



NEUQUEN, 17 de Octubre del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**BAZAN DIEGO GERMAN Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER Y OTROS S/ INCIDENTE DE APELACIÓN DE MEDIDA CAUTELAR E/A 100385/2019**" (**JNQLA4 INC 2109/2019**) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 43/44 el *A-quo* ordenó a las demandadas que en el plazo de 48 hs. suministren en forma diaria veinte (20) litros de agua potable a cada habitante del grupo de vecinos del loteo Don Edgardo de la localidad de Plottier por el lapso de 120 días corridos, bajo apercibimiento de la aplicación de astreintes.

A fs. 87/88 la Municipalidad de Plottier apeló esa resolución. Dice que resulta arbitraria, carente de asidero respecto a la prueba como por un análisis dogmático.

Sostiene que no se encuentran los requisitos para la procedencia de la medida cautelar. Alega, que la actora pretende justificar la verosimilitud del derecho en un contrato de compraventa expresamente desconocido por esa parte y una nota a la Municipalidad solicitando agua, que no se acredita que estén viviendo, ni que reclamaran por el contrato o la incapacidad de proveerse el agua por sí mismos. Afirma, que los actores compraron un lote y que fue el vendedor quien incumplió con el servicio de provisión de agua. Agrega, que la falta de verosimilitud del derecho de las actoras surge del

Código de Planeamiento Urbano de la ciudad de Plottier, en tanto los lotes no podían venderse hasta tanto no esté terminado el proceso de urbanización y por eso quien debía proveer de agua era el loteador y no hay constancias de que se lo hayan reclamado al mismo.

Luego, también se queja porque no se pidió contracautela y agrega que no existe peligro en la demora en tanto las compras de los lotes datan de 4 años atrás. Además dice que la medida cautelar coincide con la pretensión final del proceso.

A fs. 122/123vta. apeló la Cooperativa de Agua Potable de Plottier Ltda. En el primer agravio, dice que no se advirtió que el objeto principal de la acción es idéntico al de la medida cautelar, siendo la única diferencia temporal que la acción principal no indica fechas y la medida se establece por 120 días, lo que no descarta la extensión del plazo en caso de no poder los actores solucionar el abastecimiento regular. Sostiene que se debe sustanciar la petición.

Alega, que si bien no se desconoce la importancia del bien jurídico protegido, siendo el acceso al agua potable esencial, no se ha informado sobre los grupos familiares que se encontrarían en peligro por la falta de suministro. Sostiene, que no existe verosimilitud en el derecho ni peligro en la demora debidamente configurado.

En el segundo agravio, se queja porque la resolución de la medida señala que deben los entes recabar la información sobre la población del lugar a esos efectos. Es decir, que los actores se arrojan una representación de dudosa existencia, ya que solamente se refiere a los vecinos del barrio Don Edgardo y no adjuntan ninguna prueba que indique la residencia efectiva de los reclamantes, ni tampoco el daño cierto padecido más allá de la enunciación efímera que realizan de lo que implica no poseer agua potable.

Sostiene, que el gravamen irreparable a esa parte es manifiesto, que por un lado la obliga a realizar diligencias para determinar la existencia de habitantes en un barrio no regularizado legalmente, y por otro porque impone la obligación de proveer agua en forma diaria y por una extensión de tiempo que genera importantes erogaciones teniendo en cuenta el costo de dicho aprovisionamiento.

A fs. 143/145 los actores contestaron el traslado de los agravios de la Municipalidad de Plottier y de la Cooperativa de Agua Potable de Plottier Ltda. Solicitaron su rechazo, con costas.

II. Ingresando al tratamiento de los recursos debe ponerse de manifiesto que nos encontramos en un incidente de apelación de una medida cautelar en un proceso de amparo, por lo que el análisis que se haga de los agravios de las apelantes ha de referirse exclusivamente a los recaudos que habilitan su dictado.

En punto a las quejas referidas a la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora cabe partir de señalar que esta Alzada ha sostenido que: *"El caso que viene a estudio de esta Sala involucra la protección de un derecho humano fundamental."*

"Es que "El acceso al agua es una necesidad humana innegable. De todos los recursos y elementos ambientales existentes, el líquido elemento es el que impacta de mayor manera en la subsistencia humana, sin que la técnica o la tecnología hayan podido reemplazarlo [...]".

