

4.305

"ORTIZ, JUANA MERCEDES c. EDEA S.A. s. AMPARO"

En la ciudad de Mar del Plata, a los **12 días del mes de noviembre del año dos mil trece**, reunida la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en dicha ciudad, en **Acuerdo Ordinario**, para pronunciar sentencia en la causa **A-4305-MP0 "ORTIZ, JUANA MERCEDES c. EDEA S.A. s. AMPARO"**, con arreglo al sorteo de ley cuyo orden de votación resulta: señores Jueces doctores **Sardo, Riccitelli y Mora**, y considerando los siguientes:

ANTECEDENTES

I. El titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 del Departamento Judicial Mar del Plata hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por la Sra. Juana Mercedes Ortiz contra la Empresa Distribuidora de Energía Atlántica S.A. (en adelante EDEA S.A.) y, en consecuencia, condenó a esta última a que proceda al reemplazo del actual transformador existente en la subestación sita en la calle Neuquén N° 3543 de Mar del Plata por un transformador seco, con cargo de no perjudicar la prestación del servicio eléctrico de la zona, debiendo efectuar las readecuaciones técnicas y/o constructivas que fueran menester a tal fin, todo ello dentro del plazo de treinta (30) días, a contar desde la firmeza del pronunciamiento y bajo apercibimiento de aplicar astreintes por la demora injustificada. Por último, impuso las costas del juicio a la demandada vencida y difirió la regulación de honorarios [v. fs. 475/483].

II. Contra dicho pronunciamiento se alzó en tiempo y forma la demandada, mediante recurso de apelación incoado y fundado a fs. 486/499, el que fue concedido por el **a quo** a fs. 500 y replicado por la amparista a fs. 506/509.

III. Las actuaciones fueron elevadas a la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Depto. Judicial

Mar del Plata, cuya Sala Segunda se declaró incompetente para conocer del recurso articulado, por entender que la controversia entablada entre el sujeto prestador de un servicio público concesionado y un usuario se encontraba preponderantemente regida -según se adujo- por el derecho administrativo local (conf. art. 2 inc. 2° de la ley 12.008). Consecuentemente, la alzada civil declinó su competencia y remitió los autos a este órgano de Apelación en lo Contencioso Administrativo [fs. 513/514].

IV. Recibidas las actuaciones en esta Cámara [cfr. fs. 518 vta.] y puestos los autos al Acuerdo para Resolver sobre la declinación de competencia efectuada y, en su caso, para Sentencia [cfr. fs. 519], corresponde plantear las siguientes

CUESTIONES

1. ¿Corresponde declarar la competencia de esta Cámara para resolver la apelación interpuesta?

En caso afirmativo,

2. ¿Es fundado el recurso?

A la primera cuestión planteada, la señora Juez doctora Sardo dijo:

I. Me inclino por dar respuesta **afirmativa** al interrogante planteado.

Sabido es que, para la determinación de la competencia, corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que el accionante hace en la demanda y, solo en la medida que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de la pretensión (cfr. doct. S.C.B.A. causas B. 68.969 "Barandiaran", res. del 07-III-2007; B. 69.468 "U., H.", res. de 27-II-2008).

Cabe reseñar, entonces, que la parte actora promovió la presente acción de amparo contra E.D.E.A. S.A. con el objeto de que se dispusiera el retiro y consecuente reubicación del transformador instalado en las adyacencias de su propiedad, en razón de los peligros que dicho artefacto representaría,

tanto para su salud y calidad de vida como para la de su familia [v. fs. 73/82, demanda del 17-05-2006].

Atento la plataforma fáctica en la que se asienta la acción, estimo que el presente amparo encuadra dentro de los casos aprehendidos por la cláusula constitucional que define la materia contencioso administrativa (art. 166 de la Const. Pcial.); ello así por tratarse de una controversia suscitada entre un usuario del servicio público de energía eléctrica y la empresa prestadora de dicho servicio -que se encuentra vinculada al Estado provincial por un contrato de concesión-, y cuya resolución se encuentra preponderantemente alcanzada por el derecho público (arg. doct. esta Cámara en la causa **A-1572-MP0 "Paparella"**, sent. del 9-II-2010).

II. A tenor de lo expuesto y lo preceptuado por el art. 17 bis de la ley 13.928 (t.o. según ley 14.192), estimo que corresponde a esta Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo entender como alzada en el recurso deducido por la parte accionada.

Doy mi voto a la primera cuestión planteada por la **afirmativa**.

Los señores Jueces doctores Riccitelli y Mora, por idénticos fundamentos a los brindados por la señora Juez doctora Sardo, votan la primera cuestión planteada también por la **afirmativa**.

