



Ello aún cuando, como lo reconoce la misma alzada, pudiera en el caso existir otro remedio judicial idóneo -tal, la acción contencioso administrativa-, puesto que al no expedirse el magistrado sobre tal tópico, tal carencia no puede ser suplida en modo alguno por la sentencia de alzada so riesgo de infringir el principio de congruencia procesal (v. punto II. 3 de la sentencia atacada).

Por otra parte, en cuanto al fondo de la cuestión, entendió que el texto de la ordenanza 3891/10 debía integrarse con expresas disposiciones de la ley 12.257 (Código de Aguas provincial), que en sus arts. 83 a 85 prevé específicamente -con fines protectorios del ambiente- que como paso previo e ineludible a la exploración y explotación de un recurso hídrico subterráneo, es menester contar con la expresa autorización de la Autoridad provincial del Agua para proceder a su perforación, conformidad que se conecta de modo inescindible a la presentación por parte del interesado de un estudio hidrogeológico de la Administración provincial quien, de corresponder, conferirá el certificado de explotación pertinente. Ante ello -destaca la Cámara-, surge claro que si bien en el caso ha mediado una intervención de la Autoridad del Agua, en ella se efectúan observaciones de gravedad (con fecha 03/12/2010) que no merecieron respuesta técnica y aún no se ha expedido la autorización evaluatoria final. Consideró finalmente que en virtud de lo antedicho se evidenciaba de modo manifiesto una ruptura con el orden jurídico así como un accionar arbitrario de la Administración, toda vez que la Municipalidad de Pinamar ha expedido una autorización de uso para efectuar perforaciones en espacios públicos sin que exista el visto bueno previo de la Autoridad del Agua y aún habiéndose formulado una variada gama de observaciones a los estudios oportunamente acompañados y realizando una fuerte crítica en función de la seriedad que el caso sometido a autorización merecía? (v. punto II aps. 4, 5 y 6).

II. En el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley obrante a fs. 390/403 la Cooperativa de Agua y Luz de Pinamar argumenta que la sentencia atacada ha violado la ley aplicable y doctrina legal elaborada por esta Suprema Corte, por lo que la misma no resulta legalmente fundada. En primer término denuncia que al declarar la nulidad de la ordenanza municipal 3891/10 se ha visto privada, arbitrariamente y en violación de la ley aplicable, de los derechos al uso provisorio de los espacios de dominio público municipal adyacentes a las avenidas Constancia y Divisadero de la localidad de Cariló, y de realizar la obra de abastecimiento por red de agua potable en la zona céntrica de esa misma localidad, de un modo que resulta incompatible con los derechos y garantías consagrados en los arts. 14, 17, 18, 43 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional (v. punto 2 a fs. 396). Indica que el absurdo surge palmario y concluyente por cuanto la sentencia atacada se aparta de la verdad jurídica objetiva al establecer una conclusión en abierta contradicción con las constancias de la causa, ello por cuanto tanto el art. 1 de la ley 13.928 como el apartado segundo del art. 20 de la Constitución provincial, al establecer las condiciones de admisibilidad de la vía procesal del amparo, vedan el tránsito por tal carril cuando pudieran utilizarse por la naturaleza del caso los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable. En punto a ello, la recurrente sostiene que ha precisado que el proceso contencioso administrativo es el remedio ordinario que debió utilizarse para canalizar el reclamo judicial desde un inicio y que tal apreciación de ninguna manera puede considerarse una introducción de una petición en segunda instancia con prescindencia de las cuestiones planteadas ante el juez de primer grado?. En otro orden, y para el caso de que se declarase la idoneidad de la vía del amparo, aduce que la acción tampoco resulta procedente en cuanto a su sustancia jurídica. Estima que la Cámara interviniente ha errado su apreciación al declarar nula la ordenanza municipal 3891/10, por cuanto ella no establecía un permiso para realizar perforaciones, sino, antes bien, para usar los espacios del dominio público con ese fin?, lo cual sería compatible con el destino de la cosa y con el propósito de proteger la salud pública, ambos enunciados en los fundamentos de la normativa cuestionada, puesto que no tiene ningún efecto jurídico concreto sobre los recursos hídricos subterráneos a que se refiere el art. 85 de la ley 12.257. Finalmente, por tales razones, niega que exista arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en la ordenanza municipal 3891/10, porque en atención a lo explicitado, resulta claro que el municipio de Pinamar no tuvo la intención de apartarse o incumplir las recomendaciones que la Autoridad del Agua le había impartido a la Cooperativa.

