

///mes, 27 de agosto de 2008.-

AUTOS Y VISTOS: este expediente n° **03/09**, caratulado **“ORVOL S.A. s/ MEDIDA CAUTELAR”** en autos “Mendoza, Beatriz Silvia y ots. c/ Estado Nacional y ots. s/ Ejecución de Sentencia”, del Registro de la Secretaría N° 9, de este Juzgado Federal de Primera Instancia;

Y CONSIDERANDO:

I.- Que las presentes actuaciones se inician por el Dr. Luis Ernesto Piendibene, en su carácter de apoderado letrado de la firma ORVOL S.A. (en adelante ORVOL), ello según Poder General para Juicios que obra en los autos caratulados “Mendoza, Beatriz S. y ots. c/ Estado Nacional y ots. s/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)”, los que fueran remitidos en copia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación atento el fallo dictado por dicho tribunal con fecha 8 de julio del corriente año, designando al infrascripto para la ejecución de la mentada sentencia, y que a la vista tengo (fs. 306/309).

Que solicita el dictado de una medida cautelar para que la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (en adelante ACUMAR) y la Provincia de Buenos Aires se abstengan de exigir el desalojo del predio que la empresa ocupa hasta que la citada autoridad cumpla con el fallo de la Corte Suprema de Justicia in re “Mendoza” que, en lo pertinente, exige “la presentación en forma pública, detallada y fundada del proyecto de reconversión industrial y relocalización en el marco del Acta Acuerdo del Plan de acción conjunta para la adecuación ambiental del Polo Petroquímico de Dock Sud, indicando las empresas involucradas, población afectada, convenios firmados, etapas y plazos de cumplimiento” (punto 9, fs. 2047 vta., expediente M 1569 XL).

Agrega que esta solicitud de Medida Cautelar reemplaza la que fuera presentada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 10 de abril de 2007, reformulándola, atento las actuales circunstancias de hecho y de derecho que expone.

Manifiesta la actora, que (ORVOL) es una empresa familiar, prestadora de servicios de almacenajes de líquidos a granel, básicamente aceites vegetales, en el puerto de Dock Sud.

Para ello, sostiene que ORVOL obtuvo un permiso de uso por parte de la Administración Portuaria por el año 1970 (ver anexo I), denunciando seguidamente (fs. 20) que dicho permiso se fue renovando ininterrumpidamente, hasta el último permiso otorgado en el año 1990.

Señala que nunca fueron demandados o sujetos a reclamo alguno por contaminación; que nunca sufrieron siniestros o derrames a consecuencia de su operatoria comercial y que los productos con que opera (en su mayoría aceites vegetales) son inofensivos para el medio ambiente.

Afirma, que por no existir en ORVOL proceso o forma de producción alguno, la Secretaría de Política Ambiental, categorizó a la misma como empresa comercial, no industrial.

Agrega que su ubicación es a 100 mts. del Río Matanza, dentro del Dique Dock Sud. Que la planta de almacenaje se emplaza sobre un predio perteneciente a la Administración Bonaerense de Puertos, contando con dos playones principales en donde se construyeron los tanques de almacenaje y el sistema de cañerías interno, entrada para camiones pavimentada, playa de maniobras de camiones pavimentada y calle interna pavimentada casi en su totalidad. Que, tanto el playón de tanques n° 1 como el n° 2, se encuentran rodeados en su totalidad de un talud de contención, por lo que sería imposible –a su entender- que en caso de derrame de algún producto, éste se filtrara a las napas o se extendiera mas allá de las zonas de los tanques. Que ambos cuentan con pluviales con esclusas que permanecen cerradas continuamente, y que sólo son abiertas en caso de lluvias, o de ser necesario evacuar agua acumulada. Que los 27 tanques de almacenaje con que cuenta, posee una capacidad de 20000 metros cúbicos; que son de chapa de acero soldada con piso y techos sellados, apoyados sobre bases de hormigón de 20 cm. de espesor, con lo cuál se impediría – a su entender- cualquier tipo de filtración a las napas subterráneas.

Que los mencionados tanques se conectan a una red de cañerías que los vincula a los muelles “Sitio 7” y “A prima”. Asimismo, algunos de ellos poseen conexiones de agua caliente con la zona de caldera, a los fines de proveer calor algunos productos, y así poder manipularlos.

Poder Judicial de la Nación

Agrega que las instalaciones de ORVOL cuentan con balanza para camiones, galpón de depósito, sala de bombas, tinglado en zona de descarga de camiones, grupo electrógeno, comedor, vestuarios, entre otros.

