Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 13 de agosto de 2020.

Vistos los autos: "Recursos de hecho deducidos por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires (CSJ 2977/2015/RH1) y por Aguas Bonaerenses S.A. (CSJ 2983/2015/RH1) en la causa Negrelli, Oscar Rodolfo c/ Poder Ejecutivo Provincial y otros s/ amparo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los recursos extraordinarios, cuya denegación originan las presentes quejas, son inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Que el juez Lorenzetti suscribe la presente en la localidad de Rafaela, Provincia de Santa Fe, y el juez Rosatti lo hace en la localidad de Santa Fe, provincia homónima, en virtud de las medidas de aislamiento social preventivas dispuestas por las autoridades nacionales.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se desestiman las quejas. Declárense perdidos los respectivos depósitos de fs. 110 y 173/175. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívense las quejas.

En disidencia
CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

JUAN CARLOS MAQUEDA

RICARDO LUIS LORENZETTI

DISI-//-

En disidencia
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

HORACIO ROSATTI



-//-DENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ Y DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Vistos y Considerando que:

1°) En lo que aquí interesa, a fs. 1316/1334 la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires hizo lugar al recurso de inaplicabilidad planteado por tres asociaciones de usuarios, declaró la nulidad del decreto 245/2012 que había ordenado un aumento en la tarifa del servicio público de provisión de agua potable a cargo de Aguas Bonaerenses S.A. —ABSA— y dispuso que las sumas abonadas en virtud de la norma mencionada debían imputarse a futuras facturaciones del servicio. Tal decisión se adoptó por una mayoría conformada por los votos individuales de los jueces Genoud, de Lázzari, Kogan y Negri quienes arribaron a dicha conclusión con fundamento en que este acto había sido dictado sin que se hubiese garantizado un mecanismo de información y participación de los usuarios previo a la toma de la decisión impugnada.

El juez Genoud, que votó en primer término, evitó explícitamente pronunciarse sobre la vigencia del requisito de audiencia pública en el marco regulatorio aprobado mediante el decreto provincial 878/2003. Sostuvo que en el caso no se había dado a los usuarios ninguna información ni participación previa a la aprobación de las nuevas tarifas, lo cual resultaba violatorio del artículo 42 de la Constitución Nacional y del artículo 38 de la Constitución provincial. Si bien aclaró que la participación de los usuarios no requería necesariamente la

celebración de una audiencia pública, consideró insuficientes las medidas que sí fueron adoptadas en el caso, como ser la intervención previa a la sanción del cuadro tarifario del organismo de control o la posterior publicidad.

Los jueces de Lázzari, Kogan y Negri —este último según sus propios fundamentos— además entendieron que el marco regulatorio del servicio instrumentado por la ley 11.820 preveía el régimen de audiencias públicas frente a cambios tarifarios (Anexo II, art. 30) y que esa exigencia no fue derogada por el decreto 878/2003 que fijó un nuevo marco regulatorio, razón por la cual estaba vigente al tiempo en que fue establecido el aumento de tarifa por el decreto 245/2012.

2°) La Fiscalía de Estado provincial y ABSA cuestionaron la sentencia mediante recursos extraordinarios, cuya denegatoria dio lugar a la presentación de las quejas bajo examen.

Los agravios de la Fiscalía de Estado pueden sintetizarse de la siguiente forma: a) la sentencia no tiene mayoría de fundamentos en la decisión pues tres jueces sostuvieron que el requisito de la audiencia pública previsto en la ley 11.820 estaba vigente pese al cambio del marco regulatorio y el cuarto juez sostuvo, en cambio, que no se cumplió con el deber de información previsto en la Constitución Nacional y en la Constitución local; y, b) la sentencia carece de la debida fundamentación pues prescindió de las constancias del expediente administrativo, del cual surge que antes del dictado del decreto impugnado se cumplieron las instancias de participación previstas en el marco regulatorio vigente al

momento del aumento de la tarifa en tanto medió participación del Organismo de Control de Aguas de Buenos Aires —OCABA—, que contaba entre sus integrantes con un representante de los usuarios y, además, luego de dictado el decreto 245/2002 se publicaron los aumentos en diarios de gran circulación.

Por su lado, ABSA sostiene que: a) el nuevo marco regulatorio aprobado por el decreto 878/2003 implicó un cambio de paradigma que tornó innecesario el requisito de la audiencia pública, dado que el prestador pasó a ser una empresa estatal que no tiene fin de lucro y el nuevo ente regulador se integró con un representante de los usuarios; b) existe cuestión federal referida a la interpretación del artículo 42 de la Constitución Nacional pues esa norma deja librado al legislador la determinación de cómo se hará el control en favor de los usuarios, lo cual no implica que la audiencia pública sea el único medio admisible y en el caso tampoco había al momento de sancionarse el decreto cuestionado norma alguna que impusiera la obligación de convocarla con carácter previo a la revisión tarifaria del servicio sanitario; c) el decreto 245/2012 de la Provincia de Buenos Aires no violó el mencionado derecho constitucional de los usuarios pues se llevaron a cabo diversas medidas informativas respecto de la modificación tarifaria —por ejemplo, la intervención previa del OCABA, la celebración de audiencias en la Defensoría del Pueblo provincial, publicaciones en los principales periódicos de la provincia, entre otras—; y d) la sentencia es arbitraria pues se expidió sobre cuestiones que no habían sido planteadas en la demanda dado que la pretensión inicial se centraba en la falta de audiencia pública y recién al presentarse los recursos ante la Suprema Corte se

alegó la ausencia de mecanismos de participación adecuada de los usuarios.

