

San Salvador de Jujuy, 13 de Enero de 2009.-

RESOLUCIÓN N° 0001 -DPJUY-09.-

VISTO:

Las publicaciones de medios periodísticos, radiales y televisivas digitales sobre una posible facturación incorrecta del servicio de agua potable a los usuarios de la provincia de Jujuy, por el cual se dió inicio a la Actuación de Oficio N° 07089/08, Caratulada: “*S/ POSIBLE COBRO DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (IVA) SOBRE TASA DE FISCALIZACION DE LA SU.SE.PU. Y CANON MUNICIPAL EN LA FACTURACION DEL SERVICIO DE AGUA POTABLE POR PARTE DE LA EMPRESA AGUA DE LOS ANDES S.A.*”, y;

CONSIDERANDO:

Que, esta Institución al tomar conocimiento sobre la supuesta facturación incorrecta del servicio de agua potable a los usuarios de la provincia de Jujuy, del I.V.A. - Impuesto al Valor Agregado, de la Tasa de Fiscalización SU.SE.PU. (1%) y de Cánon Municipal (6%), a la facturación final del cobro del servicio de agua potable; a tales efectos en uso de las facultades previstas en la Ley N° 5.111, ésta Defensoría del Pueblo resolvió iniciar de oficio la investigación de referencia, con el fin de garantizar los derechos de los usuarios de la provincia de Jujuy, frente a una supuesta facturación incorrecta del citado servicio público.

Que, mediante Acta N° 1683-DPJUY-08 de fecha 10/12/08, se requirió a la empresa Agua de los Andes S.A. información sobre procedencia legal de la percepción del IVA, sobre la Tasa de Fiscalización SUSEPU y Cánon Municipal, y teniendo en cuenta la Resolución N° 119-SUSEPU-05 emitida por el Ente Regulador de servicios públicos en la Provincia de Jujuy, por cuanto ordena a la empresa concesionaria abstenerse de cobrar el IVA sobre la Tasa-SU.SE.PU.. Asimismo, se solicitó a la empresa concesionaria el procedimiento de acreditación de los importes percibidos a favor del fisco nacional.

Que, dentro del plazo solicitado, la empresa procede a contestar lo requerido a través del Presidente de Agua de los Andes S.A. mediante Nota de fecha 17/12/08, tildando de incorrecta y tendenciosa la redacción de los puntos de requerimiento del Acta mencionada, porque a su consideración exceden la normativa de los Arts. 1°,2°,17°,19°,20° y 24° (5° Párrafo) de la Ley N° 5.111, solicitando la reformulación de los puntos requeridos y el franqueo de la Actuación de referencia. Expresando también el Presidente de la empresa concesionaria, que sobre la cuestión que se investiga, no admite que se anticipe opinión y/o se den por ciertos hechos o cuestiones, que no fueron tenidos en consideración por la SU.SE.PU., y se preconstituyan pruebas en asuntos que escapan a la competencia de esta Institución.

Atento el tenor de la contestación efectuada por el Presidente de Agua de los Andes S.A., mediante Nota N° 13.016-DPJUJ-08, esta Institución procede a rechazar por improcedente los argumentos contenidos en la citada contestación de fecha 17/12/2008, como así también el franqueo de la Actuación, ratificándose el pliego de preguntas formulado en el ACTA N° 1683-DPJUJ-08 de fecha 15/12/2008, reiterando lo requerido en un PLAZO DE VEINTICUATRO (24) HORAS a partir de la recepción de la misma, aclarándole que en caso de no prestar la debida colaboración en los términos del Art.27 de la Ley N° 5.111, se considerará que existe una actitud de ENTORPECIMIENTO Y OBSTACULIZACIÓN de parte de Agua de los Andes S.A., debiendo esta Institución ejercitar las acciones judiciales por impedir la normal tramitación de la investigación que se lleva a cabo, conforme las facultades conferidas en el Art.28 de la citada ley.

