

**OPANQ2 EXPTE. 20321/2022 "SHELL ARGENTINA S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE SAN PATRICIO DEL CHAÑAR S/ MEDIDA CAUTELAR"**

**RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA. MEDIDA CAUTELAR.**

Neuquén, 29 de diciembre del año 2022

**VISTO** el expediente del encabezado se resuelve la presente medida cautelar en base a los fundamentos de hecho y derecho que se desarrollan a continuación:

**I. Shell Argentina SA solicita medida cautelar** (hojas 89/96, ingreso 23.729)

El 29/11/22 se presentó la empresa Shell Argentina SA (en adelante Shell), y solicitó se suspenda la Resolución 13.486 del Juez de Faltas del Municipio de San Patricio del Chañar-y sus actos confirmatorios- en cuanto dispuso la clausura definitiva de las instalaciones de la planta de captación de agua que la empresa posee en Picada 16 y costa de Río de San Patricio del Chañar, y del ducto soterrado en toda su extensión.

Asimismo solicitó que se ordene a la Municipalidad que se abstengan de dictar cualquier acto, orden, acta, resolución, etc. que de cualquier modo tienda a restituir la clausura.

Se solicita esta medida hasta tanto el Municipio dicte resolución definitiva que agote la vía administrativa.

La Resolución 13.486 impugnada, fue notificada el día 25/11/22.

Relató los antecedentes de los derechos adquiridos por Shell en estos términos:

- Desde principios del 2022, el Municipio a través de la sanción de ordenanzas, decretos reglamentarios y actos administrativos está tratando de establecer jurisdicción municipal sobre los derechos de captación, transporte y uso de agua y de sus respectivas instalaciones.

- Sobre los derechos de agua y de las instalaciones señala que:

1) La Ley Provincial de Hidrocarburos 2453 legitima a los concesionarios de explotación, al acceso al agua como insumo esencial para el desarrollo de los derechos concesionados (Ley 2453 artículo 90; Código de Minería de la Nación, artículo 146, 3°), siendo la autoridad de aplicación de esa ley la Subsecretaría de Energía, Minería e Hidrocarburos.

2) Shell, en su carácter de operador de las UTEs SB-CDL-CASO, obtuvo

de parte de la Subsecretaría de Recursos Hídricos (en adelante SRH), derechos de agua y aprobación y autorización de las instalaciones. Esos permisos se otorgan sobre el dominio público hídrico, que pertenece a la Provincia, aun cuando estén desarrollados dentro del ejido municipal. Es en consecuencia jurisdicción y competencia de la SRH.

3) Es titular de los siguientes “derechos de agua e instalaciones”:

\* 7/5/19. Autorización de Pre-factibilidad, otorgada por la SRH por obras de toma de agua superficial, F-SRH N° 29/19. Notificada al Municipio de San Patricio del Chañar.

\* 14/11/19. Autorización de Ejecución de Obra, otorgado por Disposición N° 444/19.

\* 15/9/20. Permiso de policía otorgado por Disposición 193/20, para captación agua del río Neuquén.

\* 19/7/19. Aprobación del “Informe Ambiental SB 2” “Proyecto de Construcción y Operación de Reservorio de Agua Sierras Blancas”, de la Subsecretaría de Ambiente (autoridad de aplicación Ley 1875).

4) La adquisición de los “derechos de agua” y la aprobación, construcción y puesta en operación de las instalaciones, fueron entre los años 2019 y 2020. Es decir que son anteriores la sanción de las normas de la Red integral de aguas (2022).

A continuación se refirió a los antecedentes -en particular- del acto impugnado:

- Carta documento del 1/8/22 mediante la cual se intimó a Shell a “regularizar” la situación de sus instalaciones, mediante la presentación de planos a la Secretaría de obras públicas bajo apercibimiento de sanciones.

Respondida por Shell el 19/9/22.

- Cédula de notificación del 29/9/22 mediante la que se comunicó a Shell que la empresa Confluencia, ambiente y seguridad SRL colocaría caudalímetros en las Instalaciones de Shell.

Respondida por Shell el 18/10/22, solicitando la revocación, por inexistencia, con base en la falta de jurisdicción y competencia municipal.

No obstante, en esa oportunidad se adjuntó documentación y planos, a efectos informativos.

- Acta del 14/10/22 por la cual la Secretaría de obras públicas le solicitó a Shell la presentación de documentación correspondiente a los derechos de agua e instalaciones, en 5 días, bajo apercibimiento de acta contravencional y clausura.

- Contestación de Shell al acta de fecha 19/10/22, reiterando los argumentos utilizados en las respuestas a la carta documento y cédula de notificación.

Rechazó la facultad de clausura de la Municipalidad, por entender que se trata de jurisdicción de la Subsecretaría de energía, minería e hidrocarburos.

