

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO
SECRETARIA N° 4 CAUSAS ORIGINARIAS**

SENTENCIA N° 67/2020

VIEDMA, 14 de julio de 2020.

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: “**OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS DE RIO NEGRO S/ AMPARO**” (Expte. N° OS4-275-STJ2020 // 30767/20-STJ-), puestas a despacho para resolver, y:

CONSIDERANDO:

El señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:

1. Antecedentes de la causa:

Que a fs. 1/16 vta., las señoras M.I.H. y A.C., en representación del Observatorio de Derechos Humanos de Río Negro, interponen formal acción de amparo contra el Estado de Río Negro, atento la escasez de agua y saneamiento cloacal en barrios muy poblados de la ciudad de General Roca (Altas Bardas, Ampliación Barrio Nuevo y Barrio Quinta 25), a fin de que este Tribunal ordene la provisión de aquellos servicios.

Exponen que la carencia de un derecho básico como es el acceso al agua potable pone en riesgo la integridad física, la salud y la vida de los vecinos afectando el principio de igualdad y no discriminación, por lo que requieren se ordene la provisión de aquella y el saneamiento cloacal.

Solicitan a su vez, como medida cautelar, hasta el efectivo y pleno cumplimiento de estos derechos, un plan de contingencia por el cual se asegure a cada familia el suministro de 200 litros de agua por habitante por día, con participación vecinal en el control y monitoreo del cronograma destinado a esa provisión.

Con cita del caso “Halabi” fundan su legitimación activa y señalan que la provisión del agua es un bien colectivo, indivisible e indispensable, cuyo titular no es una sola persona sino que pertenece a toda la comunidad, de ahí su “naturaleza colectiva”.

Dan cuenta que el art. 43 de la Constitución Nacional indica que la tutela de los derechos de incidencia colectiva corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados (legitimación colectiva), y en ese orden exponen que la norma incluye a las organizaciones que defienden, promueven y protegen derechos humanos, sean asociaciones de consumidores, cooperativas, sindicatos o simplemente organismos de derechos humanos como es el Observatorio de DDHH que representan.

Dejan a salvo que en el caso de no acordar con tal postura, se les permita actuar como personas físicas que buscan garantizar el derecho a la salud y a la vida de parte numerosa de la población, especialmente en estos momentos en que el lavado de manos y el distanciamiento social son las medidas más efectivas contra el Covid-19.

Traen a consideración las Reglas de Brasilia que norman el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y exigen políticas públicas que modifiquen en forma definitiva esas condiciones desfavorables.

Entienden que la acción de amparo resulta la más idónea, pero aluden también al instituto del mandamus, apuntando que esta figura procede cuando el Estado está obligado a hacer y no hace, debiendo interponerse ante el Superior Tribunal de Justicia.

Citan jurisprudencia en apoyo de su postura y explican que es necesaria la acción, ya que el lavado de manos, la higiene y el buen estado de salud, son fundamentales para evitar que las personas sean afectadas por el Covid -19 y en tal caso, el virus no sea letal.

Describen que el Barrio Nuevo -sector ampliación-, Quinta 25 y Altas Bardas no son asentamientos irregulares, pues están reconocidos sus dominios por el Municipio o poseen el título de propiedad y si bien cuentan con luz y red de gas natural, el único servicio que se provee con irregularidad es el agua ya que solo acceden a ella por la red.

Reconocen que el gobierno de la provincia envía agua a través de camiones cisterna pero no en forma diaria, mientras que el gobierno municipal contribuye en el suministro de aquella pero no es potable.

Mencionan que hubo intentos concretos de solucionar esta carencia a partir de la construcción de una cisterna que ha funcionado muy pocos días correctamente, pese al continuo reclamo de los vecinos desde el año 2017.

Argumentan sobre el derecho al agua con cita de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14 inc. 2 h); Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24 Inc. 2 c), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11) y Disposiciones 14 y 15 de su Comité DESC, y mención del fallo “Kersich” (CSJN Fallos: 337:1361); Código Alimentario Argentino (art. 982) y Ley 4270, art. 1, Anexo B.

Concluyen en la responsabilidad del Estado Rionegrino, el que debe adoptar las medidas necesarias y suficientes para que desde ARSA se solucione este problema de larga data.