III. Me anticipo a señalar que, según mi parecer, el recurso impetrado debería ser acogido parcialmente con el alcance que he de detallar y por las razones que seguidamente paso a exponer.

1. En cuanto a la aptitud de la vía, que según la impugnante -contrariamente a lo resuelto por el a quo- no resultaría procedente, cabe reiterar que aunque considero que aún luego de las reformas constitucionales de 1994, el amparo continúa siendo una vía procesal excepcional que, en principio, no sustituye las instancias ordinarias para llevar cualquier cuestión litigiosa al conocimiento de la judicatura, sino que su procedencia requiere que aparezca de un modo claro y manifiesto el daño grave e irreparable que causaría remitir el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales (C.S.J.N., Fallos: 326:417 y 2298, 333:373; 334:596; entre muchos otros, mi voto en A. 71.535, "Arce", sent. del 30/10/2013), dicha premisa no constituye una regla pétrea, sino que varía de conformidad con la calidad de los derechos en juego, razón por la cual el análisis respectivo no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, ya que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencia (C.S.J.N., Fallos: 327:2955; 327:2920; 329:2179; entre otros). Así, por ejemplo, en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física y frente a un grave problema el alto Tribunal federal ha dicho que no cabe extremar la aplicación del principio según el cual la misma es improcedente

cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la urgencia normalmente presente en estos casos, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole (C.S.J.N., causas ?María?, sent. del 30/10/2007, Fallos: 330:4647, conf. mis votos en B. 67.392, ?Álvarez?, sent. del 12/08/2009 y A. 70.138, ?Benítez?, sent. del 03/07/2013). Específicamente en materia ambiental esta Corte ha considerado procedente la vía del amparo en situaciones en que se denunciaba un riesgo de alteración irreversible del ambiente. Es que cuando hay peligro de contaminación del ambiente, la normativa constitucional (arts. 41 y 43 de la Const. Nacional, 15, 20.2 y 28 de la Constitución provincial) y la legislación específica (ley general del ambiente 25.675 -arts. 2 y 4-, de protección ambiental 11.723 -art. 34-), permiten el acceso a la justicia en forma rápida con el objeto de impedir la degradación o -ya producida- repararla en lo inmediato, erigiéndose la vía del amparo como la más adecuada para el efectivo cumplimiento de los fines de las leyes de protección ambiental, en base a los principios de prevención y precautorio que la sustentan (Ac. 73.996, ?Sociedad de Fomento Cariló?, sent. del 29/05/2002, B. 64.464, ?Dougherty?, sent. del 31/03/2004, C. 103.798, ?Caparelli?, sent. del 02/09/2009, A. 70.106, ?Machado?, sent. del 30/11/2011).

