

///MA, 27 de diciembre de 2.012.-

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas "LACAZE GUSTAVO Y OTROS s/AMPARO COLECTIVO" (Expte. N° 25606/11-STJ)-, puestas a despacho para resolver, y- - - - -

CONSIDERANDO:- - - - -

-----Que a fs. 169/176, se presentan, el Sr. Gustavo Lacaze y otros vecinos de las localidades de Guardia Mitre, San Javier, Dina Huapi, Ñorquingo, Pilcaniyeu, Pomona, El Cuy, Valle Azul, Puerto San Antonio Este y Sierra Grande-Playas Doradas, interponen amparo colectivo, en los términos del Ley B N° 2779, contra la Provincia de Río Negro y el Banco Patagonia S.A., a fin de que se les garantice en sus localidades el servicio bancario a través de la instalación de cajeros automáticos y/o se le abone a los actores los gastos de traslado hasta la sucursal más cercana.- - - - -

- - - - -

-----Los actores entienden que el Banco Patagonia S.A. en su carácter de agente financiero de la Provincia, en los términos de los artículos 86; 91; 92 de la Constitución Provincial y artículo 42 de la Constitución Nacional, debe garantizarles el acceso igualitario a los servicios financieros.- - - - -

-----Plantean que el traslado hacia las sucursales respectivas más cercanas los hace incurrir en gastos y peligros que atentan con el carácter alimentario de sus salarios y la seguridad pública.- - - - -

-----También aducen que el hecho de trasladarse a otros centros para el cobro de salarios o acreencias vulnera la autonomía económica de los respectivos municipios atento se consume en aquellos centros donde se extrae el efectivo. Argumentan que, en el caso de los empleados públicos, se vulnera sus derechos toda vez que son clientes cautivos del agente financiero provincial sin que éste les garantice el cobro en sus localidades. De la misma manera entienden se vulneran los derechos del sector económico y productivo privados.- - - - -

-----Detallan las particularidades de cada una de las localidades a las que pertenecen los actores y las dificultades que por las características propias posee cada uno de ellas.- - -

- - - - -

-----Con fecha 3 de septiembre de 2012, se llevó a cabo una audiencia con las partes

involucrada en autos (Ministerio de Economía; Banco Patagonia, Fiscalía de Estado y Comisión de Fiscalización de los Servicios Financieros de la Legislatura de la Provincia de Río Negro).- - - - -

-----En aquel momento se concedió un plazo de 10 (diez) días para que las partes incorporen la prueba restante, correspondiendo al Banco Patagonia S.A. presentar en autos informe sobre eventual proyecto de factibilidad de instalación de los Cajeros Automáticos, costo de instalación y mantenimiento de los mismos.-

-----A fs. 368/369 la Sra. Procuradora General cuestiona que no fue debidamente sustanciada la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Banco Patagonia SA, en los términos del art. 9 de la ley 2779. No se advierte en dicho dictamen planteo alguno a la cuestión de fondo respecto a la procedencia del presente amparo colectivo limitándose sus observaciones a cuestiones meramente formales, no resultando procedente una nueva remisión.- - - - -

-----Además omitiendo considerar que las audiencias celebradas ante este Tribuna en ningún momento el Banco Patagonia pidiera que se resolviera la cuestión como de previo y especial pronunciamiento por ser totalmente extraña a esta acción de amparo.- - - - -

-----1) CUESTION PROCESAL.- - - - -

-----Adviértase que el objeto de la presente acción es dotar a diez localidades de la Provincia de cajeros automáticos o de otros medios alternativos que garanticen la prestación del servicio bancario. - - - - -

