------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de julio del año dos mil nueve, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Günther Enrique Flass y con la asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Subrogantes Dras. Mariela González de Vicel y Claudia Lía Melidoni, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"S., R. E. c/ M., E. s/ Sumario"*** (Expte. N° 226/08 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 178 el sorteo establecido por el art. 268 del C.P.C.C. y atento lo dispuesto por el art. 9 del Acuerdo 3/82 CANO, correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FLASS – GONZÁLEZ de VICEL – MELIDONI.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 140/143? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. Flass dijo:----------

------A fs. 32/36 el Sr. R. E. S. por intermedio de su apoderado el Dr. O. S. G. y en su carácter de concesionario del servicio de recolección de residuos en la zona del Lago Futalaufquen, inicia demanda de cobro de pesos contra el Sr. E. M. para que pague las tasas adeudadas.----------

---

------A fs. 55/57 contesta el demandado mediante su apoderado el Dr. R. T. G. L. oponiéndose al progreso de la acción.----------

------A fs. 140 se dicta sentencia definitiva nº 76/08 del 27 de noviembre de 2008 por la cual: 1) Se hace lugar a la demanda de cobro de pesos 2) Se dispone que las sumas adeudadas devengarán, a partir de la interposición de la demanda, un interés equivalente al que cobra el B. C. S.A. para sus operaciones de descuento de documentos a treinta días. 3) Se imponen costas a la demandada. 4) Se regulan los honorarios profesionales.----------

------Contra el citado decisorio se alza el demandado quien apela a fs. 146 y concedido que le fuera el recurso expresa agravios a fs. 162/163 siendo sus quejas las siguientes: 1) Afirma haber optado por no utilizar el servicio durante algunos meses y entiende que esta circunstancia lo exime de pago. 2) Sostiene

que, durante otros períodos, el prestador se abstuvo de prestar el servicio lo que igualmente lo exime de pago. 3) Respecto a la deuda por períodos efectivamente prestados y utilizados, afirma haber consignado ante la Administración de Parques Nacionales, no correspondiendo exigírselos judicialmente. 4) Impugna el cálculo de la deuda pues afirma que se han devengado retroactivamente los incrementos en el precio de la tasa. 5) Por último considera excesivo los honorarios de los letrados de la actora.----------

------También apela el actor a fs. 148 y concedido que le fuera el recurso expresa agravios a fs. 166/vta. limitando su queja a la fecha de comienzo del curso de los intereses. Entiende que ellos deben correr a partir de cada mes vencido y no desde la interposición de la demanda como dispuso el a quo.----------

------Resumidas en lo precedente las circunstancias y pretensiones esgrimidas en autos corresponde el análisis de los respectivos agravios.----------

------El crédito por servicios públicos:----------

------Se queja el recurrente de que se le cobrara contraprestación por servicios que no fueron prestados ni utilizados de modo efectivo. Cita doctrina conforme a la cual, para que la tasa sea legítima, *"la prestación ha de tener realidad"* y de ello deduce que, si no hay prestación efectiva del servicio – ya sea por que el usuario no se ha servido de ellos o por que el prestador no los ha puesto efectivamente a su disposición - no hay deuda alguna.----------

------No está en debate el hecho de que el servicio estaba afectado a una explotación comercial del demandado, de allí que queda excluido de la calidad de consumidor y por lo mismo no resulta aplicable el particular sistema de defensa del consumidor o usuario (Ley 24.240 y sus sucesivas modificaciones).----------

------La causa de la obligación cuyo cumplimiento se pretende es una relación de servicio público y su retribución consiste en una tasa –tal como lo reconoce el propio demandado–. La tasa a diferencia del precio tiene naturaleza tributaria. Dice STORTONI *"La tasa es un tributo que se exige en atención a la prestación de un servicio público o de una actividad administrativa que incide de manera especial en el obligado a satisfacerla y que tiene como límite máximo el coste del servicio" (STORTONI, Gabriela "Apuntes sobre tarifas, tasas y precios de los servicios públicos" en "El derecho administrativo" ED 2003 pág. 513).* En consecuencia lo atinente a su cobro, cálculo, causa etc. exorbita el Derecho Civil o Comercial para introducirse dentro del ámbito de

regencia del Derecho Administrativo siendo irrelevante –en la causa– el hecho de que la Administración actúe en forma directa o lo haga a través de un particular mediante una delegación transestructural de cometidos públicos.----------

------Cabe un tratamiento diferenciado para dos supuestos que se presentan en forma promiscua en autos: uno de ellos son los períodos en que el usuario optó por no utilizar el servicio. Otro, aquellos en que el concesionario habría incumplido con su deber de ponerlos a disposición efectiva del usuario. Por último habré de ocuparme de la deuda que el demandado afirma haber consignado.----------

------a) La tasa por servicios no utilizados:----------

------Sostiene el recurrente que la tasa solo se adeuda cuando el usuario utiliza efectivamente el servicio. Se equivoca.----------

