

Buenos Aires, 3 de marzo de 2009.

Vistos los autos: "Rozniatowski, Rosa Cristina c/ Estado Nacional - Secretaría de Energía de la Nación s/ amparo".

Considerando:

1º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca rechazó el recurso de apelación deducido por el Estado Nacional contra la sentencia de primera instancia que había hecho lugar al amparo promovido y condenado a aquél a **"...realizar las obras necesarias para garantizar la seguridad de la presa 'Portezuelo Grande', integrante del Complejo Cerros Colorados emplazada sobre el río Neuquén, ampliando su capacidad para que resista una crecida máxima probable (pico instantáneo) de 14.520 m3/seg..."**. En dicho fallo, asimismo, había intimado al Estado Nacional para que, dentro del plazo de 120 días de quedar firme la sentencia, "...informe al Tribunal sobre las características de la obra a realizar y sobre su plazo de ejecución, el que deberá atender únicamente a los aspectos técnicos de la obra y, con posterioridad, la ejecute en los términos propuestos y en el plazo informado —que será sometido a aprobación judicial— bajo apercibimiento de aplicarle sanciones conminatorias por cada día de retraso..." (fs. 413 vta./414; énfasis agregado).

Contra la mencionada sentencia de cámara, el Estado Nacional dedujo el recurso ordinario de apelación que fue concedido a fs. 454/455 y fundado ante esta Corte a fs. 478/495.

2º) Que dicho recurso es formalmente procedente, pues se dirige contra una sentencia definitiva, dictada en una causa en que la Nación es parte y el monto disputado en último término, sin sus accesorios, supera el mínimo establecido en el art. 24 inc. 6º ap. a del decreto-ley 1285/58 y la

resolución 1360/91 de esta Corte. En efecto, lo decidido en esta causa supone una **obligación de hacer**, a cargo de la recurrente, de una sustancia económica superior al límite aludido tal como lo señaló el a quo a fs. 454 vta. al referirse a una "valuación prudencial de \$ 30.000.000" (conf., asimismo, fs. 27 y 452 vta.).

3°) Que para arribar a la decisión favorable a la pretensión de la actora, el a quo tuvo en cuenta que "la demandada no ofreció **ninguna** medida probatoria", con lo que mal podía reclamar por una tramitación que le permitiera acreditar formalmente sus afirmaciones, de tal modo que "...sin ofrecimiento de prueba no hay queja para formular". Agregó que no era exacto que el juicio de amparo no fuese la vía adecuada para tratar esta clase de asuntos, en la medida en que el tema de fondo traído por la actora no presentaba dificultades: "...o la presa es segura o no lo es, pero si se llega a la conclusión de que no es segura, alguien tiene que ocuparse de que lo sea y, para ordenarlo, quién sino el poder judicial". En ese sentido, expresó que la habilitación de este camino procesal no había sido eficazmente controvertida, al no señalarse qué otra vía judicial era más idónea "de modo de inhibir la aquí abierta". El a quo descartó, asimismo, el agravio relativo a que no se habría configurado una "lesión actual", sobre la base de considerar que "el estándar mínimo es la **inminencia** de amenaza" (conf. fs. 445).

En otro orden de ideas, señaló que el Estado Nacional tiene obligaciones en cuanto al deber de seguridad de los habitantes a través del Poder Ejecutivo, "como parte del ejercicio de poder de policía", y que resultaba contradictorio que aquél se agraviasse, en tanto fue el propio Estado Nacional quien dispuso la creación de un organismo en su seno para ocuparse de la seguridad de las presas: el Organismo Regulador

de Seguridad de Presas (ORSEP). Recordó el a quo que la institución de ese organismo tuvo su razón de ser en "las consecuencias dañosas de la rotura de una presa de magnitud significativa en lo económico-social y en lo atinente a la potencial pérdida de vidas humanas, afectarían tanto a la región en que el evento se produzca como a la Nación entera". Tuvo en cuenta, asimismo, que el propio decreto asumió "que (era) responsabilidad esencial del Estado Nacional garantizar las condiciones de seguridad de los aprovechamientos hidroeléctricos de su propiedad durante su diseño, construcción, operación y/o remoción" (en alusión a lo establecido en los fundamentos del decreto 239/1999 del PEN). En este sentido y en relación al agravio según el cual la demandada expresó que era resorte de las provincias el deber de proteger el ambiente, la cámara sostuvo que "tratándose de la prevención de un evento que afectaría diferentes jurisdicciones por deficiencias de una presa cuya seguridad está sometida a control del Estado Nacional a través del ORSEP, ninguna duda puede abrigarse que es a este último a quien incumbe, a través de la autoridad competente en la materia, asumir la responsabilidad por la prevención del daño que es objeto de este proceso. Ello con independencia de que convoque, si lo cree oportuno y conveniente, a las autoridades provinciales involucradas".

