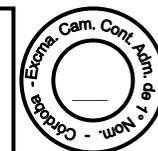


EXCMA. CÁMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PRIMERA NOMINACIÓN PROTOCOLO DE AUTOS
N°
Folio:.....
Secretaria: Elisa Saco de Lorenzo.



AUTO NÚMERO: 544

Córdoba, 28 de septiembre de dos mil doce.

Y VISTOS:

Estos autos caratulados **“COOPERATIVA DE PROVISIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TALA HUASI C/COMUNA DE TALA HUASI” – PLENA JURISDICCIÓN** (expte. letra C, n° 65, iniciado el 22-12-10) en los que:

1) A fs. 197/201 la demandada, por apoderado, opone excepción de incompetencia en los términos del art. 24, inc. 1, de la ley 7182. Pide se haga lugar al remedio articulado, declarándose la incompetencia del tribunal.

Expresa que la actora planteó demanda de plena jurisdicción solicitando se dejen sin efecto las resoluciones nros. 7 y 8 del 16/10/10 y 27/10/10 respectivamente, dictadas por la Comuna, por la que se dispuso el cese del servicio de agua.

Que la cooperativa actora afirma que presta el servicio público desde el 6/2/55, con la supuesta autorización de la autoridad provincial de aplicación.

Que la actora afirma que su situación jurídico subjetiva es preexistente, por ser prestadora del servicio de agua corriente. Que la cooperativa entiende que, antes de haberse tomado cualquier determinación en relación con la prestación del servicio de agua, debió darse participación a la cooperativa, para que produzca el correspondiente descargo. Que la cooperativa enfatiza que las instalaciones que hayan sido adquiridas con anterioridad al marco regulatorio, continúan siendo de su propiedad.

Cita extracto del dictamen del Sr. Fiscal del fuero, donde se expresaba que de las constancias de autos surge que la demandante carece de una situación jurídica subjetiva preexistente que le asigne en propiedad el derecho que reclama, a saber: la restitución de la concesión del servicio público de provisión de agua a la población de la comuna demandada.

Resalta que la cooperativa actora no cuenta con ningún derecho subjetivo de carácter administrativo, en relación con la explotación del servicio de agua, en la Comuna de Tala Huasi, y que menos aún ha demostrado de donde surge su derecho de explotación del servicio.

Que la explotación del servicio es de hecho y no de derecho y que no existe un marco contractual, ni disposición de la Comuna, ni de la Provincia, ni de la Subsecretaría de Recursos Hídricos, que habilite para llevar adelante el servicio, menos aún para mantener su explotación de hecho, violentando la necesidad de regularizar el servicio, máxime con la responsabilidad que le cabe a la comuna.

Subraya el marco jurídico aplicable e indica que por decreto n° 129 del 17/2/10, publicado el 30/3/10 se aprobó: *“...el convenio ... de transferencia de la TITULARIDAD DEL SERVICIO DE AGUA POTABLE, CAPTACIÓN, RECOLECCIÓN, CONDUCCIÓN, TRATAMIENTO Y CLORACIÓN, de la Provincia a la Comuna, lo que fuera tramitado a los fines de poder REGULARIZAR EL SERVICIO PÚBLICO DE AGUA.”*

“Que dicha transferencia se otorgó dentro del marco de la centralización normativa y descentralización operativa, ordenada por el art. 174 de la C. Prov., y conforme lo establecido por el art. 4 inc. e) del Marco Regulador Decreto 528/94 y los arts. 3,5, y concordantes del

Código de Aguas (Ley 5589), INCLUYENDO LA POTESTAD DE CONCESIONAR O DAR EN PERMISO LOS SERVICIOS DE QUE SE TRATA.-" (textual, cfr. fs. 199).

Adiciona que conforme lo antedicho, la Comuna de Tala Huasi desde el 30/3/10, asumió la responsabilidad del servicio público. Que la cooperativa actora no cuenta con concesión, autorización ni permiso otorgado, conforme surge incluso de su demanda.

Que la actora justifica su intención de mantenerse en la explotación del servicio sin derecho subjetivo afectado, por el simple hecho de explotar el servicio, sin aceptar la regularización y control de derecho.

Reitera el criterio del Sr. Fiscal del fuero, de que existe un valladar procesal infranqueable, evidente e insalvable.