2. Me permito recordar, considerando el perfil específico de la pretensión esgrimida en el sub lite (acción de amparo tendiente a la declaración de nulidad de una ordenanza, así como la evitación o interrupción de cualquier autorización u obras que impliquen la ampliación de la red de agua potable, con perforaciones, construcción de instalaciones o cualquier acto hasta que el Proyecto de Red de Agua para la localidad de Pinamar cumpla con las condiciones impuestas por el Código de Aguas y cuente con la respectiva autorización de la Autoridad del Agua), las consideraciones que en relación a esta particular especie procesal, expresé al emitir mi voto en las causas Ac. 60.094, ?Almada?, sent. del 19/05/1998, reiteradas en Ac. 77.608, ?Ancore?, sent. del 19/02/2002 y C. 111.706, ?D, J. E. F.?, sent. del 08/08/2012. Dije en aquella oportunidad que en el nuevo marco procesal es papel irrenunciable del juez el que hace a su participación activa con miras a la prevención del daño ambiental, donde debe buscarse ?prevenir más que curar? (Cappelletti, ?La protección de los intereses colectivos y de grupos...?, texto de la conferencia pronunciada en ocasión de la Asamblea General de la Sociedad de Legislación Comparada, publicada en Revista de la Facultad de Derecho, México, n°s 105-106, enero/junio, 1971, pág. 76). Al respecto opina Morello que ?Acaso lo preventivo de la protección y lo efectivo de la tutela que debe dispensar la jurisdicción sean las notas que en la década actual profundice la evolución de los principios y nuevas fronteras, impulsadas, en la mitad del siglo, por las señeras lecciones de Couture y Calamandrei, primero y, más tarde, intensificadas por el pensamiento de Cappelletti y Trocker. El Movimiento del Acceso a la Justicia confirma el vigor de esa tendencia que se estampa en el art. 15 de la Constitución de Buenos Aires, reformada en 1994: ?La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva? e ?Interna y externamente contamos con nuevas garantías y, además, que es lo que en verdad significa, que son más efectivas y llevan a cabo -respecto de los ciudadanos- una estimulante tarea docente que contribuye a repensar el derecho, y a un cambio de mentalidad acorde con el panorama de nuestro tiempo? (?Las garantías del proceso justo y el amparo en relación a la efectividad de la tutela judicial?; Revista Jurídica ?LA LEY?, ej. del 05/03/1996). En el libro ?Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos?, (LEP Librería Editora Platense S.R.L.; La Plata, 1986) que el autor antes citado escribiera en colaboración con Gabriel A. Stiglitz, refiriéndose a las medidas cautelares y a guisa de conclusión 3ª del capítulo X, se expresa: ?El carácter marcadamente preventivo, operante para restablecer situaciones de hecho o impedir desde el comienzo el avance de la destrucción o de la polución, saca las medidas cautelares de su quicio tradicional para hacerlas jugar en una función cuya justificación es connatural a situaciones regidas no sólo por el derecho privado sino por el derecho público. Masivas, continuadas, que se proyectan al futuro? (v. pág. 167).

A conclusiones similares se llegó en el XI Congreso de Derecho Procesal (La Plata, 1981) donde quedó claro que debe admitirse la procedencia de una acción de cesación preventiva de toda manifestación, que al producir daños, v.gr., al medio ambiente o a la ecología, requiera la enérgica y perentoria neutralización de sus efectos negativos (4ª conclusión). Para que tengan vigencia estos postulados ?... debe concederse a los jueces -y estos deben ejercerlos- mayores poderes deberes (...) ello implica que los magistrados judiciales deben ejercitar dinámicamente todos los resortes que las leyes le confieren...? (véase, Morello y otros, ?La justicia entre dos épocas?, ed. Platense S.R.L., p. 232). En la misma obra, se dice al tratar el derecho al ambiente como derecho de la personalidad: ?De allí el imperativo de transformar las concepciones judiciales para brindar tutela no sólo al derecho subjetivo, y ampliarla a los fenómenos reales de la vida colectiva, típicos de la sociedad moderna, que ponen en escena intereses impersonales y difusos, incuestionablemente dignos de la más enérgica y anticipada protección? y ?En este marco, el derecho a vivir en un medio ambiente agradable, viene entendiéndose como una ampliación de la esfera de la personalidad humana. Sucede que si bien el entorno natural se halla formalmente situado fuera del hombre, éste lo siente y defiende como propio, como parte de sí mismo, como un valor interior sobre el que no puede detentar una relación de dominio. En fin, en virtud de su continua e íntima conexión con la supervivencia y bienestar humano, el ambiente es jurídicamente un atributo fundamental de los individuos. Por dicha razón el derecho al ambiente halla ingreso en el ordenamiento jurídico como un derecho de la personalidad, atento inclusive que otros de ellos hoy indiscutidos (como la integridad física y la salud), se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el