Destaca el perfecto estado de mantenimiento de sus instalaciones y manifiesta que las mismas no permiten otra actividad que el mero depósito de productos simples.

Afirma que los desagües pluviales de las instalaciones están funcionando separados de las zonas de manipuleo de productos con lo cuál resultaría imposible que el agua de lluvia arrastrara alguno de los productos de almacenaje al río. Que, salvo esos desagües, no existen cañerías o conductos por medio de los cuáles pudiera ser posible que algún efluente alcanzara el río.

Realiza enumeración de los distintos clientes que ORVOL tuvo durante los últimos diez años; describe los productos con que trabaja ORVOL, que resultan ser, aceites vegetales y oleínas, bases y spray lubricante, solución acuosa de hidróxido de sodio y de hidróxido de potasio. Agrega al respecto, que existe un pequeño porcentaje de diversos productos con los que trabajo alguna vez ORVOL, no resultando los mismos inflamables o de condiciones de almacenaje complejas. Resumiendo en consecuencia, que ninguno de los productos con los que trabajara, y trabaja en la actualidad ORVOL, presentan los riesgos que atribuye el Ministerio de la Producción en las Resoluciones MP 127/07 y 858/07 (vide fs. 172/174 y 175/177, anexos XVIII y XIX).

Asimismo, y en acápite aparte describe la operatoria de ORVOL respecto del almacenaje de los productos de terceros, incluyendo el servicio de carga y/o descarga, desde o hacia tanques, buques y camiones, incluyendo las medidas de seguridad en cada situación. De igual modo, manifiesta el tratamiento de los residuos generados por ORVOL propios de su actividad.

Expresa que ORVOL no almacena productos inflamables, por lo que la posibilidad de incendio o explosión, es mínimo, sin perjuicio de lo cuál cuenta con equipo de brigadistas designados. De igual manera, afirma que ante la posibilidad de derrame o rebalse durante las cargas y/o descargas de productos, ninguno se filtraría a las napas subterráneas o llegaría al río,

atento lo dicho precedentemente. No obstante ello, y en caso de que se produzca derrame o rebalse sobre el agua al momento de la operatoria con buques, cuenta con la contratación de una empresa especializada en la colocación de vallas flotantes, lo que contendría cualquier derrame, procediéndose a su recupero (vide fs. 96/101).

Que la Disposición DPMA DP 8 nro. 34/04, aprobó el plan de contingencias, exigido por la Prefectura Naval Argentina, disponiendo –según surge de la documentación citada por la actora, obrante a fs. 103/105- “Aprobar el Plan de Emergencias de Empresas a Cargo de Instalaciones de Manipulación de Hidrocarburos, Otras Sustancias Nocivas y Sustancias Potencialmente Peligrosas, perteneciente a la empresa ORVOL SA”. De igual modo, y a través de la Declaración n° 54/04, la Prefectura Naval Argentina certificó el cumplimiento por parte de empresa del plan de protección de la instalación portuaria (anexo IX).

Enumera la peticionante los seguros con que cuenta, y las inspecciones efectuadas por parte de la Provincia de Buenos Aires y ACUMAR en sus instalaciones, para finalmente, poner de resalto que nunca organismo alguno, señalara que la empresa hubiese incurrido en daño al ambiente o que exista posibilidad de ello.

Referencia la actora su instalación ubicada en el predio jurisdicción del Puerto de Dock Sud, mediante un “permiso de uso” solicitado al momento de su fundación, renovable cada decenio. Así las cosas, con fecha 31 de julio de 2000, venció el último permiso de uso, sin perjuicio de lo cuál, ORVOL permaneció en el predio, continuó con el trámite de renovación del mismo, y abonó el canon respectivo hasta la fecha.

Que la Resolución n° 127/2007 del Ministerio de la Producción de la provincia de Buenos Aires, fechada 19 de enero de 2007, rechaza la solicitud de renovación del permiso de uso portuario sobre el predio ocupado por la empresa, requiriendo a ORVOL -en base a un anexo de dicha resolución- la presentación de un plan de desocupación en el plazo de 15 días, bajo apercibimiento de proceder al desalojo administrativo (vide fs. 173/174).

Sostiene que el dictado de la resolución referenciada supra, dio lugar a la interposición del recurso de revocatoria con jerárquico en subsidio, con fundamento en la nulidad absoluta e insanable de dicho acto.

Poder Judicial de la Nación

A raíz de dicho recurso, el Ministerio de Producción de la provincia de Buenos Aires, procedió al dictado de la Resolución n° 858/2007, rechazando el recurso de revocatoria y declarando inadmisibile el jerárquico interpuesto en subsidio (vide fs. 176/177).

