

Voces: AGUA POTABLE - EMPRESA PRESTATARIA DE SERVICIOS PÚBLICOS - NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO - DAÑO MORAL

Partes: Caminos Víctor Hugo c/ Aguas Cordobesas S.A. y acumulado | pj

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Córdoba

Sala/Juzgado: Segunda

Fecha: 31-may-2012

Cita: MJ-JU-M-72793-AR | MJJ72793

Producto: MJ

Se anulan los actos que intimaban a los frentistas a reparar las averías existentes en las instalaciones emplazadas en su pasaje privado -bajo apercibimiento de proceder al inmediato corte del servicio-, declarando que corresponde a la empresa de aguas el mantenimiento de las instalaciones de que se trata.

Sumario:

1.-Corresponde hacer lugar a la acción de plena jurisdicción y anular los actos por los que se intimaba a los frentistas a reparar las averías existentes en las instalaciones emplazadas en su pasaje privado -bajo apercibimiento de proceder al inmediato corte del servicio-, declarando que corresponde a la empresa de aguas el mantenimiento de las instalaciones de que se trata y, atento lo expresamente solicitado en demanda y lo establecido en el art. 38 del CMCA, emplazarla a reparar las averías que a la fecha pudieran subsistir.

2.-Debe desestimarse la pretensión de la actora de que se la indemnice en concepto de daño moral en razón de haberla hecho responsable económicamente de los daños sufridos en las viviendas ubicadas en el pasaje, pues la sola lectura del acto dictado evidencia que la intimación a arreglar la avería se efectuó a los usuarios frentistas al Pasaje Privado..., bajo apercibimiento de proceder al corte inmediato del servicio hasta tanto las anomalías indicadas fueran corregidas .

3.-Ante el desplazamiento a instancias del actor a sede judicial de la competencia de la prestataria del servicio público de agua potable para resolver a su respecto dicho conflicto, resulta indudable que el Ente había perdido competencia, por lo que el reclamo que el actor le efectuara resultaba extemporáneo e improcedente,

4.-Por un lado, el reclamante inicia una acción -plena jurisdicción- pretendiendo sea el Poder Judicial quien resuelva el conflicto que sostiene con la empresa en relación a quién correspondía arreglar la avería existente en la cañería de agua potable, y, por el otro, mediante una acción interpuesta con

posterioridad -ilegitimidad-, pretende se declare la nulidad del acto del ente regulador que le deniega participación en otras actuaciones administrativas iniciadas por la misma avería por otro vecino frentista, pretendiendo se declarara la firmeza de la resolución 903/06 dictada en tales actuaciones que establecía que correspondía a la empresa hacerse cargo del arreglo.

5.-Atento lo establecido por el art. 153 de la Constitución Provincial, al establecer que sólo al Poder Judicial corresponde el ejercicio de la función judicial, implícitamente dispone la incompatibilidad del ejercicio simultáneo de las funciones administrativas y judiciales del Estado respecto de un mismo hecho de la vida, tal como evidencia la pretensión de la parte actora con su actitud ambivalente en orden a la avería de que se trata, aún cuando una provenga de la prestataria del servicio público y la otra del Ente controlador de dicho servicio.

En la ciudad de Córdoba, a los treinta y un días del mes de mayo del año dos mil doce, siendo las once horas, se reúnen en Acuerdo Público los Señores Vocales integrantes de la Excma. Cámara Contencioso-administrativa de Segunda Nominación, doctores Humberto Sánchez Gavier, Víctor Armando Rolón Lembeye y Nora María Garzón de Bello, bajo la presidencia del primero, a fin de dictar sentencia en estos autos caratulados "CAMINOS VÍCTOR HUGO C/AGUAS CORDOBESAS SA. Y ACUMULADO - PJ" (Expte. Letra "C" No.42, iniciado el 28-11-2005), procediéndose a fijar las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: Son procedentes las demandas contencioso administrativas de plena jurisdicción y de ilegitimidad acumuladas?

SEGUNDA CUESTIÓN: Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Conforme al sorteo practicado los Sres. Vocales votan en el siguiente orden: Dra. Nora M. Garzón de Bello, Dr. Víctor A. Rolón Lembeye y Dr. Humberto Sánchez Gavier.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DOCTORA NORA M. GARZÓN DE BELLO, DIJO:

1.- El Sr. Víctor Hugo Caminos inicia con fecha 28-11-2005 acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción en contra de la Empresa Aguas Cordobesas SA. impugnando el acto administrativo dictado con fecha 17-02-2005 por el cual la accionada emplaza a los usuarios del servicio de agua potable frentistas del Pasaje Común (parcela 5 de la manzana 16 de B.Puente Blanco), emplazado en calle Luna y Cárdenas a la altura del número 3959, que abastecería las parcelas nomenclatura catastral numero 06-23-016-(.)008, a fin de que en el plazo máximo de cinco días subsanen las averías existentes en las instalaciones internas, atento encontrarse en un pasaje privado, y como tal ajenas a la responsabilidad, guarda y control de Aguas Cordobesas SA, bajo apercibimiento de procederse el inmediato corte del servicio (fs.1/8).

Pide se declare su nulidad y se ordene a la accionada reparar el caño averiado que lo abastece, se ordene la suspensión del acto administrativo en los términos del art.19 CMCA y se lo indemnice en la suma de pesos cuarenta mil en concepto de daño moral y costas.