Añade que es errada la posición asumida por la actora, toda vez que el cese o la caducidad de la autorización por parte de la titular del servicio, lejos de operar como una sanción, constituyó el reconocimiento de una situación o vínculo jurídico de hecho, que no pudo mantenerse dentro de la legalización del sistema y la regularización del servicio conforme a un marco regulatorio, al que la actora se sometió voluntariamente, razón por la cual no puede plantear agravio alguno.

Que la actora no acredita titularidad del derecho subjetivo que sustentaría su pretensión: dejar sin efecto las resoluciones por las que se declara el cese del servicio público de agua domiciliaria, por cuanto tal situación requiere su regularización.

Que la actora pretende la existencia de un derecho inexistente, ilegítimo e irregular, más allá del derecho que le pueda corresponder a presentarse en un marco de igualdad y legalidad para prestar el servicio en el futuro.

Solicita, en definitiva, se haga lugar a la excepción articulada y en consecuencia, se declare la incompetencia del tribunal, con costas.

2) Corrido traslado a la contraria y al Sr. Fiscal de Cámara, por su orden, a fs. 205/206 comparece el apoderado de la actora solicitando el rechazo de la excepción opuesta, con costas.

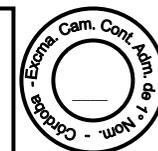
Ratifica en todas sus partes la demanda incoada. Relata que la actora presta el servicio de agua corriente para la localidad de Tala Huasi en los términos y condiciones que fueran expresados en la demanda.

Afirma que *"Que como consta a fs. 108 y 109 y como parte del Expte. 0416 – 057271!2009 sobre titularidad del servicio de provisión de agua potable a la comuna de Tala Huasi, el Dpto. de Control de Servicios de la D.I.P.A.S. da cuentas del estado de la Cooperativa de Provisión de Servicios Publica Tala Huasi haciendo saber efectivamente que la misma en función a sus antecedentes históricos presta el servicio acorde a todas y cada una de las condiciones legales y normativas vigentes, controles y sujeta en consecuencia a un encuadramiento jurídico dispuesto por esa autoridad de control y concesión."* (textual, cfr. fs. 205 y vta.).

Que la cooperativa, actúa históricamente desde una relación continua e ininterrumpida con el poder concedente.

Que los vecinos de la localidad de Tala Huasi decidieron formar

EXCMA. CÁMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PRIMERA NOMINACIÓN PROTOCOLO DE AUTOS
Nº
Folio:.....
Secretaria: Elisa Saco de Lorenzo.



una cooperativa para abastecerse de agua potable. Que lo anterior da marco legal a lo que la propia ex DIPAS califica como prestadora de hecho cuando refiere a la actora.

Hace presente que es la demandada la que debe ajustarse a los procedimientos administrativos vigentes y demás normas que dan garantía jurídica a la prestación.

Solicita, en suma, el rechazo de la excepción con costas.

3) A fs. 212 y 213 el Sr. Fiscal de Cámara evacua el traslado que le fuera corrido, quien desarrollando argumentos a favor de acoger la excepción interpuesta.

4) Dictado el decreto de autos (fs. 213 vta.) y una vez firme, queda el presente en estado de ser resuelto.

Y CONSIDERANDO:

LOS SRES. VOCALES DRES. ANGEL ANTONIO GUTIEZ Y PILAR SUÁREZ ÁBALOS DE LÓPEZ, DIJERON:

I.- Que la demanda en estos autos se interpuso impugnando las Resoluciones nros. 7 y 8, del 16/9/10 y 27/10/10, respectivamente, ambas emanadas de la Comuna de Tala Huasi. Que la primer resolución referida dispuso el cese del servicio por parte de la Cooperativa de Provisión de Servicios Públicos Tala Huasi Ltda., en tanto que la segunda rechazó el recurso de reconsideración interpuesto por la citada Cooperativa.

II.- Que a fs. 63/64 vta. la demandada opone excepción de incompetencia de jurisdicción, en igual sentido que la fundara el Sr. Fiscal en el dictamen de fs. 175 y vta.

III.- Que como lo consigna el Sr. Fiscal de Cámara: *“... el accionante pretende en autos, que se le restituya la concesión de servicio de suministro de agua potable en la Comuna de Tala Huasi, sin invocar, ni acompañar, un título indubitable y preexistente, que le asigne en propiedad el derecho subjetivo administrativo que afirma que se le ha vulnerado con el acto administrativo en crisis (Resolución 07/10). Es mas, paladinamente reconoce la actora que la antigua autoridad de aguas (DIPAS) la “califica como prestadora de hecho” (fs.205 vta.), circunstancia que impide el ejercicio de una acción judicial en que se pueda intervertir su título.”*

“...la ausencia de un título legal excluye la competencia del Tribunal de V.E., según la asignación del Art. 1º, inc. c), Ley 7.182; y la falta de título no se satisface con la invocación de haber cumplido con las obligaciones inherentes al “prestador de hecho del servicio” que le acuerda el Marco Regulador para Prestadoras de los Servicios de Agua y Cloacas en la Provincia de Córdoba.”

