

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA PRIMERA
PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 232

CUIJ: 13-02123630-0((012174-11341101))

UNION VECINAL VILLA LAS CARDITAS EN J° 250815/50833 UNION VECINAL
VILLA LAS CARDITAS C/ PROV. DE MENDOZA P/ ACC. DE AMPARO P/
REC.EXT.DE INCONSTIT-CASACIÓN

102139430

En Mendoza, a doce días del mes de febrero del año dos mil dieciséis, reunida la Sala Primera de la Excm. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° (13-02123630-0) 113.411, caratulada: “**UNIÓN VECINAL VILLA LAS CARDITAS EN J° 250815/50833 UNIÓN VECINAL VILLA LAS CARDITAS C/PROV. DE MENDOZA P/ACC. DE AMPARO P/REC. EXT. DE INCONST. CASACIÓN**”

Conforme lo decretado a fs. 231 se deja constancia del orden de estudio efectuado en la causa para el tratamiento de las cuestiones por el Tribunal: primero: **DR. JORGE H. NANCLARES**; segundo: **DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ**; tercero: **DR. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE**.

ANTECEDENTES:

A fs. 25/50 la recurrente Unión Vecinal Las Carditas deduce recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y casación en contra de la resolución dictada por la Quinta Cámara Civil de Apelaciones de la Primera Circunscripción Judicial a fs. 344 y ss. de los autos N° 50833/250815 caratulados “Unión Vecinal Villa Las Carditas c/Provincia de Mendoza p/Acción de Amparo”.

A fs. 56 se admiten formalmente los recursos deducidos, ordenándose correr traslado a la contraria, contestando a fs. 62/73 el Ente Provincial del Agua y de Saneamiento (E.P.A.S.), a fs. 82/92 el Gobierno de Mendoza y a fs. 96 Fiscalía de Estado.

A fs. 114/116 obra el dictamen del Sr. Procurador General quien, por las razones que expone, aconseja rechazar los recursos deducidos.

A fs. 230 se llama al acuerdo para sentencia y a fs. 231 se deja constancia del orden de estudio en la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Son procedentes los recursos de inconstitucionalidad y casación interpuestos?

SEGUNDA CUESTIÓN: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA CUESTIÓN: Costas.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. JORGE H. NANCLARES DIJO:

I. PLATAFORMA FÁCTICA.

Las actuaciones procesales relevantes para la resolución de este recurso son las siguientes:

1) La Unión Vecinal Villa Las Carditas interpone acción de amparo en contra de la Provincia de Mendoza y en contra del Ente Provincial del Agua y Saneamiento (EPAS), a fin de que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del Decreto nro 2.600/12 dictado por el Poder Ejecutivo Provincial por el cual se dispone intervenir administrativa y técnicamente el Servicio de Agua Potable por ella suministrado, así como la resolución que materializa el mismo. Centra su planteo en la propiedad privada de las aguas correspondientes a la Vertiente Puesto del Álamo, de la cual toma el líquido para potabilizar, y en virtud de ello considera que ni el EPAS ni la DGI tienen competencia ni jurisdicción para inmiscuirse.

2) El juez de primera instancia rechaza la demanda. Razona del siguiente modo:

- El decreto 2600/12 y la consecuente resolución del EPAS N°040/2013 contienen motivación suficiente que pasa el tamiz de razonabilidad constitucional.
- La cuestión no tiene que ver con el carácter público o privado de las aguas, sino con el servicio de agua potable que presta la Unión Vecinal, puesto que según la normativa vigente, ésta se encuentra sujeta al control del EPAS, organismo competente para el monitoreo del servicio y en su caso para pedir la intervención, como la que se dispuso en el decreto cuestionado.
- La actora presta un servicio de potabilización del agua para distribuirla y abastecer a una comunidad, y la legislación establece que el poder de policía relativo al control de la calidad y potabilidad de las aguas destinadas al abastecimiento de la población le corresponde al EPAS (Art. 16 Ley 6044). De allí que la intervención del organismo regulador viene dada por la producción, distribución y comercialización de agua potable y halla su fundamento en la necesidad de garantizar la calidad del servicio, ya que se encuentran comprometidas cuestiones vinculadas a la salubridad pública de la que el Estado debe ser garante.
- La actora tenía dos años de plazo desde la vigencia de la ley para adecuarse a sus disposiciones, adquiriendo el carácter de concesionaria del servicio, y tal situación no ha

sido regularizada, ya que la propia Unión Vecinal sostiene que se encuentra fuera de la jurisdicción del EPAS y no acepta la inscripción como operador.

- El decreto de intervención ha seguido los pasos establecidos por la misma Ley 6044, ya que el Poder Ejecutivo puede disponer la intervención administrativa de un concesionario (art. 48 Ley 6044) a solicitud del ente de control y en lo sustancial se ha apoyado en situaciones que también sustentan esta medida.

