo que su concesión implicaría adelantar opinión sobre el fondo del asunto, y que, además, el examen del asunto requería de mayores elementos de juicio. II.- Que contra ese pronunciamiento, la parte actora interpuso y fundó su recurso de apelación a fs. 301/383.

En cuanto interesa, se agravia por considerar que a los efectos de la concesión de la medida cautelar solicitada debe ponderarse que no se efectuó la audiencia pública con los usuarios en los términos del artículo 42 de la Constitución Nacional y tratados internacionales de manera previa a que se estableciera el aumento tarifario por medio de la Disposición N° 62/16 y que ese aumento, que fue del 442 % a su respecto, es manifiestamente exorbitante. En otro orden, expresa que la medida cautelar pretendida tiene como objeto que se suspendan los efectos del aumento tarifario cuestionado, en la medida en que la empresa prestadora del servicio de agua potable puede cortar el suministro por falta de pago de las facturas. Indica que, en cambio, la acción de amparo persigue la declaración de nulidad del aumento tarifario establecido por la Disposición N° 62/16. Afirma que, por tal motivo, el argumento de la coincidencia entre ambas pretensiones y del estrecho marco cognoscitivo del incidente cautelar resultan meramente aparente y carece de virtualidad para impedirle gozar de una resolución cautelar que, cuanto menos, permita abonar un precio razonable durante la tramitación del presente proceso. III.- Que en toda medida cautelar la investigación sobre el derecho que se postula se limita a un juicio de probabilidades y verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho parezca verosímil. El resultado de esta sumaria cognición sobre la existencia del derecho tiene, en todos los casos, valor no de una declaración de certeza sino de hipótesis y solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá verificar si la hipótesis corresponde a la realidad (cfr. Piero Calamandrei, Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Buenos Aires, Librería El Foro, 1996, pág. 77). Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que siempre que se pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria, se debe acreditar la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza (cfr. Fallos: 329:3890). Por otra parte, también debe considerarse que la finalidad de las medidas cautelares, en general, radica en evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita, ante la eventualidad de que se dicte una sentencia favorable. Es decir, se trata de sortear la posible frustración de los derechos de las partes a fin de que no resulten insustanciales los pronunciamientos que den término al litigio (cfr. esta Sala, in re: ?Acegame S.A c/ DGA -resol 167/10 [expte. 12042-36/05]-?, del 9/09/2010). IV.- Que, en ese orden de ideas, cabe añadir que cuando, como en el sub examine, está de por medio un obrar estatal que goza de presunción de legitimidad (artículo 12 de la Ley N° 19.549), la concurrencia de los requisitos normalmente exigibles para la procedencia de la cautela pretendida debe ser analizada con mayor rigor y especial prudencia, sin que esto suponga un prejuizamiento sobre la cuestión de fondo (cfr. esta Sala in re: ?Jumbo-Tours-Cargas SRL c/ EN-CNC [expte 1315/09] s/ medida cautelar [autónoma]?, sentencia del 23 de abril de 2013, entre otros). V.- Que de un examen preliminar de la cuestión de autos no resulta que la Disposición N° 62/16 de la Subsecretaría de Recursos Hídricos sea manifiestamente arbitraria o ilegítima, para tener por configurado el requisito de verosimilitud en el derecho y, de esa manera, ordenar la suspensión cautelar de sus efectos. En primer lugar, es preciso destacar que el marco regulatorio del servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales aprobado por la Ley N° 26.221 no instituye la obligatoriedad de la