“Luego de la aprobación del convenio de transferencia de titularidad de agua potable entre la Provincia y la Comuna demandada, la autoridad de aguas precedente pasa a la administración demandada la competencia sobre la prestación del servicio y en la oportunidad no creó una situación jurídica de derecho subjetivo de carácter administrativo a favor de la accionante (tal, el déficit apuntado al tiempo de la habilitación de instancia), porque de ella no se deriva ningún “poder concreto” que le haya sido confiado en derecho. Esa norma general y abstracta, se limita a la reglamentación de la realidad, que puede producir un efecto reflejo, en ventaja o beneficio de determinadas personas; mas no un señorío exclusivo y propio.”

“A todo evento, desde que la decisión comunal impugnada, se limita a resolver el cese de la actora en la prestación del servicio de agua

desinfectada no potable (fs.66), como acto definitivo que es, no da inicio a procedimiento administrativo alguno que pudiera eventualmente afectar un interés legítimo, y la invocada calidad sancionatoria del decisorio, no autoriza el ejercicio de una acción contenciosoadministrativa para que se reponga en el servicio a quien carece de todo título legal, reglamentario o contractual para ejercerlo.” (textual, cfr. fs. 212 vta. y 213).

IV.- Coincidimos con el dictamen del señor Fiscal, y señalamos, a mayor abundamiento, que las condiciones de admisibilidad de la demanda se hallan establecidas como de obligatorio cumplimiento por el art. 16 de la ley del fuero, el que expresa: “El actor deberá acompañar a la demanda.”

“...b) Los documentos que acrediten la posesión de la situación jurídico – subjetiva que reclama;”.

En todo supuesto, además, contendrá... “la relación... del derecho en que se funda la demanda...”.

V.- Por lo expuesto, corresponde hacer lugar a la excepción de incompetencia del tribunal opuesta por la demandada e imponer las costas a la actora, difiriendo la regulación de honorarios de los letrados intervinientes hasta tanto exista base económica a tal efecto.

EL SR. VOCAL DR. JUAN CARLOS CAFFERATA, DIJO:

Se plantea en autos un tema que viene cobrando cada vez mayor actualidad, como es el de la legitimación procesal (activa en este caso) para promover una demanda contencioso administrativa.

Ha señalado el Sr. Fiscal de Cámara con sustento en el art. 1, inc. b, de la ley 7182, en dictamen compartido por mis colegas, que «...el demandante carece de una situación jurídico-subjetiva preexistente, que le asigne en propiedad el derecho que reclama...» (fs. 175 vta.), por lo que concluye que la demanda «no satisface las exigencias del art. 1° inc. “c” de la Ley de la Materia, para habilitar la competencia contencioso administrativa» (fs. 175, punto 4).

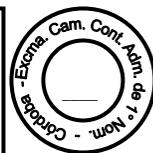
Por mi parte, creo que la respuesta correcta es la contraria y considero que la demanda debe ser admitida. Doy razones.

Es oportuno destacar que de lo que se trata es de determinar si la cooperativa accionante, en tanto titular de un interés lesionado por la actividad administrativa, debe encontrar tutela judicial sustancial para la defensa del mentado interés. La cuestión se relaciona, entonces, con dos garantías básicas del Estado de Derecho: la defensa en juicio, prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional, y la tutela judicial efectiva, contemplada en el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica.

Se encuentra comprometido el derecho de defensa -cuyo ejercicio hasta Dios lo permitió a Caín antes de condenarlo-, ya que la existencia de un derecho será meramente nominal si no se posibilitan las vías judiciales aptas para brindarle una efectiva y oportuna protección. Y aparece lesionada la tutela judicial efectiva porque, complementariamente, ella «*impone la eliminación de toda concepción restrictiva respecto del acceso jurisdiccional*» (Soria, Daniel Fernando: "Consideraciones sobre el acceso a la justicia administrativa", en *Cuestiones del Contencioso Administrativo* dirigido por Juan Carlos Cassagne, ed. Lexis Nexis, Bs. As. 2007, pág. 57).