3) Contra esta sentencia la actora interpone recurso de apelación. La Cámara rechaza el remedio, con los siguientes fundamentos:

- Aún cuando no se haya planteado conflicto acerca de la propiedad del recurso hídrico, lo cierto es que la cuestión determinante es el uso del recurso -en el caso, proveer de agua potable a una comunidad-, lo que sumado a la visión actual del medio ambiente, impone la necesaria participación ciudadana como la acción de la Administración.
- Actualmente en nuestra Provincia los derechos de los dueños de las aguas privadas están limitados, ya sea por el contenido sustancial del derecho de dominio (arts. 1071 y 2513 del Código Civil), ya sea porque nadie puede usar las aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho.
- En este marco la Ley 6044 que crea el Ente Provincial de Agua y de Saneamiento, le otorga plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos de Derecho público y privado, pudiendo dictar normas reglamentarias de carácter técnico y controlar el régimen de explotación propuesto por los operadores. Del art. 27 del mismo cuerpo se deriva que la calidad de operador se tiene, no por una inscripción formal en algún registro o sistema, sino por la efectiva realización del servicio de agua potable, derivándose de ello que la actora es un operador del sistema.
- Tampoco se ha acreditado un recaudo determinante de la acción instaurada, cual es la existencia de una lesión inminente a un derecho constitucional, ya que con la sola intervención del ente no se advierte vulnerado el derecho de propiedad ni se ha invocado déficit alguno en la prestación del servicio esencial del agua.

Contra esta sentencia la actora interpone recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y casación.

II. LOS AGRAVIOS DEL RECORRENTE y SU CONTESTACIÓN.

a) Recurso de inconstitucionalidad.

La recurrente expresa que los recursos son interpuestos con el objeto de lograr la revocación del fallo impugnado, declarando procedente la tacha de inconstitucionalidad e inaplicabilidad del Decreto 2600/12 y su directo consecuente la Resolución 40/2013. Funda el embate en los incs. 1, 3 y 4 del art. 150 del C.P.C. y procede a criticar cada uno de los fundamentos del fallo, del siguiente modo:

- El juez a quo considera que lo relevante es el uso del recurso hídrico -proveer a una comunidad de agua potable-, lo que sumado a la visión actual del medio ambiente torna necesaria la participación ciudadana y la acción de la Administración. En este punto, reflexiona la recurrente que si el agua es de dominio público el razonamiento luce correcto, pero no así si el agua es del dominio privado, caso en el cual ninguna intervención tiene el Estado, cualquiera sea el destino que se le dé. Señala que todo el sistema normativo (art. 17 y 75 inc. 12 C.N., arts. 2341, 2347, 2350, 2637 del C.C., arts. 186 y cc. de la Const. Prov. y Ley de Aguas de Mendoza) deja afuera del sistema a las aguas privadas, sobre las cuales el Estado no tiene jurisdicción ni competencia.

- El juez entiende que los derechos de los dueños de las aguas privadas están limitados, ya sea por su contenido sustancial (art. 1071 y 2513 C.C.), ya sea porque nadie puede usar las aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho, viéndose limitados también por el poder de policía. En este tópico la censurante entiende que se han confundido los conceptos que refieren a la relatividad de los derechos, la función social de la propiedad y la reglamentación de los derechos constitucionalmente amparados con el poder de policía estatal, indicando que esta mezcla de referencias jurídicas lo es al sólo efecto de dar apariencia de justificación a la ilegítima intervención del Estado.

- La Cámara considera que el EPAS tiene plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos de derecho público y privado, pudiendo dictar normas reglamentarias de carácter técnico y controlar el régimen de explotación de los operadores, en virtud de la Ley 6044. Al respecto, la quejosa postula que esta conclusión es puro voluntarismo judicial, pues el art. 3 de la Ley 6044, en cuanto refiere a los ámbitos de derecho público y privado se refiere a la capacidad del Ente, y no a su jurisdicción y competencia administrativa. De lo contrario, subraya, la Ley 6044 sería inconstitucional pues iría en contra de las directivas del art. 186 de la Const. Prov. y del art. 75 inc. 12 de la C.N.

- La Alzada sostiene que la calidad de operador del sistema no deriva de la inscripción en algún registro, sino de la efectiva prestación del servicio de agua potable, por lo que la actora es un operador. La crítica a este argumento consiste en que el operador, para poder ser controlado por el EPAS, debe prestar el servicio PÚBLICO de agua potable (art. 1 Ley 6044).