Los dos recurrentes denuncian, además, la existencia de gravedad institucional teniendo en cuenta el importe que habría que devolver vía facturación –más de mil seiscientos millones de pesos– y el impacto que dicha devolución tendría sobre la prestación del servicio.

3°) El cuestionamiento planteado por la Fiscalía de Estado provincial referido a la falta de mayoría de fundamentos en la sentencia recurrida debe ser desestimado en tanto -tal como se señala en el dictamen del señor Procurador Fiscal- los jueces que la conformaron decretaron la nulidad del decreto cuestionado con fundamento en que dicho acto había sido dictado sin que se hubiese garantizado un mecanismo de información y participación de los usuarios previo a la toma de la decisión impugnada.

4°) En cambio, si bien los restantes agravios formulados por los recurrentes remiten a cuestiones regidas primordialmente por el derecho público local, regularmente ajenas a la instancia extraordinaria, cabe hacer excepción a ese principio dado que la decisión recurrida no se ajusta al principio que exige que las sentencias sean fundadas y, por ende, no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 321:2131, entre muchos otros). En especial, esta Corte ha resuelto que resultan arbitrarias las sentencias que omiten el tratamiento de cuestiones conducentes para la decisión de la litis (conf. Fallos: 312:1150; 315:1247, entre otros) o bien que

aplican normas jurídicas derogadas (conf. Fallos: 303:954, entre otros).

Como se verá, las dos causales concurren en el caso concreto y descalifican la sentencia recurrida por las demandadas.

5°) En esta causa, tramitada como acción colectiva, se discute la validez del decreto 245/2012 de la Provincia de Buenos Aires que dispuso un aumento del valor del metro cúbico sobre el cual se calcula la tarifa del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales prestado por ABSA. La controversia se ha centrado en dos cuestiones: a) si el marco regulatorio vigente al momento del dictado de ese decreto imponía la celebración de audiencias públicas en forma previa a la modificación de las tarifas; b) si en el caso concreto se respetó el derecho constitucional de los usuarios a contar con información adecuada y veraz en relación a dicho cambio tarifario.

6°) Es importante destacar que ABSA es una empresa de capital mayoritariamente estatal creada mediante el decreto provincial 517/2002 luego de la rescisión del contrato de concesión del servicio de provisión de agua otorgado a Azurix Buenos Aires S.A. —Azurix—. Dicha concesión estaba regida por la ley 11.820 de 1996, que preveía explícita y obligatoriamente la celebración de audiencias públicas antes de llevar a cabo una revisión tarifaria (conf. Anexo II, artículo 30).

El decreto 878/2003, dictado tras la creación de ABSA y convalidado por el artículo 33 de la ley provincial 13.154,

aprobó un nuevo marco regulatorio para la prestación del servicio público en cuestión y derogó toda norma que se le oponga (conf. artículos 1° y 2°). Además, creó un ente autárquico de contralor —OCABA—, cuyo directorio se encuentra formado por cinco integrantes, uno de los cuales es designado a propuesta de las asociaciones de usuarios más representativas (conf. artículo 81 del Anexo). Entre las atribuciones de OCABA está la de verificar la procedencia de revisiones o ajustes a los valores tarifarios (conf. artículo 88, inciso v). En lo que respecta puntualmente a las audiencias públicas, el decreto 878/2003 otorgó a OCABA la facultad, aunque no le impuso la obligación, de "*organizar y aplicar un régimen de Audiencias Públicas a fin de proteger los derechos de los Usuarios*" (artículo 88, inciso d, del Anexo, texto vigente al momento de la sanción decreto 245/2012 impugnado en autos, modificado en el año 2015 por la ley 14.745).

7°) El decreto 245/2012 impugnado en autos, que dispuso un aumento en el valor metro cúbico sobre el cual se calcula la tarifa del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales prestado por ABSA en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, se dictó cuando la realización de la audiencia pública no estaba contemplada como requisito previo al ajuste tarifario pues la ley 11.820 había sido derogada y sustituida por el decreto 878/2003, ratificado por el artículo 33 de ley 13.154.

Es de destacar, y surge de los considerandos del mencionado decreto, que los cambios regulatorios se hicieron con motivo del traspaso de la prestación del servicio de provisión

de agua potable a manos del Estado provincial a través de ABSA y tuvieron por finalidad establecer nuevas formas de prestación a efectos de garantizar los derechos de los usuarios. Esta circunstancia explica que la tarifa del servicio haya dejado de incluir dentro de los elementos que la componen una remuneración para el prestador (artículo 56 del Anexo del decreto 878/2003).