2. Dictamen de la Procuración General:

El señor Procurador General, doctor Jorge Oscar Crespo, opina que si bien la presente acción participa de la naturaleza jurídica de un mandamiento de ejecución, competencia de este Superior Tribunal de Justicia (art. 44 de la Constitución Provincial) y que la legitimación pasiva debe ampliarse para que incluya a la Empresa Aguas Rionegrinas S.A. (ARSA) y al Departamento Provincial de Aguas (DPA), aquella debe ser rechazada por ser formalmente improcedente (fs. 18/22 vta.)

Señala que resulta dificultosa la lectura e intelección del objeto de la demanda en función de los diversos encuadres que mencionan las accionantes al momento de fundar el objeto de su pretensión.

Plantea que pese a las contradicciones en que incurren las requirentes al invocar las normas y fundamentos del amparo genérico y colectivo, la presentación en estudio debe ser subsumida en la figura del mandamiento de ejecución reglado en el art. 44 de la Constitución Provincial y que este Superior Tribunal de Justicia resulta competente para entender en las presentes actuaciones en virtud del art. 40 inc. e) de la Ley 5190.

En cuanto a la legitimación pasiva, expresa que las accionantes dirigen su pretensión contra el Estado Provincial, a quien le reclaman una obra que asegure la provisión regular del servicio de agua y el saneamiento cloacal para el sector Barrio Nuevo (ampliación), Barrio Quinta 25 y Barrio Altas Bardas, todos ubicados en la zona norte de General Roca, sin embargo la acción debe dirigirse necesariamente contra Aguas Rionegrinas S.A. (ARSA) en su carácter de concesionaria del servicio de distribución de agua potable y tratamiento cloacal, y contra el Departamento Provincial de Aguas (DPA) como Ente Regulador de tal concesión y autoridad provincial de control y fiscalización de tal servicio.

En relación a la eventual procedencia formal de la acción promovida, refiere que el mandamus resulta ser la vía a utilizar contra actos u omisiones en el plano técnico del campo administrativo del hombre frente al Estado (STJRNS4 Au 40/14 “Viedma”) siempre que no se cuente con otras vías idóneas para ello, y se cumplan con los restantes recaudos de procedencia del amparo genérico.

Considera que aplicadas las precedentes conceptualizaciones jurídicas, no se ha individualizado en forma concreta un obrar ilegítimo imputable al Estado Provincial, ARSA o al DPA y que la parte actora no acreditó haber planteado su reclamo -en forma actual- ante estos organismos provinciales.

Expresa que no se estaría en presencia de un “deber concreto” ni de un “rehusamiento” a su cumplimiento por parte de la autoridad que, en esta instancia, no consta haber sido solicitado.

Aclara que en tanto las requirentes exigen que se ordene la ejecución de una serie de obras para garantizar la continua provisión de agua potable en al menos tres barrios de la ciudad de General Roca, la razón de ser del amparo no es someter a la vigilancia judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, ni el control del acierto con que la administración desempeña las funciones que la ley le encomienda válidamente; ni el razonable ejercicio de las atribuciones propias de la autoridad administrativa son bastantes para motivar la intervención judicial por vía de amparo, en tanto no medie arbitrariedad manifiesta de los organismos correspondientes (cf. CSJN 07-12-83, ED. 107-454).

Agrega -en lo vinculado al reclamo de saneamiento cloacal- que existen numerosos procesos en trámite de similar naturaleza al aquí entablado, iniciados por la Municipalidad de General Roca contra la Empresa Aguas Rionegrinas S.A. (ARSA), el Departamento Provincial de Aguas (DPA) y la Provincia de Río Negro por la constante problemática de desbordes cloacales en diferentes sectores de la ciudad, que prima facie podrían alcanzar a alguno/s de los sector/es aquí denunciados.

Destaca que la ausencia de los recaudos formales para la viabilidad del amparo genérico conlleva indefectiblemente la improcedencia de cualquier otra especificidad (mandamus) y concluye que este Tribunal debe rechazar la acción interpuesta por no reunir los presupuestos esenciales para la procedencia de la vía constitucional intentada.

3. Análisis y solución del caso:

Ingresando en el análisis de la excepcional vía intentada, adelanto que este Cuerpo debe rechazar la acción interpuesta en atención a las consideraciones que a continuación expongo.