- Por último, objeta la conclusión del Tribunal en cuanto no considera acreditada la existencia de una lesión inminente a un derecho constitucional para habilitar la excepcional vía intentada, manifestando que la aplicación de una medida cautelar de naturaleza administrativa a una actividad privada, la conminación a la registración, la obligación de cobrar el servicio mediante tarifas controladas y autorizadas por el Estado sí configuran un menoscabo a su derecho de propiedad. Sostiene también que las restricciones administrativas al dominio sólo justificarían, en este caso, el control de calidad de las aguas potabilizadas en función de razones de seguridad y salubridad públicas, las que en ningún momento han sido resistidas por la actora.

b) Recurso de Casación.

Funda este remedio en los incisos 1 y 2 del art. 159 del CPC, denunciando errónea aplicación de las normas que señala y omisión de aplicar las que corresponden.

Reitera los argumentos vertidos en el recurso de inconstitucionalidad, subrayando que la misma Ley 6044 marca el límite de competencia del EPAS, al establecer que está dado sobre el servicio PÚBLICO de agua potable, para diferenciarlo del servicio PRIVADO que presta la actora, debiendo por tanto ser casada la interpretación que elige la Cámara por carecer del mínimo respaldo legal.

c) La contestación.

Luego de relatar los antecedentes de la causa, el EPAS postula que los recursos deben ser desestimados ya que los fundamentos de la recurrente son una reiteración de los expuestos ante la Cámara y en definitiva, constituyen un mero disenso con lo resuelto.

Indica que -aun cuando la Cámara se hubiera expedido sobre el carácter privado del agua-, la solución no hubiera sido diferente porque lo que se prioriza es el uso del agua y la visión actual del medio ambiente.

Manifiesta que si bien el agua puede ser privada, los vecinos son usuarios del servicio público de agua potable, puesto que mediante la potabilización y distribución de aquélla, a cambio del pago de una tarifa por la prestación del servicio y bajo apercibimiento de corte por falta de pago, se demuestra claramente que su uso es público, sometido a la autoridad administrativa y al control de la autoridad de aplicación.

Niega que exista confusión de conceptos, que la Ley 6044 sea inconstitucional y que el razonamiento del fallo sea absurdo, arbitrario e ilógico.

En cuanto al recurso de casación, y teniendo en cuenta la reiteración de agravios, se dan por reproducidos los argumentos expuestos anteriormente.

El Gobierno de Mendoza, por su parte, descarta la arbitrariedad que se le endilga al decisorio impugnado, reafirmando que la actora brinda un servicio público por definición, lo que en sí mismo habilita la competencia del Ente regulador y transforma en usuarios a los vecinos de la Villa, con independencia de quién es el dueño del agua.

Expresa que la Ley 6044, de clara competencia local, define a la producción y distribución de agua potable, conceptos en los cuales debe incluirse a la actora y que la facultad empleada por el Ente Regulador está expresamente reconocida en el art. 4 de la misma, norma que el recurrente no ha impugnado.

Recuerda que a fs. 121 de la PA 53-E-10 arriada como prueba, la recurrente expresamente solicita un plazo par adaptarse a los requerimientos de un formal operador, actitud que se reitera a fs. 133 y fs. 139, consintiendo así la competencia del Ente.

III. SOLUCIÓN AL CASO.

a) Reglas que dominan los recursos extraordinarios en nuestra Provincia.

- Recurso de Inconstitucionalidad.

Esta Sala tiene dicho que la arbitrariedad fáctica es canalizable a través del recurso de inconstitucionalidad, pero en función de la excepcionalidad del remedio extraordinario y lo dispuesto por el art. 145 del CPC de la Provincia, interpreta restrictivamente las causales. Lo contrario significaría, como tiene dicho la Corte Federal desde antiguo (2/12/1909, “ Rey Celestino c/Rocha”), que la Corte se encuentre en la necesidad de rever los fallos de todos los tribunales, en toda clase de juicios, asumiendo una jurisdicción más amplia que la conferida por la Constitución. Por eso, el rechazo del recurso por este tribunal no significa necesariamente que comparta la solución del fallo, sino tan sólo que está impedido de conocerlo, por resultar irrevisable si no se acredita el vicio de manifiesta arbitrariedad.

- Recurso de Casación.

En cuanto al recurso de Casación, se ha sostenido que debe contener una crítica razonada de la sentencia, desarrollando concretamente los motivos de impugnación de los elementos que sustentan el decisorio recurrido, y, a través de una adecuada y autosuficiente demostración, señalar el error normativo en que se ha incurrido (Art. 161 y nota C.P.C.; LA 65-433; 86-153; LS 90-375). Del mismo modo, tiene dicho el Tribunal que no basta para configurar un agravio en sentido

técnico, la sola afirmación o explicitación de una tesis jurídica, sin la necesaria impugnación de los fundamentos esenciales de la sentencia. (LA 91-157; 93-101; 95-261; 95-299; 95-38; LS 105-432).

b) Cuestión a resolver.