La modificación en la forma de calcular la tarifa del servicio en cuestión fue acompañada con la introducción de diferentes formas de participación de los usuarios. El decreto 878/2003 trajo como innovación respecto del régimen anterior la inclusión de un representante de las asociaciones de consumidores en el directorio del órgano de control que debía intervenir en forma previa a cualquier cambio tarifario. El nuevo marco regulatorio no impuso en modo alguno la celebración de audiencias públicas como condición previa de un cambio tarifario, como sí lo hacía la ley 11.820. La audiencia pública recién devino exigible como requisito procedimental para la modificación de la tarifa de ABSA luego de que el cuadro aquí cuestionado perdiera vigencia al ser sustituido por el decreto 1066/2014 (ver artículo 9 de la ley 14.745, sancionada en el año 2015, que modificó el texto del 88 del decreto 878/2003 estableciendo que "[e]*n los casos de aumento de tarifa de servicios de agua potable y desagües cloacales, será obligatoria la convocatoria a Audiencia Pública*"). La inclusión explícita de la necesidad de audiencia pública a partir de la vigencia de la ley 14.745 resulta reveladora de que hasta su dictado no era un requisito procedimental previsto por el derecho vigente para la modificación del cuadro tarifario de ABSA.

Por consiguiente, resulta arbitraria la sentencia apelada en tanto integró el marco regulatorio vigente al momento del dictado del cuadro tarifario cuestionado en autos con una norma que se encontraba derogada.

8°) Descartada la existencia de una disposición legal que al tiempo de la sanción del decreto cuestionado en autos obligara a la provincia a realizar una audiencia pública corresponde examinar el argumento de la sentencia recurrida según el cual el procedimiento previo al dictado del decreto cuestionado en la causa violó el derecho constitucional de los usuarios del servicio que presta ABSA a que se les provea información adecuada y veraz. Cabe adelantar que esa conclusión resulta cuestionable desde la óptica de la doctrina de la arbitrariedad pues omite considerar aspectos conducentes para la decisión del pleito.

En este sentido, en el precedente "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros" "CEPIS" (Fallos: 339:1077) esta Corte ha destacado que el artículo 42 de la Constitución Nacional no impone necesariamente el procedimiento de audiencias públicas sino que ha dejado en manos del legislador la determinación de cuál es el mecanismo que mejor asegure dicha participación (considerando 18 del voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco; considerando 14 del juez Maqueda). Esta consideración resulta especialmente aplicable al ámbito de la Provincia de Buenos Aires teniendo en cuenta que la redacción del artículo 38 de la Constitución local es similar al de la Norma Nacional.

En el caso, no se encuentra discutido que la fijación

del cuadro tarifario contó con la intervención previa de OCABA, organismo que, como se vio más arriba, se encuentra integrado por un representante de los usuarios y tiene por atribución, justamente, verificar la procedencia de las revisiones tarifarias (artículos 81 y 88, inciso v, del Anexo del decreto 878/2003). Tampoco se discute que los cambios tarifarios fueron informados con posterioridad a través de una audiencia informativa convocada por el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires y de la publicación en diarios de circulación provincial (ver fs. 1027/1042).

Sin embargo, los jueces del tribunal *a quo* que trataron puntualmente el tema se limitaron a afirmar dogmáticamente que las mencionadas medidas llevadas a cabo con motivo del aumento tarifario no bastaban para tener por cumplido el derecho constitucional de los usuarios a contar con información veraz y adecuada (voto del juez Genoud seguido en este aspecto por los jueces de Lázzari y Kogan; el juez Negri se limitó a citar las normas constitucionales mencionadas). Los jueces en cuestión no ofrecieron razón alguna que justificara dicha afirmación, omisión especialmente invalidante de lo decidido, dado que de autos surge la participación previa del OCABA tal como ella estaba prevista en el marco regulatorio vigente, en cuyo directorio, como se dijo, estaban representados los usuarios del servicio.

El análisis sobre este punto resultaba conducente para la decisión de la controversia pues habría permitido determinar si en el caso se produjo una violación a los derechos consagrados en los artículos 38 de la Constitución local y 42 de

la Constitución Nacional. Sobre todo, cuando esta última norma ha previsto explícitamente la participación de las asociaciones de usuarios en los organismos de control de los servicios públicos de competencia nacional.

9°) En tales condiciones, cabe concluir en que media relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas (artículo 15 de la ley 48), razón por la cual corresponde descalificar el pronunciamiento impugnado con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se resuelve hacer lugar a las quejas, declarar procedentes los recursos extraordinarios y dejar sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen, para que por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese, reintégrense los depósitos efectuados, agréguense las quejas al principal y, oportunamente, devuélvase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Recursos de queja interpuestos por la **Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires**, representada por la **doctora María Victoria Ctibor**, con el patrocinio letrado del **doctor Hernán Rodolfo Gómez y por Aguas Bonaerenses S.A.**, representada por el **doctor Juan Martín Biancuzzo** y patrocinada por el **Doctor Oscar Alejandro Scarcella**.

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata y Juzgado Contencioso Administrativo n° 1 del Departamento Judicial de La Plata.**