Que, en fecha 19/12/08 el Presidente de Agua de los Andes S.A., se dirige al Defensor del Pueblo, solicitándole: “...se abstenga de continuar el trámite y ordene el archivo de las actuaciones de referencia, toda vez que los hechos y cuestiones que suscitará el inicio de las mismas, se encuentran a conocimiento y decisión de la Sala III, Civil y Comercial de esta Provincia”. Asimismo expresa en su contestación, que: “...el Sr. Defensor carece de atribuciones legales para expedirse sobre el fondo del asunto, de lo contrario, afectará irreparablemente los derechos de igualdad, defensa y propiedad de ADLASA, amparados en los Art.16, 17, 18 de la Constitución Nacional.”. Adjunta fotocopia de la Acción de Amparo en contra de la Empresa, que se tramita por Expte. N° B-201716/08, radicado en la Vocalía 7 de la Sala III de la Cámara en lo Civil y Comercial.

Posteriormente, en fecha 22/12/08 el Presidente de Agua de los Andes S.A. nuevamente procedió a enviar Nota rechazando la Nota N° 13016-DPJUJ-08, por considerar que no tergiversa facultades ni competencias de la Defensoría del Pueblo, ni se cuestionaron sus atribuciones legales, remarcando que no es el ánimo de la empresa incurrir en una actitud reticente y/o remisa, entorpecer u obstaculizar la gestión del Defensor, como tampoco impedir la normal tramitación de la investigación. Finalmente manifiesta que los antecedentes y posición de la empresa frente al objeto del reclamo, obran en el Expte. N° 630-448/2008 radicado en la SU.SE.PU. y que la cuestión se encuentra a conocimiento y decisión judicial.

Continuando con la investigación, mediante Acta N° 1684-DPJUJ-08 de fecha 22/12/08, se requirió al Directorio de la Superintendencia de Servicios Públicos – SU.SE.PU., información sobre el cumplimiento de la Resolución N° 119-SUSEPU-05 y si ese Ente Regulador tenía igual criterio sobre el cobro del IVA, de la Tasa de fiscalización SU.SE.PU. y el Cánón Municipal. El Presidente de la SU.SE.PU., nos informa que: “la empresa Agua de los Andes S.A. procedió a dar cumplimiento con la citada Resolución N° 119-SUSEPU/05 hasta el periodo 01/2008; y con relación al cobro del IVA sobre el Cánón Municipal, manifestó que independientemente del criterio del Directorio y ante una intimación a la empresa Agua de los Andes por parte de la AFIP, surgida de una Inspección Integral realizada por dicho Organismo Fiscal, motivó que el Ente Regulador se viera inhibido de continuar actuando

en la materia. Acompañan copia del Expte. N° 630-448/2008, donde obran los antecedentes sobre el reclamo que anteriormente manifestara la empresa”.

Que, atento la documentación agregada por la SU.SE.PU, y las manifestaciones expresadas por el Presidente de la empresa concesionaria, cabe formular el siguiente análisis:

Que, previo a formular opinión sobre los informes, contestaciones y documentación agregada en la presente Actuación, es oportuno aclarar que las atribuciones y competencia que detenta la Defensoría del Pueblo, devienen directamente de los Arts.42 y 43 de la Constitución de la Nación, concordantes con las disposiciones establecidas en la Ley N° 5.111. Por lo tanto las decisiones que tome el Defensor del Pueblo, resultan incuestionables para cualquier funcionario público provincial o municipal en ejercicio, ya que al ser una institución extrapoder, con rango constitucional e independiente de la trilogía de los poderes que conforman el sistema democrático, contiene el rechazo a cualquier intento de valoración de la competencia que detenta esta Institución.

Que, dentro de tal contexto legal, se entiende que existen dos puntos que deben ser aclarados sobre el objeto de la investigación, que motiva la intervención de esta Institución; por un lado la posibilidad que los usuarios de la provincia de Jujuy se vean perjudicados en sus derechos económicos, por una posible facturación del IVA en la factura de agua potable, y por otro las facultades de decisión e investigación sumaria que le enviste la Ley N° 5.111 al Defensor del Pueblo.