-------La deuda se genera por el solo hecho de que el prestador ponga a disposición del usuario el servicio. El usuario tiene la opción de servirse o no de él pero siempre habrá de pagar la tasa ya que el objeto de la obligación no es la efectiva utilización sino la posibilidad de hacerlo. Con claridad dice MARIENHOFF *"Va de suyo que la procedencia del cobro por la prestación de un servicio público requiere ... que el servicio sea puesto a disposición del usuario, quien podrá o no utilizarlo, aunque en todo caso estará obligado al pago correspondiente" (MARIENHOFF, Miguel S. "Tratado de derecho administrativo" T. II Abeledo Perrot. Buenos Aires 1981 pág. 152).*----------

------Ha dicho nuestro mas alto Tribunal Nacional *"Que lo afirmado por el a quo, en el sentido de que no resulta necesario que el cobro de las tasas tenga como objetivo satisfacer intereses individuales, coincide con el principio según el cual la validez de aquellas, como la de todos los tributos, depende de un interés público que justifique su aplicación (Fallos: 251:50, considerando 4º y sus citas). Por tal razón, el Tribunal ha resuelto que la sola circunstancia de que el contribuyente carezca de interés en el servicio estatal no basta para eximirlo del pago de la tasa respectiva (Fallos 251:222, considerando 2º y su cita) (CSJN. "Compañía Química S.A. c. Municipalidad de Tucumán" Sept- 3-989. Revista Impuestos XLVII-B-2273).*----------

------También se ha dicho que *"...desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, este no puede rehusar el pago, aun cuando no haga uso de aquel, o no tenga interés en el mismo ya que el servicio tiene en miras el interés general" (S.365 XXXVII. Selcro S.A. c. Jefatura de Gabinete. Mos. Dec. 55/00 (Dec. 360/95 y 67/96)*

s/ Amparo ley 16.986. Del dictámen del Procurador General de la Nación. www.iprofesional.com. 28 de agosto de 2006)----------

------No puede el usuario –entonces– pretender eximirse del pago alegando que no usó lo que estaba a su disposición.----------

-----b) La tasa servicios no prestados efectivamente:----------

-----Sostiene el recurrente que la actora no prestó servicios durante los meses de diciembre de 2005, enero 2006, febrero 2006, marzo 2006, abril de 2006 y diciembre de 2006.----------

------No hay dudas que el servicio, para ser cobrado, debe haber sido puesto a disposición del usuario. Sobre esto no hay discusión –ni en autos ni en la doctrina–. El debate viene dado sólo respecto a si el actor puso efectivamente a disposición del demandado el servicio en cuestión o mejor dicho, si el demandado logró acreditar el incumplimiento de la obligación del actor, condición para el nacimiento de la del usuario.----------

-----Sostiene el recurrente que respecto a los meses de diciembre 2005, enero, febrero, marzo y abril de 2006 el incumplimiento quedó acreditado con los informes y notas de la Administración de Parques Nacionales e informe de guardaparque (fs. 92).----------

------Se equivoca. Mediante la documental aludida sólo surge un conflicto entre algunos usuarios y el prestador del servicio al punto tal que uno de ellos había puesto candado para impedir la prestación y que el demandado decidió prescindir de la recolección asumiéndola en forma personal, mas nada indica que el servicio no hubiera estado a disposición de los usuarios. Por el contrario, si un usuario –aun cuando no fuera el demandado- asumió una actitud positiva para evitar la prestación, este hecho indica lo contrario, es decir que efectivamente el actor estaba prestando el servicio, pues sino hubiera sido absurdo que el Sr. M. pusiera candado.----------

-----En cuanto al mes de diciembre de 2006, entiende el recurrente que el incumplimiento quedó probado con el testimonio del Sr. R. (respuestas 1º y 3º fs. 122) y que el a quo infravaloró por considerarlo –erróneamente–comprendido en las generales de la ley.----------

------Asiste razón al recurrente en cuanto el Sr. R. declaró no encontrarse comprendido en las generales de la ley y no hay motivo para dudar de sus declaraciones.----------

------El testigo en cuestión (fs. 122) declaró expresamente que el actor le encomendó la recolección de residuos por que no tenía vehículo para hacerlo. Sostuvo además que no prestó el servicio al demandado en diciembre de 2006 y comenzó a prestárselo recién en enero de 2007. Resulta claro entonces que durante el mes de diciembre de 2006 el servicio no estuvo disponible para el usuario y, en consecuencia, no puede pretenderse su cobro debiéndose recibir favorablemente el agravio de la recurrente aunque sólo circunscripto a diciembre de 2006.----------

------Acierta el recurrente cuando afirma que la mayor posibilidad de producir prueba, en ciertas circunstancias, puede desplazar la carga probatoria de un litigante a otro –teoría de la carga dinámica de la prueba– sin embargo no considero que se den en autos tales circunstancias pues, dadas las características del servicio y la zona en la cual se presta, resulta casi tan dificultoso para el usuario demostrar que no se lo prestó como para el prestador acreditar la efectiva disposición del mismo. Ha dicho la jurisprudencia: *"La prueba de los hechos negativos no es imposible desde que ellos envuelven siempre una afirmación" (CCC. La Plata III, 7/11/72. LL 150-738. Conf. cit. de GIANGRASSO, Antonio José "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado" Depalma. Buenos Aires 1989, pág. 498) "Tal prueba es perfectamente posible mediante la acreditación de hechos de signo contrario" (CNFed., II 5/6/84 ED 118-496 Conf. cit. de GIANGRASSO, Antonio José "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado" Depalma. Buenos Aires 1989, pag.498).* No hay un desequilibrio de posibilidades probatorias con una magnitud tal como para desplazar la carga que impone la ley.----------