celebración de audiencias pública previo a resolver una revisión tarifaria. Del texto de la reglamentación cuestionada surge que ?... han intervenido las Asociaciones de Consumidores y Usuarios que conforman la Sindicatura de Usuarios del Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS) cuyas consideraciones fueron tenidas en cuenta en la instrumentación de la medida que se propicia por la presente? (considerando décimo noveno). De tal forma, prima facie, no es posible afirmar que se hayan afectado los derechos constitucionales de los usuarios del servicio de provisión de agua potable, en tanto el aumento tarifario fue dispuesto previa intervención de las Asociaciones de Usuarios y Consumidores que conforman la Sindicatura de Usuarios y Consumidores creada por el artículo 54, apartado II, del marco regulatorio aprobado por la Ley N° 26.221 y constituida por la Disposición ERAS N° 14/07 (cfr. en igual sentido, Sala II, ?Asociación para la Defensa de Usuarios y Consumidores c/ AYSA SA y otro s/ inc apelación? [expte. N° CAF 3719/2016/2], del 28 de diciembre de 2016, y ?Municipalidad de La Matanza y otro c/ Estado Nacional y otros s/ proceso de conocimiento?, [expte. N° FSM 47210/2016], del 10 de octubre de 2017). Al respecto, cabe recordar que en Fallos: 339:1077 la Corte Suprema expresó que ?Las audiencias públicas (...) constituyen una de las varias maneras de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas pero no son la única alternativa constitucional, en tanto el art. 42 no las prevé ni explícita ni implícitamente, sino que deja en manos del legislador la previsión del mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso?. Además, la recurrente no alegó ni demostró que la celebración de una audiencia pública fuera el único mecanismo de participación ciudadana que salvaguardara los derechos de los usuarios del servicio. Por lo demás, y de manera previa al aumento tarifario establecido a partir del 1° de mayo de 2018 por la Resolución N° 7/18 de la Secretaría de Infraestructura y Política Hídrica, por medio de la Disposición N° 6/2018, la Subsecretaría de Recursos Hídricos convocó a una audiencia pública para el día 15 de marzo de 2018, con el objeto de informar y recibir opiniones de la comunidad sobre la Propuesta de Adecuación Tarifaria para el año en curso y sus fundamentos, efectuada por AySA, de manera que en esa oportunidad los interesados pudieron participar en el proceso de toma de decisiones al respecto. A lo expuesto, cabe añadir que la parte actora se limitó a expresar que el aumento tarifario resultaba exorbitante debido a que, en su caso, alcanzaba el 442 %; sin embargo no demostró la incidencia económica concreta en cada una de las unidades funcionales, que según sus dichos serían 1502 (1413 viviendas y 89 cocheras, cfr. fs. 441 vta.), ni detalló los metros cuadrados de cada una de esas unidades. En consecuencia, prorrateando los 574.229,49 pesos a pagar según la factura con vencimiento el 23/08/2016 (fs. 29) entre las 1502 unidades funcionales, puede estimarse que correspondía pagar alrededor de 382,31 pesos a cada unidad funcional; monto que no aparece como manifiestamente irrazonable y desmesurado sin considerar las circunstancias particulares de cada uno de los titulares de tales unidades funcionales. VI.- Que con relación al requisito del peligro en la demora exigido para la procedencia de toda medida cautelar, cabe señalar que su examen exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que pudieran llegar a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso (cfr. Fallos: 329: 803 y 4161). En ese sentido, se ha establecido que la tutela anticipada es inaceptable si no se advierte que el mantenimiento de la situación de hecho podía influir en el dictado de la sentencia o convertir su ejecución en ineficaz o imposible (cfr. Fallos: 328:3018; 330:4076). En el caso de autos la actora no ha demostrado la existencia de tal requisito, dado que no ha invocado, y menos aún probado, que frente a la eventualidad de la falta de pago de las facturas por la prestación del servicio se produjera de manera inexorable el corte de suministro, lo que excluye la configuración de tal recaudo; máxime cuando la empresa AYSA S.A., al presentar el informe que se prevé en el artículo 4° de la Ley N° 26.854, manifestó que había suspendido los avisos de corte hasta tanto se resolviera la causa de autos (fs. 330). Por otro lado, dada la brevedad de los plazos que consagra la ley de amparo, y en virtud del estado de la causa, en la que AYSA SA ha presentado el informe del artículo 8° de la Ley N° 16.986 y la parte actora lo ha contestado (fs. 391/403 y 441/442), cabe presumir la inminencia del dictado del pronunciamiento sobre el fondo del asunto. VII.- Que, en consecuencia, dentro del limitado ámbito cognoscitivo que impone el procedimiento cautelar y sin formular un juicio definitivo acerca de la cuestión que se controvierte en el proceso, que comprende la pretensión de colocación de medidores individuales en cada unidad funcional, a criterio de este Tribunal no se encuentran reunidos los requisitos establecidos en el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en el artículo 13 de la Ley N° 26.854, por lo que corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, confirmar la resolución apelada por medio de la cual se denegó la medida cautelar solicitada por la parte actora. VIII.- Que, finalmente, cabe aclarar que por su naturaleza, las medidas cautelares no causan estado, y, por tanto, el interesado podrá solicitar nuevamente la tutela denegada en caso de que se presenten nuevas circunstancias de hecho o de derecho (cfr. artículo 202 del CPCCN; Fallos: 321:3384).

ASÍ VOTAMOS. El Sr. Juez de Cámara, Dr. Pablo Gallegos Fedriani, dijo: I.- Que, en cuanto a los antecedentes de la causa, me remito a lo expuesto en los considerandos I y II del voto que antecede. II.- Que es menester señalar que los extremos que justifican la concesión de este tipo de tutelas se encuentran de tal modo relacionados que a mayor concurrencia de uno no resulta procedente -en forma correlativa- ser tan exigente con la verificación del restante, y -de tal modo-, a mayor verosimilitud del

derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño y, viceversa (cfr. esta Sala, in re: "Arrieta, Daniel Carlos c/ E.N. -PFA [Orden Día 229/06]- s/ Personal Militar y Civil de las F.F.A.A. y de Seg.?, del 12/05/09). En el sub examine, en virtud de la magnitud del aumento tarifario cuestionado, el peligro en la demora resulta por demás evidente, por cuanto en el artículo 78 del marco regulatorio para la prestación del servicio público de agua potable y desagües cloacales, aprobado por la Ley N° 26.221, se prevé que "La Concesionaria será la encargada y responsable del cobro de los servicios. A tal efecto, las facturas, liquidaciones o certificados de deuda que emita por los servicios que preste tendrán fuerza ejecutiva, de acuerdo con lo que prevé el Artículo 44 de la Ley N° 13.577 y sus modificatorias, y su cobro judicial se efectuará mediante el procedimiento de ejecución fiscal previsto en los Artículos 604, 605 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación". Además, en el artículo 81 del referido marco regulatorio, se establece que, sin perjuicio de los cargos por mora e intereses que se establezcan en el Régimen Tarifario, en caso de mora de los Usuarios Residenciales que hayan incurrido en la falta de pago de las facturas correspondientes a dos períodos consecutivos, previa intimación de pago fehaciente con 15 días de anticipación, la concesionaria está facultada para restringir el servicio.

III.- Que, en este marco, corresponde que me pronuncie respecto de la constitucionalidad de los artículos 5° y 10 de la Ley N° 26.854 aún en aquellas hipótesis en las que los actores no lo hubieran solicitado expresamente (confr. esta Sala "De Olivera Sergio c/ PEN Ley 25561 Dto 1570/01 214/02 s/ amparo?", causa N° 24.933/02, sentencia del 24/6/03). Asimismo, debo dejar consignado que no desconozco la reiterada jurisprudencia del Alto Tribunal en el sentido de que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional y que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico debido a la presunción de validez que se reconoce a los actos de los órganos públicos, pero ello no conlleva a prescindir de su declaración cuando se concluye que determinadas normas en su aplicación al caso concreto lesionan preceptos constitucionales (cfr. Fallos: 316: 2624; 285:322; 327:5723). Sentado ello, en torno a lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley N° 26.854, que establece un plazo de vigencia de las medidas cautelares dictadas contra el Estado Nacional, es menester precisar que la determinación de un plazo de vigencia de las medidas cautelares otorgadas implica, a mi criterio, desconocer la finalidad misma del proceso cautelar en punto a los principios constitucionales antes citados. En efecto, es sabido que una de las características principales de las medidas cautelares es que son provisionales y que, por tal razón, las mismas en caso de ser ordenadas tienen eficacia hasta la finalización del pleito y/o hasta que sean modificadas o levantadas por modificación o cesación de las circunstancias que le dieron origen. Por supuesto que dentro de ese marco de análisis deberá evaluarse la conducta de las partes, a los fines de entorpecer o dilatar el pronunciamiento de fondo, pero, en todo caso, ello encuadraría en un supuesto de mala fe procesal, y ante lo cual el juez cuenta con herramientas para evitarlo y/o sancionarlo. Fijarles un plazo de vigencia implicaría un contrasentido, pues sería tanto como suponer que luego de vencido ese plazo -aunque la causa se encuentre en pleno trámite- los hechos que la motivaron habrían perdido virtualidad y ya no incidirían en el resultado del pleito. Todo ello, en mi opinión, constituiría una incongruencia con la naturaleza del instituto cautelar, y privaría a los administrados de una tutela efectiva por parte de los jueces. Por otro lado, con relación al artículo 10 de la Ley N° 26.854 es menester precisar que la contracautela es una garantía establecida a favor del afectado por la medida y para cuya procedencia es necesario analizar los hechos traídos a conocimiento del juzgador, pues se refiere a una cuestión de hecho que debe ser apreciada por el juez en cada caso en particular. También, se ha dicho que la contracautela se funda en el principio de igualdad y reemplaza en cierta medida a la bilateralidad y controversia (cfr. Morello G.L.Sosa R Belizonce, Cod. Proces. Civil y Comerc. Coment., Tomo II.C, pág. 495). En tales condiciones, la previsión legal contenida en el artículo 10 de la Ley N° 26.854, avanza sobre las facultades propias del juez, a quien le corresponde estimar el tipo de contracautela adecuada para el caso concreto, colocando, a su vez, a las partes en estado de desigualdad en favor del Estado Nacional, ya que lo posesiona en una situación de mayor privilegio en contra de los particulares. Por lo tanto, considero que el artículo 10 de la Ley N° 26.854, en cuanto limita de modo irrazonable los casos de procedencia de la caución juratoria, afectando el principio de igualdad ante la ley y el debido proceso legal, ambos derechos con jerarquía constitucional (artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional), debe ser declarado inconstitucional.

IV.- Que, en tales condiciones, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, y previa caución juratoria que deberá prestar la parte actora, conceder la medida cautelar en los términos peticionados, hasta tanto se dicte la sentencia sobre el fondo del asunto. **ASÍ VOTO.** Por lo expuesto, por mayoría, **SE RESUELVE:** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, confirmar, la resolución apelada. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Jorge F. Alemany Guillermo F. Treacy Pablo Gallegos Fedriani (en disidencia) 029584E