Solicita exención del pago de tasa de justicia y aportes Ley 6468 por extensión del beneficio de litigar sin gastos que le fuera oportunamente acordado en otros autos.

Refiere que con motivo de una fuga de agua en la calzada asfaltada frente a su domicilio, con fecha 14-11-2001 efectuó reclamo ante la Empresa Aguas Cordobesas SA, quienes concurrieron con fecha

21-11-2001 a efectuar las reparaciones de la conexión de agua, desde la cañería reparada por la demandada y hasta el domicilio del actor, colocando la llave de agua de paso en la vereda del inmueble, cubierta con la caja plástica con el logo de la Empresa.

Continúa que con fecha 29-12-2004, ante el cierre por parte del propietario del inmueble sito en calle Luna y Cárdenas 3959 esq.Pje Público -Sr.Cherini- de la llave de agua ubicada en el pasaje y que alimentaba todas las viviendas en él ubicadas, efectuó el pertinente reclamo ante Aguas Cordobesas SA, el que fue reiterado en sucesivas oportunidades ante idénticos hechos.

Dice que con fecha 17-02-2005 recibió la Escritura Pública 83/05; que con fecha 23-02-2005 efectuó el pertinente descargo, alegando que el Reglamento de Usuarios dictado en forma provisoria por un año en el año 1997 ya no se encontraba en vigencia, que frente a las conexiones efectuadas resultaba ilógico pretender asignar a dicha cañería el carácter de privada, haciendo reserva de reclamar ante el ERSEP y de reclamar por los daños y perjuicios que se le ocasionaren.

Continúa que ante el silencio de la Empresa, interpuso ante el ERSEP el correspondiente reclamo con fecha 21-03-2005, solicitando se la intimara al pertinente arreglo de las cañerías de agua existente en el pasaje público, haciendo reserva de daño moral, del cual se corrió traslado a Aguas Cordobesas SA.

Apunta que la Empresa respondió el reclamo a través del ERSEP, sosteniendo que la cañería soterrada en el pasaje privado correspondía a instalaciones internas atento la carencia de carácter público del pasaje, y, que la aducida antigua reparación efectuada por su parte no constaba en sus registros, desconociendo los hechos alegados en orden al cierre de la llave de agua por parte del Sr.Cherini.

Agrega que recurrida dicha resolución ante el ERSEP con fecha 13-05-2005 en los términos del art.11 del Procedimiento Único de Reclamos de Usuarios, y posterior pronto despacho de fecha 19-10-2005, éste no lo resuelve, por lo que estima corresponde considerarlo como rechazado en los términos del art.70, 2ª parte de la Ley de Procedimiento Administrativo y art.7 del CMCA.

En cuanto al daño moral que se le causó, afirma sentirse al margen de la legalidad, aunque la demandada haya efectuado la conexión, máxime cuandola Empresa la hizo responsable de los daños causados a los frentistas, lo que viola su tranquilidad espiritual al ver en riesgo su único inmueble y obligado a responder económicamente por los daños sufridos en las viviendas del mentado pasaje.

Considera arbitrario el acto impugnado por falta de fundamentación, dado que no señala las pruebas en virtud de las cuales se considera que el pasaje es privado, resultando lo afirmado fruto de una postura subjetivista, irreal y carente de sustento, máxime cuando en el año 2001 la accionada había reparado la cañería que abastece de agua potable el inmueble del actor.

Resalta la carencia de vigencia del Reglamento del Usuario dictado en 1997 en forma provisoria por un año, y con ello la de su fundamentación normativa, y, que el emplazamiento a los usuarios frentistas para subsanar las averías violan el art.19 de la CN y su derecho subjetivo como usuario del servicio público que le reconoce el art.20 del Marco Regulador del Servicio de Agua Potable, destacando incluso que el pasaje fue asfaltado por el Municipio de Córdoba y cuenta con los servicios de barrido, limpieza y alumbrado público.

Solicita la suspensión del acto administrativo objeto de la causa.

Funda su derecho en los arts.18, 19 y cc. Constitución Provincial, Ley 6658 y art.1109 y cc. Código Civil.

Acompaña documentación.

2.- Denegada la extensión del beneficio de litigar sin gastos e inadmisibles la cautelar solicitada, y, agregada la documental acompañada (fs.88), previa intervención del Sr.Fiscal, quien se pronuncia por la competencia del Tribunal (dict.16/2006, fs.89 y vta.), se admite en cuanto por derecho corresponda la acción de plena jurisdicción intentada (fs.108).

Seguidamente se rechaza el recurso de reposición en relación a la denegatoria del beneficio de litigar sin gastos, acordándolo en orden a la admisibilidad de la cautelar (A.81/06, fs.109/111), la que sustanciada se deniega por A.165/07 (fs.230/232vta.), rechazándose el recurso de casación interpuesto en su contra por la parte actora (A.85/08, fs.255/257).

3.- A fs.120 comparecen los representantes de la Empresa Aguas Cordobesas SA., solicitando participación que les es acordada y a fs.205/214vta. contestan la demanda, solicitando su rechazo, con costas.