A la segunda cuestión planteada, la señora Juez doctora Sardo dijo:

I.1. El **a quo** hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por la Sra. Juana Mercedes Ortiz contra E.D.E.A. S.A. y, en consecuencia, condenó a esta última a que proceda al reemplazo del actual transformador emplazado en la vereda de su propiedad (sita en la calle Neuquén N° 3543 de la localidad de Mar del Plata) por un "transformador seco".

Para así decidir -y en lo que aquí interesa- manifestó que el carácter técnico de la cuestión en debate imponía,

para su justa solución, analizar las conclusiones profesionales expuestas por la Ingeniera Eléctrica Graciela Inés Rodríguez en el dictamen pericial que fuera ordenado como medida para mejor proveer [producido a fs. 441/445].

Pudo constatar, al cabo de dicha faena, que no se había acreditado la existencia de contaminación proveniente del transformador susceptible de poner en riesgo la salud de la actora, dado que del informe profesional surgía que: **(i)** todos los transformadores que existieron en la subestación de la calle Neuquén N° 3543 se encontraban libres de PCB; **(ii)** la medición de ruido llevada a cabo se encontraba dentro de los valores fijados por la norma IRAM 4062 (menor a 8 DBA); **(iii)** las mediciones de los campos eléctrico y magnético se encontraban dentro de los valores fijados por la Secretaría de Energía de la Nación; **(iv)** el artefacto utilizaba para su funcionamiento aceite mineral y que al momento de realizarse la inspección no se detectaron pérdidas de fluidos; **(v)** que el aceite utilizado no representaba ningún tipo de peligro para las personas y/o bienes.

Sin desmedro de lo anterior, resaltó que la perito había informado positivamente en relación a la posibilidad de que el transformador experimentara explosiones y/o chispazos, indicando las causas que podrían provocar tales contingencias no deseadas.

Sostuvo que -en la opinión de la experta- lo más adecuado era utilizar transformadores secos, toda vez que resultaban medioambientalmente seguros e idóneos para aplicaciones de este tipo.

Agregó que ello se condescendía con los dichos de los vecinos que declararon en la causa, quienes atestiguaron que el artefacto en crisis había generado chispazos y explosiones en varias oportunidades -que derivaron en cortes de luz-, lo que daba cuenta de la existencia de una situación potencial y cierta de peligro, no solo para la accionante sino para todos

los transeúntes, afectando el medio ambiente y la seguridad pública (arg. arts. 3 ap. "j", 15, 35 y ccds. de la ley 11.769; art. 2 inc. "a" de la ley 11.723; arts. 10, 12 y 28 de la Const. Pcial.; art. 41 de la Const. Nac.).

Consideró, en consecuencia, que la acción de amparo debía prosperar, mas con un alcance diferente al peticionado en el escrito inicial. Sopesando, pues, que el transformador constituía un elemento indispensable y que su reubicación implicaría rediseñar la red del sistema eléctrico dentro de un sector de la ciudad, estimó apropiado -con el objeto de compatibilizar los intereses en juego- condenar a la parte accionada al reemplazo del transformador existente por uno "seco", con cargo de no perjudicar el servicio público eléctrico en la zona.

2. La empresa accionada, disconforme, apela el fallo y funda a fs. 486/499, expresando -en lo que aquí deviene de interés- los siguientes agravios:

(i) Que no existe un comportamiento arbitrario o ilegal de su parte, dado que el transformador en crisis se encuentra emplazado de conformidad con la normativa vigente, funciona correctamente y cuenta con mantenimiento periódico, siendo esencial para prestar un servicio público a la comunidad; que fue el propio juez de grado quien -con sustento en la pericia realizada- concluyó que el transformador no representaba peligro alguno para las personas y no constituía un foco de contaminación.

(ii) Que siendo que ninguno de los presupuestos en que la accionante basó su demanda tuvo acogida según la propia letra del fallo, resulta incongruente y arbitraria la ulterior decisión del **a quo** de condenar a la distribuidora al reemplazo del artefacto en cuestión.

(iii) Que la condena de la instancia resulta, además, violatoria del principio de congruencia, dado que ordena la realización de una acción no peticionada por la actora en su

escrito inicial, y con respecto a la cual su parte no pudo ejercer una plena defensa (art. 18 de la Const. Nac.). Que en la demanda solo se había pedido el retiro y la reubicación de la subestación transformadora, pero no el reemplazo por un transformador seco, como impropiaamente dispusiera el juzgador de origen.

