

CAUSA N° 11508 CCALP “KERSICH JUAN GABRIEL Y OTROS C/ AGUAS BONAERENSES S.A. Y OTROS S/ AMPARO -LEGAJO ART. 250 C.P.C.C.-”

En la ciudad de La Plata, a los ocho días del mes de Noviembre del año dos mil once, reunida la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, en Acuerdo Ordinario, con la presencia de los Señores Jueces Dres. Claudia Angélica Matilde Milanta, Gustavo Daniel Spacarotel y Gustavo Juan De Santis, para entender en la causa "KERSICH JUAN GABRIEL Y OTROS C/ AGUAS BONAERENSES S.A. Y OTROS S/ AMPARO -LEGAJO ART. 250 C.P.C.C.-", en trámite ante el Juzgado de Garantías del Joven N° 1 del Departamento Judicial Mercedes (Expte. N° -11508-), previa deliberación, se aprueba la siguiente resolución.

La Plata, 8 de Noviembre de 2011.

VISTO Y CONSIDERANDO:

El recurso de apelación interpuesto a fs. 338/345, el Tribunal decidió plantear la siguiente

CUESTIÓN:

¿Es fundado el recurso de apelación?

VOTACIÓN:

A la cuestión planteada, el Dr. Spacarotel dijo:

I. Por resolución de fecha 15 de septiembre de 2011, el juez de grado tuvo por presentados en calidad de actores a los firmantes de fs. 788/7043, tal como lo detallara en su decisorio (v. fs. 220/270), requiriendo a la demandada informe circunstanciado de ley respecto de los nuevos amparistas.

Asimismo, hizo lugar a la adhesión que efectuaran los nuevos actores, respecto de la medida cautelar que dispusiera contra Aguas Bonaerenses Sociedad Anónima (ABSA) a fojas 40/47, confirmada por la mayoría de este Tribunal por resolución de fecha 22-03-11.

En consecuencia, ordenó a la demandada que en el plazo de 72 horas suministre a los adherentes, vecinos de la localidad de 9 de Julio, consumidores de agua provista por la demandada ABSA, en sus respectivos domicilios agua potable provista en bidones –no inferior a los doscientos litros mensuales por persona-, conforme las pautas del Código Alimentario Argentino (art. 982).

II. Contra dicha resolución la empresa ABSA interpone recurso de apelación a fojas 338/345, concedido a fojas 346/347.

El recurso interpuesto resulta admisible (conf. arts. 17 y concs., ley 13.928 –texto conf. ley 14.192-), correspondiendo a este Tribunal considerar sus agravios (art. 17 bis, ley 13.928 –texto conf. ley 14.192).

III. 1. En ese orden, cabe puntualizar que la quejosa se agravia -en primer término- de la aceptación de la adhesión en el marco del presente amparo colectivo, de 2.641 actores, imponiéndole la carga de acompañar informe circunstanciado respecto de todos y cada uno de ellos en el plazo de diez (10) días.

Entiende que ello desnaturaliza el funcionamiento del proceso colectivo, así como las características sumarísimas del juicio de amparo, provocando violación al debido proceso y al derecho de defensa en juicio.

Explica las dificultades que debería sortear, para tomar una muestra de agua en cada uno de los domicilios involucrados, para informar la calidad de agua que se suministra en cada uno de los casos, en el plazo de ley del informe circunstanciado y que, en el impensable supuesto que el juez considere la solicitud de ampliar dicho plazo, en razón de diez (10) domicilios por día requeriría como plazo extra para presentar el informe cuatro meses.

Afirma que la presencia en autos de un litigante colectivo actuando en virtual representación del resto, es decir, vecinos que iniciaron originalmente la presente acción, debió ser considerado por el *a quo* suficiente para reemplazar la actuación personal de los demás interesados.

En ese sentido sostiene que corresponde revocar la decisión de admitir la intervención de 2.641 terceros en calidad de actores del presente proceso, descalificar el ingreso de los mismos al trámite de la causa y quitarles el rol de partes, sin perjuicio de la representación que a su respecto asumen los litigantes originarios de la acción y los efectos expansivos que este proceso colectivo pueda llegar eventualmente a generar a su respecto.

2. En segundo término, se agravia de la ampliación de la medida cautelar dictada en autos, afirmando que se ha tornado de cumplimiento imposible.