En cuanto al límite de las facultades jurisdiccionales sobre zonas reservadas a la administración, rechazó el agravio respectivo indicando que el Poder Judicial cuenta con atribuciones suficientes para conminar al Poder Ejecutivo a realizar una obra eficaz para conjurar un riesgo verdadero, cuya certeza deriva de las conclusiones que el propio administrador elaboró a través del ORSEP.

Por último, el a quo enfatizó que se encontraba probado en autos **—y que la demandada no cuestionó nada al**

respecto— "...que la crecida máxima probable en base a la que se diseñó la presa Portezuelo Grande ha variado después de cuarenta años, incrementándose de 11.500 m³/s hasta alcanzar 14.500 m³/s; también que, con ese diseño, el sistema hidráulico mencionado no puede soportar un pico de crecida de esa magnitud; existe, también entre la documentación del legajo, una proyección de las dimensiones que la catástrofe adquiriría si, producido el fenómeno natural del pico de crecida, la presa cediera ante ese volumen" (conf. fs. 447, 448/448 vta.; énfasis agregado).

4°) Que a efectos de exponer con toda nitidez las cuestiones planteadas en la causa, conviene recordar que en el presente proceso de amparo la actora afirmó que el pico de la crecida máxima de las aguas, al diseñarse la presa Portezuelo Grande en la provincia de Río Negro (en la década de 1970) aumentó de 11.500 m³/seg. a 14.519 m³/seg. Señaló que ya desde el año 2001 la ORSEP y la AIC —Autoridad Interjurisdiccional de Cuencas— habían determinado que la mencionada presa era incapaz de resistir la crecida máxima probable pronosticada. Ello podría acarrear, según la amparista, serios daños para los habitantes de los núcleos poblacionales ubicados aguas abajo de la represa, en especial para los residentes de la ciudad de Cipolletti. Así, solicitó que se condenara al Estado Nacional a ejecutar las obras necesarias para elevar la capacidad de la presa hasta el volumen de la nueva crecida máxima probable pronosticada, de modo de evitar un eventual colapso.

El Estado Nacional, en primer lugar, se opuso a la tramitación de la causa por la vía del amparo. En segundo término, y en cuanto al fondo del asunto, negó que la crecida máxima probable calculada para diseñar la presa (11.500

m3/seg.) hubiera aumentado. Entendió que la eventual rotura de esta última no ocasionaría a los habitantes de la ciudad de Cipolletti mayores daños que los que hubiese provocado una crecida natural de no haber sido construida la presa. Así, consideró que no pesaba sobre sí una obligación legal de actuar que torne ilegal su omisión; afirmó que no era su deber garantizar la seguridad de los ciudadanos frente a eventos naturales ajenos a su accionar. Sostuvo que la medición originaria —que arrojaría una crecida máxima de 11.500 m3/seg.— fue efectuada a partir de análisis estadísticos de caudales máximos anuales basados en criterios de recurrencia máxima; mientras que el método de crecida máxima probable —que se encuentra en el orden de los 14.520 m3/seg.— se corresponde con la precipitación máxima probable calculada en forma determinística.

Ante lo decidido mediante la sentencia de primera instancia (fs. 397/414), la demandada dedujo y fundó su recurso de apelación. En esta pieza, el Estado Nacional insistió con los planteos relativos a la inadmisibilidad del amparo y a su ausencia de responsabilidad. Expresó que los ciudadanos particulares fueron "invadiendo el cauce originario del río Neuquén... ocupando de manera irresponsable zonas que... son naturalmente inundables". Así, sostuvo que era resorte exclusivo de la provincia preservar el bienestar de sus habitantes. Asimismo señaló, bien que lacónicamente, que no resultaba correcto "señalar que la crecida máxima probable (CMP) deba ser considerada necesariamente como caudal de diseño para las obras de evacuación de crecidas... la mayoría de las presas argentinas han sido diseñadas basándose en criterios de recurrencia máxima... por la posibilidad de grandes variaciones en los valores obtenidos a través de las técnicas de obtención de la CMP". Agregó que debían analizarse en tér-

minos técnicos y económicos distintas posibilidades, todo ello en base a los recursos limitados con los que cuenta el Estado Nacional (fs. 418/431).

Como se señaló, la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, sobre la base de lo reseñado en el considerando anterior, rechazó el mencionado recurso, lo que dio origen al recurso ordinario de apelación de fs. 452/453. El memorial respectivo plantea nuevamente objeciones en orden a la vía del amparo admitida por los jueces, a la vez que introduce cuestiones vinculadas al fondo del asunto.