Habiendo tomado conocimiento esta Institución de una posible facturación del servicio de agua potable a los usuarios de la provincia de Jujuy, del impuesto al Valor Agregado (IVA) sobre la Tasa de Fiscalización SU.SE.PU. (1%) y Cánon Municipal (6%), en ese sentido es deber del Defensor del Pueblo velar por los derechos e intereses de los ciudadanos de la provincia de Jujuy, en función de las facultades que le enviste el Art.17 de la Ley N° 5.111, se inicia la investigación para aclarar el tema en cuestión.

Que, siendo un derecho de los usuarios de solicitar y recibir información general sobre los servicios que el concesionario debe cumplir, y es un deber de éste último informar debidamente los conceptos que integran la facturación del servicio (Art. 33 inc.”d” del Decreto N°3218-OP-95), por lo tanto no corresponde que la empresa Agua de los Andes S.A., se valga de interpretaciones equivocadas para retacear u ocultar información solicitada, para esclarecer la posible facturación del I.V.A..

Que, en función del citado Art. 33 inc.”d” del Decreto N°3218-OP-95, la obligación que tiene Agua de los Andes S.A. de informar debidamente a los usuarios, es clara e incuestionable. De idéntica forma, como sociedad del Estado provincial en los términos del Art.19 Ley N° 5.111, no solo tiene el deber de informar al Defensor del



Pueblo, sino la obligación de colaborar con toda investigación que inicie esta Institución. La empresa Agua de los Andes S.A. hace uso de un supuesto preconcepto sobre el objeto de la misma, o de una preproducción de pruebas inexistentes, y finalmente de un pronunciamiento judicial pendiente, para brindar en forma insuficiente o directamente negar a esta Institución, la información y documentación requerida, impidiendo que esta Defensoría cuente con la información debida sobre la percepción del Impuesto al Valor Agregado (IVA) de la Tasa de Fiscalización SU.SE.PU. (1%) y Cánón Municipal (6%), entorpeciendo y obstaculizando en los términos del Art.28 de la Ley N° 5.111, la investigación iniciada por la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Jujuy.

Que, distinta actitud se ha visto reflejada por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos – SU.SE.PU., toda vez que en tiempo propio, ha procedido a brindar la información solicitada, acompañando documentación respaldatoria de sus opiniones. Tal actitud es destacable, toda vez que más allá de la obligación de colaboración que también tiene el Ente Regulador para con esta Institución, entiende que la información suministrada es a los fines de resguardar los intereses de los usuarios.

Que, la reticencia de Agua de los Andes a brindar información, valiéndose de elementos procesales inexistentes, privan (no al Defensor del Pueblo), sino al usuario de obtener con claridad una respuesta que satisfaga el interés general y pueda ver que sus derechos se encuentran garantizados. Dicha falta de información o desinformación de Agua de los Andes S.A., solo pone un manto de oscuridad sobre lo que debería ser claro y transparente.

Que, es importante puntualizar que el control de las tarifas debe realizarse administrativamente, siendo la intervención judicial la excepción. De allí que autores tales como Boullade, aceptan que el control de las mismas se realice a través del Defensor del Pueblo de la Nación y los Defensores del Pueblo de las Provincias, mediante el dictado de recomendaciones formuladas tanto a los entes reguladores como dirigidas a los propios prestadores. (OP. Dr. Gustavo Boullade Facultades de los Entes Reguladores. Ed Lexis Nexis).

La Superintendencia de Servicios Públicos y Otras Concesiones - SU.SE.PU., tiene la facultad de fiscalización y control de las tarifas de servicios públicos provinciales con facultades sancionatorias. Ello no significa de modo alguno, impedimento para la intervención del Defensor del Pueblo en el marco del mandato constitucional que está llamado a cumplir. Es así que la doctrina nacional e internacional, no duda en calificar a la institución Defensor del Pueblo (u Ombudsman), como una magistratura de opinión o de persuasión. En última instancia, la intervención del Defensor del Pueblo procura una mayor eficiencia en la prestación de los servicios públicos que, como tales, resultan indispensables para la vida cotidiana de todos los habitantes.

Que, aclarado el deber de información que tiene la empresa Agua de los Andes S.A. para con los usuarios y con esta Institución, cabe precisar cuales son las facultades de decisión e investigación sumaria que le enviste la Ley N° 5.111 al Defensor del Pueblo.

