San Martín, 16 de mayo de 2018.

Y VISTOS: CONSIDERANDO:

I.- Vienen estos autos a conocimiento del Tribunal, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada contra el pronunciamiento de Fs. 194/204Vta., en la cual que el Sr. juez “a quo” hizo lugar a la medida cautelar peticionada, ordenando a la empresa APR ENERGY S.R.L.: a) la suspensión de la construcción de la central termoeléctrica, de su operación y/o ensayos de prueba, y/o acopio de combustible, y/o el indebido uso de las aguas subterráneas y/o aguas de red, desvío de desagu¨es naturales, emisiones sonoras, efluentes gaseosos, vertidos de efluentes líquidos, movimientos y compactación de tierra, construcción de calles consolidadas, manejo y/o acopio de combustibles (Art. 4, ley 25.675, Arts. 23 y 36, ley 11.723 y Arts. 10, 14 y 1711 del Código Civil y Comercial); y b) la prohibición del uso del recurso hídrico subterráneo y/o de red pública y la suspensión de vertidos de efluentes líquidos; todo ello hasta tanto se dicte sentencia definitiva en las presentes actuaciones.

II.- Se agravió la recurrente, alegando que la medida dispuesta afectaba la prestación de una actividad de interés público y que resultaba vital para paliar la situación de emergencia del Sector Energético Nacional declarada por el decreto 134/15. Agregó que la Central Matheu II formaba parte del esquema paliativo que el Poder Ejecutivo Nacional -en adelante PEN- había establecido para afrontar una crisis extrema del sector eléctrico nacional.

Luego de hacer una breve reseña de la normativa aplicable al caso, expuso que APR resultó adjudicataria del proceso licitatorio, contando con la correspondiente autorización expedida por CAMMESA y por Transportadora Gas del Norte S.A.También refirió que en virtud de tales permisos se demostraba que el emplazamiento de la Central Térmica Matheu II se condecía con todas las normas legales y reglamentarias aplicables.

Expresó que la suspensión cautelar de la Central conllevaba consecuencias muy graves respecto al correcto funcionamiento del sistema eléctrico regional, explicando que constituía un generador de servicio, de pico y de reserva y que la mayoría de las veces se encontraría apagada, ya que su función exclusiva era entrar rápidamente a despachar energía al sistema eléctrico cuando el resto de los generadores no dieran abasto, constituyendo así uno de los últimos recursos para evitar cortes generales de energía o pérdidas substanciales de calidad de servicio, cuestión que había sido habitual en los últimos veranos ante los picos de demanda.

Además se quejó porque consideraba que no estaban reunidos los presupuestos necesarios para la concesión de la medida cautelar solicitada por los actores.

En torno a la verosimilitud en el derecho, expuso que no se encontraba configurada ya que la Central Matheu II contaba con todos los permisos y habilitaciones ambientales exigidos por el ordenamiento federal y provincial, detallando: i.- La EIA -estudio o evaluación de impacto ambiental- y la obtención de la DIA – declaración de impacto ambiental-: respecto de la EIA mencionó que se realizó por medio de la Compañía Serman & Asociados S.A., que luego fue presentada y puesta a disposición de la OPDS, quien la aprobó el 3/1/2017 emitiendo la DIA, a través de la resolución 069/17. Manifestó que en virtud de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de la que goza la DIA, mientras no mediare anulación o suspensión cautelar, no podía estarse a su presunta ilegitimidad. ii.- Certificado de Habilitación Ambiental de la Municipalidad de Pilar: dijo que el 3/8/2017, en el marco del Expte.N° 13011/17, la Secretaría de Desarrollo Económico y la Subsecretaría de Industria del citado municipio extendieron un certificado informando que la OPDS había declarado ambientalmente apto el proyecto de obra denominado Central Matheu II.

III.- Certificado de Disponibilidad para Abastecimiento de Agua: denunció que el 14/12/2016 la Autoridad del Agua (ADA) certificó la disponibilidad del recurso hídrico subterráneo para abastecimiento de agua pata el establecimiento de APR.