Afirma que la exclusión de aquellos terceros como partes formales de esta causa, tal como lo propone en su primer agravio, conlleva a la exclusión de la medida cautelar decretada en términos personales a su respecto.

Luego, sostiene como segunda objeción, la ausencia de presupuestos cautelares que justifiquen su dictado, respecto de cada uno de los nuevos beneficiarios, tanto en lo que respecta a la verosimilitud en el derecho, como al peligro en la demora y razonable contracautela.

Contrario a ello, asevera que dicha medida provoca una grave afectación al interés público involucrado en la prestación del adecuado servicio de agua potable.

Manifiesta que ABSA ha cumplido sistemáticamente con el punto III de la manda judicial de fecha 2-11-11 en cuanto ordenaba “*...la realización en forma mensual de análisis del agua que distribuye mediante la red domiciliaria en por lo menos 10 domicilios del partido de 9 de julio...*”, cuyos informes se han agregado al expediente y de los que sostiene, se desprende que prácticamente que en todas las zonas de la localidad de 9 de Julio el agua distribuida por la empresa demandada cumple con los parámetros de calidad conforme la normativa vigente.

Adjunta un Protocolo Analítico de Análisis de Agua de consumo del Municipio de 9 de Julio, elaborado por la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional de La Plata el 5-8-2011, requerido por la “*Asociación todos por el Agua*”.

Advierte que en la resolución cautelar, no se ha indicado el domicilio real de ninguno de los nuevos actores y que no se le ha corrido traslado de ninguna de las presentaciones, por lo cual, la empresa carece de certeza de quien se presenta, ni de la presentación alegada.

Refiere como hecho nuevo el advenimiento a un acta acuerdo celebrada con el consentimiento del Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires y la intervención del Ministro de Salud y de la Ministra de Infraestructura provincial, de fecha 30-05-11, a partir de la cual, afirma, se arribó a una solución extrajudicial del conflicto, tornando abstracto el presente proceso.

Puntualiza que dos de los actores del presente amparo, Sres. Kersich y Crepo, presidente y vicepresidente de la “*Asociación Todos por el Agua*” suscribieron el mencionado convenio, el que se encuentra en pleno cumplimiento e implica la construcción de una importante obra de infraestructura para adecuar el contenido de arsénico, habiéndose ejecutado en la actualidad 1000 metros de cañería de impulsión.

En ese orden, sostiene que debe revocarse la medida cautelar original y sustituirla conforme el acuerdo transaccional, respecto del cual, en caso de estimarse necesario, solicita su homologación jurisdiccional.

Finalmente, aduce grave afectación al interés público atento al costo que insumiría el cumplimiento de la manda cautelar en los términos que ha sido ampliada por el juez de grado, en miras a la cantidad de inmuebles involucrados y la facturación de la empresa.

3. Adelanto que los agravios de la quejosa no han de prosperar, pues, los fundamentos que alega, no enervan la solución adoptada, toda vez que a la luz del *status quo* que se intenta preservar, se verifican y perviven similares circunstancias a las ponderadas en oportunidad de emitir mi voto en el pronunciamiento de fecha 22-03-11.

En ese orden, es dable destacar que la recurrente no desconoce en modo alguno el legítimo interés de los actores y adherentes en relación al objeto pretensional, que por su

carácter resulta insusceptible de aprehensión individual, y que –naturalmente- trasciende la esfera individual, o círculo vital del derecho subjetivo; ello así en tanto todos ellos vecinos de la localidad de 9 de Julio, se encuentran en similares condiciones, respecto de la provisión de agua que los beneficiarios de la tutela ordenada primigeniamente.

Tampoco niega la demandada, la presencia de arsénico por sobre los valores aceptados, aunque afirma que “prácticamente” el agua que distribuye en la localidad cumple con los parámetros adecuados, es decir, no se encuentra en condiciones de garantizar que la totalidad del agua que provee en la zona se encuentra apta para consumo conforme.

Ello así, no puedo desconocer que los adherentes, en tanto vecinos de la localidad afectada y usuarios del servicio que ABSA provee, ostentan interés jurídico suficiente como para considerarlos provisoriamente legitimados para ser considerados parte de la presente acción de amparo en el marco de las circunstancias fácticas y jurídicas que esgrimen.