Tras negar todos los hechos y argumentos de la parte actora, rechazan puntualmente la legitimación pasiva que le endilgan a su representada, y niegan la calidad de propietario del actor respecto del inmueble identificado bajo la nomenclatura catastral N°6-23-16-8 de la Municipalidad de Córdoba; el carácter público del Pasaje Común identificado bajo la nomenclatura catastral N°6-23-16-5 al que el inmueble anterior resulta frentista; que desde el Municipio se hubiera nominado "Pasaje Público" al pasaje en cuestión, colocándole un letrero con tal denominación; que dicho pasaje hubiera sido asfaltado y que contara con los servicios de barrido, limpieza y alumbrado público.

Niegan igualmente la legitimación sustancial de la parte actora para reclamar indemnización por supuesto daño moral o por cualquier otro concepto, atento no haberse configurado y, subsidiariamente, su importe por exorbitante y no ajustado a derecho ni a la realidad de los hechos.

Niegan que el acto de su representada instrumentado en escritura ochenta y tres de fecha 17-01-2005 constituya un "acto administrativo" y en su caso nulo atento no configurarse hipótesis alguna de las establecidas en los arts.104 ó 105 de la Ley 6658.

Niegan haber omitido dar respuesta al descargo de la parte actora, atento haberexistido una respuesta tácita denegatoria de su parte (art.75 Reglamento de Usuarios vigente, aprobado por resolución DAS 3/98).

Niegan que hubiera existido un reclamo de fecha 14-11-01, que se hubiera asentado por Aguas Cordobesas SA bajo el n°486.241; que en su respuesta concurrieran sus operarios a efectuar reparaciones y colocar una conexión de agua desde la cañería del Pasaje hasta su domicilio; que uno de los propietarios -Sr.Cherini- hubiera cerrado la llave de agua de las cañerías emplazadas en el pasaje; que Aguas Cordobesas tenga o haya tenido poder de policía sobre la llave de que se trata o cualquier otra instalación emplazada en el pasaje común, toda vez que éstas revisten el carácter de "internas" y están por ende fuera de su guarda.

Tachan de contradictorio el planteo del actor acerca de la carencia de vigencia del Reglamento de Usuarios, atento negarle validez y simultáneamente efectuar el descargo en sus términos, y de falsedad que se haya pretendido que el accionante o cualquiera de los vecinos frentistas del pasaje violara el art.16 inc.b) del Manual del Usuario aprobado por resolución general del Ente Regulador de los Servicios Públicos n°8/04, máxime cuando no fueron sancionados en manera alguna por Aguas Cordobesas SA ni por el ERSEP al reparar las averías existentes en las instalaciones emplazadas en el Pasaje.

En síntesis, rechazan que el actor se hubiera visto privado ilegalmente del servicio de agua potable,

que, en su caso, ello sea atribuible a la responsabilidad de su representada y que tales supuestos hechos le hubieran producido una afección espiritual disvaliosa que debiera ser resarcida.

En definitiva, conforme el desarrollo que efectúan, consideran que: a) la impugnación del acto objeto de demanda resulta tardía en razón de no haberse preparado en forma adecuada la acción en los términos diferenciados establecidos por la Ley 8835; b) el pasaje de que se trata pertenece al "dominio privado", las instalaciones relacionadas con el servicio público existentes en él son internas y ajenas a su responsabilidad y guarda y los vecinos de los inmuebles frentistas al Pasaje son usuarios del servicios y están obligados a su pago; c) se encuentra vigente el Reglamento de Usuarios aprobado por la Resolución DAS 3/98, como surge del contrato de concesión aprobado por Ley 9279, y afirmara la Cámara Contencioso administrativa de 1ª Nominación en pronunciamiento dictado con fecha 12-02-2002 en autos "Aguas Cordobesas SA c/Provincia de Córdoba -pj"; d) es inexistente la responsabilidad de Aguas Cordobesas SA e improcedente el daño moral reclamado, hay culpa de la víctima o de un tercero por quien Aguas Cordobesas SA no debe responder y no existe relación causal adecuada y e) animo de lucro infundado del actor, dado que con fecha 06-03-2006 presentó ante el fuero civil y comercial una demanda muy similar reclamando la suma de \$20.000 por daño moral, invocando para ello los mismos hechos como sustrato fáctico y donde además de demandarla, demandó asimismo al vecino del Pasaje en cuestión: Sr. Omar Cherini.

4.- Abierta a prueba la causa (fs.219), ambas partes ofrecen las que hacen a su derecho.

En esta etapa la parte actora solicita la aplicación del art.83 del CPC a la demandada por remisión art.13 CMCA, atento que en el reclamo que efectuara el Sr.O.R.Cherini ante el ERSEP, solicitando determinara a quién correspondía el mantenimiento de la red de agua potable enclavada en el pasaje en cuestión, éste mediante resolución 903/2006 había resuelto que correspondía a Aguas Cordobesas, la que aduce se encuentra firme (fs.260/261), pedido que se dispone tener presente para su oportunidad (fs.262).

Seguidamente el Tribunal, invocando las facultades que le acuerda el art.34 CMCA, y lo solicitado por las partes, dispone se agregue la nueva documental acompañada, con noticia a éstas (A.168/08, fs.601/604 y fs. 807/808), documental que recíprocamente ambas partes impugnaron (fs.816 y 820).