Razones de orden metodológico ameritan el tratamiento conjunto de los recursos planteados.

La cuestión a resolver en la presente causa consiste en determinar si resulta arbitraria o normativamente incorrecta la sentencia que rechaza la acción de amparo interpuesta por Unión Vecinal Villa Las Carditas en contra de la Provincia de Mendoza y el Ente Provincial del Agua y Saneamiento (EPAS) a fin de que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del decreto nro 2.600/12 mediante el cual se intervino administrativa y técnicamente el servicio de agua potable suministrado por la actora.

La recurrente se apoya fundamentalmente, para fundar su queja, en el carácter privado de las aguas que potabiliza, de lo cual deriva que no se trata de la prestación de un servicio “público” y por tanto, ninguna intervención cabría al Estado, cualquiera sea el destino que se le dé al recurso hídrico. También entiende que según la interpretación dada por la Cámara, la Ley 6044 sería inconstitucional por encontrarse en contradicción con las directivas del art. 186 de la Const. Prov. y del art. 75 inc. 12 de la C.N. Considera, por último, que las restricciones administrativas al dominio sólo justificarían, en este caso, el control de calidad de las aguas potabilizadas en función de razones de seguridad y salubridad públicas.

De conformidad con los criterios expuestos, y en concordancia con lo dictaminado por el Procurador General, anticipo mi opinión contraria a la procedencia de los recursos planteados, desde que considero que los razonamientos en que se basa el sentenciante no se muestran apartados de las constancias objetivas de la causa, no contrarían las reglas de la lógica, ni se apoyan en consideraciones dogmáticas o carentes de razonabilidad, como exige la excepcionalidad del recurso intentado. Por su parte, el remedio casatorio también luce improcedente desde que no se constata la falta de aplicación o errónea interpretación de la normativa aplicable al caso.

En primer lugar, aclaro que la hipotética lesión o amenaza al derecho de propiedad que representaría la intervención ordenada, así como también la que produce la conminación a la registración y la obligación de cobrar el servicio mediante tarifas controladas y autorizadas por el Estado, se relaciona con la idoneidad de la vía empleada (amparo), aspecto sobre el cual no considero necesario ingresar teniendo en cuenta que existen otros fundamentos de envergadura que sustentan el rechazo de la acción entablada.

En ese orden, considero necesario recordar la normativa que impacta directamente en la resolución del presente caso. A ese fin cabe aclarar, dada la reciente entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación, que nos encontramos ante una situación jurídica consolidada antes de la vigencia del nuevo régimen, por lo que el caso debe ser analizado a la luz del Código velezano, sin perjuicio de que tales normas deban ser interpretadas a la luz de los mandatos constitucionales y convencionales. (Cfr. Kemelmajer de Carlucci, A., “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.015, p. 25 y ss.).

En el orden local, el art. **11** de la Ley General de Aguas (sancionada el 20 de Noviembre de 1884) expresa que: “El agua corriente es del dominio público cuando no nace y muere dentro de una propiedad particular. Su art. **6** dice: “La policía de las aguas y sus cauces naturales o artificiales, riberas y zonas de servidumbre, la vigilancia para que las aguas no puedan afectar a la salubridad pública ni a la seguridad de las personas y bienes, estará a cargo de las autoridades creadas por esta ley”.

Por su parte, la Ley **6044** (B.O. 20.09.1993) dispone:

Art. 1: “La presente ley tiene por objeto el reordenamiento institucional de la prestación de los servicios de provisión de agua potable y de saneamiento y la protección de la calidad de agua en el ámbito de la provincia de Mendoza.”

Art. 4: El EPAS tendrá las siguientes funciones y atribuciones: 1) dictar las normas reglamentarias de carácter técnico a las cuales deberá ajustarse el desarrollo de la infraestructura, la prestación de los servicios de provisión de agua potable, de saneamiento y la protección de la calidad del agua; 2) controlar la ejecución de los planes y programas de inversión por los operadores del sistema; 3) controlar el régimen de explotación propuesto por los operadores, en particular el régimen tarifario; 4) definir las subáreas de prestación del servicio que corresponda a los operadores, con sujeción a la política ambiental provincial; 5) proponer al poder ejecutivo, de conformidad con los principios y normas de la presente ley, las tarifas de los servicios, como también las bases para su revisión; 6) establecer y aplicar los procedimientos de control de los servicios (...).

Art. 14: “el servicio público regulado por la presente ley comprende la producción, distribución y comercialización de agua para abastecimiento de la población, incluida la potable, desagües cloacales e industriales. Se entiende por producción de agua potable, la captación y tratamiento de agua cruda para su posterior distribución en las condiciones técnicas y sanitarias establecidas en las normas respectivas. Se entiende por distribución de agua potable, el transporte y conducción de agua producida hasta su entrega en el inmueble del usuario.”