(iv) Que sin desmedro ello, también se advierte que la decisión de ordenar el cambio del transformador se apuntala en una premisa meramente conjetural, pues tiene en cuenta la potencialidad de que se produzcan chispazos y explosiones; que ello no puede bastar -por sí solo- para sustentar el dictado de una condena como la ordenada, más cuando tampoco obran mayores precisiones en la causa en cuanto a la viabilidad de los transformadores secos, sus propiedades y características de funcionamiento, de modo que el mandato de condena resulta impreciso y -dado que en nuestro país no se comercializan- de cumplimiento imposible.

(v) Que el magistrado omitió ponderar, a su vez, que fue la propia perito quien resaltó -de un lado- que las medidas para evitar esos potenciales riesgos estaban relacionadas con un adecuado mantenimiento y control periódico, y -de otro- que tal mantenimiento preventivo había sido efectivamente ejercido en el caso por E.D.E.A. S.A., de manera continua y satisfactoria.

(vi) Que bajo tales circunstancias, la conclusión del juez no solo aparece vacua de sustrato probatorio, sino que trasunta un juicio intelectual parcial y absurdo, que merece ser descalificado como tal, al apartarse de los elementos de convicción esenciales, que decididamente se orientaban al rechazo de la pretensión (dictamen pericial, testimonios de parte, informes técnicos, entre otros).

Por todo lo expuesto solicita la revocación del fallo impugnado, el consecuente rechazo de la acción de amparo y la

imposición de costas -en ambas instancias- a la parte actora. Hace la reserva del Caso Federal.

3. La parte actora contesta el traslado del memorial a fs. 506/509, replicando fundadamente los embates de su contraria y defendiendo, en sustancia, el parecer jurídico plasmado en el fallo de la instancia. Consiguientemente, pide el rechazo del recurso.

II. Estimo que el recurso merece prosperar.

1. Considero que asiste razón a la apelante en cuanto proclama que el magistrado incurrió en una sesgada valoración del plexo probatorio, al edificar su veredicto sobre la base de afirmaciones erradas y meramente conjeturales, desconociendo los elementos de juicio que, lejos de respaldar tal decisión, apuntalaban el rechazo de la pretensión de amparo promovida infundadamente en la especie.

Aun cuando desde una perspectiva flexible y favorable para la amparista pudiera considerarse que el mandato positivo de condena decretado por el juez de grado (v.gr. reemplazo de la subestación transformadora existente por un "transformador seco") no constituye una extralimitación pasible de violentar el principio de congruencia -ya que trasuntaría un razonable ejercicio de la potestad de delimitar el alcance del fallo que el art. 14 inc. 2° de la ley 13.928 confiere al magistrado del amparo (arg. doct. esta Cámara causa **A-1419-MP0 "R., N. B."**, sent. de 3-XI-2009)-, lo cierto y concreto es que -en el caso- faltaba el presupuesto necesario y sustancial para que dicha prerrogativa pudiera ser actuada: esto es, la existencia de un comportamiento manifiestamente ilegítimo o arbitrario de la demandada que amerite el acogimiento de la garantía diseñada por el constituyente provincial (art. 20 inc. 2° de la Const. Pcial.).

2. Es que las constancias probatorias obrantes en el expediente patentizan, con suficiente fuerza de convicción,

que la subestación transformadora de E.D.E.A. S.A. actualmente instalada en las proximidades de la vivienda de la Sra. Juana Mercedes Ortiz -de calle Neuquén N° 3543 de esta ciudad- no representa una amenaza cierta, actual ni inminente para la salud, la vida y la integridad física de la accionante y su núcleo familiar.

Fue el propio juzgador quien se encargó de dejar aclarado, luego de relevar la pericia de ingeniería eléctrica elaborada por la profesional Graciela Inés Rodríguez (Matrícula N° 42.562 del Colegio de Ingenieros de la Pcia. de Bs. As. -fs. 441/445 y ulterior ampliación de fs. 457/459-), que el transformador que actualmente funciona en la aludida subestación (identificado como T3700): **(i)** había sido instalado -en reemplazo del anterior- en fecha 17-11-2011; **(ii)** tanto dicho artefacto como los anteriores utilizaban refrigerantes libres de bifenilos policlorados (PCB's), sustancia que es considerada -por su toxicidad- altamente riesgosa para la salud; **(iii)** empleaba -por dicha razón- un aceite refrigerante y aislante de tipo mineral (YPF 64), el cual tendía a evitar el sobrecalentamiento y los cortocircuitos que -de lo contrario- se provocarían por las altas temperaturas que se generaban en su interior; **(iv)** si bien no evidenciaba pérdidas de aceite -conf. inspección **in situ**-, un eventual derrame de dicha sustancia no acarrearía mayores riesgos para las personas y los bienes, habida cuenta de su composición mineral; **(v)** presentaba una medición de ruido que respetaba los valores establecidos en la norma IRAM 4062 (menor a 8 DBA); **(vi)** tampoco representaba riesgos desde la perspectiva de los campos electromagnéticos, pues las mediciones efectuadas por la perito se encontraban dentro de los valores promedio fijados por la Secretaría de Energía de la Nación (Res. N° 77/98).