Señala que ambas resoluciones dieron origen a la impugnación judicial, iniciándose en consecuencia la causa “Orvol S.A. c/ Ministerio de Producción s/ Pretensión Anulatoria”, causa n° 13947, en trámite ante el Juzgado Contencioso Administrativo de La Plata n° 2, solicitando se declara la nulidad absoluta e insanable de las Resoluciones n° 858/2007 y 127/2007 del Ministerio de la Producción de la Provincia de Buenos Aires, según denuncia la parte actora a fs. 250 vta./251.

Finalmente, agrega que de producirse el desalojo de ORVOL quedaría frente a un grave estado de indefensión, toda vez que no se podría producir prueba pericial que avalen su continuación en el predio en cuestión, y las que fueron ofrecidas en el expediente principal ante la CSJN y en las actuaciones en trámite ante el Juzgado Contencioso Administrativo de Las Plata n° 2.

Realiza otras consideraciones, solicita que se le conceda la medida cautelar, funda en derecho su pretensión, ofrece prueba y plantea el caso federal.

II.- En primer lugar corresponde expedirse acerca de la competencia de este Juzgado para intervenir en las presentes actuaciones.

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ordenado en la sentencia dictada in re “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)”, fallo del 08.07.08, la acumulación de todos los litigios relativos a la ejecución del plan por ante el juez encargado de la ejecución (vide considerando 22 y punto 8° del dispositivo).

Que en atención a ello, ha desplazado la radicación de la causa caratulada “Mendoza Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Medida Cautelar -Incidente sobre medida cautelar (solicitado por ORVOL S.A.)”, a este Juzgado Federal conforme lo resuelto por el Superior Tribunal en la sentencia dictada el 12 .08.08.

Que la medida cautelar peticionada en los autos citados en el párrafo que precede, ha sido -conforme lo manifestado por la actora en el líbello de inicio-, “reformulada y reemplazada” (sic) por la presente demanda.

En consecuencia, atento lo expuesto y a que la medida cautelar solicitada en el *sub lite* guarda relación con los procesos concernientes a la ejecución del pronunciamiento de la Corte in re “Mendoza” citado, corresponde aceptar la competencia de este Juzgado Federal para entender en las presentes actuaciones.

III.- Asimismo es preciso señalar que, atento la medida cautelar que aquí se solicita, reemplaza, conforme a lo expuesto por la actora, la cautela requerida ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos citados -expediente que ha sido recibido por este Juzgado Federal con fecha 15 de agosto de 2008- corresponde acumular dichos autos al presente expediente.

En consecuencia, proceda el Actuario a la refoliatura de las actuaciones y deje constancia de la acumulación ordenada en el Libro de Entrada y Salida de expedientes de la Secretaría N° 9.

IV.- Sentado ello, cabe sostener que, para la admisión de las medidas cautelares se requiere examinar “*prima facie*” si se encuentran reunidos los requisitos específicos exigidos por el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es decir, la verosimilitud del derecho que se invoca y el peligro de un daño irreparable en la demora; requisitos que se encuentran de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparable, el riesgo acerca del “*fumus*” se puede atenuar.

Sin perjuicio de lo expuesto, la viabilidad de la medida exige la presencia de ambos requisitos, es decir, la ausencia de uno de ellos impide el dictado de la cautela.

Estos recaudos de viabilidad deben ser ponderados con especial prudencia cuando la cautela altera el estado de hecho o de derecho existente a su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (Fallos:316:1833; 320:1633; 323:3075, entre otros).

Poder Judicial de la Nación

Asimismo, cuando se trata de medidas cautelares requeridas contra el Estado la evaluación de los requisitos mencionados debe ceñirse a ciertas pautas especiales pues se exige, además, que al decretarlas no se afecte el interés público, al cual se debe dar primacía por sobre el interés particular que, por este mecanismo, se intenta proteger (Fallos:314:1202).

Estas pautas especiales deben contemplar, también, que los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, características que evidencia el citado interés público en su dictado.

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que cuando la medida cautelar se intenta contra la Administración Pública, es menester que se acredite *prima facie*, la manifiesta arbitrariedad del acto cuestionado, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los supuestos que lo tornan admisibles. Y ello es así, porque los actos administrativos gozan de la presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, razón por la cual en principio ni los recursos administrativos ni las acciones judiciales mediante los cuales se discute su validez, suspenden su ejecución, lo que determina, *prima facie*, la improcedencia de las medidas cautelares (Fallos:313:521 y 819, entre otros).

Bajo tales consideraciones cabe afirmar que, en el caso, no se encuentran reunidos los requisitos necesarios para otorgar una medida cautelar como la requerida en autos.