En efecto, tal como tuve oportunidad de expresarlo en mi anterior intervención “...la calidad de habitantes de la ciudad de 9 de Julio, y su vinculación directa con el objeto procesal que tramita por la acción de amparo, (potabilidad de agua), dan por sentado una potencial afectación del círculo vital de derechos de las personas que promueven la jurisdicción, con carácter cualificado en relación al resto de la comunidad”.

Tampoco puede esgrimir con éxito la recurrente, la dificultad de responder el informe circunstanciado en el plazo de ley, a partir del número de usuarios involucrados en la presente acción, ello toda vez que el propio magistrado de grado, expresamente aclaró en su resitorio que, en el caso en que la demandada lo requiera, a su pedido dicho plazo podría ser prorrogado (ver fs. 252), ni alegar por ello, se encuentren vulnerados su derecho al debido proceso.

4. Así ha de recordarse, conforme tuve ocasión de expedirme en la causa CCALP N° 404 “Longarini”, res. del 11.5.05, (reiterado en la causa N° 3131 “Asociación Civil Nuevo Ambiente”, sent. del 22-06-06, y en causa CCALP N° 10.840 “Solari”, res. del 10.8.2010) la vigencia y aplicación del “principio de prevención” y el “precautorio” (art. 4, ley 25.675) que deben presidir las decisiones políticas, o de oportunidad jurisdiccional, en aras de tutelar el compromiso ambiental y en la salud de la población (arts. 41, 42 y 43, Const. Nac.; art. 28, Const. Prov.).

La principal característica del *principio de precaución*, está dirigida a gerenciar el riesgo de un daño desconocido o mal conocido, derivando entonces en la toma de medidas aún antes de que el peligro de daño pueda ser realmente identificado. En cambio, el *principio de prevención*, intenta mitigar los posibles efectos dañosos de una actividad o proyectos cuya nocividad resulta conocida (Tripelli, Adriana, “El Principio de Precaución en la Bioseguridad”, p. 283 y ss., en la obra colectiva: “Tercer Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario”, febrero de 2001).

En este sentido ha de recordarse que el *principio precautorio* refuerza la idea predominante en el derecho ambiental de prevención. Es un instrumento idóneo para la defensa del medio ambiente, en situaciones de riesgo potencial, frente a la duda científica, y de cara a la posibilidad medianamente aceptable de un peligro ecológico o ambiental amerita la tutela judicial. (ver CAFFERATTA, Néstor A. "El principio de prevención en el derecho ambiental", Revista de Derecho Ambiental, Noviembre 2004, pág.10 y ss).

Bajo dicha pauta se ha reconocido frente a situaciones de difícil prueba (Peyrano, Jorge W. "La prueba difícil", J.A. 203-III. Fascículo Nº 7), o en casos llamados como de "*alta complejidad*" (Morello, Augusto M. "Los Tribunales y los Abogados Frente a los Problemas que Plantean los Litigios Complejos" JA 190-I.929).

Por tanto, en autos, debe acudirse al "**principio precautorio**", para ponderar la especie, toda vez que, los nuevos presentantes alegan similares circunstancias fácticas que los ya tutelados, encontrándose tal como ya se advirtiera, comprometida las condiciones de salud de la población que reside en la ciudad de 9 de Julio, a partir del suministro de agua de uso domiciliario, por debajo de los parámetros de calidad establecidos por la normativa vigente.

5. Tales circunstancias, surgen también del acuerdo al que hace referencia la quejosa, cuya copia obra a fs. 294/297vta., celebrado por el Sr. Ministro de Salud de la Provincia de Buenos Aires, la Sra. Ministra de Infraestructura de la Provincia de Buenos Aires, el Presidente de Aguas Bonaerenses SA, el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, el Presidente y Vicepresidente de la entidad "*9 de Julio, Todos por el Agua*", el que da cuenta de la pesquisa de elevados niveles de concentración de arsénico en el agua suministrada en la zona.

Así como también, la necesidad de encarar las obras de infraestructura que conlleven a la definitiva solución del problema y, en lo que aquí interesa, el compromiso asumido de suministrar a quienes reciban agua por encima de los valores establecidos por la normativa vigente, agua de buena calidad en bidones sellados por la empresa (ver punto "J", a fs. 296/vta.), por lo que frente a ello, carecen de sustento, las dificultades invocadas por ABSA en lo que respecta a la provisión de agua potable para los nuevos beneficiados por la tutela provisoria.