Sustanciada la prueba con innumerables incidencias de ambas partes, se agregan y se certifica el vencimiento del plazo probatorio, corriéndose los traslados de Ley para informar (fs.817), que las partes actora y demandada evacuan (fs.831/835vta. y 836/848).

A fs.851, invocando lo establecido por el art.34 CMCA, el Tribunal admite la incorporación de la nueva documental acompañada por la demandada, corriéndose traslado a la parte actora, dictándose el decreto de autos para definitiva (fs.854).

Encontrándose a fallo la causa, la parte actora con fecha 19-06-2009 pone en conocimiento del Tribunal una nueva ruptura del caño abastecedor de agua potable que pasa por el pasaje en cuestión, que Agua Cordobesas lo había reparado y que días después había arreglado el pavimento en el lugar de la reparación (fs.857/858vta.), lo que se tuvo presente con noticia a la demandada, quien negó los hechos invocados, lo que se dispuso tener presente, volviendo los autos a estudio (fs.862).

5.- Con fecha 11-11-2009 se suspende el término para dictar sentencia hasta tanto se resuelva el incidente de acumulación de autos solicitado por el Sr.Fiscal en autos "Caminos Víctor Hugo c/Ersep-Ilegitimidad" (fs.870), lo que se notifica a las partes. Con fecha 28-10-10 (fs.873), tras certificarse que en los mencionados autos se había dictado el Auto 293 de fecha 23-08-10 disponiendo su acumulación a la presente, se dispuso que continuara la suspensión de términos en autos hasta tanto en la causa que se acumulaba se dictara el decreto de autos para sentencia, debiendo notificarse de

oficio a las partes.

Con fecha 13-12-2011 (fs.875) se glosa a autos la causa acumulada, y con igual fecha (fs.1116) se recaratula la causa, lo que se notifica de oficio a las cuatro partes (fs.1119/1122).

6.- En la causa acumulada, con fecha 25-08-2008 el Sr. Víctor Hugo Caminos inicia demanda contencioso administrativa de ilegitimidad contra el ERSEP a fin de que declare la nulidad del acto administrativo de fecha 23-06-08 dictada en el expte.adm.12.395, y tenga por firme la resolución 903 del 07-08-2006 (fs.880/885vta.).

Refiere tener domicilio real en Pje Público 955 (alt.Luna y Cardenas 3900) y ser usuario del servicio de Aguas Cordobesas SA, unidad de facturación 425590.

Dice que cada vez que la cañería sita en dicho pasaje se rompe, la Empresa Aguas Cordobesas SA no sólo se niega a repararla, sino que corta de manera absoluta el suministro del agua potable, dejando sin el vital elemento a todo el pasaje.

Relata que el 15-02-2005 el Sr. Omar R. Cherini, otro de los frentistas de dicho pasaje, inició ante el ERSEP el expte.adm.12.395, solicitando se determinara quién era el responsable del mantenimiento de la red de agua potable enclavada en el mentado pasaje y que se le abonaran daños y perjuicios por finca dañada. Continúa que en dicho expte el ERSEP dictó la resolución 903/06, la que transcribe, disponiendo que en el Marco Regulator decreto 529/94, correspondía a la Empresa Aguas Cordobesas SA el mantenimiento de dicha cañería, emplazándola a realizarlo y declarándose incompetente respecto del reclamo de daños y perjuicios por finca dañada.

Refiere que anoticiado de la existencia de un recurso de reconsideración interpuesto en su contra por la Empresa y advertido que el plazo para resolverlo se hallaba largamente vencido sin que el ERSEP se hubiera pronunciado y que la Empresa no había interpuesto pronto despacho, acción de amparo por mora, ni acción contencioso administrativa, la resolución 903/06 dictada en el expte.adm.12.395 había devenido firme y consentida.

En su mérito -añade-, y teniendo en cuenta lo dispuesto por el art.13 de la Ley 6658, por remisión del art.17 de la Resolución 16 de fecha 12-12-06 -Procedimiento Único de Reclamos de los Usuarios de los Servicio Públicos bajo regulación y control del ERSEP (PUR)-, solicitó participación en el expte.adm por tener interés legítimo a los fines que se intimara a la Empresa Aguas Cordobesas SA al cumplimiento de la resolución 903/06 y que se le otorgara un certificado donde constara que dicha resolución se encontraba firme, todo lo que fue rechazado por el ERSEP con fecha 23-06-08 que se impugna por interpretar que era "extemporáneo" e "improcedente" lo requerido.

Afirma encontrarse legitimado para iniciar la acción atento tener domicilio real en el mentado paraje, por lo que toda resolución a dictarse sobre el responsable del mantenimiento de la cañería que en él se encontraba lo afectaba en forma directa, por lo que toda pretensión del ERSEP de mantener "por no firme" dicha resolución lo afecta en forma directa.

Tacha de ilegítima tal negativa por violación de una norma que impone al acto de la administración ciertos requisitos de forma (art.25 inc.m de la Ley 8835 y art.174 Constitución Provincial) y por violación de una norma que estatuye la competencia de los órganos públicos (art.1 Ley 7182)

Lo primero, ya que por ser afectado tiene interés legítimo, pudiendo ser parte para instar el procedimiento, no existiendo plazo para solicitarlo (art.13 de la Ley 6658, por remisión del art.17 del PUR, resolución 16 del 12-12-2006); procedimiento que Aguas Cordobesas SA tras interponer recurso de reconsideración no ha instado y en cuya intervención el ERSEP arbitrariamente le ha negado

participación en violación del principio de igualdad.