------El supuesto pago por consignación:----------

------Aduce el recurrente haber pagado la tasa correspondiente a los meses de enero y febrero de 2007 pues dice que los consignó ante la Intendencia de Parques Nacionales.----------

------Se equivoca el recurrente., según el art. 759 del C.Civ. la consignación solo producirá los efectos del pago cuando fuera judicial.. Dice Wayar *"... la pretensión de liberarse del deudor debe ser articulada por medio de una demanda, reconvención o excreción*

a la cual se debe adjuntar el instrumento que acredite la realización del depósito en los bancos oficiales o autorizados a recibir el depósito. Las sumas depositadas deben ser puestas a disposición del órgano jurisdiccional competente e individualizarse el expediente por el cual tramita el juicio" (WAYAR, Ernesto C. Derecho Civil. Obligaciones. T.II Lexis Nexos. Buenos Aires 2002, pág. 224). No habiendo recurrido la demandada al procedimiento jurisdiccional no puede pretender haberse liberado de su obligación mediante la simple entrega a un tercero, de las sumas adeudadas.------

------La retroactividad en el incremento de la tasa:----------

------Se queja el recurrente de que los incrementos a la tasa autorizados por la administración se devenguen en forma retroactiva.----------

-----Tal como lo vengo diciendo, la tasa de retribución de un servicio público tiene carácter tributario y en consecuencia nada obsta a su aplicación retroactiva cuando la misma no fue efectivamente abonada. Este es el criterio sentado por nuestra Corte Suprema de Justicia *(CSJN "Banco Español del Río de la Plata c. Municipalidad de la Capital". Fallos, T. 180 pág. 16/20).* En igual sentido ha dicho MARIENHOFF *"las tarifas son actos administrativos reglamentarios, es decir, constituyen normas administrativas; pero también constituyen normas de substancia impositiva. En virtud de ello, y procediendo consecuentemente con su criterio acerca de las leyes administrativas e impositivas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aceptado la posible aplicación retroactiva de una tarifa, cuando se trataba de servicios prestados pero cuyo pago aun no se había realizado en forma definitiva" (MARIENHOFF, Miguel S "Tratado de derecho administrativo" T.II, Abeledo Perrot. Buenos Aires 1981 pág. 146/147).*----------

-------Propongo al pleno rechazar el agravio en cuestión.----------

------Los honorarios del letrado de la actora:----------

-----Se queja la recurrente respecto a los honorarios de la contraparte por considerarlos excesivos.----------

-----En atención al monto del proceso surge que los límites establecidos por los arts. 6º, 7° y 8º del arancel han sido respetados y conforme a las pautas contenidas en el art. 5º de la misma norma aparecen como justos y adecuados a derecho.----------

-----Propongo al pleno rechazar el agravio en cuestión.----------

------El curso de los intereses:----------

------La actora centra sus agravios en una sola cuestión y es la atinente al comienzo del curso de los intereses pues sostiene que ellos se deben entender devengados desde el momento de la mora –a la que entiende automática– y no desde la presentación de la demanda como dispuso el a quo.----------

------De la lectura del art. 6º.2º de las condiciones particulares surge que la mora se producirá recién cuando el acreedor presente la factura para su pago y el deudor se abstenga de él transcurridos los primeros quince días del mes siguiente.----------

------Entiendo que, dada la letra del texto mencionado, la mora por el pago de las cuotas mensuales requería previamente la presentación de la factura al deudor para su pago y no habiéndose acreditado que ello efectivamente sucedió no puede considerarse incurso en mora al demandado y es que en el caso sub iudice la mora no es automática pues requiere de una previa actividad del acreedor quien debe previamente interpelar al deudor. El hecho que la norma aplicable disponga una muy particular forma de interpelación –presentación de facturas para su pago– no varía la naturaleza de esta. Dice WAYAR que la interpelación es *"la declaración unilateral de voluntad, no formal y recepticia por la que el acreedor puede reclamar categóricamente de su deudor el cumplimiento de la prestación y en cuya virtud la ley determina, como consecuencia jurídica, aunque no haya sido querida por el acreedor, la constitución en mora del deudor" (WAYAR, Ernesto C. Derecho Civil. Obligaciones. T.II Lexis Nexis. Buenos Aires 2002 pág. 11)*. Entiendo que la presentación de la factura a la que alude el art. 6º.2 de las condiciones particulares para la prestación del servicio es un requisito previo a la constitución en mora cuya naturaleza no difiere de la de una interpelación y en consecuencia no habiéndosela acreditado en autos no puede tenerse por moroso al deudor sino a partir de la presentación de la demanda. Es mas, considero que la mora debería correr no desde la presentación de la demanda sino desde la notificación que es cuando se perfecciona el carácter recepticio de la interpelación, sin embargo no habiendo sido ello objeto de agravio por el demandado debe estarse al momento dispuesto por el a quo.--------

------Queda por analizar lo relativo a la imposición de las costas en la presente instancia y dado que hubo vencimientos recíprocos, las mismas deben ser distribuidas por su orden.----------

------A la MISMA CUESTIÓN, la Dra. González de Vicel dijo:----------

------Que vienen estos autos para tratar como primera cuestión los agravios vertidos contra la sentencia dictada en la anterior instancia y que luce en las páginas 140/143, resolutorio que hace lugar a la demanda entablada por R. E. S. contra E. M., condenando al nombrado en último término al pago de la suma de $3.569 con más los intereses correspondientes a la tasa activa que establece el B. C. S.A. desde la mora (que instituye al momento de la interposición de la demanda) y hasta el efectivo pago, y sanciona asimismo disponiendo el pago de las costas del proceso al demandado vencido.---

------El memorial de agravios en que el ciudadano M. fundó la crítica al fallo, luce en las páginas 162/163 y mereció la réplica que se incorporó en la hoja 167.-

------El cargo que realiza al resolutorio es que resulta arbitrario e injusto básicamente por dos motivos: a) declarar exigible el pago de la tasa de un servicio no prestado y de ese modo producir un enriquecimiento sin causa en el actor, y b) hacer cargar con la prueba de la prestación de servicio al prestatario, cuando emerge del mismo fallo citado por el juzgador como respaldo jurisprudencial a su postura frente al pleito, que tal empresa correspondía al accionante por aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Finalmente agita en punto a que se afirmó que el canon que se estableciera en el convenio que vinculó a las partes era anual, sosteniendo la mensualidad del cobro y la razón de no abonarlo ante la falta de prestación, objetando entonces el análisis de la prueba con la que se acreditó que su parte pagó en las ocasiones en que utilizó el mentado servicio de recolección de residuos. Se agravia igualmente en lo relativo a los estipendios fijados para el letrado de la actora, solicitando se revoquen por excesivos en función del monto del proceso, perfectamente determinado.----------

------Por su parte el actor arremetió contra la sentencia requiriendo su revocación parcial por los fundamentos que expresó en la página 166, fundando su apelación en la cuestión relativa a los intereses y en especial a que en la pieza que dirimió la contienda en la anterior instancia los mismos se fijaron a partir de la demanda. Cuestiona que no fueron reconocidos los estipendios moratorios derivados del incumplimiento contractual que motivó el pleito, y que emergen del propio contrato que estableció el vínculo entre los litigantes; por otra parte argumenta,

que los accesorios corresponden desde que cada obligación se generó, y no desde la interpelación provocada por la interposición de la demanda.----------

------Enfocaré el tratamiento de las cuestiones sometidas a juzgamiento de esta Cámara abordando en primer término la causa de la obligación y la eventual procedencia del reclamo, para posteriormente adentrarme, y conforme resulte dirimido ese punto, en las cuestiones accesorias, esto es: los intereses dispuestos en la sentencia de grado. Finalmente enfrentaré la cuestión relativa a los emolumentos del letrado de la parte demandada.----------

------I.- A fin de encuadrar jurídicamente la cuestión, hallo una dificultad, que ya ha sido señalada por la doctrina, y está dada por el entuerto que implica delimitar la noción de servicios públicos. Se ha escrito (Kemelmajer de Carlucci, Aída en LA LEY 1990-B,829) que "*este concepto, además de no haberse perfilado ni siquiera sumariamente por la legislación, "constituye uno de los más imprecisos dentro del derecho público, pudiendo afirmarse que los conceptos de servicio público son tantos como autores se han ocupado del mismo" (Ver Alessi, Renato, "Instituciones de derecho administrativo", t. II, p. 364, nota 2, Barcelona, Bosch, 1970). El jurista brasileño José Cretella Junior ha dicho que la determinación de la noción de servicio público, desafía a la inteligencia de los juristas y continuará suscitando por mucho tiempo repetidas controversias (Cretella Junior, José, "Concepto moderno de servicio público", p. 1279, en Estudios en Homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso, p. 1279, Madrid, ed. Instituto de Estudios de la Administración Local, 1969)*".----------

------No obstante ello, conforme la misma autora, se esbozan distintas hipótesis en torno del concepto, las que sistematiza en: a) Teorías que consideran como servicio público toda actividad del Estado cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes (postulado iniciado por Duguit); b) Teorías que entienden como servicio público toda la actividad de la Administración Pública (tesis de Jeze, que conlleva a descartar la actividad de la jurisdicción y de la legislatura); c) Teorías que limitan el servicio público a una parte de la actividad administrativa. En esta tendencia Hauriou lo define como el "servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública" (Hauriou, Maurice "Précis de droit administratif", p. 44, París, 1919); d) Teorías negatorias de la noción de servicio público, que propician su supresión (en Argentina, ver

especialmente Gordillo, Agustín A., Tratado de derecho administrativo", parte general, t. II, XIII-12, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1975. Y, por el mismo autor, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, VI-43 y sgtes, 8ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, 2006).----------

------Entre otras razones, los autores que defienden la vigencia del concepto señalan que sostener su conceptualización facilita la sanción legislativa del régimen jurídico básico de los servicios públicos, el que a la vez muestra su beneficio al procurar que no medie indefensión de los usuarios frente a servicios cumplidos defectuosamente o no prestados (Los Servicios Públicos, AAVV, "Noción y Elementos del Servicio Público", Jorge Sarmiento García, pág. 2, Ed. Depalma, 1994). Agrego que ello es con independencia de la aplicación de la Ley de Defensa al Consumidor Nº 24.240, que atento las condiciones del pleito, en cuanto al carácter de comerciante del demandado, no resulta de aplicación al caso.----------

------De otro lado, y ya en función de los destinatarios, señala Marienhoff que hay servicios públicos cuyos usuarios son indeterminados (p. ej., el que proporciona la hora oficial); y en otros en los que los usuarios están determinados. Los primeros son los llamados servicios públicos utt universi, mientras que los segundos son utt singuli (por ej., teléfonos, energía eléctrica, transportes, gas, agua corriente, etc.). El servicio público representa una actividad técnica, material, que se coloca a disposición del individuo para ayudarlo a la obtención de su fin. La función pública, en cambio, ocupa un plano superior respecto del servicio público, pues fundada en la soberanía, señala la forma originaria a través de la cual se expresa el Estado: legislación, administración y jurisdicción: estas actividades son indeclinables e indelegables, y son ejercidas sólo por los órganos estatales pues es imposible suponer su concesión a los particulares.----------

------En suma, es posible catalogar dentro de la noción de servicio público, *aquellas actividades administrativas técnicas, que tienen por objeto satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva, mediante prestaciones concretas y prácticas*.----------

------El servicio de recolección de residuos concesionado en el Parque Nacional "Los Alerces" (conf. documental de fs. 13/24, en especial ésta última pieza) se corresponde, evidentemente, con la clasificación mencionada en segundo término. Emerge del llamado a licitación que la finalidad de la concesión es la

actividad de la recolección de desperdicios y los beneficiarios los concesionarios, permisionarios, pobladores y edificios públicos de la jurisdicción de competencia del organismo público. Igualmente se determina la obligatoriedad del servicio y la clasificación de los usuarios en categorías "A", "B" y "C", debiendo abonar los incluidos en último término en forma anual, y los restantes mensualmente de Diciembre a Abril. El art. 8 del llamado a licitación dispone que "….El período de la prestación del servicio será desde la fecha de adjudicación hasta el 30 de abril de cada año para los usuario "A" y "B" campamentos, concesionarios y campings libres y en el caso de usuarios "C" usuarios anuales desde la misma fecha de iniciación y por todo el período de la concesión.----------

------La doctrina, respecto de la retribución de los servicios que presta el Estado ha tenido oportunidad de expresar que: "*Ahora bien, las actividades estatales que originan el pago de tasas varían según las épocas; en efecto, cambian de acuerdo a las distintas y nuevas funciones que el Estado debe asumir, por lo que para evaluar si un servicio puede ser financiado a través de este tributo es imprescindible ubicarse en determinado momento, y analizar las circunstancias de hecho que rodean el caso"* (Alvarez Echagüe, Juan Manuel, "Los municipios, las tasas y la razonable proporcionalidad entre lo recaudado y el costo del servicio", en obra colectiva, coordinada por Casás, "Derecho Tributario Municipal", Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2001, p. 248).----------

------En autos, y por lo que expresé, no cabe dudas que la relación entre las partes es la derivada de un servicio público, y el canon reclamado –sin perjuicio de que el cobro de la misma pueda ser efectivizado al prestador, conforme el art. 6º del llamado a licitación, ver pág. 14–, reviste la categoría de "tasa". Esta última afirmación emerge de la prueba documental incorporada tanto con la demanda como con su responde, poniendo de resalto que el mismo accionado coincidió con tal naturaleza jurídica, y conforme el instrumento de fojas 49 (traído al proceso por el Sr. M.), se negó a aceptar el importe dispuesto por considerarlo abusivo y excesivo, más no por negarle carácter tributario.----------

------De otro lado, la propia conducta desplegada por él (ver punto IV.1 "la verdadera relación de los hechos", tercer párrafo de la contestación de demanda, que se opone a la respuesta brindada en su confesional de fs. 117, posiciones Nº 3 y 8, y el reconocimiento de haber efectuado pagos y "consignado"otros), revela

la existencia de actos contradictorios jurídicamente relevantes, que por la teoría de los actos propios no permiten el acogimiento de su postura.----------

------En consecuencia, a mi ver no caben dudas acerca de que nos hallamos frente a la prestación de un servicio público puesto a disposición de un número no determinado de usuarios, por el cual el prestador (en virtud de un contrato administrativo de concesión) se hallaba facultado para el cobro de la tasa correspondiente. A su vez, el usuario particular (a la sazón demandado) contaba con la posibilidad de exigir el efectivo cumplimiento del mismo, más no con la de negarse al pago de la retribución por la no utilización, si la misma era producto de una postura vinculada a la onerosidad de la prestación. Puesta a disposición y utilización son acciones correlativas, pero no idénticas.----------

------Y es que, como bien lo señala el colega preopinante con cita de Marienhoff, el usuario tiene la opción de servirse o no de la prestación pero el objeto de la obligación que genera el derecho de cobro viene dado por la posibilidad de utilización del servicio. Ocurre lo mismo en los centros urbanos, donde el servicio de recolección de residuos se abona en la factura correspondiente al impuesto inmobiliario e independientemente de que el servicio sea o no prestado (por caso, si se tratase de un terreno baldío, no se proporcionaría efectivamente el servicio al usuario, no obstante el pago de la tasa sería exigible).----------

------Tratándose la organización de la recolección de residuos de un servicio, las facultades que competen al Estado en la distribución de las actividades que lo componen pueden resultar regladas (como las que, en el caso, fueron descriptas en el llamado a licitación que vinculó al prestatario con la Administración) o discrecionales, pero ello no implica que el usuario pueda abstenerse de abonar la tasa, so pretexto de la no utilización del servicio, o la adopción de un mecanismo alternativo. Recordemos que en la noción del servicio se halla la concepción que los mismos tienen por objeto satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva, mediante prestaciones concretas y prácticas y que la Administración puede y debe imponer a quienes realicen estas actividades una serie de limitaciones en defensa del interés general. A su vez, el usuario cuenta con la posibilidad de denunciar el incumplimiento o la deficiencia del servicio.----------

------En el caso tratado, se satisfacía un interés general a través del prestatario, y fue anoticiado el usuario, quien a la vez asumió una conducta errática, ya que en

ocasiones utilizó y en otras no el servicio que se le puso a disposición. No puede ahora escudarse en la postura unilateralmente asumida de no utilización de la recolección de residuos concesionada, pues no se trataba de una contratación directa que él realizaba con el proveedor.----------

------En punto a la prestación efectiva del servicio se discrepa acerca de la carga de la prueba. En general, en la doctrina un sector aplica el sistema de las cargas probatorias dinámicas y afirma que si existe controversia, la prueba de la prestación del servicio administrativo debe estar a cargo del Estado (o el concesionario) que es quien se encuentra en mejores condiciones de aportar evidencia sobre la realización del servicio, y no sobre el administrado, por las dificultades inherentes a la prueba de un hecho negativo.----------

------Opino, como el primer votante, que en autos ambos litigantes se hallaban en igualdad de condiciones de demostración de la prestación efectiva del servicio, (o que es lo mismo, pero a contracara), de la omisión en la recolección. Puesto que, dadas las condiciones en que se desarrollaba la prestación el demandado M. se encontraba en situación de acreditar que no se desarrolló la actividad de recolección y de idéntica forma, el actor S. que dichas operaciones fueron desplegadas. No se trata de hechos de dificultosa comprobación, y asevero que aplicar al caso la mentada doctrina sería incurrir en un dogmatismo pétreo, puesto que no debemos perder de vista que son las circunstancias de hecho las que deben encuadrarse en la normativa pertinente para resolver el planteo jurídico, y a ello no escapa la citada doctrina probatoria. "*La distribución de la carga de la prueba adquiere relevancia cuando ésta ha sido inexistente, insuficiente o ineficaz, a fin de que el juzgador analice quien debe parecer la descalificación de su pretensión, pero, si resulta idónea la prueba ofrecida en el proceso, carece de interés quién la aportó o sobre quién pesaba la carga de producirla."* Eduardo Alberto c. Eduardo Cafaratti y/o Clínica Regional del Sud, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso administrativo de 1a Nominación de Río Cuarto, laleyonline.----------

------En punto al primer agravio formulado por el accionado, estimo que debe ser acogido parcialmente y explico la razón: en efecto, la valoración efectuada en la anterior instancia respecto del plexo probatorio anejado resulta parcial y frágil, puesto que: a) con los instrumentos obrantes en autos y los testimonios recabados –merituados armoniosamente- no se acreditó que el servicio no fue

prestado al Sr. M. durante la temporada 2005/2006, aunque sí que existían dificultades entre destinatarios y prestatario, derivadas del costo del mismo ; b) en la temporada 2006/2007 se reitera la dificultad y el servicio no se pone a disposición del demandado en diciembre, pero sí en los meses ulteriores.----------

------Abono mi postura de análisis integral e integrado de las probanzas con la siguiente jurisprudencia: "*La certeza moral que el juez obtiene al ponderar la prueba no se obtiene con una evaluación aislada de los diversos elementos de prueba, sino en su totalidad, pues probanzas que individualmente estudiadas pueden ser objeto de reparos, débiles o imprecisas, en numerosos casos se complementan entre sí de tal modo que unidas llevan al ánimo del juez la convicción de la verdad de los hechos*". Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H Conditi, Susana H. c. La Nueva Metropol S.A. 05/04/2000, Publicado en: LA LEY 2000-F, 480 - DJ 2001-1, 863 - RCyS 2001, 590 - Colección de Análisis Jurisprudencial Elementos de derecho Procesal Civil - Director: Osvaldo Alfredo Gozaíni, Editorial LA LEY 2002, 230, con nota de AA.VV.----------

------Claramente el guardaparque refiere en nota datada el 23 de Enero de 2006 que: "…*en relación a los Campings libres es lamentable la cantidad de residuos desparramados ya que todos los tachos se encuentran desbordados y rodeados de bolsas de residuos no recolectados en varios días*…". Y en el mismo instrumento, aunque en relación al demandado, aduce que los residuos eran retirados por el Sr. M..---

------No advierto con la contundencia que parece hacerlo el juez de grado que M. impidiera la recolección de residuos, puesto que la nota de fs. 83 emanada del Jefe de Departamento de Protección y Guardaparque (replicada en la pagina 93, y con número 304 de fecha 22/marzo/2006) se afirma un hecho que no fue alegado, violándose así el principio de congruencia, pero además la actitud de M. sobre el punto difiere del Sr. M. (de la Hostería Q. Q.), quien, conforme el mentado instrumento del folio 92 sí echó candado al deposito de residuos. Se corrobora esta apreciación con lo plasmado en el trámite administrativo adjuntado al accionar (fs. 20), donde en modo alguno se incluye a M. dentro de los que impedían la prestación, sino que se plasma que se negaba a abonar el servicio.----------