De la lectura de los términos de la demanda, si bien las amparistas interponen formal acción de amparo contra el Estado de Río Negro, a fin de que se brinde el servicio de agua potable y desagües cloacales a los barrios de Alta Barda, Ampliación Barrio Nuevo y Barrio Quinta 25 de la ciudad de General Roca, también aluden a la figura del mandamus.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la acción intentada, coincido con el dictamen del Procurador General, en cuanto opina que la presentación en estudio debe ser subsumida en la figura del mandamiento de ejecución reglado en el art. 44 de la Constitución Provincial, a cuyos fundamentos me remito.

Ahora bien, en referencia a la procedencia formal, este Cuerpo de modo constante e inveterado ha distinguido con meridiana claridad la diferente naturaleza jurídica del amparo (art. 43 de la Constitución Provincial y 43 de la Constitución Nacional) y las especies calificadas de los art(s). 44 y 45 de la Constitución Provincial. Así se ha remarcado que estos últimos, contienen los mismos recaudos de admisibilidad formal, pero se diferencian del amparo simple y del colectivo en cuanto al objeto que persiguen; señalando que debe estarse ante actos u omisiones en el plano técnico del campo administrativo del hombre frente al Estado (STJRNS4 Au. 38/16 “Rochas”).

Corresponde además precisar que las acciones procesales específicas -art(s). 43 a 45 de la Constitución Provincial- quedan reservadas para los casos de extrema urgencia y de una gravedad tal que habilitan al Juez a proveer el amparo del derecho vulnerado, pero no todo desconocimiento de un derecho pone en acto esta intervención excepcional.

Así, se ha dicho que éstas sólo proceden cuando se han cercenado derechos y garantías constitucionales que no encuentran adecuados medios para su defensa. Puesto que en las acciones previstas en los art(s). 43, 44 y 45 de la Constitución Provincial son de imprescindible acreditación los requisitos de urgencia, gravedad, irreparabilidad del daño e ilegalidad manifiesta, los que adquieren valor jurídico cuando caracterizan una violación a un derecho constitucional, pero no a la que soporta todo derecho consagrado por el constituyente.

Esta garantía no se aplica automática y genéricamente, y sólo está contemplada para aquellas situaciones que ante la urgencia y la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta no puedan hallar remedio en otras vías idóneas disponibles (STJRNS4 Se. 158/14 “Loncoman” y Se. 132/15 “Colegio de Psicólogos”, entre otras).

Asimismo, es dable recordar que los requisitos indispensables para la procedencia del mandamiento de ejecución en particular se encuentran centrados en: 1) la existencia de un deber legalmente impuesto en una norma, 2) el rehusamiento para cumplir su ejecución, por parte de un funcionario o ente público administrativo y 3) afectación por tal rehusamiento, de los derechos de los recurrentes (STJRNS4 Se. 97/17 “Puefil” y Se. 92/19 “Estévez”). Agrego, además, que no se cuente con otras vías idóneas para ello y, asimismo, se cumplan con los restantes recaudos de procedencia del amparo genérico.

Siendo éste el criterio de distinción de las acciones procesales constitucionales de nuestro derecho público provincial y encuadrada la situación denunciada en los recaudos formales expuestos, las amparistas no logran acreditar tales exigencias.

En autos se persigue que se ordene un mandamiento de ejecución al Estado de Río Negro destinado a que se provea de agua potable y servicio de desagües cloacales a barrios altamente poblados de la ciudad de General Roca, pero no se individualiza en forma concreta un obrar ilegítimo imputable ya sea al Estado Provincial, a ARSA o al DPA, quienes deberían tomar intervención a tenor de la legislación aplicable (Ley K 3184 -crea Aguas Rionegrinas Sociedad del Estado, A.R.S.E.-, Ley K 3309 -creación de Aguas Rionegrinas Sociedad Anónima, A.R.S.A- y Ley J 3183 -marco regulatorio para la prestación de los servicios de agua potable, desagües cloacales, riego y drenaje de la Provincia-).

Observo además, en coincidencia con la Procuración General, que ninguna prueba incorpora la parte actora en relación a haber planteado su reclamo en forma actual ante estos organismos provinciales.

Sumo a ello que de las propias manifestaciones de las actoras surge que hubo intentos de solucionar el problema, por lo que se construyó una cisterna, más allá de considerar aquellas que ha resultado insuficiente (fs. 5 vta.).