Por otra parte, sostuvo que resultaba inaplicable al caso el principio de prevención y precautorio, fundando dicha afirmación en que no se daban ninguno de los principios contenidos en el Art.4 de la ley 25.675, toda vez que el funcionamiento de la Central no generaba ni tenía la potencialidad de generar ningún impacto ambiental ni en la salud que pudiera superar los límites tolerados por la normativa aplicable. Agregó que los actores tampoco habían comprobado la existencia de ningún concreto y específico daño cierto, y que se habían limitado a enunciar una serie de eventos hipotéticos y desafortunados.

Afirmó que el principio precautorio resultaba aplicable ante la ausencia de información clara o falta de certeza científica, considerando que ello no se daba en autos ya que APR había realizado un pormenorizado y extenso EIA con arreglo a la ley 25.675 y la ley provincial 11.723, donde había quedado suficientemente demostrado que la actividad que se desarrollaría en la Central Matheu II encuadraba dentro de los parámetros ambientales permitidos, lo que también había sido declarado por la OPDS en la DIA mencionada.

De igual forma, se agravió, entendiendo que era inexigible la previa celebración de audiencia pública por la ausencia de impacto negativo y significativo sobre el ambiente.

En punto al peligro en la demora, alegó que tampoco estaba reunido, fundando dicha observación en que en la actualidad se encontraban finalizadas las obras del gasoducto, pudiendo funcionar con abastecimiento de gas y ya no con diesel.

También se quejó por la supuesta afectación al recurso hídrico,reiterando que la ADA había certificado la disponibilidad hídrica y sostuvo que la parte actora sumó el uso de agua de Araucaria Energy S.A., de la cual no podía responsabilizarse a APR S.R.L.

Finalmente, invocó una grave afectación al interés público y un agravamiento de la situación energética en la zona.

Adjuntó prueba documental, introdujo la cuestión federal y solicitó se dejara sin efecto la medida cautelar dictada, con costas.

A Fs. 278/297 la actora contestó los agravios.

III.- En forma liminar, debe recordarse que el Art. 2° de la ley 27 establece que la justicia nacional sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos. En este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado que el control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requiere que el requisito de la existencia de un “caso” sea observado rigurosamente (Fallos: 306:1125; 307:2384; 310:2342; 330:3109 , entre otros).

En este sentido, para el reconocimiento de la cuestión planteada debe necesariamente verificarse la existencia de caso o controversia -presupuesto para el ejercicio de la jurisdicción-, lo que debe realizarse aun de oficio. Así lo ha entendido el Alto Tribunal al sostener que en el examen de este presupuesto jurisdiccional el Tribunal no se encuentra limitado por los desarrollos argumentativos de las partes ni por la conformidad de ellas, desde el momento en que es una formulación aceptada sin excepciones en el ámbito de la justicia federal, el postulado de mayor rigor con arreglo al cual no hay obstáculos para que los tribunales de esta condición, de oficio y en cualquier etapa del proceso, resuelvan acerca de la justiciabilidad de las cuestiones sometidas ante ellos (Fallos:308:1489 y sus citas; 312:473; 318:1967 ; 325:2982 ; 330:5111 ; 332:1823), pues su ausencia o desaparición importa cancelar la potestad de juzgar (Fallos:334:236; doctrina reiterada en la causa LP 1319/2016/CSl, “Abarca, Walter José y otros c/ Estado Nacional – Ministerio de Energía y Minería y otro s/ amparo ley 16.986”, del 6/9/2016).

Así pues, la citada doctrina resulta de aplicación en todas las instancias, toda vez que la conclusión a que se arribe sobre el punto determinará si cabe o no examinar las distintas cuestiones planteadas.

En el sub examine, se promovió una acción preventiva de daño ambiental de incidencia colectiva -en los términos del Art. 1711 del Código Civil y Comercial de la Nación-, contra la empresa APR ENERGY S.R.L. y/o contra quienes también resultaran responsables de las obras de construcción para la instalación y operación de la Central Térmica de Generación Eléctrica Matheu II, que tendría una potencia de 250W, y que se estaba emplazando sobre la Av. Dr. Honorio Pueyrredón (ruta 25) y Alborada, en la localidad de Villa Rosa, partido de Pilar, Provincia de Buenos Aires, solicitándose el dictado de una medida cautelar.

A través de la acción preventiva se persigue “evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción” (Conf. Peyrano, Jorge W. “La acción preventiva”, pág. 36, citado por Randich Montaldi, Gustavo E. “La acción preventiva del Código Civil y Comercial:trámite en la legislación procedimental de Mendoza” LLGran Cuyo 2015 (julio), 596).

Al respecto, es oportuno destacar, que de las constancias del sub lite surge que: a) Mediante ordenanza N° 233/17 -que dejó sin efecto la ordenanza N° 444/16-, del 27/07/2017, la Municipalidad de Pilar desafectó las parcelas que allí identificó de la zonificación “Complementario Club de Campo – C.C.C.-” y “Complementario Industrial -C.I.-“, creando una Zona de Uso Específico, con destino a la instalación de una planta termoeléctrica, considerándola como “Zona “D” Industrial Exclusiva”; asimismo, dispuso que dicha autorización caducaría automáticamente si la solicitante no iniciaba los trámites correspondientes a la habilitación dentro del plazo de 180 días; por último, estableció que la autorización quedaba sujeta a la aprobación del Impacto Ambiental correspondiente por el Departamento Ejecutivo (D.E.), de acuerdo a la legislación vigente.

Por su parte, a través del decreto 272/2018, del 20/3/2018, el Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires dispuso “Convalidar la ordenanza No 233/17 y su decreto de promulgación No 2891/17”. b) El Organismo Provincial para el Desarrollo Sustentable (O.P.D.S.), mediante resolución N° 069/17, del 13/01/2017, declaró “ambientalmente apto” el proyecto de obra denominado “Central Térmica de Generación de Energía Eléctrica Matheu II”, presentado por la firma APR Energy S.R.L., pero dejó establecido que la obra quedaba condicionada al estricto cumplimiento de los requisitos que constaban en el Anexo I de dicha disposición. c) En fecha 7/12/2017, el Honorable Consejo Deliberante de Pilar dictó la resolución 865, donde solicitó al D.E. suspender el trámite de habilitación de las termoeléctricas hasta tanto se diera cumplimiento con lo establecido en las ordenanzas 233 y 234, exigiendo además -entre otras cosas-:

– que las empresas Araucaria Energy S.A. y APR Energy S.R.L.llevaren a cabo una Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) que contemplare los riesgos y efectos combinados que la operación simultánea de ambas termoeléctricas generaría en el medio ambiente y la población aledaña, debiendo informarse los resultados obtenidos; publicar en un sitio de internet determinada información para el acceso irrestricto de los vecinos y publicar por conducto del D.E. en el sitio oficial de la Municipalidad las EIA presentadas por las empresas y aprobadas por las autoridades competentes; – exigir a las empresas la construcción de barreras sonoras que mantuviesen el nivel de ruido por debajo de los límites que establecen las normas y dentro de un rango que no altere perceptiblemente las líneas de base que se encuentran en proceso de medición; como asimismo, solicitarles la construcción de barreras forestales. d) La Autoridad del Agua de la provincia de Buenos Aires, en fecha 2/3/2018 (vid Fs. 580/582), certificó a través de la dirección de Usos y Aprovechamiento del Recurso Hídrico la Prefactibilidad Hidráulica, Prefactibilidad de Explotación del Recurso Hídrico Subterráneo (disponibilidad) y Prefactibilidad de Vuelco de Efluentes mixtos previamente tratados, exponiendo:

Respecto a la Prefactibilidad Hidráulica: si bien era factible otorgarla, “la Aptitud Hidráulica del predio estará condicionada a la presentación de la documentación técnica en calidad de Medición e Informe Técnico de Desagu¨es Pluviales ejecutados en el inmueble y su conexión con el entorno, lo cual deberá ajustarse a lo indicado en la legislación vigente”.