3. Sobre los tópicos apuntados precedentemente no media disenso entre los contendientes. El núcleo de la controversia

estriba -exclusivamente- en determinar si el transformador de mención, en función de la posibilidad latente de que pueda experimentar explosiones y/o chispazos, constituye -o no- una fuente de peligro cierta para la salud de las personas y la seguridad pública que justifique, consecuentemente, su reemplazo por un "transformador seco".

Como adelantara al comenzar este voto, tal interrogante ha de responderse, en mi opinión, en sentido negativo.

La apreciación atenta e integrada del dictamen pericial de la Ingeniera Rodríguez viene a dar suficiente respaldo a la tesis que propicio, que -en mi visión- ha de prevalecer por sobre la descontextualizada lectura que de dicho instrumento hiciera el juzgador (arts. 384, 474 y ccds. del C.P.C.C.; art. 25 de la ley 13.928 -t.o. 14.192-).

En el mentado informe se hizo alusión, cuadra apuntar, a la posibilidad de que transformadores como el de autos (inmersos en aceite) provocasen estallidos, explosiones y/o chispazos. Se añadió que dichos eventos podían obedecer a: **(i)** la falta de mantenimiento preventivo; **(ii)** sobrecarga; **(iii)** descargas atmosféricas (por ej. rayos); **(iv)** fallas en los equipos de protección; **(v)** falla humana en las maniobras; **(vi)** envejecimiento del aislamiento; **(vii)** otros objetos que rompen distancias de fase a tierra y entre fases (v.gr. aves, quema de malezas, árboles, etc.).

Puede observarse, entonces, que la profesional de la ingeniería tan solo efectuó, en abstracto, una enunciación de las principales causas que podrían dar lugar a acontecimientos de este tipo (la mayoría asociadas a fallas de funcionamiento, maniobra, ausencia de control o mantenimiento); mas en ningún momento denunció -en concreto- que el transformador de la calle Neuquén N° 3543 hubiera experimentado históricamente alguna de dichas anomalías, ni menos aún que -en razón de precario estado comprobable- las probabilidades de su ocurrencia se encontraren incrementadas,

generando un riesgo innecesario para la integridad de la accionante y los transeúntes de la zona.

Antes bien, la experta puso de manifiesto que tales riesgos podían ser suficientemente conjurados con un adecuado mantenimiento y control periódico del transformador [cfr. fs. 443 **in fine**], medidas que -en lo que aquí concierne- habían sido regular y satisfactoriamente dispensadas por la prestadora del servicio [v.gr. revisión periódica -externa e interna del aparato eléctrico-, limpieza, muestreo del aceite aislante, pruebas eléctricas, control de la carga; cfr. fs. 441 vta. de la pericia y fs. 458, ampliación del dictamen ante el pedido de explicaciones; cfr. asimismo parte diario de trabajo de fs. 455/456].

4. Tal estado de cosas fue completamente soslayado por el juez **a quo**, quien con una generalidad que no se corresponde con el rigor técnico y la precisión que requieren este tipo de actividades, dispuso el reemplazo del artefacto existente (T3700) por un "transformador seco", sobre la base de un análisis meramente conjetural (acerca de la potencialidad de que se produjeran chispazos o explosiones), alejado de la realidad del caso.

El **a quo** juzgó que la utilización de un transformador seco resultaría más segura, toda vez que esta clase de objetos proporcionaba un excelente comportamiento frente a los cortocircuitos -evitando fugas de líquidos y el peligro de fuego o explosión-, lo que -a su consideración- justificaba el reemplazo del existente. A tal fin hizo mérito de una apreciación que en el dictamen de la ingeniera actuante solo fue esgrimida a título de mera recomendación, y expresamente supeditada a una evaluación acerca de su conveniencia y necesidad [cfr. fs. 444 **in fine**]. Si bien allí se hizo alusión a las bondades que representaría la utilización de esta nueva tecnología, también se apuntó -con firmeza- que "... mientras el transformador de distribución,

motivo del presente, preste el servicio para el que fue concebido y cumpla con los controles de mantenimiento, verificación e inspección adecuada, puede seguir funcionando en las condiciones previstas...” [v. fs. 444 vta.].