5º) Que con relación a los agravios relativos a la improcedencia de la acción de amparo (fs. 483/487 vta.), tal cuestión presenta dos aspectos fundamentales para su examen. En primer lugar, la abundante prueba producida y el derecho de defensa que por igual han tenido oportunidad de ejercer ambas partes en el marco de este proceso especial —que condujo al dictado de dos sentencias concordantes— no pueden ser ignorados (fs. 2/26 y 88/394). En efecto, resulta meramente dogmática la exigencia de la necesidad de mayor debate y prueba y la invocación de la existencia de otras vías, cuando no se acredita en forma concreta cuáles habrían sido los elementos probatorios que no se pudieron utilizar para dilucidar la cuestión, así como la incidencia que éstos hubieran podido tener sobre el resultado final del proceso.

En cuanto a la prueba producida en la causa, cabe advertir que todas las constancias que dieron fundamento a la sentencia impugnada fueron ofrecidas por la parte actora. En efecto, la demandada no produjo elemento de convicción alguno ni objetó los informes producidos por organismos especializados en la materia (ver fs. 376 y 394 vta.). Por tal razón, en lo que a este punto concierne, el recurso debe ser declarado desierto.

Idéntica suerte debe correr el segundo aspecto orientado a cuestionar la improcedencia del amparo, esto es, el agravio relativo a la "inexistencia de inminencia" (fs. 486). Ello es así, toda vez que la mera aserción de una errónea hermenéutica por parte del a quo de los informes según los cuales aumentaría la probabilidad del daño a propósito de un incremento de la crecida máxima del río Neuquén (de 11.500 m3/seg. a 14.500 m3/seg.), no se hace cargo de lo expresado por la cámara, en tanto esa conclusión se encuentra probada en la causa y "la accionada nada de ello cuestiona" (fs. 447 vta.). De ahí entonces que lo afirmado a fs. 489 a 490 vta. no constituya sino el fruto de una reflexión tardía, toda vez que sobre el tópico, en el memorial ante la cámara, sólo aparecen genéricas afirmaciones sin respaldo en constancias de la causa (fs. 429 vta./430). Esta circunstancia resulta particularmente grave, ello si se considera que la sentencia de primera instancia (fs. 405/410 vta.) valoró particularmente el informe de la ORSEP de fs. 94/115 y el de la AIC de fs. 118/370, la que presentó un estudio producido por la consultora BC Hidro International Ltd., contratada a tales fines por ella.

Este defecto se reproduce en la presentación de fs. 481/495 cuando se omite cuestionamiento alguno respecto de lo dicho por el a quo en relación al estándar mínimo de "la inminencia de amenaza, lo que, como se advierte fácilmente, es una exigencia menor que la de lesión y, desde luego, que la existencia actual de daño" (fs. 445). Al respecto, conviene recordar que esta Corte tiene dicho que "siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, deben los jueces habilitar las vías del amparo, ya que la existencia de otras alternativas procesales que puedan obstar a su procedencia no debe formularse en abstracto sino que depende

—en cada caso— de la situación concreta a examinar" (Fallos: 329:2179, entre muchos otros).

En suma, el mero señalamiento de la existencia de "otras vías procesales" implica desconocer que no se debe resistir dogmáticamente la admisibilidad del amparo para ventilar un asunto que, como cualquier otro que se promueva a través de esa acción, contaría, desde luego, con dichas vías alternativas. De otro modo cabría considerar que la Constitución Nacional en su art. 43, ha establecido una garantía procesal que, en definitiva, resultaría intransitable.

6º) Que con relación a lo que el apelante identifica como "IV.4.- Fondo de la cuestión" (fs. 487 vta.), la solución a la que arribaron los jueces de cámara no se modifica con la pretendida "fundamentación técnica" de fs. 487 vta./491 vta. Tales argumentaciones —como se adelantó—, amén de no haber sido seriamente propuestas ante aquéllos (fs. 418/431), no pasan de ser meros enunciados sin correlato en elemento de juicio alguno.

En efecto, se pretende incorporar conceptos técnicos desprovistos de toda relación concreta con las constancias de la causa. Así, aquello que se intenta explicar como "errónea interpretación del real fundamento del sistema" (fs. 487 vta.) se apoya solamente en que la alzada "interpreta erróneamente la prueba de autos en lo referente a la metodología de determinación". En tal sentido, cabe señalar que mal pudo la cámara precisar los conceptos exigidos ante la mera enunciación de tales tecnicismos en dos breves párrafos del memorial presentado ante ella (fs. 429 vta./430).

El memorial ante esta Corte reproduce la inconsistencia de los planteos anteriores del Estado Nacional: se endilga a la cámara una incorrecta interpretación de la prueba rendida en la causa, sin una mínima referencia a las cons-

tancias supuestamente tergiversadas en la inteligencia que cabría otorgarles. Antes bien, y en forma dogmática, se ensayan definiciones ininteligibles respecto del método de "análisis de frecuencia que resulta de la crecida de diseño para una recurrencia dada" y el de la "crecida máxima probable" (fs. 488 vta./491), entre otros aspectos específicos de la temática involucrada.