– En cuanto a la Prefactibilidad de Explotación del Recurso Hídrico Subterráneo (disponibilidad): sostuvo que el uso del recurso hídrico subterráneo no alteraría la sustentabilidad del mismo, agregando que “las perforaciones de explotación deberán contar con dispositivos adecuados para la toma de muestras, medición de caudal y registro de nivel estático y dinámico por parte de la Autoridad del Agua”.

– En torno a la Prefactibilidad de Vuelco de Efluentes Líquidos Cloacales:consideró que el vuelco no alteraría la capacidad de funcionamiento medio del arroyo Burgueño y que, de corresponder, “el recurrente deberá acreditar la autorización fehaciente de la utilización, extendida por el responsable de la misma, al momento de presentar la documentación técnica definitiva”.

Finalmente, en el citado Certificado, se estableció el riesgo asignado como “Categoría 3 (Riesgo alto)”, por lo que se debería presentar la documentación técnica requerida por la resolución AdA N° 333/17.

Así las cosas y conforme lo relatado precedentemente, se advierte que a la fecha no existe habilitación municipal ni se ha acreditado que el O.P.D.S. haya verificado el cumplimiento de los requisitos fijados en el Anexo I de la disposición N° 069/17, como así tampoco que se haya dado cumplimiento a las observaciones efectuadas por la Autoridad del Agua.

En este sentido, a la luz de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación mencionada y conforme los antecedentes reseñados, la pretensión de los actores dirigida a la prevención de un potencial daño al ambiente, no constituye “causa” o “caso contencioso” que permita la intervención del Poder Judicial de la Nación (Conf. Art. 116 de la Carta Magna).

Es que quien pretende la admisión de la tutela inhibitoria, debe acreditar, con suficiente verosimilitud, que existe un riesgo cierto de que el daño se produzca, o de que se agrave el ya producido, pero no es suficiente la mera invocación de un temor hipotético o eventual. Es decir que el interesado deberá acreditar el referido extremo con prueba directa, o mediante indicios, del peligro que invoca. Queda claro, pues, que debe haber una amenaza seria y razonable de que el daño previsiblemente ocurrirá de no mediar una conducta contraria que tienda a evitarlo (Conf. SáENZ, Luis R. J., “Comentario al artículo 1710” en CALVO COSTA, Carlos A. (dir.) Código Civil y Comercial de la Nación.Concordado, comentado y comparado con los códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 690 -citado por Calvo Costa, Carlos A., en “La pretensión preventiva en el derecho de daños”, LA LEY 19/02/2018, 1 – LA LEY 2018-A , 976).

No puede soslayarse, que en el caso, los accionantes se limitaron a invocar un perjuicio que aparece como remoto o conjetural, al fundarse en los eventuales daños que podría ocasionar el funcionamiento de la termoeléctrica Central Matheu II.

Ello así, ya que no puede perderse de vista que el O.P.D.S. dejó establecido que la obra quedaba condicionada al estricto cumplimiento de los requisitos que constaban en el Anexo I de la resolución N° 069/17, la Autoridad del Agua indicó qué cuestiones debían cumplirse -respecto a la prefactibilidad hidráulica, la dejó condicionada a la presentación de la documentación técnica; en torno a la disponibilidad del recurso hídrico subterráneo, dejó sentado que las perforaciones de explotación deberán contar con dispositivos adecuados para la toma de muestras, medición de caudal y registro de nivel estático y dinámico por parte de la Autoridad del Agua; en cuanto a la prefactibilidad de vuelco de efluentes líquidos cloacales, dijo que debería acreditarse la autorización fehaciente de la utilización, extendida por el responsable de la misma, al momento de presentar la documentación técnica definitiva- y el Consejo Deliberante de Pilar, a través de la resolución 865, requirió también el cumplimiento de diversas cuestiones, lo que da clara muestra que a la fecha la Central Termoeléctrica todavía no se encuentra habilitada para funcionar.