-----No corresponde en un proceso de amparo como en el de autos plantear excepciones de previo y especial pronunciamiento, fundada en un ordenamiento extraño a la institución en base a la cual estamos atendiendo la pretensión de las partes y nada impide aplicar la ley especial que rige el caso conforme veremos (confrontar excepciones previas por Ximena Sergi en el Tratado de Díaz Solimine, “Teoría y Práctica del derecho procesal civil, comercial y laboral”, Tomo I, p. 621/639 y ss. LL año 2007), ya que es sabido que en el fondo siempre el Juez, al resolver, tiene la potestad de decidir todas las defensas y excepciones que se planteen aunque no sean de

previo y especial pronunciamiento. Por último, nada impide dictar una sentencia que tenga eficacia, es decir, que resuelva una pretensión en forma eficaz porque existe legitimación ad-causam (cf. Calamandrei, Piero, “Instituciones de D. procesal Civil”, Egea BsAs., 1962, Tomo 1 p. 264). - - - - -

-----En síntesis no aparece manifiestamente improcedente ni el hecho de demandar ni el hecho de ser demandado. Por el contrario, tengo en particular consideración lo desarrollado in extenso por la CSJN en “Halabi, Ernesto” sentencia del 24 de febrero de 2009, considerando 10 a 20 y en particular el 12, (que ya citáramos en sentencia del 27 de abril de 2009, en autos caratulados: “DOMINGUEZ, MARIANA Y OTROS S/AMPARO S/APELACIÓN, Expte. N° 23148/08), donde se despejan las dudas sobre la procedencia de la tutela judicial efectiva por vía de amparo para proteger derechos de incidencia colectiva, máxime cuando como ocurre en Río Negro existe legislación específica sobre la cuestión (art. 8 y 9 de la Ley B 2779, sobre amparo colectivo) y doctrina legal al respecto, tal como la que surge de los precedentes: “BORDENAVE”, “CODECI”, entre otras.- - - - -

-----Además en el Código de Procedimiento en lo Civil, art.688 bis y subsiguientes se reglan las acciones individuales homogéneas. Allí se regla: “Cuando se lesionen derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común y tengan como titulares a los miembros de un grupo, categoría o clase, los afectados, la Fiscalía de Estado, el ministerio público, los municipios y comunas, las entidades legalmente constituidas para la defensa de derechos colectivos y cualquier persona física que actúe en resguardo de los derechos afectados estarán legitimados para promover la acción en defensa de los derechos individuales homogéneos.”.- - - - -

-----En el Fallo al que nos referimos -"Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986"-, del 24 de febrero de 2009, la CSJN entendió que “10) Que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural.” - - - - -

-----“En estos casos señala la CSJN-, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo, instituida por vía pretoriana por esta Corte en los conocidos precedentes "Siri" y "Kot" (Fallos: 239:459 y 241:291, respectivamente) y consagrada más tarde legislativamente. Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados...” . - - - - -

-----“...11) Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. De tal manera, 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. En

este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa. Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular. “.- -

-----“...12) Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.” - - - - -
- - - - -

-----En la Provincia de Río Negro, tal como antes mencionara, sí se encuentra contemplada esta protección en el título VIII del CPCyC que prevé la protección de los derechos individuales homogéneos de modo expreso.- - - - -

-----En síntesis, respecto a la legislación aplicable, ha de tenerse en cuenta que las normas que regulan la protección de los derechos colectivos son amplias respecto a la legitimación quedando perimido en cuanto la protección de dichos derechos el concepto de afectado.- - - - -

-----Respecto al pedido de remisión de las actuaciones “Fernández”, a esta altura del proceso se considera innecesaria, para decidir la cuestión toda vez que la solución que

de la misma emerge en el fondo de carácter transaccional, y con una sentencia homologatoria del STJ, se generó en base a recursos recuperados de cuentas inactivas del Poder Judicial, cuestión que demandó un plazo y que reflejó un orden de prioridades en atención a los requerimientos de esa causa que oportunamente fueron satisfechas y que no coinciden con la pretensión directa y operativa que se plantea en el presente amparo.- - - - -