Art. 16: “Sin perjuicio de las funciones generales atribuidas al Ente que por esta ley se crea, le corresponderá el control de la calidad y potabilidad de las aguas destinadas al abastecimiento de la población, la determinación y control de los niveles de calidad de

emisión de las aguas residuales, verificando que estas permanezcan dentro de las normas físicas, químicas y biológicas que se determinen.”

Art. 27: “Son operadores sujetos a las disposiciones de esta ley, las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, nacionales, provinciales o municipales que realicen por cualquier causa la prestación del servicio regulado por esta ley.”

Art. 28: El operador del servicio tendrá los siguientes deberes y atribuciones: 1) cumplir con las disposiciones de esta ley y aquellas que en su consecuencia se dicten; 2) cumplir con las metas y condiciones que establezca el contrato de concesión o el EPAS, en su caso; 11) prestar el servicio en la forma y condiciones que determine esta ley, sus reglamentaciones y el EPAS.

Art. 48: El poder ejecutivo, a requerimiento del EPAS, podrá disponer la intervención administrativa del concesionario, empresario prestatario o de explotación del servicio, por el plazo de hasta ciento ochenta días, prorrogables por igual término. Será procedente cuando el incumplimiento de las obligaciones legales o convencionales importe irregularidad en las condiciones de prestación y las sanciones previstas precedentemente no sean adecuadas para su restablecimiento. La intervención tendrá por objeto restablecer la regularidad en las condiciones de prestación del servicio, sin que importe necesariamente la sustitución temporaria de los órganos de dirección y administración de la entidad prestataria.

El **dec. 911/95** prescribe: Artículo 1 - El servicio público regido por el presente Marco Regulatorio, de conformidad con la Ley N° 6.044, comprende la producción, tratamiento, distribución y comercialización de agua potable; la recolección, tratamiento, disposición final de aguas residuales domiciliarias, incluyéndose también aquellos efluentes industriales cuyo vertimiento al sistema cloacal sea legal o reglamentariamente admisible. El servicio incluye el mantenimiento, la construcción, rehabilitación y expansión de las obras necesarias para su prestación en las condiciones previstas en la Ley N° 6.044, el Marco Regulatorio y los Contratos de Concesión.

Artículo 2 - El presente régimen regula todos los aspectos referidos a la organización y prestación del Servicio en el territorio provincial.

Art. 4 **inc. k** considera “operador” del sistema a la “persona física o jurídica, pública o privada, que tenga a su cargo la prestación del Servicio de acuerdo con lo previsto en la Ley N° 6.044, el Marco Regulatorio y el Contrato de Concesión.

El art. 13 añade que “el Ente Regulator tiene como finalidad ejercer el poder de policía en materia de prestación del Servicio en la Provincia de Mendoza” y que sus funciones “comprenden el control y fiscalización de los Operadores como prestadores del Servicio y de cualquier sujeto que afecte o pueda afectar la calidad del recurso con destino al consumo

humano, así como eventual impacto de la actividad de éstos sobre el medio ambiente, todo ello de conformidad con lo establecido en este Marco Regulatorio y con las normas de competencia establecidas en el título IV de la Ley N° 6.044.” También deberá “realizar una gestión de conformidad con el Art. 16 de la Ley N° 6.044, orientada a la conservación de las fuentes de agua y a garantizar la disponibilidad del recurso en calidad y cantidad suficiente.” (inc. **b**). Podrá “requerir información puntual, periódica o permanente, de los Usuarios y Operadores, manteniendo rigurosa confidencialidad de la información comercial. Analizar y expedirse sobre los informes anuales de los Operadores y adoptar las medidas que correspondan. (inc. **d**). Atenderá “los reclamos de los Usuarios por deficiente prestación del Servicio o excesos en la facturación, en los términos del Art. 34 de la Ley N° 6.044.” (inc. **i**). Verificará “que los Operadores cumplan con el Régimen Tarifario y toda otra obligación que surja del presente Marco Regulatorio y del Contrato de Concesión.” (inc. **l**) y supervisará “la adecuada capacidad técnico-económica de los Operadores para asegurar la prestación del Servicio en forma regular, constante y universal, de acuerdo a lo previsto en los Contratos de Concesión.” (inc. **n**). También se lo faculta para “requerir la cesación en el plazo que establezca, de actividades de los Operadores y Usuarios del Servicio, que perjudiquen fuentes de agua potable, impliquen condiciones irregulares de prestación del Servicio en función de los niveles y normas de calidad requeridos, o provoquen la contaminación de las aguas de la Provincia, de conformidad con la distribución de competencias establecida en el Art. 44 de la Ley N° 6.044. También podrá disponer las sanciones que establece el Art. 45 de la Ley N° 6.044 e incluso, cuando se trate de Operadores, solicitar al Poder Ejecutivo la intervención que establece el Art. 48 de la referida ley”. (inc. **q**)

En el art. **38** se aclara que “la provisión de agua potable y desagües cloacales constituye un servicio público que debe ser desarrollado integralmente (...) El Servicio a ser provisto en materia de agua potable y saneamiento, debe ser apropiado conforme a los efectos de preservar la salud de la población y proteger el medio ambiente. Los Operadores prepararán y someterán al Ente Regulador, del modo que lo establezca el Contrato de Concesión, programas para alcanzar y mantener niveles de Servicio ajustados a los objetivos precedentes.”