En consecuencia -dice-, lo afecta cualquier resolución que dicte la administración respecto a quien es el responsable en el mantenimiento de la cañería de agua potable de que se trata.

Tras aclarar como se sucedieron los hechos en relación al Sr.Cherini, sostiene que frente a la obligación de pronunciarse de la administración, nada obstaba que solicitara participación en las actuaciones administrativas que aquel iniciara.

Lo segundo, ya que el acto administrativo en cuestión violó el art.25 inc.a) de la Ley 8835, el art.2 de la resolución 8 de fecha 21-09-04, art.176 de la Constitución Provincial y art.8.1 del Pacto de San José de Costa Rica, dado que la administración no arbitró los medios necesarios para que Aguas Cordobesas SA cumpliera lo decidido por la resolución 903, violentando los principios de eficacia y ejecutoriedad contenidos en el art.2 del PUR.

En consecuencia, solicita se disponga tenerlo por parte en el expte.adm.12.395 y por firme la resolución 903.

7.- Remitidas las actuaciones administrativas (fs.896/904) y previa intervención del Sr.Fiscal (dict.466/08, fs.905 y vta.) quien se pronuncia por la competencia del Tribunal, se admite en cuanto por derecho corresponda la acción contencioso administrativa de ilegitimidad incoada, dándose intervención al Sr.Fiscal en los términos del art.21CMCA.

8.- A fs.912 comparece el presidente del Ente Regulador de los Servicios Publicos (ERSEP) solicitando participación, la que le es acordada, quien seguidamente opone excepción de incompetencia del Tribunal aduciendo que no se había transitado el debido proceso recursivo (fs.915/916vta.), la que sustanciada, es rechazada (A.138/09, fs.929/931 y su aclaratoria A.260/09, fs.936/937vta.), lo que se encuentra firme.

9.- A fs.973/978 el ERSEP contesta la demanda, solicitando su rechazo, con costas.

Tras negar en forma genérica y específica los hechos invocados, da su versión, apuntando que de las manifestaciones vertidas por la parte actora en orden a la iniciación de la causa "Caminos VH. c/Aguas Cordobesas-PJ", y al conocimiento que de ésta tenía la demandada, resultaba evidente su intención de abandonar la tramitación de la cuestión en sede administrativa atento que se encontraba ventilándose ante el Poder Judicial.

Por tal razón, agrega, sólo se continuó con la sustanciación del reclamo del Sr.Cherini, dictándose la Resolución ERSEP 903, haciendo lugar parcialmente al reclamo del usuario, la que fue recurrida por la concesionaria, quien señaló que la cuestión era objeto de expreso debate ante este Tribunal en la causa "Caminos VH c/Aguas Cordobesas SA -plena jurisdicción" y que la administración mediante resolución 1442/08 rechazó el pedido de suspensión de la resolución 903/06, ordenando a la concesionaria el efectivo cumplimiento de lo ordenado.

En relación a la pretendida nulidad del acto administrativo dictado por el ERSEP con fecha 23-06-2008, resalta que resulta nítido que el actor optó por la vía judicial, por lo que el ERSEP había perdido competencia para dirimir el conflicto y que no obstante su actitud ambivalente, la vía judicial debía prevalecer.

En relación a la pretendida firmeza de la resolución ERSEP 903/2006 y en orden a la naturaleza y operatividad del silencio negativo administrativo, destaca que éste no se produce automáticamente, sino cuando el particular lo determine y que en el caso, frente al recurso de reconsideración interpuesto por

Aguas Cordobesas SA, tanto el usuario Cherini, cuanto la prestataria Aguas Cordobesas SA, optaron por esperar la resolución expresa del ERSEP la que necesariamente debía producirse, y que el actor de estos autos no lo puede modificar por su simple voluntad, atento ser ajeno al planteamiento, ya que había iniciado la vía judicial, de lo que deriva que dicha resolución no se encuentra firme.

Ello -añade-, sin perjuicio de lo dispuesto por resolución ERSEP 1442 de fecha 12-08-2009, por la que se denegó el pedido de suspensión de los efectos del acto administrativo formulado por la Concesionaria en el recurso de reconsideración

Finalmente hace reserva del Caso Federal.

10.- Corrido traslado al Sr.Fiscal, lo evacua (dict.813/09, fs.983/984vta), solicitando su acumulación a los autos "Caminos V.c/Aguas Cordobesas -pl j", y, en su caso, el rechazo de la demanda.

11.- Dado trámite a la solicitud de acumulación y suspendido el plazo para dictar sentencia en los mentados autos (fs.987), la parte actora presta su conformidad (fs.989/990), al igual que el ERSEP (fs.994), a la que se hace lugar por A.293/10, disponiéndose que la acumulación se efectivice en los autos "Caminos Víctor Hugo c/Aguas Cordobesas SA-PJ." (fs.998/999).

Seguidamente se dispone la prosecución del trámite de la causa por separado hasta el dictado de autos para definitiva y se abre a prueba la causa (fs.1003).