Entiendo que las amparistas pretenden ir mas allá, y que se ordene al Estado Provincial la realización de una serie de obras para garantizar que la provisión del servicio de agua sea regular y constante; pero es dable recordar que no resulta ser el amparo un instrumento de control de la actividad específica de la administración pública, ni menos aún de determinación de lo que procede o no realizar en la gestión del Estado. Nada de ello habilita ni justifica la intervención judicial por esta vía en tanto no medie arbitrariedad manifiesta de los organismos competentes.

Las vías administrativas no pueden ser suplidas mediante la acción intentada, por cuanto deben ser tramitadas ante las autoridades respectivas, las que deben verificar los recaudos pertinentes, en cumplimiento de la ley, para su procedencia y/o plantear diferentes alternativas de solución.

Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: “la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance en desmedro de otras facultades revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público (Fallos 328:3573 “Brandi, Eduardo Alberto c/ Mendoza, Provincia de s/ acción de amparo”)”.

Este Superior Tribunal ha reiterado que la excepcionalísima vía intentada (amparo en cualquiera de sus formas) sólo puede atender a situaciones especiales en las que de ningún modo se presenten medios administrativos o judiciales idóneos, y en las que los actos que supuestamente restringen su derecho se presenten de modo francamente manifiesto, claro y evidente, de una gravedad tal que no admita dilación alguna. Es decir que resulten palmarios, tangibles y manifiestos para acreditar la gravedad, urgencia e irreparabilidad y particularmente la inexistencia de otra vía (STJRNS4 Se. 158/14 “Loncoman”, Se. 122/19 “Comunidad Mapuche Pilquiniyeu del Limay y Fundación Adalqui”, entre otros) cuestiones que de modo alguno quedan acabadamente acreditadas en estas actuaciones.

Ya en cuanto al servicio de desagüe cloacal, bien refiere la Procuración General la existencia de numerosos procesos en trámite de similar naturaleza al aquí entablado, iniciados por la Municipalidad de General Roca contra la Empresa Aguas Rionegrinas S.A. (ARSA), el Departamento Provincial de Aguas (DPA) y la Provincia de Río Negro por la constante problemática de desbordes cloacales en diferentes sectores de la ciudad, que prima facie podrían alcanzar a alguno/s de los sector/es aquí denunciados.

Advertida la ausencia de los recaudos para la viabilidad del instituto genérico del amparo, ello conlleva necesariamente la improcedencia de cualquier otra especificidad tales como el prohibimus o el mandamus como es el caso de autos (STJRNS4 Se. 7/16 “Colegio de Bioquímicos”).

6. Decisión:

En consecuencia y con el alcance indicado, corresponde rechazar la acción interpuesta a fs. 1/16 vta., de acuerdo a las consideraciones formuladas. Sin costas atento las particularidades del caso (art. 68, 2° párr., CPCC) MI VOTO.

La señora Jueza doctora Adriana C. Zaratiegui y el señor Juez doctor Ricardo A. Apcarian dijeron:

Adherimos a los fundamentos expuestos en el voto del doctor Enrique J. Mansilla y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.

El señor Juez doctor Sergio M. Barotto y la señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini dijeron:

Atento la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que nos preceden en el orden de votación NOS ABSTENEMOS de emitir opinión (art. 38 L.O.).

Por ello:

**EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA
RESUELVE:**

Primero: Declarar que la presente acción constituye un “mandamiento de ejecución” en los términos del art. 44 de la Constitución Provincial y en virtud de lo normado por el art. 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, competencia del Superior Tribunal de Justicia.

Segundo: No hacer lugar a la acción interpuesta a fs. 1/16 vta., de acuerdo a las consideraciones formuladas. Sin costas atento las particularidades del caso (art. 68, 2° párr., CPCC).

Tercero: Registrar, recaratar, notificar y oportunamente, archivar.

FIRMADO:

MANSILLA -Juez- ZARATIEGUI -Jueza- APCARIAN -Juez- BAROTTO -Juez en abstención- PICCININI -Jueza en abstención-

En igual fecha ha sido firmado digitalmente el instrumento que antecede en los términos y alcances de la Ley Nac. 25506 y Ley A 3997, Res. 398/05 y Ac. 12/18-STJ. Conste.

Firmado digitalmente: BUZZEO -Secretaria- STJ