------Nótese que lo expresado en el instrumento de fs. 92 tanto respecto del demandado como de otro poblador del Parque Nacional por los meses ulteriores

no implica, necesariamente, una falta de actividad del prestatario, sino una decisión del usuario de no utilizar el servicio. El Sr. M. hizo saber al guardaparque que abonaría la tasa hasta el día 15 del mes de Enero (año 2006) al camión recolector, con lo cual enlazando el carácter de servicio público con esta manifestación y a falta de prueba en contrario que indique que el servicio no se prestó, debo considerar que sí se puso a disposición, puesto que ninguna autoridad del Parque Nacional intimó al concesionario al cumplimiento de la concesión, la cual databa de años anteriores y de manera satisfactoria (folios 29 y 30).----------

------Y, como dije más arriba, la decisión unipersonal del accionado de no abonar el canon o cesar la actividad comercial mantenida en la jurisdicción del Parque Nacional en el mes de Febrero o Marzo no obsta a la exigibilidad de la tasa.-------

------Al margen, como emerge de las hojas 48, 49 y 91 y la respuesta que brindó a la posición N° 13 (folio 117) el Sr. M. estaba disconforme con el costo de la tasa cuyo pago se le imponía, probablemente por las deficiencias advertidas. Recuerdo, sin embargo, que lo que deviene exigible es un servicio puesto a disposición, mientras que no lo es si se pudo comprobar la omisión de esta obligación a cargo del prestatario.----------

------La situación se reiteró en la temporada siguiente. El testigo R., confirmó que en diciembre de 2006 el Sr. S. no tenía el vehículo en condiciones y estando él a cargo de la recolección, con una única unidad, no se recogieron los residuos del demandado en ese mes, aunque sí en los posteriores. No controvierten estas afirmaciones los testimonios de S. ni de C. (páginas 125 y 126) que sobre el punto resultan neutros, ni lo narrado por Z., que confirmó que en 2006 S. no hacía la recolección de basura (ver respuesta a la pregunta 2, página 124). Pero, nuevamente tengo que mencionar que la prueba no se analizó con rigor puesto que de la armonización de la recogida a fs. 122, 124 más la contestación de la demanda donde se reconoce la obligación de pago por los meses de Enero y Febrero de 2007, emerge que el servicio fue puesto a disposición e incluso utilizado por el accionado en los meses de la temporada 2007. Respecto del análisis de los medios probatorios, en jurisprudencia que considero apropiada para el punto se ha dicho que: "*El juez no debe buscar la certeza absoluta al ponderar la prueba, sino la certeza moral, que se refiere al estado de ánimo en virtud del cual aprecia no con*

grado de seguridad total, sino de convincente probabilidad, su acercamiento a la verdad, a fin de aportar solución al litigio." Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I 30/03/2009 Vallejos, Daniel Sergio c. Puricelli S.A. Por ello entiendo que resulta procedente parcialmente la demanda, y en consecuencia propondré la revocación del decisorio en ese aspecto.----------

------No corresponde admitir el pago que dice efectuado el demandado como imputable a los meses de Enero y Febrero de 2007 puesto que conforme las pautas de la adjudicación del servicio, el canon deber ser abonado directamente al prestador del servicio (ver fs. 14, Art. 6.2) previa presentación de la factura. El acto de entrega de dinero al concesionario no tiene efecto cancelatorio alguno por lo dicho, y lo dispuesto en el art. 759 del Código Civil de la República Argentina. Prevalece en la doctrina nacional (conf. Parellada, comentario al art. 759 en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*., Tomo 2B, Ed. Hammurabi, pág. 135 y sgtes.) la doctrina que sostiene que el depósito judicial de la deuda y la promoción de la acción de pago por consignación configuran un acto unilateral, una simple oferta de pago, que por sí solo carece de los efectos del mismo. Analógicamente, estas apreciaciones pueden aplicarse al depósito efectuado en sede administrativa (técnicamente un depósito irregular), cuya validez cancelatoria está dada por la aceptación de la suma consignada.----------

------Finalmente, y al sólo fin de aclarar el contenido de mi voto, el canon por el servicio es anual, mensual o temporario, conforme cada uno de los usuarios en que se clasificaron a los destinatarios, aunque su cancelación al prestador debe ser abonada mensualmente (así emerge del capítulo OBJETO del llamado a licitación y arts. 6, 8), y siempre y cuando el servicio haya estado efectivamente a disposición del obligado.----------

------Por todo lo razonado y con fundamento en lo dispuesto en los arts. 499, 500, 725, 731.1, 1493, 1623 y ccs. del Código Civil de la República Argentina, respecto de la primera cuestión VOTO POR LA NEGATIVA.----------

------III) En cuanto a la apelación de los honorarios de los letrados de la contraria, efectuados los cálculos pertinentes atendiendo lo establecido en las pautas que rigen la materia (arts. 5, 6, 7, 8, 18, 37 y 38 de la ley arancelaria (Ley