Evidentemente que en las contestaciones efectuadas por la empresa Agua de los Andes S.A., se confunde la naturaleza jurídica de la Institución dentro del marco legal de ley de creación. Esto es evidente, toda vez que el alcance legal del Defensor del Pueblo como Institución del Estado, ejerce las funciones que se establecen en la normativa de creación, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad y con independencia funcional e institucional de todo Poder del Estado. Es por ello, que dentro del ámbito de la administración pública, sus decisiones son incuestionables para cualquier funcionario público provincial o municipal en ejercicio, a tal punto que sus resoluciones son irrecurribles en los términos del Art.24 último párrafo de la Ley N° 5.111.

Que, es importante también aclarar que aún pendiente la decisión judicial del objeto que motivó la investigación, como es el caso que nos ocupa, tal circunstancia no constituye obstáculo para que el Defensor del Pueblo lleve adelante las investigaciones del caso cuando los intereses colectivos o generales se vean afectados. En tal sentido, aún encontrándose bajo conocimiento judicial la procedencia de la percepción del IVA sobre la Tasa de Fiscalización SU.SE.PU. y el Cánón Municipal, no impide que el Defensor del Pueblo, continuar con la investigación si lo considera procedente, como también podrá, a su criterio, expedirse sobre la cuestión de fondo, independientemente de lo que resuelva la justicia sobre el particular, cuando están afectados intereses colectivos generales, como es el caso que nos ocupa.

Ello es así, porque todo acto u omisión producto del accionar de un funcionario público provincial o municipal, que provoque una alteración en los derechos de los ciudadanos de la provincia, es incumbencia del Defensor del Pueblo, pudiendo en consecuencia, emitir opinión fundada sobre el particular. Es por ello que, como se aclaró a la empresa Agua de los Andes S.A. en la Nota N° 13016-DPJUY-08, previo a opinar sobre el reclamo. El Defensor del Pueblo INDAGA sobre los hechos que se investigan a través de los pedidos de informes o actas que se realizan. Con ello se otorga al funcionario público, la posibilidad de ejercitar su legítima defensa, previsto en el Art.18 de la Constitución de la Nación, circunstancia que como Institución de garantía de derechos que es la Defensoría del Pueblo, se respeta y se aplica en todos los casos.

Sobre el particular el Art. 17° de la Ley N° 5.111 expresa: *“El Defensor del Pueblo puede iniciar y proseguir de oficio, a petición de parte interesada o de quién acredite su representación, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de cualquier funcionario o agente de la administración pública provincial o municipal que se encuentren comprendidos en el ámbito de su misión y competencia.” (Art.17).*

Que, en ese contexto, el Defensor del Pueblo, tiene facultades suficientes para decidir cuando inicia una investigación y como la lleva a cabo, sin depender de ordenamientos procesales que le marquen el camino para indagar sobre el hecho, conforme facultades expresas del Art.25 de la Ley N° 5.111, que dice: *“El impulso de la queja y la instrucción de la misma corresponden al Defensor del Pueblo”*. Pudiendo continuar con su esclarecimiento aún cuando el objeto de la queja sea inadmisibile, tal como expresamente lo establece el Art. 24 párrafo 4° de la citada Ley N° 5.111: *“Aún cuando la queja deducida sea inadmisibile por aplicación de las disposiciones precedentes, tal circunstancia no constituye obstáculo para el Defensor del Pueblo lleve adelante las investigaciones del caso respecto de los problemas generales que se hubieren introducido en la queja presentada”*.

Que, es importante destacar y aclarar nuevamente lo siguiente: que encontrándose pendiente una decisión judicial sobre la investigación que se lleve a cabo, no produce inexorablemente su suspensión en los términos del Art. 24 párrafo 3° de la Ley N° 5.111, toda vez que al ventilarse intereses generales o colectivos de los ciudadanos de la provincia de Jujuy, la decisión de continuar con la investigación queda dentro de la esfera de discrecionalidad del Defensor del Pueblo, como bien lo marca la última parte del Párrafo 4° del Art.24 de la Ley N° 5.111. Pudiendo continuar con la investigación dentro del ámbito administrativo hasta esclarecer el objeto del reclamo o bien constituirse, en el presente caso, como tercero interesado en el proceso judicial en forma voluntaria o coadyuvante, conforme los términos de los Art.75, 76 y 77 del Código de Procedimiento Civil de la Provincia de Jujuy, donde se ventila la posible facturación incorrecta del servicio de agua, atento que se encuentran en juego intereses colectivos que lo justifican.