-----2) CUESTION DE FONDO.- - - - -

-----Expuestas estas consideraciones, ha de conceptualizarse qué alcances y fundamentos normativos tiene el derecho al acceso al servicio bancario de una comunidad, conforme los requerimientos expresados en el objeto de la demanda. En tal sentido se advierte que la Constitución Provincial entiende al capital en cuanto cumple una función social y prescribe que la economía está al servicio del hombre y debe satisfacer sus necesidades económicas y espirituales. También manda que los beneficios del crecimiento son distribuidos equitativa y solidariamente (artículo 86).- - -

-----Para resolver la cuestión debemos considerar lo prescrito en tres normas de la Constitución Provincial. En efecto el Artículo 86 dispone: “La economía está al servicio del hombre y debe satisfacer sus necesidades materiales y espirituales. El capital cumple una función social. Su principal objeto es el desarrollo de la Nación, de la Región y de la Provincia y sus diversas formas de utilización no pueden contrariar el bien común. La ley desalienta la usura, la especulación y todas aquellas formas económicas que tiendan a dominar los mercados, eliminar la competencia o aumentar arbitrariamente las ganancias. Los beneficios del crecimiento son distribuidos equitativa y solidariamente. Los empresarios, los trabajadores y el Estado son responsables de la eficiencia, productividad y progreso de los factores económicos que participan en el proceso productivo. - -

-----A su vez en lo referente al agente financiero provincial, el artículo 92 impide todo tipo de especulación obligando a los poderes públicos a orientar el crédito hacia tareas productivas.-

-----El Artículo 93 establece: “El gobierno de la Provincia provee a los gastos de su administración con los fondos del tesoro provincial. Este se forma con el producto y fruto de sus bienes; con los beneficios de la actividad económica que desarrolla y de los

servicios que presta; con los recursos provenientes de los impuestos permanentes y transitorios; con la participación que le corresponde por impuestos fijados por la Nación, con la cual celebra acuerdos para su establecimiento y percepción; y con las operaciones de crédito que realiza (...).- -

-----El servicio bancario, entendido como un servicio público masivo, y como tal ha de ser garantizado a todos los ciudadanos rionegrinos. Al respecto, tengo presente que según Cecilia Weingarten y Carlos Gherzi (en LA LEY 06/12/2010) en estas cuestiones es necesario formular al menos algunos principios esenciales respecto de la prestación de servicios masivos: domiciliarios (luz; gas; telefonía y agua); de transportación de personas (trenes; automotores; aéreo de cabotaje y fluviales); de financiamiento y garantías (bancos y seguros); sistemas de pre-financiamientos (autoahorro; medicina prepaga; fideicomisos inmobiliarios); servicios de intermediación (inmobiliarias); turismo; etc., tratando de sentar las bases de un "sistema" socioeconómico y jurídico de protección a los usuarios, como sujeto "específico, esencial y diferenciado" [y hermanado] del consumidor de bienes, pero en las relaciones de uso de servicios. Tales principios son la calidad del prestador, evitar conductas abusivas, y deber de seguridad, entre otros. Sin perjuicio de la legislación de fondo que rige la ley de entidades financieras (21.526) y otras especiales, como la 25.065 referido específicamente al contrato de tarjeta de crédito, y la Ley 26590 (B.O. 05/05/2010) que modificó el artículo 124 de la LCT y agregó al comienzo del párrafo segundo de ese artículo que "Dicha cuenta, especial tendrá el nombre de cuenta sueldo y bajo ningún concepto podrá tener límites de extracciones, ni costo alguno para el trabajador, en cuanto a su constitución, mantenimiento o extracción de fondos en todo el sistema bancario, cualquiera fuera la modalidad extractiva empleada". Todo lo que debe sumarse a la política general del gobierno nacional y provincial en orden a la "bancarización" de las cuentas por empleo público activo y pasivo; y además, la particularidad de Río negro es tener un servicio público concesionado, donde el Banco Patagonia cumple con la función del servicio público financiero en sustitución del estado.- - - - -