12.- Ofrecida y sustanciada la prueba por ambas partes y certificado el vencimiento del plazo por el que se abrió a prueba, se corren los traslados de Ley para informar (fs.1073), los que evacuan el actor, el ERSEP y el Sr.Fiscal (fs.1102/1110), los que se agregan, dictándose el decreto de autos para sentencia (fs.1111).

13.- Tras materializarse con fecha 13-12-2011 la acumulación de autos dispuesta a pedido del Sr.Fiscal, y disponerse se recaratule la causa, se dispuso que la causa volviera a estudio (fs.1116), lo que fue notificado de oficio a las cuatro partes intervinientes (actor, Aguas Cordobesas SA., ERSEP y Sr.Fiscal) y se encuentra firme, sin que se efectuara manifestación alguna respecto de las actuaciones acumuladas.

14.- A fs.1117 la parte actora solicita se resuelva en primer lugar lo atinente a la pretendida firmeza de la resolución 903/06 que fuera recurrida en reconsideración por Aguas Cordobesas SA., lo que se dispuso tener presente.

15.- Con fecha 08-02-2011 (fs.1123) se certifica que la causa pasa nuevamente a estudio.

16.- Conforme lo reseñado, corresponde resolver dos acciones contencioso administrativas acumuladas, una de plena jurisdicción y otra de ilegitimidad.

Mediante la primera,-plena jurisdicción incoada en contra de la Empresa Aguas Cordobesas SA- el Sr.V.H.Caminos pretende la declaración de nulidad del acto administrativo dictado por dicha Empresa con fecha 17-02-2005 y notificada mediante Escritura Publica 83 de igual fecha (fs.20/21) y denegatoria presunta del ERSEP que la confirma, en cuanto intiman en forma conjunta a los usuarios -entre ellos al actor- frentistas del Pasaje Común (parcela 5 de manzana 16 de B.Puente Blanco) emplazado en calle Luna y Cárdenas a la altura del número 3959, para que en el plazo de cinco días reparen las graves averías existentes que producen ingentes pérdidas de agua potable en las instalaciones emplazadas en dicho pasaje privado, bajo apercibimiento de proceder al inmediato corte del servicio hasta tanto se corrigieran tales anomalías y para que en el mismo plazo formulen su descargo y, en su caso, aporten las pruebas conforme al art.69 del Reglamento de Usuarios.

En dicha resolución se agrega que la situación ponía en riesgo la potabilidad del agua en la red de distribución, la salud y bienes de los ocupantes de los domicilios vecinos.

Pide igualmente ordene a la accionada que arregle el caño averiado y la indemnice por daño moral en la suma de pesos cuarenta mil.

Mediante la segunda -ilegitimidad incoada en contra del ERSEP-, el actor pretende la declaración de nulidad del acto administrativo dictado por el ERSEP con fecha 23-06-08 en el expte.adm.12.395 (fs.900), donde se declaraba que su pedido era "extemporáneo" e "improcedente".

En dicho reclamo el actor solicitaba participación en tales actuaciones y el efectivo cumplimiento por parte de Aguas Cordobesas SA de la resolución 903/06, cuya firmeza pedía se certificara.

La negativa del ERSEP se fundó, por un lado, en el hecho de haberse dictado la resolución 903/06, resolución que no se encontraba firme atento que la concesionaria había interpuesto recurso de reconsideración, y, por el otro, dado que en dicha resolución se resolvía acerca de un pedido del Sr.Cherini, otro vecino frentista del pasaje, no pudiendo hacerse extensivos sus efectos a terceros ajenos a dicho planteo, máxime cuando el actor, según sus propias manifestaciones, había optado por la vía judicial a los fines de la resolución de su problemática, por lo que dicho Ente no se encontraba facultado para intervenir en la cuestión que planteaba.

En la mentada resolución 903/2006 (fs.941/945vta.), dictada ante el concreto pedido de este vecino a fin de dirimir quién era el responsable del mantenimiento de la red que pasaba en el mentado pasaje, el ERSEP declaraba que la avería debía ser reparada por Aguas Cordobesas SA bajo las previsiones del art.11 inc.e) del Marco Regulator, decreto 529/94, dentro del plazo de diez días de notificada, bajo apercibimiento de aplicarle las sanciones previstas en el art.15 del Procedimiento Único de Reclamo de los Usuarios de los Servicios Públicos bajo Regulación y Control del ERSEP.

17.- Por razones metodológicas resolveré en primer lugar la acción de ilegitimidad, extremo que por lo demás ha peticionado expresamente el actor (fs.1117 y vta.).

Respecto de ésta, estimo que la decisión del 23 de junio/2008 emitida por el ERSEP, en cuanto declara extemporáneo e improcedente el reclamo del actor pretendiendo se certificara la firmeza de la resolución 903/06, se ajusta a derecho tal como apunta el Sr.Fiscal en su dict.813/2009, por lo que me permitiré su transcripción en las partes pertinentes.

Ello es así, atento lo establecido por el art.153 de la Constitución Provincial -Unidad de Jurisdicción-, que al establecer que sólo al Poder Judicial corresponde el ejercicio de la función judicial, implícitamente dispone la incompatibilidad del ejercicio simultáneo de las funciones administrativas y judiciales del Estado respecto de un mismo hecho de la vida, tal como evidencia la pretensión de la parte actora con su actitud ambivalente en orden a la avería de que se trata, aún cuando una provenga de la prestataria del servicio público y la otra del Ente controlador de dicho servicio.