En este contexto de análisis preventivo del riesgo invocado en autos, cobra relevancia, la concurrencia de una situación de peligro en la demora (arts. 195, 230, 232 y concs. CPCC). En la evaluación de tal requisito es preciso indagar tanto el gravamen que produciría la presunta existencia de elementos nocivos para la salud pública en el agua potable de la ciudad, como el que resultaría de la paralización temporal del suministro de agua en las condiciones existentes, o bien, la no extensión del suministro a vecinos del partido, potencialmente afectados, todo ello es menester ponderarlo frente al supuesto de arribarse a una sentencia adversa a la pretensión (ver SCBA doc. causas B. 65.158, "Burgués", res. del 30-IV-03; I. 3.521; I. 68.183; I. 68.174, entre otras).

Bajo este curso de acción, y teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión intentada, los sujetos procesales que en ella intervienen, la índole de los derechos en juego, la vigencia en esta materia de los principios preventivo y precautorio ínsitos en la cláusula del art. 28 de la Constitución provincial consagrados en el art. 4 de ley 25.675 (conf. SCBA I-68174, “Filón”, res. de 18-IV-07), la urgencia que el caso requiere, corresponde mantener la vigencia de la tutela cautelar otorgada en primera instancia, sin perjuicio de la evaluación que deberá realizar el a quo en esta instancia precautoria del proceso a los fines pertinentes, de los resultados que arrojen los permanentes estudios que deberán formularse según alega la parte demandada.

6. En consecuencia, considero en el marco preventivo del despacho cautelar, acreditados los extremos conformadores del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris* (arg. arts. 230, 232 y concs., CPCC; 9 y 25, ley 13.928, artículo incorporado por ley 14.192).

Tal como se considerara en el *sub lite*, los presupuestos de procedencia mencionados deben ponderarse, *prima facie* a la luz de lo resuelto por este Tribunal, en la causa N° 10.966 “Florit”, sent. del 21-9-2010, teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión intentada, los sujetos procesales que en ella intervienen, la índole de los derechos en juego, la vigencia en esta materia de los principios preventivo y precautorio ínsitos en la cláusula del artículo 28 de la Constitución provincial consagrados en el artículo 4 de ley 25.675 (conf. SCBA I-68174, “Filón”, res. de 18-IV-07) y la urgencia que el caso requiere (conf. resolución de fecha 22-03-11 y sus citas).

IV. En consecuencia, propongo rechazar el recurso de apelación deducido por la parte demandada y confirmar el pronunciamiento recurrido, en cuanto ha sido materia de agravios (arts. 9, 16, 17, 17bis, 25 y concordantes de la ley 13.928 –texto según ley 14.192-; 195, 230, 232 y concordantes del CPCC), votando a la cuestión planteada por la negativa.

Costas a la demandada vencida (art. 19, ley 13.928 –texto según ley 14.192-).

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada, la Dra. Milanta adhiere a los fundamentos y solución propuesta por el Dr. Spacarotel, votando en idéntico sentido.

A la cuestión planteada, el Dr. De Santis dijo:

Siendo que la resolución apelada es sólo una ampliación cuantitativa de su universo de destinatarios, le caben los mismos fundamentos de revocación que dejara expuestos en ocasión de mi intervención obrante a fojas 213/215, los que doy por reproducidos por razones de brevedad.

Así, me pronuncio por el acogimiento del recurso de apelación de la parte demandada en los mismos términos de ese anterior pronunciamiento (fojas 213/215).

Así lo voto.

Por tales consideraciones, este Tribunal

RESUELVE:

Por mayoría, rechazar el recurso de apelación deducido por la parte demandada y confirmar el pronunciamiento recurrido en cuanto ha sido materia de agravios (arts. 9, 16, 17, 17bis, 25 y concordantes de la ley 13.928 –texto según ley 14.192-; 195, 230, 232 y concs., CPCC).

Costas a la demandada vencida (art. 19, ley 13.928 –texto según ley 14.192-).

Regístrate, notifíquese y devuélvase al juzgado de origen oficiándose por Secretaría.

Firmado: Claudia A. M. Milanta. Jueza. Gustavo Daniel Spacarotel Juez. Gustavo Juan De Santis. Juez. Mónica M. Dragonetti. Secretaria. Registrado bajo el nº 999 (I).