-----En autos nos encontramos ante un servicio público donde el Estado Provincia- tiene carácter de concedente (concesión de Agente Financiero de la Provincia). Es decir, el "dueño" de los insumos que se prestan y la función de prestarlos es atribución constitucional del Estado y en consecuencia el Estado continúa siendo el "dueño" que

sólo los da en concesión, con lo cual se ha dejado de lado la aplicación del artículo 1113 del Código Civil y en segundo lugar, se prescinde de la aplicación de los arts. 1 LDC "...toda persona jurídica de naturaleza pública o privada ..." y del 40, en cuanto alude a toda la cadena de manufacturación y comercialización de los servicios, sin perjuicio de repetición del Estado sobre los concesionarios. El Estado cuando concede mantiene el "poder de policía" con la finalidad de "controlar" que se cumplan las condiciones de la concesión y/o se apliquen las sanciones correspondientes, incluida la rescisión de la concesión cuando el incumplimiento es esencial. que afecta la prestación del servicio a los consumidores.- - - - -

-----También ha de ponderarse, siguiendo el análisis de los autores citados, el concepto de riesgo, tal como lo conocemos como factor de atribución, se construyó a partir de la máquina y el industrialismo, en relación con el daño a los trabajadores y peatones; en la modernidad el riesgo estaba ligado con las reacciones atómicas y hoy en la posmodernidad con la contaminación ambiental, etc., es claro que la idea de riesgo, relaciona las condiciones y el contexto de cada época, así como con el valor preponderante surgido del consenso o impuesto. En este sentido, en el ámbito del derecho y especialmente en las relaciones de consumo, el art. 40 de la Ley 24.240, opera de la misma forma que el art. 1113 del Cód. Civil, como principio protectorio, en el ámbito del derecho de daños y en el ámbito contractual el logro alcanzado con la protección al minusválido (art. 954, del Cód. Civil). Las empresas que usufructúan sus beneficios económicos deberían afrontar económicamente la prevención de riesgos y los daños que se puedan producir, lo cual desde lo micro y macroeconómico, se constituye en una reducción de la tasa de beneficio o perder estatus en el grupo dominante, y de allí su constante resistencia. Entonces, existe una obligación primigenia de prestador de servicios (Estado o empresa) de establecer conforme a su profesionalidad las medidas necesarias y adecuadas en la forma más eficientemente posible como "prevención" de riesgos, conforme al art. 42 de la Constitución Nacional. La mayoría de los servicios masivos se prestan a través de "organización de sistemas" y en general desde lo jurídico con "redes o contratos conexos", por lo cual el usuario no tiene otra posibilidad de "adherirse" a estos sistemas y precisamente lo hace desde la confianza. La observancia del principio de buena fe requiere que en la relación jurídica la parte exhiba un comportamiento leal y adecuado a la creencia y confianza despertadas en la otra. La Cámara Comercial en el mismo sentido ha señalado: "Los bancos al ofrecer a sus

clientes un nuevo modo de relacionarse comercialmente con él debe procurar responder a la confianza que brinda el medio empleado" aludiendo a los sistemas informáticos. (CNCom., sala D, Bianauskas, Carlos c. Banco Ciudad de Buenos Aires, LA LEY, 2008-D, 422.30). - - - - -

-----Considero que corresponde dictar en autos una “sentencia de equidad” con carga sobre las dos partes fuertes de la contratación. Esto es, el Banco Patagonia y el Estado rionegrino. Este pronunciamiento debe ser dictado atendiendo a los principios generales del derecho, de igualdad y de buena fe, procurando en beneficio de los ciudadanos rionegrinos: 1) un trato igualitario, 2) la evitación de perjuicios a los usuarios y consumidores y 3) reparto de las cargas económicas entre las pares más fuertes en la relación comercial. - - - - -