Es que ésta, por un lado, inicia una acción -plena jurisdicción- pretendiendo sea el Poder Judicial quien resuelva el conflicto que sostiene con Aguas Cordobesas SA en relación a quién correspondía arreglar la avería existente en la cañería de agua potable, y, por el otro, mediante una acción interpuesta con posterioridad -ilegitimidad-, pretende se declare la nulidad del acto del ERSEP que le deniega participación en otras actuaciones administrativas iniciadas por la misma avería por otro vecino frentista, pretendiendo se declarara la firmeza de la resolución 903/06 dictada en tales actuaciones que establecía que correspondía a Aguas Cordobesas SA hacerse cargo del arreglo.

En tal supuesto, ante el desplazamiento a instancias del actor a sede judicial de la competencia de la prestataria del servicio público de agua potable para resolver a su respecto dicho conflicto, resulta indudable que el Ente había perdido competencia, por lo que el reclamo que el actor le efectuara resultaba extemporáneo e improcedente, derivando de ello la legitimidad de la decisión del 23 de junio/2008 emitida por el ERSEP.

Como corolario, y sin que resulte necesario analizar las restantes cuestiones planteadas, corresponde el rechazo de la acción de ilegitimidad entablada. Ello, no obstante advertir, tal como señalara el Sr. Fiscal en su dictamen, que de no haberse desplazado a sede judicial la competencia para resolver el conflicto en orden a la reparación de la avería entablado entre el actor y el ERSEP, "4.4.1. .en contrario de las afirmaciones de la Administración el actor estaba legitimado para intervenir en el procedimiento administrativo por la relación de vecindad -no negada por la demandada-, para reclamar la regular prestación del servicio público de provisión de agua potable de la 'petición general' del administrado Omar Cherini, proveída en la Resolución 903/06 de la demandada; porque tiene en el asunto 'un interés personal y directo' (5. en el derogado Código de Baulina, Ley 3897)."

En consecuencia, de no haberse configurado tal supuesto fáctico, "4.4.2. Nada impedía entonces, la participación que acuerda la regla del art. 13 LPA., a quien se encuentra vinculado por una situación jurídica subjetiva de 'interés legítimo'. Norma en que el poder de iniciativa se estipula 'sin perjuicio de la comparecencia espontánea.' (art. cit., lex cit.), de cualquier titular de una situación jurídico-subjetiva protegida por el derecho local".

Como corolario, estimo, como concluye el Sr. Fiscal que "4.4.3. En consecuencia tal aseveración es vicio en la 'causa' jurídica de la resolución dictada por el ERSEP el día 23-06-08 (fs. 25). Aunque por la extinción de la 'competencia' administrativa señalada precedentemente, el vicio resulta intrascendente, dado el orden reglamentario estipulado para el dictado del acto administrativo (arts. 93 y ss LPA)."

Lo antedicho, sin perjuicio de la posibilidad de analizar los alcances de la resolución ERSEP 903/06 en la acción de plena jurisdicción con motivo del conflicto existente entre la parte actora y Aguas Cordobesas SA.

18.- En relación a la acción de plena jurisdicción, estimo que, tanto lo resuelto por Aguas Cordobesas SA con fecha 17-02-2005, cuanto la denegatoria presunta del recurso interpuesto ante el ERSEP, no se ajustan al orden jurídico por adolecer de un vicio en su causa (art. 104 LPA).

Ello es así, dado que tal como resolviera en su momento el ERSEP mediante la resolución 903/06 citada aunque respecto de otro frentista del pasaje, en el Marco Regulator Decreto 529/94, Contrato de Concesión del Servicio Público de Suministro de Agua Potable de la Ciudad de Córdoba suscripto entre la Provincia y Aguas Cordobesas SA, su renegociación y sus Anexos, correspondía a la concesionaria la reparación y mantenimiento de las instalaciones de que se trata.

Es que el concesionario no sólo tiene derechos sino también obligaciones para con los usuarios y, en el caso, "todos los inmuebles ubicados en el pasaje común a la altura de calle Luna y Cárdenas tienen asignada una unidad de facturación, poseen además, caja de veredas para alojar llave maestra, y medidores, situación ésta que redundará en beneficio de la concesionaria, ya que percibe ingresos por los importes facturados a cada unidad de facturación existente." y "bajo las previsiones del art. 11 inc. e) del Marco Regulator, Decreto 529/94" (énfasis agregado).

A ello cabe agregar que en tal supuesto resultaba indiferente que el Pasaje Común fuera "público" o "privado", ya que ello no enervaría tal conclusión, atento lo establecido en el art. 3 del Anexo III -Régimen Tarifario-, normativa ésta que establece que "Cumplido ello -manifestación de los frentistas a

pasajes públicos o privados de la voluntad de realizar obras de conexión a la red bajo la guarda y custodia del Concesionario- y ejecutadas y habilitadas las correspondientes obras, la operación y el mantenimiento de las instalaciones del pasaje serán realizados por el Concesionario con cargo a los usuarios frentistas del pasaje".