Con estos principios en miras habremos de referirnos a la legitimación del actor para promover la demanda, al "ábrete sésamo" que permite el ingreso del accionante al proceso. Pero antes de ingresar en

<p>EXCMA. CÁMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PRIMERA NOMINACIÓN PROTOCOLO DE AUTOS</p>
<p>Nº</p>
<p>Folio:.....</p>
<p>Secretaria: Elisa Saco de Lorenzo.</p>



el análisis del fondo de la cuestión, conviene realizar un breve compendio de la pretensión puesta en acto en esta litis.

La demanda.-

Conforme surge de los términos de la demanda, la Cooperativa de Provisión de Servicios Públicos de Tala Huasi impugna las resoluciones de la demandada que disponen el cese del servicio de agua desinfectada no potable que presta la actora para los habitantes de la referida comuna, manifestando tener un interés legítimo para accionar en contra de un acto administrativo.

Manifiesta que desde el 6 de febrero de 1955 presta dicho servicio “con la debida autorización de la autoridad provincial de aplicación”, aunque omite acompañar la invocada autorización.

Bien es cierto que, en tales condiciones, la actora no concurre a la jurisdicción acompañando “los documentos que acrediten la posesión de la situación jurídico-subjetiva que reclama ” (art. 16, inc. b, de la ley 7182). Pero también es cierto que la revocación de una autorización que, aunque no haya sido dispuesta conforme a derecho, produce a la actora un perjuicio que no es difícil imaginar, lo que la coloca en la situación de "afectada" que, como luego se verá, considero que lo legitima activamente para promover la presente acción.

La legitimación.-

La legitimación no es otra cosa que la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a un sujeto para promover una demanda en defensa de sus derechos. En palabras de Cordón Moreno, *la legitimación es, en frase lograda de un autor, la medida del derecho a la jurisdicción»* (Cordón Moreno, Faustino: *La Legitimación en el Proceso Contencioso-Administrativo*, ed. Universidad de Navarra S.A., Pamplona 1979. pág. 29).

Enseña Diez que «...*la legitimación es la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a personas que se hallan en una determinada relación con el objeto de la pretensión procesal, y en virtud de cuya consideración exija, para que la pretensión se examine en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes del proceso»*. En palabras de Diez, «*La legitimación es un requisito de admisión de la pretensión en cuanto al fondo del asunto y no de la existencia del proceso»* (Diez, Manuel María: *Derecho Procesal Administrativo*, ed. Plus Ultra, Bs. As. 1983, pág. 204).

Actualmente, y cada vez con mayor ahínco, viene siendo superada la concepción según la cual la legitimación activa dependía de la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo (concepción adoptada por la ley 7182, como vimos), aceptándose ahora que la legitimación debe corresponder al "afectado", con lo que se apunta a ampliar el contenido tuitivo del proceso, posibilitando su ingreso a todas aquellas personas que se vean afectadas de una u otra manera en su ámbito o esfera vital por la actividad o inactividad administrativa. En esa línea Cassagne, con cita de González Pérez y García de Enterría, refiriéndose a la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, señala que «*las tendencias actuales apuntan a eliminarla considerando que, en definitiva, toda situación que reporta utilidad, provecho o ventaja a favor de una persona constituye en el fondo un verdadero derecho subjetivo»* (Cassagne, Juan Carlos: "La justicia administrativa y la ampliación del bloque de legalidad (los nuevos derechos y la legitimación)", en revista *Derecho Administrativo* n° 69 de julio/septiembre de 2009, ed. Abeledo Perrot, pág. 707).

Hogaño, el concepto de legitimación se encuentra íntimamente ligado con el de afectación, reconociéndose legitimación para accionar al afectado en sus derechos o intereses, como antes dije. Así ha sido previsto, entre otros dispositivos, por el art. 43 de la Constitución Nacional al admitir la legitimación del afectado para promover juicios de amparo; por la ley 24.240 de Defensa del Consumidor al legitimar al consumidor y al usuario cuando sus intereses resulten afectados; por la Ley General del Ambiente 25.675 al reconocer legitimación al afectado en los casos de daño ambiental colectivo.

Por eso es que Gozáini manifiesta que *«...la noción de afectado, amplía notablemente la legitimación para obrar. Sería suficiente que un derecho o interés se altere de manera directa o refleja para que alguien que se crea razonablemente con derecho a su protección pueda requerir la calidad de parte procesal. La afectación no refiere a la persona interesada, sino al derecho o garantía que toda persona tiene para defender una situación de tanta importancia que dilate las fronteras tradicionales de la legitimación para obrar»* (Gozáini, Osvaldo Alfredo: "La noción de 'afectado' a los fines de acreditar la legitimación procesal en el amparo", en L.L. 1996-D pág. 1004).