bienestar psicofísico del hombre. Máxime en virtud que la categoría de los derechos personalísimos no configura un elenco cerrado y debe recibir en su seno nuevos intereses surgentes de las transformaciones sociales. Ahora bien, en cuanto los derechos de la personalidad son objeto de concreta tutela jurídica, las limitaciones o restricciones al pleno desarrollo de la persona derivadas de la contaminación ambiental (aún no generando un daño personal y directo a los individuos), son por sí mismas causa de la responsabilidad civil del agente, en cuanto confluyan los presupuestos generales del Derecho de daños? (v. págs. 192/193). He transcripto tales argumentos -que comparto totalmente- pues con líneas precisas y claras resumen la índole de los derechos en juego en el sub lite y la gran amplitud de criterio que merece el tratamiento de los temas del ya indiscutiblemente nacido -y en pleno desarrollo- derecho ambiental, que requiere justamente de una participación activa de la judicatura, la que si bien de alguna manera pudiera afectar el clásico principio de congruencia, en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos. Como sostiene el autor español Luis De la Morena y De la Morena: ?Las leyes ecológicas, ni se promulgan ni se derogan, simplemente se descubren y se acatan. Ello coloca necesariamente al Derecho -a todos los derechos, dada la universalidad del fenómeno- en una posición de dependencia respecto de la Ecología, y a las decisiones que, en aplicación de él, deban tomar gobernantes y juristas bajo el pie forzado de los informes que, en cada caso, emitan los técnicos de turno? (Revista de la Administración Pública, n° 94; enero/abril, 1981, Madrid, ?Actividades clasificadas y protección del medio ambiente?, pág. 93). También nuestra doctrina, en ?La Protección del Ambiente en la Reforma de la Constitución Nacional? de Humberto Quiroga Lavié (Revista Jurídica ?LA LEY?, ej. del 18/03/1996), se ocupa del tema desde el ángulo penal y considero ilustrativa su inclusión para destacar sus nuevas implicancias. Dice el autor que: ?... la referencia a la naturaleza abre, a nuestro juicio, un trascendente debate sobre la definición o contenido del tipo penal ambiental. Porque si el bien jurídico tutelado es no violar las leyes de la naturaleza y éstas no suelen ser conocidas con precisión sino después de haberse producido una afectación concreta, podríamos decir que el postulado de la tipicidad como ley previa puede quedar desplazado de esta materia. Si realmente hay un reenvío de la ley positiva al orden legal de la naturaleza, y este ordenamiento se encuentra en proceso de descubrimiento y precisión permanente, será difícil aplicar los postulados de la tipicidad penal, como ley previa, además, a la hora de disponer una condena. Si la ley natural no está codificada ni escrita, pues se está develando en pericias e investigaciones de impacto abiertas a la investigación ¿Cómo se compagina el principio de la tipicidad con esta realidad natural que verificamos fácilmente?? (al analizar la segunda parte del art. 41 de la Const. nac.). Por ello, mutatis mutandi, vemos que no sólo en el campo del derecho procesal civil se abren redefiniciones del pleito y del papel del juez frente a las nuevas realidades circundantes. Acudiendo de nuevo a Morello y Stiglitz, aunque esta vez en ?Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia? (nota a fallo ?LA LEY?, 1987-D-364) al referirse a la medida preventiva tomada por el juzgador de primera instancia del fallo que comentan, dicen: ?Creemos, sin embargo, que ese proceder de carácter propio de órgano jurisdiccional y sabor cautelar por su rol preventivo, en consonancia con la responsabilidad social que le incumbe, corporizándose en mandatos positivos a las partes y a los funcionarios públicos, era el más idóneo. Que no podía ser reemplazado por otras vías, salvo cruzarse de brazos hasta que aconteciera otro daño irreparable similar, que hubiera provocado la promoción de otra acción resarcitoria, dispendio de actividad y resultado social insolidario, con la consecuencia de volver a condenar a un resarcimiento de daños causados, que debieron evitarse. El juez actuó así perfectamente: reparó la lesión presente y dispuso las previsiones útiles de acuerdo a las circunstancias, destinadas a evitar que se ?siguieran produciendo en el futuro?. Y ?Desde este enclave no hay, pues, quiebra alguna del principio de congruencia, toda vez que lo que venimos analizando responde a otros registros que es frecuente converjan en un caso judicial: poderes inherentes al juez que respaldan su actuación en la armoniosa aplicación de todo el ordenamiento, y que, con responsabilidad social, le impele a ejercer activamente. Despliega así un régimen de obligaciones procesales y fijación de competencias y prestaciones activas a cargo de una o varias de las partes, de terceros o de funcionarios públicos. Que revisten fuertes tintes de carácter preventivo, cautelar, de urgencia e inciden, por consiguiente, en el objeto (cosa o bien de la vida) o contenido del litigio determinante. Y no valen sólo inter partes sino que, con amplitud subjetiva necesaria, cubren la finalidad de prevenir daños indeterminados o potencialmente colectivos, frente a la amenaza cierta (incomprobada) de una causa productora de daños. Que ni el juez ni la sociedad deben recorrer el riesgo de que acontezcan si, jurídicamente, son y pueden (deben) ser evitados?. 3. El planteo traído a los estrados judiciales por la accionante denunciando la existencia de un peligro inminente de degradación ambiental, a propósito del menoscabo del recurso hídrico de la localidad de Cariló, en función de las consideraciones que anteceden, son suficientes para tornar admisible la vía procesal escogida. 4. En cuanto a la sustancia, entiendo que cabe acoger el recurso. Advierto -en consonancia con lo afirmado por la recurrente a fs. 399/402-, que la ordenanza 3891/10 no autoriza la realización de ningún tipo de obra, sino que simplemente otorga un permiso de uso sobre un inmueble del dominio público municipal, sin que el peso jurídico de tal autorización pueda tener las implicancias que deduce el a quo en el acápite II. puntos 4, 5 y 6 de la sentencia atacada, para considerar que el obrar municipal ha violado las leyes aplicables para prevenir daños ambientales y la intervención