En el orden nacional, el inc. 2° del art. **2340** del Código Civil establece que son de dominio público las “aguas que corren por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general...”. El art. **2350** del mismo cuerpo dice: “Las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad pertenecen en propiedad, uso y goce, al dueño de la heredad.” El nuevo C.C. y C., en su art. **239** establece: “Las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural. Las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho. Pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales”. Y el art. **240** añade que “el ejercicio de los derechos individuales sobre

los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.”

De conformidad con la normativa transcripta y la plataforma fáctica reseñada, estimo que no resulta arbitrario ni normativamente incorrecto el razonamiento de la Cámara en cuanto rechaza la acción intentada por considerar a la actora una “operadora” del servicio de agua potable que debe ajustarse a la normativa local (Ley 6044/93 y dec. 911/95), cualquiera sea el carácter -público o privado- que posea el recurso hídrico. Ello así, desde que la ley local se centra, para definir al operador encuadrado en la normativa, en la efectiva realización por “cualquier causa” de “la prestación del servicio” de provisión de agua potable, actividad que desarrolla la actora recurrente.

La dilucidación del carácter público o privado del *servicio* que presta la Unión Vecinal -cuestión que en abstracto ha suscitado también opiniones encontradas-, no presenta en el caso dificultad alguna puesto que la misma ley 6044, al definir su ámbito de actuación, establece que regulará el “servicio público” que “comprende la producción, distribución y comercialización de agua para abastecimiento de la población, incluida la potable” y, del mismo modo, el Dec. 911/95 reafirma este carácter al indicar que “la provisión de agua potable y desagües cloacales constituye un servicio público...” (art. 38). Sin perjuicio de ello, y tal como adelanté, lo fundamental aquí es que la actora se dedica efectivamente al servicio de potabilización de agua para consumo humano (cfr. fs. 88 de los principales, fs. 45/47 de las Actuaciones 182/2006 y acum. 353/2008, 2469/2008 y 53-E-10 ingresadas como AEV N°89.529 a la causa), labor que reviste carácter esencial para la vida de la comunidad que se encuentra dentro de su área servida y que obliga a quien la cumple a sujetarse al marco regulatorio descripto (cfr. art. 4 inc. e) Dec. 911/95), siendo pasible también del régimen de contralor y sancionatorio que éste prescribe y que se materializa, por ejemplo, a través de la intervención en los casos expresamente previstos (art. 48 Ley 6044 y art. 13 inc. Q Dec. 911/95).

En contra de lo que aduce la recurrente, esta sujeción al poder administrador se justifica aun en el supuesto de que se trate de aguas de dominio privado. Al respecto -y sin perjuicio de que la vía intentada no resultaría idónea para la dilucidación o calificación del carácter público o privado de las aguas desde que ello requiere la verificación de los extremos que la ley de fondo establece para uno y otro caso, la que sólo puede ser obtenida en un proceso de conocimiento pleno-, cabe destacar que aun en el último supuesto, no se anularía la intervención estatal, puesto que existe una limitación de carácter general, dada por *la policía* de aguas, sobre todos los derechos que se pretendan ejercer sobre ellas, cualquiera sea su carácter.

El fundamento de este atributo concedido a la Administración radica en el brocardo “los derechos se ejercen conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio” (art. 14, 28 y 41 C.N.), sin que por ello pueda soslayarse que esta policía, a su vez, está sujeta a los principios de razonabilidad, preservación de la esfera libre de reglamentación y respeto a

las garantías constitucionales. Cabe acotar también que su ejercicio es esencialmente local, correspondiendo a la Provincia lo concerniente a la materia de aguas y que en su virtud, la Administración tiene facultades de vigilancia y de control fundadas en el deber de custodia de los intereses generales que tiene (vinculado al uso, preservación o a la recomposición de la calidad de las aguas, o a evitar efectos dañosos que puedan causar las aguas o inferirse de ellas) (Cfr. Mathus Escorihuela, Miguel (Dir.), Derecho y Administración de Aguas, Mendoza, 2007, p. 178 y ss.)