Es decir, recién una vez que se verifique el cumplimiento de los distintos requisitos a los que se hizo referencia a lo largo de la presente y cada una de las autoridades de aplicación intervinientes -dentro del marco de sus respectivas competencias- se expidan de modo acabado y definitivo en las materias que les incumben y el municipiotambién lo haga del mismo modo sobre la habilitación que autorice el inicio de la actividad de la Central, existiría – eventualmente y según el sentido de cada una de esas decisiones- la posibilidad de que surja una cuestión susceptible de ser traída a conocimiento de la justicia.

En efecto, una solución distinta a la aquí propuesta implicaría que la justicia se inmiscuya y reemplace a organismos en cuestiones propias de sus competencias. Al respecto, no debe olvidarse que el ingente papel que en el ejercicio de sus funciones incumbe a los jueces no llega hasta la facultad de instituir la ley misma o de suplir en la decisión e implementación a otros poderes del Estado, siendo entonces la misión más delicada de la justicia la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le incumben a los otros poderes o jurisdicciones (Arg. Fallos: 338: 779 ; 339: 1077 , entre muchos otros).

Pues, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Prodelco c/PEN s/ Amparo” , sentencia del 7/5/1998, “(.) la restricción en la actuación del Poder Judicial (.) es de orden constitucional y fundado en el principio básico del sistema republicano de gobierno: la división de poderes, y en nada impide el ejercicio del deber -también constitucional- de controlar y revisar los actos de los otros poderes. Ello, por cuanto (.) la facultad de revisión judicial halla un límite que se encuentra ubicado en el ejercicio regular de las funciones privativas de los poderes políticos del Estado (.) el control de legalidad administrativa y el control de constitucionalidad que compete a los jueces en ejercicio del poder jurisdiccional no comprende la facultad de sustituir a la Administración en la determinación de políticas o en la apreciación de oportunidad” (Doct. Fallos: 308: 2246; 311:2128).

Sin embargo, debe insistirse en que lo expuesto no implica que -eventualmente- verificados los requisitos necesarios, anteriormente referidos, los interesados no puedan acceder a los tribunales a los efectos de obtener la tutela de sus derechos.

En este orden de ideas y dadas las circunstancias expuestas, este Tribunal considera que en las presentes no concurre el requisito de “caso”, “causa” o “controversia” indispensable para el ejercicio del control encomendado al poder judicial.

La conclusión alcanzada lleva a desestimar la acción preventiva de daño interpuesta y exime al Tribunal de considerar los agravios de la recurrente, toda vez que la forma en que se decide torna abstracto su tratamiento.

IV.- Sin perjuicio de lo aquí resuelto, este Tribunal considera oportuno aclarar que el principio precautor io en materia ambiental, impone necesariamente que su aplicación se efectúe dentro de un marco de razonabilidad.

En el sub discussio, tal como ha sido expuesto precedentemente, previo a la habilitación de la Central Matheu II resta llevar adelante diversos requerimientos y medidas, lo que fue señalado por los distintos organismos que necesariamente deben intervenir en dicho proceso – O.P.D.S., Consejo Deliberante de Pilar, Autoridad del Agua, etc.-, lo que claramente llevará a despejar la incertidumbre en torno a la cuestión ambiental denunciada.

En mérito de todo lo expuesto, oído que fuera el Sr. fiscal general, el Tribunal RESUELVE:

1) DESESTIMAR la acción preventiva de daño promovida, por inexistencia de “caso” o “causa”, en los términos desarrollados en el considerando III.

2) DECLARAR abstracto el tratamiento de los agravios.

3) IMPONER las costas de ambas instancias en el orden causado, en atención a las particularidades del caso y la forma en que se decide (Art. 68, segundo párrafo, CPCC).

Regístrese, notifíquese, hágase saber a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. (Acordada 24/13 y ley 26.856) y devuélvase.A los fines del art. 110 del Reglamento para la Justicia Nacional, se deja constancia de la integración de esta Sala por Resolución CFASM 30/2017.

MARCELA SILVIA ZABALA

SECRETARIA DE CAMARA

ALBERTO AGUSTIN LUGONES

JUEZ DE CAMARA

JUAN PABLO SALAS

JUEZ DE CAMARA