En efecto, la accionante pretende que el acto administrativo de la Provincia de Buenos Aires, tendiente al desalojo de la empresa del predio que ocupa, no debería ejecutarse hasta tanto la ACUMAR presente el plan previsto en el punto III 9) del considerando 17 del fallo “Mendoza” dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sostiene, en cuanto al requisito de la verosimilitud del derecho que, sin la presentación del “Proyecto de reconversión industrial y de relocalización” del polo petroquímico de Dock Sud, los actos que pretende ejecutar el citado ente y la Provincia, son manifiestamente arbitrarios e ilegítimos (ver punto 4.3 del escrito de demanda).

Sin perjuicio de que no resultaría objeto del presente proceso el examen acerca de la validez del acto administrativo dictado por la Provincia de Buenos Aires – pues, como señala la actora su impugnación ha

sido planteada ante la justicia ordinaria-, ni menos aun el análisis de la oportunidad, mérito y conveniencia de su dictado –que sería interferir en el ámbito discrecional del poder administrador-, no es menos cierto que para tener por acreditado el “*fumus bonis iuris*”, no puedo soslayar que corresponde examinar la situación jurídica en la que se encuentra la accionante - en cuanto a la ocupación del bien del dominio público del Estado provincial-, para obtener el dictado de una medida cautelar del tenor de la requerida en autos.

Ello así, pues ORVOL - empresa dedicada al servicio de almacenaje de líquidos a granel-, ocupó el predio en virtud de un permiso de uso otorgado por la Administración General de Puertos, conforme Resolución n° 138/1990 (fs. 14/19) por el término de diez años, plazo que venció el día 31 de julio de 2000, y por el que no hubo renovación alguna en el permiso de uso.

Finalmente, por Resolución N° 127/07 del Ministerio de la Producción de la Provincia de Buenos Aires, se le rechazó la renovación del permiso de uso portuario sobre el predio ocupado por la accionante y se le otorgó un plazo para la presentación del plan de desocupación del inmueble allí referenciado, asiento de la empresa. Los fundamentos de la citada resolución, en lo pertinente, fueron que el permiso de uso fue regulado por el Decreto 2273/94 - norma que establece que tales permisos son revocables- y que la actividad de la empresa no puede considerarse estratégica o de interés público que justifique la ocupación de un bien del dominio público provincial. Dicha resolución fue convalidada con el dictado de la Resolución N° 858/2007, por la que se rechazó la interposición del recurso de revocatoria que hiciera ORVOL, declarando inadmisibile el recurso jerárquico interpuesto en subsidio.

Ello así, cabe señalar que el permiso de ocupación del dominio público lleva implícita la condición de ser en todo momento compatible con el interés público y, por consiguiente, revocable por la administración pública, sin recurso alguno por parte del beneficiario. Es una tolerancia que la administración pública admite en interés del usuario y ejercicio de sus potestades.

En tal orden de ideas el otorgamiento y, por ende, la cancelación de los permisos de uso sobre bienes de dominio público

constituyen, en general, el ejercicio de una actividad discrecional de la administración (Conf. Marienhoff, Miguel S., *Permiso especial de uso de bienes del dominio público*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 35). El uso o la explotación exclusiva de un bien de dominio público por parte de un particular se encuentra en principio prohibida, y sólo puede accederse a ella mediante la concesión de un permiso precario otorgado por la administración en uso de facultades discrecionales. El titular del permiso, antes de la sanción del acto administrativo que lo otorgó, carece del derecho para usar el bien, aunque la ocupación sea temporal y precaria. Su derecho de ocupante nace a la vida con el acto administrativo que le otorga el permiso. Y como ningún habitante tiene derecho a usar privativamente un bien del dominio público, no puede lógicamente exigir que se le confiera tal uso. En consecuencia, el particular no tiene derecho para exigir la concesión del permiso. De allí que la administración actúe en forma discrecional para el otorgamiento del mismo (Diez, Manuel M., *Derecho administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, t. 4, p. 529 y 530).