"En nuestra perspectiva, entendemos que estos tres institutos jurídicos en los que ha evolucionado el derecho –el uso común, el servicio público de agua y el derecho humano al agua– no son más que distintas formas jurídicas de atender la misma realidad: el acceso al agua es una necesidad humana que no puede ser desamparada por el orden jurídico [...]".

"La vinculación del agua con la calidad de vida y con la satisfacción de otros derechos humanos, es posiblemente la base de una expansión conceptual del derecho al agua que hoy se está produciendo, generándose un planteo superador de la concepción que vincula tal prerrogativa humana a las necesidades vitales de subsistencia que amparaba el uso común: este paradigma implica mucho más que la manutención, y exige no sólo una actividad planificadora sobre el mejor beneficio social al que se debe destinar el agua disponible, sino también en algunas circunstancias el otorgamiento de concesiones de uso especial que resulten una condición necesaria para la calidad de vida de los individuos."

"La Constitución Nacional de Argentina, a partir de 1994, ha receptado con jerarquía constitucional diversos textos internacionales que reconocen el derecho al agua en forma directa, o que reconocen diversos derechos (como la vida, la salud, etc.) que tienen como presupuesto el acceso al agua."

"De esta manera, el derecho al agua no puede en la actualidad ser divorciado del Derecho de los derechos humanos y su régimen superior de protección..." (cfr. Pinto, Mauricio Torchia, Noelia Liber, Martín González del Solar, Nicolás Ruiz Freites, Santiago "Configuración del derecho al agua: del uso común al derecho humano. Particularidades de su integración y expansión conceptual" Publicado en: LLGran Cuyo 2007 (mayo), 386)."

"He transcripto la extensa cita por cuanto permite dimensionar cómo, el derecho al agua, es un derecho humano fundamental, que se constituye como parte esencial de los derechos más elementales de las personas, tal el derecho a la vida, a la autonomía y a la dignidad humana y proyecta sus efectos sobre otros inmanentes al ser humano, como es, por caso, el derecho a la salud."

"Este contexto de decisión desde el inicio permite discernir que la tutela reclamada es impostergable: ¿Cómo se repara ulteriormente que quienes habitan en la "Toma 2 de Mayo", no accedan hoy al agua?"

"Esto determina que los agravios introducidos bajo los acápites de "inexistencia de los requisitos esenciales para el otorgamiento de la medida cautelar innovativa" y "anticipo de tutela judicial" no puedan prosperar."

"[...] Como ha quedado establecido en la resolución que aquí se recurre "el agua es una pre-condición necesaria para todos nuestros derechos humanos, y que sin el acceso equitativo a un requerimiento mínimo de agua potable serían inalcanzables otros derechos establecidos -como el derecho a un nivel de vida adecuado, a la salud, al bienestar, a la dignidad, así como para el ejercicio de los derechos civiles y políticos- (cf. CCNQN Sala I, 22/02/11 ESPINOZA GABRIELA Y OTROS C/COOP. SERV. RINCON DE EMILIO LTDA. Y OTROS S/ACCION DE AMPARO EXP 418316/10, T° 1 F° 59/64 N° 10)."

"Dadas estas razones y siendo, en definitiva, que todo el cuerpo normativo internacional -con jerarquía constitucional en nuestro país- procura garantizar el pleno goce y disfrute de tales derechos -sin que la invocación de las disposiciones de derecho interno puedan justificar su incumplimiento-, entiendo que en el caso se logró acreditar por los actores tanto la verosimilitud en el derecho como el peligro en la demora invocados ya que de no accederse a la medida solicitada podría incurrirse en la generación de un grave daño en la vida y en la salud no sólo de los amparista sino también de su grupo familiar, y en los que se encontrarían también inmersos niñas y niños- y de todos los habitantes de tal sector de esta ciudad [...]"

"Estos extremos, en los que el Juez funda su decisión cautelar, no han sido rebatidos por el apelante."