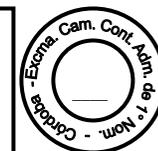
Entonces, para posibilitar el efectivo ejercicio del derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva, debe admitirse el acceso del afectado al proceso, considerando su situación con un criterio amplio que, aún en caso de duda, posibilite el control judicial de la sustancia del acto lesivo, por virtud de los principios antes mentados referidos al derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva.

Por eso es que Bidart Campos sostiene que *«es recomendable que los jueces no sean avaros en la admisión de acciones y vías procesales por el solo dato de que falten normas que expresamente las establezcan y regulen, ni en el reconocimiento de la legitimación procesal, cada vez que con el despliegue de un activismo judicial -prudente pero a la vez elástico y generoso- comprendan que una situación determinada demanda debe disponer de un canal y una llave para acceder al servicio de justicia, y que el contexto completo de la constitución ágilmente interpretada brinda holgura para deparar la acción, la vía y/o la legitimación»* (Bidart Campos, Germán J.: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, ed. Ediar, Bs. As. 2004, pág. 311).

Enrolado en la misma postura, Gil Domínguez dice que *«Siempre es más "fácil" huir por la puerta de la falta de legitimación, que enfrentar y resolver la cuestión de fondo planteada (que en muchas ocasiones implica interdictar al Poder mismo, o bien, tener que tomar posición sobre temas difíciles o trágicos). El paradigma de Estado constitucional de derecho, en general, y los derechos colectivos, en particular, dejan cada vez menos resquicios formales que permitan ocultamientos medrosos de la jurisdicción constitucional en temas de suma trascendencia social»* (Gil Domínguez, Andrés: "Un fallo que reafirma el Estado constitucional de derecho", en L.L. diario del 27-10-08).

Cito finalmente a Grecco, quien admite que si bien no existe un derecho subjetivo a la legalidad, postula que por eso mismo, *«la reacción impugnatoria no pueda ser promovida por quien no se encuentra personal y directamente perjudicado»*. Agrega que *«No basta cualquier interés (concretamente: no alcanza el interés en la legalidad), sino que tórnase indispensable un interés calificado»*. Y concluye que *«antes de la infracción al ordenamiento jurídico, no es posible adjudicar a los particulares derecho subjetivo a la legalidad; mas, configurada la ilegalidad administrativa y proyectada tal ilegalidad a un círculo de intere-*

EXCMA. CÁMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PRIMERA NOMINACIÓN PROTOCOLO DE AUTOS
Nº
Folio:.....
Secretaria: Elisa Saco de Lorenzo.



ses, entonces sí cabe interpretar el nacimiento de un dispositivo de defensa tendiente a restañar el perjuicio causado al interés y traducido específicamente en la posibilidad de que el afectado pueda demandar la anulación del acto administrativo ilegal» (Grecco, Carlos: "Legitimación contenciosoadministrativa y tutela judicial del interés legítimo", en L.L. 1981-C, 878).

El desenlace que propongo.-

En definitiva y por las razones apuntadas, considero que tanto el cese del servicio prestado por la actora y dispuesto por la demandada, cuanto los perjuicios económicos que por ello ha debido soportar, convierten a la cooperativa demandante en titular de un interés calificado, colocándola en la situación de "afectada" por la actividad administrativa cuestionada, por lo que considero que debe reconocérsele legitimatio ad causam activa para promover la demanda intentada, de modo de posibilitar en plenitud la defensa sustantiva de sus derechos que aparecen lesionados.

Por ello, sostengo que debe rechazarse la excepción opuesta por la demandada, imponiendo las costas por el orden causado atento lo novedoso de la cuestión (art. 130 y cc. del C.P.C.A.), difiriendo la regulación de honorarios de los letrados intervinientes para cuando se determine en definitiva la cuantía económica de la litis (art. 32, inc. 4, de la ley 9459).

Así opino.

Por ello, y el resultado de los votos emitidos y por mayoría,

SE RESUELVE:

1.- Hacer lugar a la excepción de incompetencia del tribunal opuesta por la demandada.

2.- Imponer las costas a la actora y diferir la regulación de honorarios de los letrados intervinientes hasta tanto exista base económica a tal efecto.

Protocolícese, hágase saber y dése copia.