En tal sentido, el vencimiento del plazo no otorgó derecho subjetivo a la accionante a obtener la prórroga del mismo. Y por ello, careció de un derecho adquirido a mantener la autorización que detentaba, pues, el otorgamiento de un permiso de uso sobre un bien del dominio público es un acto unilateral en el sentido que no obliga a la administración pública quien puede revocarlo, o como en el caso, no prorrogar el mismo a su vencimiento en virtud de la misma facultad que ha usado al concederlo. Por lo expuesto, no se requiere el acuerdo de la empresa ocupante de un predio del dominio público del estado para su desalojo al finalizar el permiso de uso.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el carácter precario de un permiso de ocupación, uso y explotación de tierras de dominio público y la circunstancia de responder, en razón de su objeto, al ejercicio de facultades discrecionales de la Administración, obsta a que los derechos que de él se derivan se incorporen definitivamente al patrimonio de su titular y, por tal motivo quedan privados de la protección del art. 17 de la Constitución Nacional. La subsistencia de tal prerrogativa está subordinada a la permanencia de los criterios de oportunidad o conveniencia que permitieron su nacimiento y pueden ser extinguidos en cualquier

momento (Fallos: 258:299; 264:314; 265:349; 270:188; 311:2117, entre otros).

Advierto, además, que las Resoluciones N° 127/2007 y 858/2007 por la Provincia de Buenos Aires, fueron dictadas en el año 2007, por lo que son anteriores al dictado del fallo de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Mendoza” (08.07.2008).

Lo expuesto me lleva a concluir que el proyecto de reconversión industrial y relocalización indicado en el punto III 9) del Considerando 17 del citado fallo -que deberá ser presentado por la ACUMAR- lo será respecto de las empresas lícitamente afincadas en el Polo Petroquímico Dock Sud, título que no detenta la actora atento al vencimiento del plazo del permiso de uso que le fuera oportunamente otorgado. Ello, sin perjuicio del tipo de actividad, contaminante o no, que realiza.

La circunstancia traída por la accionante respecto a que el futuro desalojo vulneraría su derecho de defensa, toda vez que le impediría en los expedientes que detalla producir pruebas periciales fundamentales que deberían realizarse en el predio que la empresa ocupa, es meramente dogmática, pues más allá de que no ha acreditado que al momento de su producción ya se efectivice el desalojo, la actora cuenta con todos los medios procesales a su alcance para la producción de la prueba señalada (a modo de ejemplo lo previsto por el art. 326 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Estas consideraciones me alcanzan para señalar que, en el caso, como antes sostuve, no se encuentra reunido el requisito de verosimilitud en el derecho requerido para el otorgamiento de la medida cautelar.

Sin perjuicio de que la ausencia del requisito antes examinado impide el dictado de la medida cautelar, resta agregar, con referencia al requisito del *periculum in mora* que, la continuidad o caducidad de la concesión de los permisos provisorios está sometida al criterio y apreciación de la autoridad que lo concedió, según considere que subsisten los motivos o no de utilidad general que los fundaron, sin que ningún interés de orden privado pueda sobreponerse a las consideraciones y voluntad del concedente (Fallos: 114:124).

En tales condiciones habré de denegar la medida cautelar solicitada.

Por los fundamentos expuestos y normas citadas precedentemente,

RESUELVO:

1).- Tener al Dr. Luis Ernesto Piendibene, por presentado en el carácter invocado, por parte a su mandante Orvol S.A., por denunciado el domicilio real y por constituido el legal indicado (arts. 40, 46 CPCCN).

Agregar lo acompañado.

2).- Aceptar la competencia de este Juzgado para entender en las presentes actuaciones.

3).- Disponer la acumulación del Incidente sobre Medida Cautelar (solicitado por Orvol S.A.) en la causa “Mendoza Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios” expediente M 1569 XL, a las presentes actuaciones conforme lo ordenado en el punto III que antecede.

4).- Denegar la medida cautelar solicitada. Sin costas atento a la falta de sustanciación (art. 68, 2º párrafo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

5).- Tener presente la reserva del caso federal planteada.

6).- Tener presente las autorizaciones conferidas, haciendo saber que, por aplicación analógica del art. 134 párrafo segundo del CPCCN, el retiro de copias y/o documentación por parte de los autorizados importará la notificación de la parte.

7).- Formar segundo cuerpo de actuaciones a partir de fs. 215 inclusive, y tercer cuerpo a partir de fs. 401 inclusive, dejando expresa constancia en autos (art. 54 del Reglamento para la Justicia Nacional).

Regístrese y notifíquese. A la Señora Fiscal en su Público Despacho (art. 137 del CPCCN).

USO OFICIAL

En de Agosto de 2008 se procedió a la acumulación, refoliatura ordenada y se tomó nota en el Libro de Entradas y Salidas de la Secretaría N° 9. Conste.-

En de Agosto de 2008 se cumplió con lo ordenado y se formó segundo y tercer cuerpo de actuaciones. Conste.

En de 2008 se remiten las actuaciones a la Sra. Fiscal Federal a fin de notificarle la resolución que antecede. Conste.-

Exp. 03/09

Sec. n° 9