"Reconoce que el derecho al agua es un derecho humano inalienable y no controvierte que los amparistas no lo tienen garantizado, su crítica se centra fundamentalmente en descifrar quien es el obligado a proveer el servicio (sobre este aspecto, volveré más adelante)."

"No se cumplimenta, entonces, en este punto, el requisito del art. 265 del código procesal, por cuanto las formulaciones aquí efectuadas no conforman un ataque concreto y razonado al fallo recurrido sino que, por el contrario, sólo traslucen una disconformidad con lo decidido [...]", ("BENITEZ MIRIAM Y OTROS CONTRA MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN Y OTRO S/ INC. APELACION MED CAUTELAR", ICC N° 31850/12).

Lo expuesto resulta plenamente trasladable al caso de autos donde los apelantes no rebaten lo expuesto por el A-quo en cuanto a que *"del contenido de la pretensión y documental se comprueba la manifiesta amenaza que representa para el grupo colectivo la falta de acceso al agua y las consecuencias que impactan en su salud y su grupo familiar"*, y además que existe una *"incuestionable proyección con la que impacta la carencia de agua en el desarrollo integral de una persona"*, (fs. 43vta.).

En consecuencia, lo expuesto en sus recursos por las demandadas respecto a los requisitos de procedencia constituye una mera disconformidad con los fundamentos del A-quo, (art. 265 del C.P.C. y C.). En ese sentido repárese que la crítica de la Municipalidad refiere al modo de adquisición del inmueble y las obligaciones contractuales pero no a los fundamentos del A-quo para otorgar la medida. Tampoco la Cooperativa tiene en cuenta los fundamentos de la resolución y se refiere genéricamente a la verosimilitud en el derecho y al peligro en la demora.

Además, en punto al prejuizgamiento al que aluden las recurrentes, cabe señalar que *"Tiene dicho esta Sala que: "Por*

lo demás, no entiendo que exista prejuzgamiento o, en todo caso, es un dilema que sin solución aparente, debe inclinarse hacia la prevalencia de la justificación”.

“Nótese aquí que si la respuesta judicial es debida, debe ser dada y no puede ser tachada de prematura (lo que es el basamento del prejuzgamiento). Y provocada la obligación de la respuesta judicial, ante la concreta petición de tratamiento impostergable, sus términos no pueden ser utilizados para fundar esta causal (de prejuzgamiento)”.

“Es que como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, no es posible que –so pretexto de incurrir en prejuzgamiento– un juez pueda denegar una medida cautelar. Así sostuvo”:

“...9. Que, ante tales afirmaciones, la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones –como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa– existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era particularmente necesario en el sub lite en razón de que el recurrente pretendía reparar –mediante esa vía– un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el artículo 5, inciso 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

“10. Que ello resulta así pues es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones –en tanto dure el litigio– sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que podrían producirse en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en

la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva", ("MONTIEL MARILYN c/ PROVINCIA DEL NEUQUEN s/ INCIDENTE DE APELACION", Expte. N° 983/12 y "DURAN ELENA CONTRA ISSN S/APELACION DE MEDIDA CAUTELAR (E/A: EXPTE.476177/13)", ICC N° 1735/13), por lo cual tampoco resulta procedente la queja.

Luego, en cuanto al alcance de la medida, en tanto surge del acta de fs. 98 y vta. que la Cooperativa de Agua demandada se hizo presente en el loteo Don Edgardo a efectos de corroborar si existen vecinos que residan y/o habitan y que posean el servicio de agua potable, efectuando una constatación de los lotes que integran el mismo, describiendo cada uno de ellos y señalando si existen viviendas habitadas en cada uno de ellos, el agravio resulta improcedente en tanto puede recabar la información requerida por el Juez.

Por último, asiste razón a la Municipalidad de Plottier en cuanto a la falta de contracautela y en consecuencia, deberán los actores en autos prestar caución juratoria en primera instancia.

Entonces, únicamente resulta procedente la queja para que se establezca la contracautela y corresponde desestimar los restantes agravios de las demandadas.