Queda a la vista, con lo dicho, que el pronunciamiento en crisis incurre en un descontextualizado análisis de las manifestaciones de la profesional, ordenando -pese a no mediar motivos fundados- la sustitución de un instrumento indispensable y necesario sin el cual no sería posible la utilización del servicio público eléctrico domiciliario [cfr. fs. 444, pericia], que -además- cumple con los estándares de funcionamiento, seguridad y manutención vigentes. El órgano jurisdiccional de grado, impropriamente, se arrogó la adopción de una decisión de eminente naturaleza técnica, cuya oportunidad y conveniencia -ante la ausencia de una situación de patente agravio constitucional- se encontraba **a priori** reservada al sujeto especializado, a quien el Estado Provincial confió la prestación del mentado servicio público esencial.

5. Y si bien no paso por alto que los testigos ofrecidos por la actora (vecinos del lugar) dieron cuenta de algunos episodios de chispazos o cortocircuitos que habrían acaecido en la subestación transformadora, tales declaraciones no podrían ser empero utilizadas para apuntalar la decisión del fallo, puesto que datan de un momento anterior a la fecha en que fue emplazado el transformador T 3700 (17-11-2011), sobre el cual se practicó el peritaje y se esbozan, consecuentemente, las presentes conclusiones (v. deposiciones de Marisa Francisa Ferzoco -fs. 278/280- y Manuel Carlos Sueiro -fs. 281/283-, ambas del 19-22-2008; Stella Maris Scarin -fs. 293/295- y Adriana María Mateo -fs. 296/297-, ambas del 6-03-2008).

Siendo que el magistrado no podía soslayar el estado de cosas existente al momento de emitir su fallo (arg. doct.

S.C.B.A. causas B. 65.861 "Círculo de Jubilados y Pensionados del Banco de la Pcia. de Bs. As.", sent. de 10-X-2007; C. 104.923 "Gagliardi", sent. del 27-XII-2013), carece de toda trascendencia el análisis que efectuara con respecto a los aludidos testimonios, desfasados en el tiempo y carentes de toda actualidad (arg. art. 163 inc. 6° segundo párrafo del C.P.C.C.; art. 25 ley 13.928), ello, sin perjuicio de que su ponderación se tornará necesaria, no a los fines de zanjar el aspecto fondal de la contienda, sino en cuanto atañe a la justa repartición de los gastos del juicio.

III. Si lo expuesto es compartido, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por E.D.E.A. S.A. a fs. 486/499 y revocar el pronunciamiento de grado de fs. 475/483. En relación a las costas del juicio, entiendo que los antecedentes apuntados en el considerando 5. precedente pudieron -razonablemente, en su momento- haber instaurado en la accionante el convencimiento de su razón valedera para requerir del auxilio jurisdiccional, motivo por el cual juzgo que correspondería mitigar excepcionalmente la aplicación del criterio rector y, en consecuencia, disponer que las costas del proceso sean soportadas en ambas instancias en el orden causado (arg. art. 68, 2do. párrafo del C.P.C.C.; arts. 19, 25 y ccds. de la ley 13.928 -t.o. por ley 14.192-).

Con el alcance indicado, doy mi voto a la segunda cuestión planteada por la **afirmativa**.

Los **señores Jueces doctores Riccitelli y Mora**, con igual alcance y por idénticos fundamentos a los brindados por la señora Juez doctora Sardo, votan también a la segunda cuestión planteada por la **afirmativa**.

De conformidad a los votos precedentes, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata, dicta la siguiente:

SENTENCIA

1. Declarar la competencia de esta Cámara de Apelación para conocer del recurso articulado (art. 17 bis de la ley 13.928 -t.o. según ley 14.192-).

2. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 486/499 por E.D.E.A. S.A. y revocar, en consecuencia, el pronunciamiento de grado de fs. 475/483. Costas de ambas instancias en el orden causado (arg. art. 68, 2do. párrafo del C.P.C.C.; arts. 19, 25 y ccds. de la ley 13.928 -t.o. por ley 14.192-).

3. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 del Dec. ley 8904/77).

Regístrese, notifíquese y devuélvanse por Secretaría las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 11 del Departamento Judicial Mar del Plata. Fdo: Dres. Adriana M. Sardo - Elio Horacio Riccitelli - Roberto Daniel Mora - María Gabriela Ruffa, Secretaria.