No obsta lo antedicho el hecho que Aguas Cordobesas SA hubiera recurrido la resolución 903/2006 en reconsideración, atento el carácter no suspensivo de los recursos administrativos (art.91 LPA.), y "la eficacia obligatoria propia de su ejecutividad" (art.100 LPA.), aún cuando su ejecutividad sea impropia, máxime cuando el ERSEP mediante Resolución 1442 de fecha 12-08-2009 (fs.956/959) rechazó el pedido de suspensión de sus efectos y ordenó a la Concesionaria Aguas Cordobesas SA el efectivo cumplimiento de lo ordenado y ésta en autos en momento adujo siquiera se hubiera hecho lugar a su recurso y/o hubiera sido impugnada judicialmente.

Como corolario, y sin que resulte necesario analizar las restantes cuestiones planteadas, corresponde hacer lugar a la acción de plena jurisdicción y anular los actos impugnados, declarando que corresponde a Aguas Cordobesas SA el mantenimiento de las instalaciones de que se trata y, atento lo expresamente solicitado en demanda y lo establecido en el art.38 del CMCA, emplazarla a reparar las averías que a la fecha pudieran subsistir.19.- En relación a la pretensión de la actora de que se la indemnice en concepto de daño moral en razón de haberla hecho responsable económicamente de los daños sufridos en las viviendas ubicadas en el pasaje (fs.4vta./5), no resiste el menor análisis, procediendo su rechazo.

Es que la sola lectura del acto dictado con fecha 17-02-2005 (fs.20/21) evidencia que la intimación a arreglar la avería se efectuó "a los usuarios frentistas al Pasaje Privado., bajo aperebimiento de proceder al corte inmediato del servicio hasta tanto las anomalías indicadas fueran corregidas." (énfasis agregado).

20.- En cuanto a las costas, estimo que dado la íntima relación existente en las dos causas acumuladas y su resultado, corresponde que todas sean impuestas en el orden causado (art.130 CPC., por remisión art.13 CMCA.).

Así voto.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR VÍCTOR A. ROLÓN LEMBEYE, DIJO:

Que compartiendo los fundamentos y las conclusiones arribadas por la Señora Vocal preopinante, voto en igual sentido.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR HUMBERTO SÁNCHEZ GAVIER, DIJO:

Que por las constancias existentes en autos, adhiere a los fundamentos y a las conclusiones arribadas por la Señora Vocal de primer voto, votando en consecuencia en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DOCTORA NORA M. GARZÓN DE BELLO, DIJO:

Corresponde:

I.- Rechazar la acción de ilegitimidad entablada en contra del ERSEP.II.- Hacer lugar parcialmente a la acción de plena jurisdicción y anular el acto dictado por Aguas Cordobesas SA con fecha 17-02-2005 y

el acto denegatorio presunto del ERSEP que lo confirma, declarando que a dicha Empresa corresponde el mantenimiento de las instalaciones de que se trata y rechazar la demanda en cuanto persigue el pago de daño moral.

III.- Emplazar a Aguas Cordobesas SA para que en el plazo de cinco días repare las averías que a la fecha pudieran subsistir en las instalaciones de agua potable soterradas en el Pasaje Común (parcela 5 de la Manzana 16 de B.Puente Blanco) emplazado en calle Luna y Cárdenas a la altura del número 3939.

IV.- Imponer las costas en el orden causado y diferir para cuando se determine el monto del pleito, si correspondiera, la regulación de honorarios de la Dra. Beatriz del Valle Chavero (art.125 y cc. Ley 9459).

Así voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR VÍCTOR ARMANDO ROLÓN LEMBEYE, DIJO:

Que adhería al criterio de la Señora Vocal de pri-mer voto, por lo que emitía el suyo en igual sen-tido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR HUMBERTO SÁNCHEZ GAVIER, DIJO:

Que compartía el criterio de la Señora Vocal de primer voto y en consecuencia dejaba emitido el suyo en idéntico sentido.

Por todo lo expuesto y normas legales citadas,

SE RESUELVE:

I.- Rechazar la acción de ilegitimidad entablada en contra del ERSEP.II.- Hacer lugar parcialmente a la acción de plena jurisdicción y anular el acto dictado por Aguas Cordobesas SA con fecha 17-02-2005 y el acto denegatorio presunto del ERSEP que lo confirma, declarando que a dicha Empresa corresponde el mantenimiento de las instalaciones de que se trata y rechazar la demanda en cuanto persigue el pago de daño moral.

III.- Emplazar a Aguas Cordobesas SA para que en el plazo de cinco días repare las averías que a la fecha pudieran subsistir en las instalaciones de agua potable soterradas en el Pasaje Común (parcela 5 de la Manzana 16 de B.Puente Blanco) emplazado en calle Luna y Cárdenas a la altura del número 3939.

IV.- Imponer las costas en el orden causado y diferir para cuando se determine el monto del pleito, si correspondiera, la regulación de honorarios de la Dra. Beatriz del Valle Chavero (art.125 y cc. Ley 9459).

Protocolícese y hágase saber.

HUMBERTO SANCHEZ GAVIER, PRESIDENTE - ARMANDO ROLÓN LEMBEYE, VOCAL -
NORA M. GARZÓN DE BELLO, VOCAL