-----Tengo a la vista la contestación del Banco Patagonia de fs. 279/257, como la de la Fiscalía de Estado, de fs. 261/271, en la que han planteado sucintamente su reconocimiento de la sujeción de un régimen de concesión pública aprobada por la ley 4.081 de Río Negro, contrato de servicios financieros y bancarios que comprende expresamente el pago de haberes de los agentes y funcionarios de la administración pública. También tengo en cuenta que el contrato respectivo y el plan operativo ha contemplado, “que adicionalmente considerará la instalación en todas las localidades que la Provincia estime conveniente haciéndose cargo de los costos de inversión, siendo los gastos de mantenimiento a cargo de la Provincia”, con lo cual queda abierta la posibilidad que la misma solución sea extensiva a todos los pueblos y comunidades y municipios que carecen de estos servicios, por que a nuestro entender no altera ni quiebra la ecuación económica del contrato. En tal sentido, más allá del precedente “Fernández”, citado por ambas partes (Banco Patagonia y Provincia de Río negro) la resolución que aquí tomamos , deberá ser implementada en el ejercicio 2013 conforme las pautas que fije el Poder legislativo a través de la Comisión de Seguimiento y Fiscalización de los Servicios Financieros de la Legislatura Provincial ya que las prioridades, urgencias, modalidades y alcances de la prestación del servicio público financiero deberá estar sujeta a lo que se dictamine o sugiera por parte de la misma Comisión de Seguimiento y Fiscalización de los Servicios Financieros de la Legislatura Provincial, todo conforme al pliego de la licitación pública N°1/06 y los actos posteriores concretados en cumplimiento de la misma. - - - - -

-----De la respuesta de la Fiscalía de Estado surge claramente el perjuicio que se ocasiona a los usuarios y consumidores bancarios que están obligados a percibir por las cuentas sueldos oficiales y si bien es cierto que los amparistas reclaman viáticos para compensar los mayores gastos que demanda el traslado a otras localidades bancarizadas, dicha expresión no puede ser sacada de contexto, porque es una forma de compensar el daño por la pérdida del tiempo, por el viaje y por la afectación de vehículos para percibir sus salarios, lo que en algunos casos llega a casi 200 kms. de distancia hacia los centros más poblados y no se nos ocurre que exista un medio más operativo, más urgente, más efectivo para una tutela judicial efectiva, que el amparo. Para despejar toda duda obra en autos a fs. 224/248, la ley 4081 de la Provincia de Río Negro y sus anexos de la que se constata que los pueblos, localidades y Municipios del presente amparo no estaban contemplados originariamente en la ampliación, que lo cajeros automáticos no estaban contemplados en la ampliación, pero nada impide que ello pueda ocurrir si se acuerda entre los contratantes las modalidades y los tiempos operativos para la implementación, toda vez que en el Anexo 1, sobre contratos de servicios financieros y bancarios, se contempla expresamente esta posibilidad (ver arts. 1 y fundamental el 2 donde se contempla: “ pudiendo acordar las partes la forma y condiciones para proveer a la prestación de dichos servicios en las localidades en las que no tenga sucursales” y agrega: los servicios deberán ser prestados bajo o procedimientos que utilicen tecnología de gestión moderna no inferiores a las que hasta la fecha le han brindado a la Provincia, y aseguren una adecuada atención de los contribuyentes y usuarios”, y máxime que el mismo contrato establece como fuente de regulación del mismo no solamente las leyes provinciales ya citadas, sino además las prácticas administrativas que se han venido implementado con criterios de justicia e igualdad para todos los habitantes de la Provincia de Río Negro. -----

-----Tengo presente que a fs. 358, el Banco Patagonia SA presenta un cuadro de costos por: -----