debida y completa de los organismos fiscalizadores correspondientes. En efecto, a poco que se examine la citada norma local en su justa expresión se advertirá que lo que ha hecho la Municipalidad es otorgar a la Cooperativa de Agua y Luz de Pinamar un ?... permiso de uso provisorio de los espacios de dominio público municipal adyacentes a las avenidas Constancia y Divisadero para ejecutar en ellos las perforaciones y la construcción de las instalaciones para la extracción de agua potable para abastecer la red de saneamiento de la zona comercial hotelera de la localidad de Cariló?. De ningún modo ello puede ser entendido como un ?permiso de perforación? para la explotación concreta del recurso hídrico subterráneo, esta sí competencia de la Autoridad del Agua (arts. 83 a 85 de la ley 12.257). Esta diferencia conceptual resulta, a mi juicio, dirimente para resolver la cuestión. Por lo demás, cabe añadir que no escapa al conocimiento de las partes la existencia, precisamente, de actuaciones administrativas en trámite ante la Autoridad del Agua a tal fin (expte. 2436-19164/2010 y sus agregados, algunas de cuyas constancias hasta han sido referenciadas en los escritos postulatorios), como tampoco que de la pericia obrante a fs. 284 surge que ninguna obra ha tenido comienzo de ejecución. Dichas circunstancias, al tiempo de corroborar el preciso alcance de la competencia comunal, dejan al desnudo la inexistencia de conducta alguna que pudiera comprometer el recurso hídrico de la localidad de Cariló. Más allá de lo cual, considero prudente dejar establecido que la Municipalidad demandada no podrá autorizar las obras en cuestión hasta tanto cuente con la debida aprobación de la Autoridad del Agua. IV. Lo expuesto es suficiente para hacer lugar parcialmente el recurso interpuesto a fs. 390/403 (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Voto por la afirmativa. Costas a la vencida (arts. 19, ley 13.928 y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). El Dr. Negri dijo: Los argumentos brindados por mi colega preopinante en el punto III, aps. 3 y 4 de su exposición resultan suficientes para abastecer la procedencia del recurso en tratamiento, con el alcance allí indicado. Por tal motivo, presto mi adhesión a dicha parcela de su voto y doy el mío también por la afirmativa. Costas al vencido (arts. 19, ley 13.928 y 289 Cód. Proc. Civ. y Comercial). El Dr. Pettigiani, por los mismos fundamentos del Dr. Hitters, votó también por la afirmativa. La Dr. a Kogan dijo: En el caso que nos ocupa es dable diferenciar dos cuestiones: por un lado, el permiso de uso del dominio público que puede ser otorgado por la Municipalidad de Pinamar y, por otro lado, el permiso de perforación para extracción de agua potable para abastecer la red de saneamiento. Con relación a esta última es dable poner de resalto que la Municipalidad demandada no está facultada por la ordenanza 3891/10 a autorizar la realización de la obra hidrológica sin contar previamente con el Estudio Hidrológico y la consiguiente aprobación de la Autoridad del Agua. Con el alcance propuesto, adhiero al voto del Dr. Negri. Voto por la afirmativa. Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente sentencia: Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se hace lugar parcialmente al recurso extraordinario entablado, dejando establecido que la Municipalidad demandada no podrá autorizar las obras en cuestión hasta tanto cuente con la debida aprobación de la Autoridad del Agua. Impónense las costas a la vencida (arts. 19, ley 13.928 y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese, notifíquese y devuélvase. Hilda Kogan. - Héctor Negri. - Eduardo J. Pettigiani. - Juan C. Hitters.

014184E