XIII N° 4 del Digesto Jurídico Provincial), entiendo que los mismos se ajustan a derecho y deben ser confirmados.----------

------IV) En punto a los agravios de la actora, ya hice referencia a que conforme las pautas del convenio de adjudicación, para constituir en mora al usuario el concesionario debe presentar al cobro las facturas pertinentes. Pero además, y teniendo en consideración que la mora es el "retardo culpable que no quita la posibilidad de cumplimiento tardío" (De Gásperi-Morello, Derecho Civil, Tomo II, "Obligaciones en general", p. 217, nº 785), doctrinariamente se diagramaron como elementos que exige la mora los siguientes: a) retardo, b) imputabilidad, c) interpelación y d) posibilidad de cumplimiento posterior (Compagnucci de Caso, comentario al art. 508 en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial.*, Tomo 2A, Ed. Hammurabi, págs. 103 y sgtes.). Por resultar atinente al análisis del agravio, me centraré en el recaudo "interpelación", que consiste según el autor citado en una manifestación de voluntad donde el acreedor reclama al deudor el cumplimiento de la prestación, haciéndole saber que ha cesado la tolerancia con relación al retraso. La intimación o interpelación puede ser hecha fuera de un pleito o ya en el, y en el primer caso por escrito (mediante instrumento público o privado) o verbalmente, pero de una u otra forma, ya en el litigio judicial, debe hallarse suficientemente acreditada como acto, cuya carga corresponde al acreedor.----------

------Desde que los plazos de pago en término del canon se explicitaron en un convenio que vinculó no a las partes del juicio entre sí, sino a la Administración y al prestatario, cobra virtualidad lo establecido en el art. 509, segundo párrafo del Código Civil de la República Argentina, y en su mérito corresponde confirmar la sentencia de grado en cuanto fijó como fecha de inicio del cómputo de los intereses la de interposición de la demanda. Al no haberse agraviado el demandado respecto del inicio en tal fecha en lugar de la data en que se produce el traslado de la demanda, y en función del principio de congruencia, me encuentro limitada para computar esta última oportunidad como aquella en que se produjo jurídicamente la interpelación, naciendo allí la mora del deudor.--------

------V) Atento el modo en que propondré se resuelva la primera cuestión, y el vencimiento parcial y mutuo, las costas de esta instancia deben imponerse en un 80% a cargo del demandado y en un 20% al actor (art. 71 del Código Procesal

Civil y Comercial (Ley XIII- Nº 5, Antes Ley 2.203), debiendo regularse los honorarios de los letrados actuantes en esta Alzada.----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. Flass dijo:----------

------Conforme a lo expuesto al analizar la primer cuestión propongo al pleno: **1) CONFIRMAR** parcialmente la sentencia nº 76/08 del 27 de noviembre de 2008, revocándola en cuanto ordena el pago correspondiente a diciembre de 2006. **2) IMPONER** las costas de la presente instancia en un 80% a cargo del demandado y en un 20% al actor (art. 71 del CPCC) **3) REGULAR** los honorarios del Dr. O. S. G. en la suma de $200 y los del Dr. R. T. G. L. en la de $180, ambas sumas con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 13 Ley XIII N° 4).--------

------A IDÉNTICA CUESTION, la Dra. González de Vicel dijo:----------

------Atento lo expresado al votar a la cuestión anterior, opino que: 1) la sentencia definitiva N° 76/08 del 27 de Noviembre de 2008 debe ser confirmada parcialmente, revocándola en cuanto ordena el pago correspondiente a diciembre de 2006, reclamo que se rechaza, 2) atento a como ha quedado resuelta la cuestión, las costas de la instancia recursiva deben imponerse en un 80% a cargo del demandado y en un 20% a cargo del actor, debiendo regularse los honorarios del Dr. R. T. G. L. en la suma de $180 y los del Dr. O. S. G. en la de $200, ambas sumas con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 13 Ley XIII N° 4).----------

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

----------S E N T E N C I A----------

------Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------

------**1) CONFIRMAR** parcialmente la sentencia nº 76/08 del 27 de noviembre de 2008, revocándola en cuanto ordena el pago correspondiente a diciembre de 2006.----------

------**2) IMPONER** las costas de la presente instancia en un 80% a cargo del demandado y en un 20% al actor (art. 71 del CPCC).----------

------**3) REGULAR** los honorarios del Dr. O. S. G. en la suma de $200 y los del Dr. R. T. G. L. en la de $180, ambas sumas con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 13 Ley XIII N° 4).----------
---

------**4) REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces e integrado el Tribunal con la Sra. Juez de Familia, por haber sido recusado el Dr. Jorge Luis Früchtenicht, por vacancia de una vocalía de cámara, encontrarse inhibido el Sr. Juez en lo Civil, Comercial y Laboral, haberse excusado el Sr. Juez de Ejecución, por haberse alcanzado la mayoría (arts. 8 y 9 de la Ley V N° 17 del Digesto Jurídico de la provincia) y no haber hecho uso la Dra. Claudia Lía Melidoni de la facultad que le asiste conforme a lo dispuesto por el art. 271, último parte, del C.P.C. y C.-

GÜNTHER ENRIQUE FLASS MARIELA GONZALEZ DE VICEL

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2009. CONSTE.-