Esta Sala, en anterior integración, citando a Marienhoff ha expresado que “las provincias, en ejercicio de facultades propias, están habilitadas para dictar las disposiciones de carácter policial que sean necesarias para mantener en sus límites normales el ejercicio del derecho de propiedad, de manera que si bien la Nación es quien legisla sobre aguas privadas, la provincia puede dictar a su respecto disposiciones relacionadas a la seguridad, a la sanidad, etc. La administración pública, en consecuencia, sólo tiene las atribuciones de carácter policial o reglamentario que las respectivas leyes le hayan puesto a su cargo.” (LS209-170).

Por lo demás, el mismo recurrente relata al incoar los remedios en examen que Villa Las Carditas nació a raíz de la subdivisión, entre las familias copropietarias, de la centenaria Estancia El Plata, de gran extensión, indicando que la vertiente formaba un curso de agua que nacía y moría en la misma heredad, es decir, dentro del espacio físico ocupado actualmente por la Villa. Expresa luego que el agua que su parte potabiliza pertenece *a los propietarios de los lotes ubicados en la misma*, los que se originaron por el fraccionamiento que se realizó de la Estancia, agregando que “la Vertiente Puesto del Álamo, por sucesión particular, ha devenido en propiedad y posesión de todos y cada uno de los propietarios de lotes de dicha Villa”. De tales manifestaciones puedo suponer entonces, que el agua que otrora nacía y moría dentro de la misma propiedad, actualmente forma un curso de agua que discurre por distintas propiedades y aún por la vía pública convenientemente entubado y por ese motivo, se habría convertido en pública, de acuerdo a calificada doctrina (Cfr. Mathus Escorihuela, Miguel (Dir.), Derecho y Administración de Aguas, Mendoza, 2007, p. 68 y ss.). En consecuencia, quedarían sin sustento fáctico ni jurídico los agravios de la actora que se sustentan en el carácter privado del agua.

Tampoco merece favorable acogida la crítica de la recurrente mediante la cual aspira a que el EPAS ejerza sólo un control de calidad de las aguas potabilizadas -en función de razones de seguridad y salubridad públicas-, negando al propio tiempo que posea la facultad de solicitar la intervención. En este punto, no abrigo dudas en cuanto a que el marco que regula la actividad desarrollada por la recurrente confiere al Ente Regulador suficientes facultades para la consecución de sus fines, las que exceden ampliamente el control de calidad de este insumo básico, extendiéndose a todas aquellas medidas que de manera directa y razonable tengan en miras el aprovechamiento racional y eficiente del recurso hídrico, el aseguramiento de un régimen tarifario razonable y equitativo, la disminución del impacto ecológico y económico de la contaminación hídrica, etc. (cfr. Ley 6044 y Dec. 911/95)

Por otro lado, debe recordarse el papel fundamental que asumen los Entes Reguladores en la defensa de los derechos de los usuarios y demás objetivos impuestos por la legislación específica, el que ha sido ya resaltado por esta Corte en distintos fallos (ver plenarios registrados en LS 311-202; 329-001; 352-060), de los que pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. Los entes reguladores tienen naturaleza constitucional en lo que respecta a su función de control.
2. Quien concede el servicio público no debe ser quien lo controla; ello evita conflictos de interés y asegura la transparencia del sistema.
3. Consecuentemente, el ente regulador debe ser independiente y especializado, es decir debe tener idoneidad técnica e independencia funcional.
4. Esa independencia permite diferenciar el control que realiza el ente regulador del que puede hacer la Administración concedente.
5. También debe diferenciarse de las facultades municipales en cuanto a higiene y seguridad, las que generan una actividad de control e inspección municipal ajenas a los entes reguladores.
6. La labor del ente regulador no puede contradecir los intereses de los usuarios.
7. Específicamente, compete al EPAS el control de lo directamente vinculado con el servicio que se presta a los usuarios, su calidad y eficiencia.
8. La concesionaria debe cumplir las indicaciones del EPAS en materia de control; independientemente de los costos que ello insuma, los que pueden ser reclamados oportunamente.

Ratificando su importancia, se ha sostenido en LS 382- 215 del 29/10/2007 que “el control sobre la concesionaria del servicio público de agua potable y saneamiento no se limita únicamente a vigilar el régimen de explotación por los operadores, en particular el régimen tarifario; o a definir las subáreas de prestación del servicio que corresponda a los operadores, con sujeción a la política ambiental provincial; o a establecer y aplicar los procedimientos de control de los servicios; o a resolver los conflictos que se planteen entre usuarios, etc. (art. 4, inc. 3, inc. 4, inc. 6, inc. 7 de la Ley 6044), todas atribuciones que corresponden, evidentemente, al organismo regulador provincial...”