En este sentido se ha destacado jurisprudencialmente que: *“dada la complejidad procesal de las causas en que se impugnan determinaciones tarifarias, sus efectos no pueden quedar circunscriptos a las partes entre las cuales originariamente se trabó la litis, sino que necesariamente exigen la incorporación al proceso de aquellos sujetos que directa o indirectamente se verán afectados por los resultados de la causa.*

(Voto del Dr. Grecco en C.Nac. Adm. Fed., Salas 5°, 30/08/2000 “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires vs. Secretaría de Comunicaciones”; JA 2000-IV-192, con nota de Nidia Cicero).

”Es así que se encuentran legitimados el prestador, los usuarios y asociaciones de usuarios debidamente inscriptas, el Defensor del Pueblo de la Nación y Defensores del Pueblo de las Provincias en relación a las tarifas a aplicar en sus respectivas jurisdicciones”. (OP. Facultades de los Entes Reguladores en Materia Tarifaria, Dr. Gustavo Boullade. Ed. Lexis Nexis).

Como corolario de lo expuesto, es inobjetable la aplicación del principio general, de elemental lógica jurídica, que reza: *“quien puede lo más puede lo menos”*. Dicho en otras palabras: si el Defensor del Pueblo goza de legitimación procesal para accionar judicialmente contra empresas prestadoras de servicios públicos, con mayor razón puede

tomar intervención y dar trámite administrativo a los reclamos que promueven los vecinos de esta Provincia con relación a las tarifas.

Nuestra Constitución Nacional impone a las “autoridades” el deber de proveer a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios en la relación de consumo, entre ellos, el respeto a sus intereses económicos y patrimoniales, el derecho a recibir información adecuada y veraz, condiciones de trato digno y equitativo, así como la defensa de la competencia; y asegura su efectiva tutela a través de la vía del amparo, con especial referencia al Defensor del Pueblo como actor legitimado para interponerlo (arts. 42 y 43 C.N.).

En relación a ello, la jurisprudencia de nuestros Tribunales tiene dicho: *“El artículo 42 de la C.N. tiene una doble proyección; el derecho de los usuarios y consumidores a la protección de sus intereses personales y económicos, y el correlativo deber del Estado de asegurarlos; deber que también es exigible a los proveedores de bienes y servicios. Estas garantías son operativas, y no dependen de su reglamentación, atento a su naturaleza y a la vía jurídica que se prevé expresamente en el art. 43 de la C. N.”.*

(Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Capital Federal, Sala IV. Youssefian, Martín c/ E.N. –Secr. de Comunicaciones s/amparo Ley N° 16.986. Sentencia 22.776/97 del 23 de junio de 1998).

El Alto Tribunal ya en el año 1958 en el Caso “Kot” (Fallos 241:291) -precursor en cuanto a la protección de los derechos y garantías constitucionales - ha destacado que: *“ante los problemas suscitados a partir de la irrupción en la vida social de las grandes empresas, con un enorme poderío material y económico, y la consiguiente amenaza para el individuo y sus derechos, la Constitución no desampara a los ciudadanos ni les impone necesariamente recurrir a la defensa lenta y costosa de los procedimientos ordinarios, remarcando que las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad”.*

La intervención del Defensor del Pueblo de la Provincia de Jujuy sigue estos principios, pues es la vía idónea que garantiza el acceso a la justicia de los usuarios que se encuentran afectados y que no podrían demandar judicialmente el cumplimiento de sus derechos, por encontrarse en una posición más débil con respecto a la empresa prestadora de servicios y el desaliento que para ello significa promover acciones judiciales, debido al alto costo de la misma. En suma, es el Ombudsman quien garantiza a los vecinos de esta Provincia la igualdad ante la Ley.