III. A partir de lo expuesto corresponde hacer parcialmente lugar al recurso de apelación deducido a fs. 87/88 por la Municipalidad de Plottier y rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 122/123vta. por la Cooperativa de Agua Potable de Plottier Ltda. y en consecuencia, confirmar la medida cautelar dispuesta por resolución de fs. 43/44 debiendo los actores en autos prestar caución juratoria. Imponer las costas de Alzada a las apelantes vencidas teniendo en cuenta la forma en que se resuelve (art. 68 del C.P.C. y C.). Tal mi voto.

La Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo: Tal como indica mi colega, hemos sostenido en anteriores oportunidades que el derecho al agua potable, es un derecho humano fundamental.

Dada la entidad del derecho comprometido, el cual es primario y compromete la existencia de otros de igual naturaleza -tal el derecho a la salud-, nos hemos inclinado a su máxima protección en el ámbito cautelar, sopesando, fundamentalmente, la situación de alta vulnerabilidad de los sujetos afectados.

En este caso, se encuentra comprometido el mismo derecho que el alegado en las causas que se citan en apoyo de la pretensión; sin embargo, la situación de origen es disímil, como así también, algunas de sus connotaciones. En estos aspectos, ponen énfasis los recurrentes.

Ahora bien, en este contexto de decisión y dado el carácter cautelar anticipatorio de la medida, entiendo que corresponde distinguir entre los dos co-demandados.

En el caso de la Municipalidad, los accionantes alegan que tenía conocimiento de las obras, de las construcciones tendientes a asentamientos habitacionales familiares, presentándose inerte ante tal situación. En el caso de la Cooperativa, lo alegado, es el carácter de prestadora monopólica del servicio.

La Municipalidad informa (en hojas 68 de este incidente) que, conforme la Ordenanza Municipal vigente, podrá iniciarse la venta de los lotes, luego de que el plano de mensura estuviera registrado y siempre que las obras de infraestructura exigidas estuvieran concretadas o *se hubiere firmado el respectivo convenio para su ejecución.*

Obra también un convenio suscripto entre el Municipio y el emprendedor (hojas 74/77), indicando el Municipio, al contestar el traslado que se trata de un proyecto de

urbanización de un inmueble que cuenta con aprobación en previa, cuyo titular ha incumplido con sus obligaciones.

En este cuadro de situación, dada la trascendencia del derecho comprometido y limitado estrictamente al ámbito cautelar de urgencia, la medida debe ser confirmada con relación al estado municipal.

Pondero para ello, los controles que se encuentran a cargo del Estado, la omisión alegada en el ejercicio del poder de policía frente al conocimiento de las obras, los convenios celebrados y la aprobación previa, todo lo cual, pudo generar una expectativa de que se iba a recibir el servicio de agua potable.

Dado el orden público ambiental, el derecho a la salud pública comprometido, del cual es garante y responsable primario el Estado, adhiero a la solución propuesta por mi colega con relación al mismo. Insisto en su concreto alcance y la provisoriedad del juicio decisorio aquí efectuado.

Con relación a la Cooperativa, entiendo que la decisión debe ser revocada, en tanto no concurren tales razones respecto a ella.

Tampoco se ha acreditado que se haya negado arbitrariamente la prestación; siquiera que se haya solicitado formalmente la inclusión en el carácter de socio cooperativo y que tal petición fuera denegada, dando un trato desigualitario; o que se hubiera negado el suministro en las mismas condiciones en que se presta a los restantes habitantes del sector.

Atento las particularidades del caso y la trascendencia del derecho comprometido, entiendo que las costas de ambas instancias deben imponerse en el orden causado. **TAL MI VOTO.**

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. **Marcelo MEDORI**, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto del Dr. **Jorge PASCUARELLI**, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, **POR MAYORIA** esta Sala I

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 122/123vta. por la Cooperativa de Agua Potable de Plottier Ltda. y hacer parcialmente lugar al recurso de apelación deducido a fs. 87/88 por la Municipalidad de Plottier únicamente respecto a la contracautela desestimando los restantes agravios y en consecuencia, confirmar la medida cautelar dispuesta por resolución de fs. 43/44 debiendo los actores en autos prestar caución juratoria.

2. Imponer las costas de Alzada a las apelantes vencidas (art. 68 del C.P.C. y C.) y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dr. Marcelo MEDORI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA