

Expte. N° 13-03898922-1, “Cempsa c/
Departamento General de Irrigación p/
Acción Procesal Administrativa”

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I.- Las constancias de la causa

ii.- La demanda

A fs. 209/226 el Dr. Mariano Gimenez Riili por el Consorcio de Empresas Mendocinas para Potrerillos S.A. (en adelante CEMPPSA) deduce acción Procesal Administrativa y solicita se declare la nulidad de la Resolución N° 1/16 así como la totalidad de los actos administrativos que le han servido de antecedentes, emitida por el Honorable Consejo de Apelaciones del Departamento General de Irrigación de fecha 26.02.2016 y reconozca a CEMPPSA la suma de \$2.025.881,44 de resarcimiento económico (indemnización) derivada del irrazonable apartamiento del DGI respecto de los Planes de Erogación previstos para los ciclos hidrológicos 2007/2008 y 2008/2009 con más los intereses devengados hasta la fecha del efectivo pago y de corresponder el impuesto al valor agregado (IVA).

Describe el Proyecto Aprovechamiento Integral del Río Mendoza- Potrerillos que demandó a CEMPPSA una inversión de U\$S 268.467.656,00 más IVA, cuya amortización (recupero) se obtiene exclusivamente mediante la explotación (generación y venta de energía) de las Centrales Hidroeléctricas Cacheuta, Alvarez Condarco y Carrizal, por un plazo originariamente previsto en 25 años.

Explica que mediante la Circular N° 2 del PBCG (Pliego), el Departamento General de Irrigación mediante una comunicación denominada “Estudio de Funcionamiento Embalse-Curva de Erogaciones”, determinó las directrices y los requerimientos netos y brutos de

las erogaciones de caudales desde el embalse Potrerillos, según la previsión de diferentes años hidrológicos.

Sostiene que en base a dicha determinación del DGI que integra la documentación de la licitación- se acordó que el potencial de cada período hidrológico se estimaría en septiembre de cada año, según las precipitaciones nivales del invierno inmediato anterior, sobre la base del cual el propio DGI debía determinar el caudal a erogar para cada mes del año o período en curso.

Alega que durante los dos ciclos comprendidos entre los años 2007-2009 el manejo del embalse que hizo el DGI fue absolutamente irregular, al disponer pautas de erogación arbitrarias e infundadas, sin observar las previsiones de la citada Circular N° 2 de la licitación que fue determinante para la oferta económica realizada por CEMPPSA para la construcción de Potrerillos, por cuanto constituye la base técnica del recupero de la millonaria inversión económica realizada, causando un perjuicio cierto, concreto y directo por la menor generación de energía a la prevista.

Determina los derechos y obligaciones de CEMPPSA y el DGI conforme documentación licitatoria y contractual. Así el art. 27 (Llenado del Embalse) del Acuerdo estableció que para el “Aprovechamiento Integral del Río Mendoza- Proyecto Potrerillos”, corresponde al DGI fijar las pautas para que el programa de llenado del embalse contemple la optimización del manejo de las aguas con el fin de conciliar los intereses concurrentes”; El PBCG dispone en su art. 138 que CEMPPSA debe “respetar el programa de erogaciones que le indique el DGI, autoridad de aplicación en lo que respecta al manejo de las aguas”, entre otros.

Efectúa consideraciones técnicas vinculadas a la pretensión necesarias para la comprensión de la misma y resalta que la previsión del año hidrológico, el estudio de la demanda, la planificación del modo de abastecerla y finalmente el cumplimiento de dicho programa es la principal función del DGI, si así no fuera no tendría ningún sentido el Plan de Erogación que se previó para Potrerillos y cuya consideración fue fundamental para CEMPPSA a la hora de formular la oferta económica, por cuanto el recupero de la inversión encuentra directa vinculación con dicho programa.

Expresa que desde el inicio de la concesión

se presentaron problemas y diferencias vinculadas al manejo del embalse, lo cual puede verse con detalles, en la causa N° 78.999, carat. “Consortio de Empresas Mendocinas para Potrerillos S.A. (CEMPPSA) c/ Dep. Gral. De Irrigación s/ A.P.A.”, cuya sentencia dictada el 15.10.2012 por la Sala I, reconoció el derecho de CEMPPSA a exigir al DGI un adecuado y fundado manejo del recurso hídrico, sobre la base de las obligaciones de la demandada resultantes de la documentación licitatoria y contractual.

Agrega que el citado proceso se encuentra directamente vinculado a otra causa (80.171 carat. “C.E.M.P.P.S.A. c/ Provincia de Mendoza s/ AP.A.” y sus acumuladas N° 81.381 y 82.497, que derivó en una condena económica a la Provincia por afectar la generación de energía mediante una serie de actos administrativos que la Suprema Corte consideró ilegítimos.

Concretamente en punto al incumplimiento del Plan de Erogación 2007-2008, relata que el injustificado accionar del DGI comenzó en el mes de noviembre en donde se ordenó una erogación promedio de 59,32 m³/s, en tanto que en el Plan de Erogación se preveía un valor de 71 m³/s, desviación que no solamente resultó desproporcionada, irrazonable e injustificada, sino que redundó de modo directo e inmediato en la imposibilidad de turbinado de un caudal de 11,25 m³/s en promedio por parte de CEMPPSA y por tanto en un daño económico sufrido en concreto por no poder generar la energía prevista.

Refiere que similar situación de desmanejo se produjo en diciembre del mismo año, ya que la pauta de erogación que diariamente indicaba el DGI excedió varias veces los requerimientos estipulados y otras veces fue inferior, sin que existiera razón o motivo alguno de semejante anarquía; ante esta situación notificó al DGI que la pauta no debía desviarse del Plan de Erogaciones 2007/2008 oportunamente comunicado y que cualquier variación tenía que ser comunicada por acto administrativo, debidamente fundado; la desviación significó de modo directo e inmediato la imposibilidad de turbinado de un caudal de 11,25 m³/seg. y por tanto un daño de \$ 1.034.511,90 (suma calculada al 21.12.2007), interponiendo el reclamo administrativo ante el DGI .

Puntualiza que un panorama similar se presentó en el siguiente ciclo 2008/2009, por cual se interpuso un nuevo

reclamo por la suma de \$ 991.379,54 más los intereses, por el daño cierto y concreto derivado de la pérdida de generación de energía hidroeléctrica, con motivo del inadecuado manejo del caudal y el incumplimiento del Plan de Erogación por parte del DGI.

Destaca como dato revelador que con posterioridad al segundo reclamo económico formalizado en el año 2009, la demandada nunca más volvió a apartarse irrazonablemente del Plan de Erogaciones de cada ciclo hidrológico, comportamiento más que elocuente a los efectos de la valoración de las conductas denunciadas.

Afirma que frente a los reclamos administrativos planteados el DGI optó por guardar silencio lo que derivó en una apelación y avocación en subsidio que fue resuelta por Resolución de Superintendencia N° 0392/15 que dispuso el rechazo, contra la cual se interpuso recurso de apelación ante el Honorable Consejo de Apelaciones que dictó la Resolución N° 1/16 limitándose a replicar algunos párrafos de la Resolución 0392/15 y rechazando el recurso.

Denuncia vicios graves y groseros en las resoluciones atacadas, las cuales carecen de fundamentos razonables y válidos al no valorar razonablemente las circunstancias de hecho y el derecho aplicable y estar en discordancia con la situación de hecho reglada por el orden normativo, contraviniendo derechos constitucionales de propiedad, razonabilidad, igualdad ante las cargas públicas y también teoría de los actos propios.

Sostiene que el DGI en ningún momento acreditó que la alteración al programa previsto para los ciclos 2007/2008 y 2008/2009 respondiera a la subordinación reseñada, alguna circunstancia excepcional o al régimen de prioridades y/o escasez del agua, excediendo por tanto el límite de la discrecionalidad.

Considera que es totalmente improcedente el intento del DGI de eximirse de responsabilidad en base a la cláusula “sin perjuicio de terceros” y/o falta de garantía sobre caudales concedidos.

Finalmente remarca que en el caso concreto la acción se funda en el incumplimiento injustificado de los compromisos asumidos por parte del DGI, toda vez que el volumen del agua previamente retenido durante el período hidrológico 2007/2008 y dilapidado en el

2008/2009, implicó un verdadero derroche del recurso hídrico, ello como resultado del mal manejo del mismo por parte del DGI por el apartamiento arbitrario de las previsiones dispuestas en los Planes de Erogación respectivos.

A fs. 273/280 CEMPPSA modifica la acción procesal administrativa en lo atinente al reclamo económico que asciende a \$ 3.990.680,40 y amplía los antecedentes particulares, fundamentos legales y pruebas ofrecidas.

ii.-La contestación de demanda

A fs. 348/371 y vta. el Departamento General de Irrigación plantea la falta de legitimación sustancial pasiva.

Expresa que en el marco contractual entre CEMPPSA y la Provincia de Mendoza, el DGI solo fija las pautas para que se optimice el manejo de las aguas a fin de conciliar los intereses concurrentes de uso del recurso hídrico, es decir es un tercero encargado de gestionar, en una primera etapa el llenado de la presa y luego Circular N° 2 determinando las pautas, directrices y requerimientos de erogación de caudales conforma la previsión de diferentes años hidrológicos, pero nunca fue ni es parte de dicho contrato.

Destaca que en autos se está reclamando como expresamente se reconoce en el punto 4.7 derechos subjetivos lesionados por los daños y perjuicios que la actora dice haber sufrido por violación a derechos derivados de un contrato, achacando a su parte haber incumplido con los Planes de Erogación comprendidos en el Acuerdo entre la Provincia de Mendoza y CEMPPSA, que no fue suscripto como parte por el DGI sino por el Gobierno de la Provincia de Mendoza.

Como consecuencia, señala que las relaciones bilaterales solo existen entre la actora y la Provincia, las que nacen de una concesión donde los incumplimientos deben resolverse en el seno de esa relación contractual más allá de que se le haya adjudicado a un tercero la fiscalización en el llenado de la represa y/o manejo de las aguas en el aprovechamiento integral del Río Mendoza tanto en forma general (manda constitucional) como en el Proyecto Potrerillos (delegación contractual).

Arguye que la acción debió dirigirse contra

la Provincia de Mendoza y ello ha sido reconocido por esta SCJM, Sala I en los autos N° 78.999, carat. “Consortio de Empresas Mendocinas para Potrerillos S.A. (CEMPPSA) c/ Dep. Gral. de Irrigación s/ AP.A.”, quien al dictar sentencia desestimó una defensa de falta de legitimación sustancial pasiva articulada por la Provincia de Mendoza e hizo lugar a la acción procesal administrativa deducida por CEMPPSA anulando una resolución de multa impuesta por el DGI en su contra.

Resalta que no entiende porque en esta oportunidad se demanda al DGI, cuando la naturaleza de su reclamo es idéntico al formulado en otras causas anteriores que ella misma cita y de donde surge con claridad que las relaciones bilaterales existentes entre la actora y la Provincia de Mendoza por el Proyecto Potrerillos nacieron de una concesión.

Asimismo opone al progreso del reclamo por daños y perjuicios la prescripción de la acción como defensa de fondo, por cuanto los supuestos daños devienen de una “relación contractual” entre la Provincia de Mendoza, en su calidad de órgano “concedente” de la relación y la actora en su calidad de “concesionaria”, siendo el DGI un tercero.

Sostiene que al ser extracontractual el reclamo, la respectiva acción para demandar al DGI se encuentra prescripta conforme lo estipulado por el art. 4037, con lo que mal podría luego de transcurridos 10 años del supuesto hecho generador del daño, reclamarle a su parte los teóricos perjuicios ocasionados.

Entiende que la reclamación administrativa efectuada carece de efectos “suspensivos” o “interruptivos” de la prescripción en curso, la que a los fines del efectivo reclamo resultan totalmente innecesarios, como también el agotamiento previo de la vía administrativa, en el marco del proceso de la Ley 322, para iniciar una acción de daños y perjuicios como lo previó el art. 40 del Decreto 1942, que todo conflicto derivado del contrato se sometería al Procedimiento Administrativo Provincial Ley N° 3909 y Proceso Administrativo Ley N° 3918.

Establece que el DGI nunca asumió asegurar un caudal determinado, por lo que el reclamo carece de valor alguno y debió dirigirse contra la Provincia.

Concluye que en el caso deben aplicarse las reglas de la responsabilidad contractual, y que la acción debió haber sido una

de daños y perjuicios y contra el Gobierno de la Provincia y no contra el DGI.

En cuanto al fondo del reclamo, expresa que los planes de Erogación o Desembalse son provisorios o tentativos, debido que para su elaboración los factores que se evalúan no son fijos sino que van variando permanentemente (temperaturas, incidencias climáticas, demanda para riego agrícola y demás usos, coeficientes de riego, estado de infraestructura de riego, régimen de distribución, pérdidas por infiltración, desarenos de Dique Cipolletti, imprevistos) y al tiempo de su elaboración, fines de septiembre, resulta muy difícil conocer con exactitud qué ocurrirá los próximos meses, sobre todo durante el tiempo estival, con la superficie a considerar en la distribución, que temperaturas se registran en alta montaña, etc.

Menciona que estas circunstancias fueron expresamente consignadas en el Pliego de Licitación, en el Decreto N° 1942 por lo que la actora no puede desconocerlas.

Indica que el pronóstico del DGI para el ciclo Hidrológico 2007/2008 era de un año hidrológico medio, con un escurrimiento estimado en 1480 Hm³; en el mes de noviembre efectivamente el plan fijaba una erogación de 71 m³/seg. y en realidad la erogación promedio fue de 59,3 m³/seg. La diferencia de 11,7 si bien no fueron turbinados en ese mes, no se perdieron sino que quedaron retenidos en el embalse y en consecuencia disponibles para ser turbinados con posterioridad. La variación se produjo debido a que fuertes tormentas ocurridas los días 8, 9 y 10 determinaron una disminución de demanda y se decidió prorrogar por 8 días el cambio de régimen de distribución.

Agrega que en el mes de diciembre de 2007 si bien el plan de erogación fijaba derivar desde el embalse 79 m³/seg. las elevadas temperaturas registradas y la baja humedad en el ambiente, elevaron la demanda resultando necesario utilizar caudales superiores a los programados, en consecuencia los caudales oscilaron entre los 71 y los 75 m³/seg. Por otra parte los días 1 y 2, 8 y 9, 15 y 16 debieron realizarse desarenos en Dique Cipoletti, intertanto las erogaciones se redujeron a los valores indicados considerando que con la cota de embalse que tenía en ese momento el dique Potrerillos CEMPPSA pudiese turbinar el máximo que dicha carga permitía, es decir 75,5 evitando que, dicha empresa continuara

descargando agua de fondo cuando no se estaba utilizando el agua para cubrir la demanda de riego.

Sostiene que el procedimiento adoptado fue el adecuado ya que permitió satisfacer las demandas de usuarios empadronados y por otra parte cumplir con CEMPPSA ya que prácticamente se alcanzó la cota máxima en el embalse y otra circunstancia a tener en cuenta fue la problemática del comportamiento del Glaciar Grande de Nevado del Plomo.

En relación al Ciclo Hidrológico 2008-2009 señala que el pronóstico indicaba que estábamos en presencia de un año hidrológico rico con un escurrimiento medio estimado de 1850 Hm³, existiendo diferencias en más o menos en todos los meses menos agosto conforme tabla acompañada.

Postula que de no haberse adoptado los procedimientos detallados, es decir si se hubiese respetado la erogación de caudales indicados en el Plan de Erogación, ante una oferta hídrica que durante los meses de noviembre y diciembre, excedió ampliamente a la pronosticada, el Embalse Potrerillos se hubiese llenado a fines de diciembre dejando a partir de allí de cumplir con su función de regulación.

Sintetiza que de lo expuesto se desprende que el actuar no fue caprichoso ni mucho menos negligente, sino el resultado del manejo de una obra hidráulica por personal profesional y experimentado en la materia, que lleva décadas gestionando el agua con las imprevisiones que la naturaleza presenta.

Defiende la aplicabilidad del art. 124 de la Ley de Aguas el cual no ha sido cuestionado en su constitucionalidad y se encuentra vigente, de allí que la concesión otorga al particular un derecho subjetivo que permite usar privativamente del agua concedida en la medida que esté disponible en cuanto el Estado no se responsabiliza por un caudal ni garantiza un mínimo.

Aduce la inexistencia de vicios en las resoluciones atacadas así como la no afectación a los derechos constitucionales mencionados, por las razones que expone.

Impugna el monto reclamado el que ha sufrido reiteradas variaciones desde el reclamo en sede administrativa por errores de cálculo y no por intereses por mora y por tal razón debe ser

rechazado.

A fs. 374/383 se hace parte y contesta Fiscalía de Estado.

Plantea la falta de legitimación sustancial pasiva del Departamento General de Irrigación por cuanto no es titular de la relación jurídica sustancial que se pretende hacer valer.

Menciona las circunstancias fácticas que excluyen al DGI, indicando que es un tercero en el contrato bilateral de concesión, que nunca fue ni es parte en el proceso, ni suscribió el contrato y que su rol se limitaba a las cuestiones técnicas relativas al uso del recurso.

Entiende que CEMPPSA debió demandar a la Provincia como co-contratante y no al DGI por ser un organismo constitucional ajeno a la relación contractual; postura que ha sido reconocida por este superior tribunal. Cita Jurisprudencia.

Para el supuesto de desestimación de la falta de legitimación sustancial pasiva, opone la defensa de prescripción de la acción de daños y perjuicios, con fundamento en el art. 4037 inc. 2 del Código Civil.

En lo sustancial adhiere en un todo a la contestación realizada por el DGI en el punto IV.C. y defiende el accionar del DGI dado que entiende que los cambios eventualmente realizados en el Plan de Erogaciones, fueron ejecutados en el marco de la actividad técnica y del ejercicio de facultades discrecionales y necesarias para el manejo adecuado del embalse.

II.-Consideraciones

En base a los antecedentes reseñados y tal como ha quedado trabada la litis, corresponde expedirse en primer lugar sobre la defensa de falta de legitimación sustancial pasiva interpuesta por el Departamento General de Irrigación (demandada directa), y por Fiscalía de Estado.

En este aspecto se señala que si bien mediante la presente acción procesal administrativa se pretende la nulidad de resoluciones dictadas por el Departamento General de Irrigación que rechazaron el reclamo administrativo de CEMPPSA, **el objeto de la pretensión es el resarcimiento económico por la menor generación de**

energía a la prevista, derivada del incumplimiento de los Planes de Erogación previstos para los ciclos hidrológicos 2007/2008 y 2008/2009, en el marco del contrato de concesión celebrado con el Gobierno de la Provincia de Mendoza.

El rechazo del Departamento General de Irrigación tuvo como fundamento, entre otros, que los planes de erogación o de desembalse anual son elaborados sobre la base de variables siempre aleatorias, por lo que nunca pueden tener carácter definitivo ni generar algún tipo de responsabilidad patrimonial del estado por la disminución de caudales erogados, lo que se encuentra expresamente establecido en la LA-Art. 124.

Además se sostuvo que el método de elaboración del Plan de Erogaciones para Dique Potrerillos es idéntico al que históricamente se utiliza para todos los ríos y embalses de la Provincia, cuyos criterios resultan aplicables a todas las empresas concesionarias de un uso hidroeléctrico en Mendoza y cuyo modelo de pronóstico necesariamente requiere de ajustes y calibraciones y que en el presente caso el accionar de la Subdelegación de Aguas del Río Mendoza al elaborar y ejecutar los Planes de Erogaciones (Años 2007-2009) se halla justificado en función de los informes técnicos obrantes en autos.

De lo expuesto surge que el Departamento General de Irrigación no argumentó la falta de legitimación sustancial pasiva en sede administrativa, lo que no obsta a criterio de este Ministerio Público Fiscal, que V.E. pueda tratarlo, al constituir un presupuesto procesal de la acción (crf. Autos N° 79.669, “Calzada Miguel Luis c/ Obra Social de Empleados Públicos s/ A.P.A.”, Sala I, 2/09/08).

Al respecto se considera que sustancialmente corresponde hacer lugar a de la defensa planteada en atención a las siguientes consideraciones:

i- El Departamento General de Irrigación es el órgano que constitucional y legalmente tiene a su cargo el manejo de las aguas, cauces naturales y artificiales, riberas y servidumbres (arts. 6, 10, 190 de la Ley de Aguas), en la Provincia de Mendoza y fija las pautas para que se optimice el mismo, a fin de conciliar los intereses concurrentes de uso del

recurso hídrico.