-----Instalación y mantenimiento de cajeros en: - -

DINA Huapi - - - - \$133.431

-----22.345

Guardia Mitre - - - \$126.431

-----22.966

Ñorquinco- - - - - \$133.431

-----44.046

San Javier - - - - - \$124.431

-----18.346

Pomona - - - - - \$124.931

-----22.966

El Cuy - - - - - \$127.931

-----22.966

Valle Azul - - - -\$126.431

-----22.945

Pilcaniyeu - - - -\$131.431

-----22.966

Playas Doradas- - -\$127.731

-----43.046

Puerto de S.Antonio-\$126.431

-----22.966

-----El punto 7 mo. del Anexo I ya transcrito prevé expresamente la ampliación de puntos de presencia actuales a voluntad de la Provincia, incluyendo expresamente que adicionalmente Banco Patagonia SA considerará la instalación en todas las localidades en las que la Provincia considere necesario hacerlo. En el caso que juzgamos, la Provincia de Río Negro, a través de la Fiscalía de Estado ha considerado innecesario en ningún caso la instalación de cajeros automático o alguna otra solución alternativas. - - -

-----Sin perjuicio de desconocer las normas de derecho implicadas en el caso, y la

distinción entre mandamus y amparo colectivo, lo cual lo lleva a confundir los requisitos de procedencia de una manera llamativa, ya que se sabe que los amparistas no están obligados a distinguir jurídicamente el “nomen juris”, dadas las particularidades del caso, ello no obsta a la invocación del art. 43 de la Constitución Provincial, además están invocados otros artículos de la Const. Nacional y Provincial, especialmente los vinculados a la protección del usuario y consumidores lo que torna obligatoria una apreciación mucho más profunda cuando se trata de contratos de concesión del Estado aunque no constituya monopolio, porque al conceptualizarlo al servicio bancario como servicio público, tal como lo hacemos aquí, es innecesario, conforme al art. 42 de la Constitución Nacional profundizar un análisis sobre la protección específica que corresponde a usuarios y consumidores del servicio. - - - - -

-----Es cierto que el art. 30 de la Constitución Provincial ya ha quedado superado por el art. 42 de la Constitución Nacional, tanto en sus alcances como sus garantías, pero estos defectos de argumentación jurídica no pueden ser invalidados por el Juez sino más bien tenidos en cuenta, por que sino no se encuentra razón para que una cuestión tan sensible y tan directa afecta el bolsillo de miles de ciudadanos- merezca un lacónico reproche de la Fiscalía de Estado “se aprecia que los costos de instalación se manifiestan destacadamente altos en relación a los escasos beneficiarios que se registran en las localidades objeto del amparo”. - - - - -

-----Si esta fuera la directiva con la que debemos resolver, seguramente muchos parajes y pueblos de la Línea Sur no merecerían nada, porque saldrían caros. Una versión economicista del derecho contraria al Preámbulo de la C. Nacional que ordena afianzar la justicia y el al Preámbulo de la Constitución Provincial que manda resolver garantizando el ejercicio universal los Derechos Humanos sin discriminaciones, en un marco de ética solidaria. Concluyendo en que se debe “descentralizar el Estado haciendo socialmente eficiente su función, fortalecer la autonomía municipal y el equilibrio regional, lograr la vigencia del bien común y la paz bajo la protección de Dios, ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Provincia de Río Negro”. - - - - -

-----Es decir, el Estado no puede desentenderse de esta cuestión sin ningún tipo de justificación. Es cierto que el Poder Judicial además de expresar su desacuerdo con esta

visión del problema, no puede dejar de resolver la cuestión bajo el pretexto de insuficiencia de una norma. En primer lugar porque existen principios generales del derecho que permiten construir una solución para el caso. En segundo, porque existen normas constitucionales nacionales y provinciales que lo atrapan, En tercer lugar porque existen obligaciones enmarcadas en una ley provincial que rigen el contrato de concesión. En cuarto lugar, porque se trata de un servicio publico que comprende a usuarios y consumidores. En quinto lugar, porque el mismo contrato de concesión prevé la ampliación del servicio a requerimiento de la Provincia.-----