Cabe destacar, en este aspecto, que a partir de la reforma del año 1994 la Constitución Nacional, a través de su artículo 42, confiere sin lugar a dudas al Estado la facultad de control de “la calidad y eficiencia” de los servicios públicos, sin realizar distinciones en cuanto a la persona que presta el servicio, el que podrá estar en manos de organismos

estatales, mixtos o privados, o aun en entidades intermedias como cooperativas o uniones vecinales. A partir de allí se asegura también al usuario la protección de sus derechos a la salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia y del mercado, y al control de los monopolios naturales y legales.

Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la Resolución 64/292 del 28 de julio de 2010, reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. La Resolución exhorta a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, a propiciar la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países, en particular a los países en vías de desarrollo, a proporcionar un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible para todos. Del mismo modo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó, en noviembre de 2002, la Observación General nº 15, sobre el derecho al agua. El artículo I.1 establece que "El derecho humano al agua es indispensable para una vida humana digna". También se define el derecho al agua como el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico.(http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml).

La mirada constitucional y supranacional fortalece la decisión que propongo, máxime teniendo en cuenta que existen reclamos de usuarios materializados ante el Ente Regulador (cfr. fs. 2 Expte. 2469/2008 acumulado y fs. 48/51 Actuaciones 182/2006).

Observo, por otra parte, que el ejercicio por parte de la Administración de las facultades legalmente reconocidas -como la conminación a la registración- ha sido consentido por la amparista recurrente al expresar su voluntad de inscribirse como operador del servicio de agua potable (cfr. fs. 16, 58/59, 119/121 y 139 Actuaciones 182/2006 y acum. 353/2008, 2469/2008 y 53-E-10 ingresadas como AEV N°89.529 a la causa), circunstancia que echa por tierra el desconocimiento que hoy realiza de la competencia del Ente regulador para pedir su intervención.

En virtud de las consideraciones expuestas, si mi voto resulta compartido por mis distinguidos colegas de Sala, corresponde rechazar los recursos interpuestos, confirmando en consecuencia la sentencia de Alzada.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los **Dres. GÓMEZ y PÉREZ HUALDE**, adhieren al voto que antecede.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JORGE H. NANCLARES, DIJO:

Atento los considerandos vertidos en la cuestión anterior, corresponde rechazar los recursos interpuestos por el recurrente y confirmar la sentencia dictada por la Quinta Cámara Civil de Apelaciones de la Primera Circunscripción Judicial a fs. 344 y ss. de los autos N° 50833/250815, caratulados: “Unión Vecinal Villa Las Carditas c/Provincia de Mendoza p/Acción de Amparo”.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los **Dres. GÓMEZ y PÉREZ HUALDE**, adhieren al voto que antecede.

A LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JORGE H. NANCLARES, DIJO:

En virtud de lo decidido en las cuestiones anteriores, corresponde imponer las costas a la parte recurrente vencida (arts. 36 y 148 del C.P.C.).

Así voto.

Sobre la misma cuestión los **Dres. GÓMEZ y PÉREZ HUALDE**, adhieren al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

S E N T E N C I A :

Mendoza, 12 de febrero de 2016.

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

RESUELVE :

I.- Rechazar los recursos de Inconstitucionalidad y Casación interpuestos a fs. 25/49 vta. confirmando la resolución dictada por la Quinta Cámara Civil de Apelaciones de la Primera Circunscripción Judicial a fs. 344 y ss. de los autos N° 50833/250815, caratulados: “Unión Vecinal Villa Las Carditas c/Provincia de Mendoza p/Acción de Amparo”.

II.- Imponer las costas al recurrente vencido (arts. 36 y 148 del C.P.C.).

III.- Regular los honorarios profesionales en esta sede a los Dres. Juan E. SALVADOR, en la suma de pesos CUATROCIENTOS (\$ 400); Rubén O. FAILLA, en la suma de pesos OCHOCIENTOS (\$ 800); Bernardo TALAMONTI BALDASARRE, en la suma de pesos CUATROCIENTOS (\$ 400); Dalmiro GARAY CUELI, en la suma de pesos OCHOCIENTOS (\$ 800); Pedro GARCÍA EXPETXE, en la suma de pesos UN MIL DOSCIENTOS (\$ 1.200) y Carlos A. SARMIENTO GARCÍA, en la suma de pesos DOS MIL QUINIENTOS VEINTE (\$ 2.520) (arts. 10, 13, 15 y 31 L.A.).

IV.- Dar a la suma de pesos TRESCIENTOS DIECISEIS (\$ 316), de la que da cuenta las boletas obrantes a fs. 8 y 9, el destino previsto por el art. 47 inc. IV del C.P.C.

Notifíquese. Oficiese.

DR. JORGE HORACIO NANCLARES
Ministro

DR. JULIO RAMON GOMEZ
Ministro

DR. ALEJANDRO PEREZ HUALDE
Ministro