Al respecto V.E. señala que el poder de policía que detenta el DGI sobre la regulación de los cauces de aguas no es discutible y que el art. 188 de la Constitución Provincial consagra por un lado, una "cláusula abierta de competencia administrativa", en el sentido de que toda la competencia de este tipo es titularizada por el DGI; y que la Resolución N° 778/96 del HTA, actúa como la reglamentación genérica e integral de la protección de la calidad de las aguas del dominio público provincial dentro de la competencia fijada por la Ley General de Aguas y Leyes 4035, 4036, 5961 y 6405 (L.S. 380-119).

En atención a ello, se estableció en la documentación licitatoria y contractual vinculada a Potrerillos, que para la etapa de llenado del embalse, el Departamento General de Irrigación sería quien fijaría las pautas para que se optimice el manejo de las aguas a fin de conciliar los intereses concurrentes, determinando el Art. 27 del Acuerdo que: *“El llenado del embalse se efectuará en las épocas, con volúmenes a embalsar y a erogar en función del derrame natural del Río Mendoza, con sujeción a las demandas de agua y a las restricciones que determine el Departamento General de Irrigación. El programa tentativo de llenado quedará establecido como parte integrante del Proyecto Definitivo. El Departamento General de Irrigación fijará las pautas para que el programa de llenado del embalse contemple la optimización del manejo de las aguas con el fin de conciliar sus intereses concurrentes....”*

Como se advierte, en el marco contractual entre CEMPPSA y la Provincia de Mendoza, según la disposición transcripta, el Departamento General de Irrigación fija las pautas para que se optimice el manejo de las aguas a fin de conciliar los intereses concurrentes de uso del recurso hídrico, siendo un tercero encargado de gestionar, en una primera etapa el llenado de la presa determinando las pautas, directrices y requerimientos de erogación de caudales conforme la previsión de diferentes años hidrológicos, pero no es parte del contrato bilateral de la concesión.

iii- Así, los incumplimientos dentro del

marco de la concesión deben resolverse dentro de esa relación contractual más allá de que se le haya adjudicado (delegado) a un tercero la fiscalización en el llenado de la represa y/o manejo de las aguas en el Proyecto Potrerillos.

De allí que la acción debió dirigirse contra la Provincia de Mendoza y no contra el Departamento General de Irrigación, que no es el titular de la relación jurídica sustancial que se pretende hacer valer, criterio que ha sido reconocido por esta Suprema Corte de Justicia, en los autos N° 78.999, carat. “*Consortio de Empresas Mendocinas para Potrerillos S.A. (CEMPPSA) c/ Dep. Gral. de Irrigación s/ AP.A.*”, Sala I, quien al dictar sentencia desestimó una defensa de falta de legitimación sustancial pasiva articulada por la Provincia de Mendoza e hizo lugar a la acción procesal administrativa deducida por CEMPPSA, anulando una resolución de multa impuesta por el DGI en su contra al entender que la resolución que aplica la multa está viciada en su competencia por haber sido dictada por un órgano que no tenía conferida tal atribución por norma alguna ya que la cuestión no refería al ejercicio del poder de policía atribuido al DGI sino a incumplimientos nacidos de la relación contractual que vinculaba a la actora con el Gobierno de la Provincia.

Se destaca asimismo que similar planteo fue formulado por el actor en causas anteriores (80.171, “*C.E.M.P.P.S.A. c/ Provincia de Mendoza*” y sus acumuladas N° 81381 y 82.497), en las cuales solicitó daños derivados de la pérdida de generación de energía, demandando al Gobierno de la Provincia.

Por ello, se considera que corresponde hacer lugar a la defensa de falta de legitimación sustancial pasiva y rechazar la demanda, lo que exime de ingresar al fondo del asunto.

III- Dictamen

Por lo expuesto, a juicio de esta Procuración General procede que la misma sea desestimada por V.E. conforme las consideraciones expuestas en el acápite II.

Despacho, 19 de abril de 2023.



Ministerio Público Fiscal

PROVINCIA DE MENDOZA