Conforme todo lo que antecede, corresponde reafirmar que esta Defensoría del Pueblo tiene plena competencia para dar trámite a cualquier reclamo individual, colectivo ó de oficio, respecto a la tarifa de los servicios públicos provinciales y, en consecuencia, las empresas prestadoras de dicho servicio están legalmente obligadas a brindar los informes y/o respuestas, a los requerimientos que desde este Organismo de Garantía Constitucional se le formulen, independientemente de la mayor o menor predisposición que éstas demuestren.

Por lo expuesto, corresponde rechazar por improcedente todos y cada uno de los argumentos contenidos en las Notas de fecha 17, 19 y 22 de Diciembre del año 2008, emitidas por el Presidente de la empresa Agua de los Andes S.A., conforme los argumentos de hecho y de derecho que se detallan precedentemente.

Por ello, y de conformidad con las facultades previstas en el Art.31 de la Ley N° 5.111;

EL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA PROVINCIA DE JUJUY

RESUELVE:

ARTICULO 1°: RECHAZAR las expresiones, argumentos y peticiones vertidas por el Presidente de Agua de los Andes S.A. en las Notas de fecha 17, 19 y 22 de Diciembre del año 2008, por improcedentes y contrarias a derecho, conforme los fundamentos que en forma circunstanciada se detallan en los considerandos, reservándose en consecuencia esta Institución el derecho de iniciar las acciones legales prevista en el Art. 28 de la Ley N° 5.111, por obstaculización y entorpecimiento a la investigación iniciada por el Defensor del Pueblo y falta del deber de colaboración preferencial en Art. 27 de la citada Ley.

ARTICULO 2°: PREVENIR a la Empresa Agua de los Andes S.A., que en lo sucesivo evite acciones o actos que importen entorpecimiento y obstaculización en todas las investigaciones que esta Institución lleve a cabo en la empresa, debiendo cumplir con la obligación de colaboración preferente que les impone el Art.27 de la Ley N° 5.111, bajo apercibimiento de iniciar las acciones legales previstas en el Art.28 de la citada normativa de aplicación.

ARTICULO 3°: CONTINUAR con las investigaciones administrativas que se consideren necesarias, a fin de esclarecer la procedencia y legalidad de la facturación del Impuesto al Valor Agregado (IVA) sobre la Tasa de Fiscalización SUSEPU y Canon Municipal, en el servicio de agua potable por parte de la prestataria Agua de los Andes S.A., reservándose el derecho esta Institución de intervenir como Tercero Interesado en el Expediente. Judicial N° B-201716/08, conforme los términos de los Art. Art.75, 76 y 77 del Código de Procedimiento Civil de la Provincia de Jujuy, y facultades conferidas en el Arts.3, 24 párrafo 4° y 26 de la Ley N° 5.111.

ARTICULO 4°: RESERVERSE la presente para en su oportunidad, emitir opinión fundada sobre la posible facturación en el servicio de agua potable de los usuarios de la provincia de Jujuy, del Impuesto al Valor Agregado (IVA), de la Tasa de Fiscalización SU.SE.PU. (1%) y Canon Municipal (6%), conforme facultades conferidas en los Arts.26 y 31 de la Ley N° 5.111.

ARTICULO 5°: ELEVAR a la Comisión de Obras y Servicios Públicos de la Legislatura de la Provincia de Jujuy, como Informe Especial en los términos del Art.34 de la Ley N°5.111, la presente Resolución.

ARTICULO 6°: NOTIFÍQUESE la presente Resolución a Fiscalía de Estado, Superintendencia de Servicios Públicos y empresa Agua de los Andes S.A., conforme los términos del Art. 32 de la Ley N° 5.111.-

ARTICULO 7°: REGÍSTRESE PUBLÍQUESE y AGRÉGUESE al informe Anual que se presentará al Poder Legislativo en los términos del Art. 34° y 35° de la Ley N° 5.111.-

al.-




Victor Galarza
Defensor del Pueblo
de la provincia de Jujuy