Ello conduce a descartar los pretendidos agravios, razón por la cual el recurso, en este punto, también debe ser declarado desierto.

7º) Que en cuanto al cuestionamiento de la competencia federal en el caso, la absoluta ausencia de refutación respecto de los argumentos del a quo relativos al decreto 239/99 (ver cons. 3º párrafo 2º del presente pronunciamiento), en orden a la creación misma del Organismo Regulador de Seguridad de Presas (ORSEP) como órgano descentralizado del Estado Nacional (art. 1º) y de sus competencias, sella la suerte del recurso en este aspecto.

8º) Que, por último, la alegación de "(i)nvasión de facultades correspondientes al Poder Ejecutivo por el Poder Judicial" y de "(v)iolación al principio de división de poderes" (fs. 493 vta.), se apoya en argumentaciones inconsistentes que no logran conmover el razonamiento del a quo según el cual "señalar que el Poder Judicial carece de atribuciones para conminar al Poder Ejecutivo a realizar alguna obra eficaz para conjurar un riesgo verdadero, cuya certeza deriva de las conclusiones que el propio administrador elaboró a través del ORSEP, es desconocer cómo funciona un Estado organizado bajo el principio republicano que, paradójicamente, se invoca" (fs. 447). Más aún si se considera que en el caso, el Poder Judicial se limitó a intimar al Estado Nacional a que en 120

días hábiles de adquirir firmeza la sentencia, informase al tribunal sobre las características de la obra a realizar y sobre su plazo de ejecución, en lo relativo a los aspectos técnicos de la obra, según los términos del pronunciamiento de fs. 414. De esta manera, el desenvolvimiento del órgano jurisdiccional en el sub iudice reveló, antes bien, un claro reconocimiento de las funcionalidades propias de otro poder del Estado (ver, al respecto, lo señalado por la jueza de primera instancia a fs. 412 vta. *in fine* y 413 cap. V).

Ello conduce a descartar las argumentaciones de fs. 493 vta./494 vta. en los términos del art. 266 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

9º) Que, con independencia de todo lo expresado, conviene remarcar, con el a quo, que el Estado Nacional se ha resistido a cumplir con "una verdad elaborada por él mismo" (ver fs. 447). Es una realidad incontrastable que la prueba reunida en la causa proviene de organismos públicos o de entidades privadas a las que el propio Estado encomendó tareas técnicas (ver, en particular, el informe de fs. 322/357).

Parece claro que la presa en cuestión fue proyectada con una "metodología de determinación" diferente a la que se ha tenido en cuenta en las instancias previas (análisis de frecuencia para la determinación de la crecida de diseño y crecida máxima probable, respectivamente). El diseño hidrológico y la metodología considerados hace más de tres décadas llevaron a la recurrente a afirmar que la eventual rotura de la presa no ocasionaría a los habitantes de la ciudad de Cipolletti mayores daños que los que hubiese provocado una crecida natural de no haber sido construida. Ahora bien, **el propio Estado, a través del ORSEP y a propósito del evento hidrológico ocurrido en el río Neuquén el 13 de julio de 2006, estimó que correspondía proceder a la actualización de la**

crecida máxima probable "incorporando al estudio toda la información inherente a la nueva crecida ocurrida". De tal modo, más allá del debate acerca de criterios de evaluación más o menos convenientes, ese hecho en concreto —que dio origen al presente amparo— convirtió en un imperativo la garantía de la seguridad de personas y bienes, con el objeto de conjurar la afectación de la esfera social y transindividual mediante las obras pertinentes. Más aún si frente a esta delicada cuestión —se insiste— el Estado ha adoptado diferentes posturas que parecen excluirse y aun contradecirse unas con otras (conf. fs. 96).

Todo lo señalado obligó a los jueces a tomar un rol activo y a desplegar particular energía para hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a la protección de derechos fundamentales.

10) Que, de acuerdo a lo hasta aquí considerado, no corresponde hacer lugar a lo solicitado a fs. 494 vta.

Por ello, se declara desierto el recurso ordinario de apelación deducido por el Estado Nacional y se deniega la medida solicitada. Notifíquese y devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY.
ES COPIA

Recurso ordinario interpuesto por el **Estado Nacional - Secretaría de Energía de la Nación - Ministerio de Planificación Federal Inversión Pública y Servicio, demandado en autos**, representados por la Dra. Marisa de las Mercedes Caruso, en calidad de apoderada.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de General Roca.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia nº 1 de la provincia del Neuquén.**