-----Pues bien, llegamos entonces al punto culminante de esta decisión. El estado provincial sostiene que no tiene obligación o deber concreto y tampoco lo debería tener la entidad bancaria para la instalación de cajeros autom. U otras alternativas viables económicamente. Ahora, yendo a la cuestión económica en sí, como se puede apreciar del cuadro transcripto la instalación de todos los cajeros totaliza la suma de \$1.282.610 (una sola vez), y su mantenimiento, de \$265.560 (mensuales).-----

-----Expuesto lo anterior corresponde entonces decir que la voluntad del Estado negándose a cumplir una obligación constitucional y legal carece de toda validez a los efectos de este juicio. Teniendo a la vista los costos y respetando la justicia contractual resulta conforme a las indicaciones del art. 16 del Código Civil (los principios generales del derecho ya citado, y el de equidad) resolver la cuestión haciendo lugar al pedido respecto del todos los cajeros automáticos solicitados siempre y cuando las operaciones técnicas así lo permitan y que deben distribuirse por partes iguales entre el Banco Patagonia SA y la Provincia de Río Negro los costos relativos a la instalación de los cajeros automáticos, debiendo quedar a cargo exclusivo de la Provincia el mantenimiento de los mismos.-----

-----El Artículo 16 del C. Civil norma: Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.-----

-----A la vez, el Artículo 1198 dispone: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”. - -

-----Como lo dice Vélez en la nota al art. 784 C. Civil, citando a Marcadé. El principio de equidad es siempre principio en nuestro derecho civil. Y por consecuencia aplicable a todas las relaciones y situaciones jurídicas existentes. - - - - -

-----Asimismo tengo presente el principio de no causar perjuicio a otro que como lo ha enunciado Vélez referido al art. 499 del Código Civil, en cuanto responde a una razón natural para prohibir que alguien se enriquezca en perjuicio de otro. Y por eso es un hecho fundamente o causa de la obligación, lo que por tratarse de una acción concesionada por el Estado se somete a los principios generales de la responsabilidad por la actividad lícita.- - - - -

-----En orden al tiempo, modalidades originarias y sustitutivas de la prestación y demás servicios que pudieran brindarse, deberá estarse a lo que dictamine la Comisión de Seguimiento y Fiscalización de los Servicios Financieros de la Legislatura Provincial, porque ello, en este estado del proceso y el material probatorio reunido en autos, excede esta decisión. Para que quede en claro para los justiciables, conforme la Carta de Derechos del Ciudadano, para quienes escribimos esta sentencia, todos los habitantes de las localidades de Guardia Mitre, San Javier, Dina Huapi, Ñorquinco, Pilcaniyeu, Pomona, El Cuy, Valle Azul, Puerto San Antonio Este y Sierra Grande - Playas Doradas, tendrán exactamente los mismos derechos de acceso a los servicios públicos bancarios, de que gozan el resto de los ciudadanos de la Provincia de Río Negro, para lo cual la Comisión de Seguimiento y Fiscalización dispondrá en todo el año 2013 para su

completa implementación, a fin de reparar una notoria injusticia. - - - -

-----Para el supuesto de incumplimiento de esta sentencia, quedará abierta a cada uno de los damnificados la acción prevista en el art. 1069 del C. Civil (lucro cesante y daño emergente) que deberá tramitarse ante el fuero respectivo.- - - - -

-----Los hechos relatados tanto en la demanda como en las audiencias celebradas ponen de manifiesto la injusta situación que viven los pobladores de las comunidades involucradas en autos por la dificultad para hacerse de sus salarios y jubilaciones, pagar impuestos y servicios por no tener en sus lugares de residencia prestación alguna de servicios bancarios. Ello hace que deban trasladarse con todos los riesgos que ello ocasiona.- -

-----No podemos desconocer tampoco que, conforme el principio de realismo jurídico, muchas de las localidades rurales aquí implicadas se encuentran muy próximas a las comunidades aborígenes existentes en la Provincia, debidamente reconocidas. De allí que cuadra transcribir particularmente los fundamentos del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Lorenzetti, Nolasco, Carlucci): "El paradigma protectorio tutela a los débiles y su fundamento constitucional es la igualdad. Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. Superando la visión de los códigos decimonónicos, el Proyecto considera a la persona concreta por sobre la idea de un sujeto abstracto y desvinculado de su posición vital (paciente, art. 59, consumidor, art. 1092, discapacitado, art. 48, integrante de comunidades indígenas, arts. 18 y 1897; con problemas mentales, art. 31, por enumerar algunas entre las situaciones existenciales tomadas en consideración. El Proyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables. Los ejemplos son numerosos: la protección de la vivienda (art. 244), de otros bienes (art. 744), y el derecho del consumidor que tratamos en el punto siguiente." - - - - -
- - - - -

-----Cada comunidad presenta sus características particulares y ello amerita un orden de urgencia y prioridades en la atención del servicio que reclaman conforme los distintos

parámetros que la autoridad de aplicación ha de evaluar.- - - - -

-----Considero que los poderes públicos competentes, Poder Ejecutivo y Comisión de Seguimiento y Fiscalización de los Servicios Financieros de la Legislatura Provincial, serán quienes deban coordinar e implementar un cronograma que contemple las situaciones más convenientes para los ciudadanos aquí amparados.-

-----El Poder Ejecutivo como poder concedente-, y el Poder Legislativo como órgano de contralor, a través de la citada Comisión Legislativa-, deberán implementar un cronograma de soluciones concretas adaptadas a cada una de las comunidades a fin de garantizar en el ejercicio 2013 a los ciudadanos, usuarios y consumidores, el acceso a los servicios públicos bancarios, o reglados contractualmente o por ley, con las modalidades y características de acuerdo a las circunstancias del caso.- - -

-----Por ello;

EL JUEZ DEL

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA RPVINCIA

VÍCTOR HUGO SODERO NIEVAS

R E S U E L V E:

Primero: Hacer lugar al amparo colectivo interpuesto por los vecinos de Guardia Mitre, San Javier, Dina Huapi, Ñorquinco, Pilcaniyeu, Pomona, El Cuy, Valle Azul, Puerto San Antonio Este y Playas Doradas, disponiendo la instalación de Cajeros automáticos en las citadas localidades. Costas por su orden (art.68 2do.pá.Cód.Proc.Civ. y com.).- - -

- - - - -

Segundo: Los costos relativos a la instalación de los cajeros automáticos que demande el cumplimiento de la presente serán asumidos por partes iguales entre el Banco Patagonia SA y la Provincia de Río Negro, debiendo quedar a cargo exclusivo de la Provincia el costo del mantenimiento de los mismos. - - - - -

Tercero: Ordenar al Poder Ejecutivo como poder concedente-, y al Poder Legislativo como órgano de contralor, a través de la citada Comisión Legislativa-, implementen un cronograma de soluciones concretas adaptadas a cada una de las comunidades a fin de garantizar en el ejercicio 2013 a los ciudadanos, usuarios y consumidores, el acceso a los servicios públicos bancarios, o reglados contractualmente o por ley, con las modalidades y características de acuerdo a las circunstancias del caso.- - -

Cuarto: Hasta tanto se instalen y resulten operativos los cajeros automáticos o cuando estos fueren de imposible instalación, se deberán proveer servicios bancarios

alternativos complementarios o adicionales a los efectos de posibilitar que la población en general pueda recibir mensualmente en su lugar de residencia los beneficios mínimos indispensables de la recepción del dinero en efectivo y la atención de las obligaciones alimentarias .- - - Quinto: Regístrese, notifíquese y oportunamente, archívese.--

Fdo.: VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ ANTE MI: EZEQUIEL LOZADA
SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACION: T° III Se. N° 180 F° 1061/1082 Sec. N° 4 STJ