- Cédula de Notificación del 20/10/22, con Acta contravencional bromatológica 2695 y Acta de notificación de inspección 988, ambas de fecha 19/10/22, confeccionadas por la Secretaría de obras públicas.

Imputaron a la empresa por *“ejercer actividad industrial sin autorización municipal”*. Asimismo dispusieron la clausura de las instalaciones de captación de agua sobre el Río Neuquén, otorgando un plazo de 10 días para formular descargo ante el Juez de Faltas.

- Shell formuló descargo, el 25/10/22 reiterando los fundamentos. Consideró inexistentes o nulos los actos de intimación y clausura. Solicitó el levantamiento de la clausura hasta tanto se resolviera la apelación ante el intendente.

- El juez de faltas emitió la Resolución 13.356 de fecha 24/10/22, sin dar tratamiento a la alegación de inexistencia o nulidad del Acta 2695, y confirmando la clausura preventiva de la planta.

- Shell interpuso recurso de apelación y nulidad con fecha 3/11/22, alegando violación del derecho de defensa en juicio, y por inexistencia o nulidad de los actos administrativos. Reiteró el pedido de que se deje sin efecto la clausura.

- el Decreto Municipal N° 2171/22, de fecha 17/11/22, rechazó el recurso.

- Resolución del juez de faltas 13.392 de fecha 1/11/22, respecto de las actas 2695 y 988. Nuevamente omitió el tratamiento de los vicios alegados, ratificó la clausura preventiva y autorizó el ingreso a la planta de personal de mantenimiento de la empresa, conforme cronograma de actividades a presentar.

- Contra esta resolución Shell interpuso recurso de apelación y nulidad el 9/11/22, rechazado por Decreto N° 2170/22, de fecha 17/11/22.

- Resolución 13.486 de fecha 23/11/22, que dispone la clausura definitiva de la planta y la aplicación de una multa.

- Esta resolución fue ejecutada por la Municipalidad el 25/11/22, conforme actas y fotografías tomadas

Luego se refiere a los requisitos de procedencia cautelar. Desarrolla la verosimilitud del derecho:

- 1) El Municipio no tiene competencia para habilitar la actividad de captación de agua que desarrolla Shell, ni su transporte y uso.

- Tanto la Constitución provincial en su artículo 228, como el Código de Aguas en su artículo 2 establecen que el agua es un bien público de la Provincia, y no del Municipio.

La autoridad competente para otorgar permisos de aprovechamiento de las aguas públicas es la Subsecretaría de recursos hídricos (artículo 7 inciso e) del Código de Aguas, y artículos 60 y 63 del Decreto Reglamentario 790/99).

En este sentido el Municipio carece de jurisdicción y atribuciones para aprobar las instalaciones de captación, transporte, su construcción, funcionamiento, etc. y para “habilitar” la actividad en sí.

- El Municipio pretende ejercer estas facultades duplicando, o excluyendo la jurisdicción de la Secretaría de recursos hídricos.

- La actividad de captación, transporte y uso de agua está sujeta a la jurisdicción de la SRH, y de la Secretaría de minería, energía e hidrocarburos

- Las instalaciones consisten en una locación de captura de agua que no constituye una unidad económica o de negocio, sino que toma agua del Río Neuquén para ser transportada y utilizada en las áreas que opera la empresa (Sierras Blancas, Cruz de Lorena y Coirón Amargo Sur Oeste).

Shell no desarrolla con las Instalaciones ninguna actividad comercial ni industrial escindible de su actividad de exploración y explotación. Por eso no debe requerir ningún permiso, autorización o habilitación distinta o adicional a la otorgada por la SRH.

La actividad que desarrolla Shell se encuentra habilitada mediante su inscripción en el Registro de empresas hidrocarburíferas de la Provincia del Neuquén (Decreto 1342/15) y en el Registro de empresas petroleras de la Nación (Resolución SEN 407/07), y conforme fue ya autorizada por el Estado provincial mediante los Decretos 0092/11, 425/12 y 1363/16.

2) El Municipio carece de facultades concurrentes que la habiliten a imponer la clausura definitiva de la captación de agua, no ha acreditado la delegación de facultades, ni acuerdo de ejercicio conjunto o concurrente de facultades jurisdiccionales, ni de poder de policía, de los organismos que pueden considerarse competentes: subsecretaría de energía, Minería e Hidrocarburos; subsecretaría de recursos hídricos; subsecretaría de ambiente.

En cuanto al peligro en la demora refirió que la empresa ha sufrido ya consecuencias con motivo de la clausura, las que se agravaría, y son las siguientes:

- Se han entorpecido las actividades de exploración y actividades petroleras en general. De extenderse la restricción al normal desenvolvimiento de las operaciones petroleras de Shell-generadas de manera continua por el Municipio- se producirá una disminución de la actividad exploratoria, de perforación y producción de hidrocarburos. Esto afecta de forma directa el interés público, en tanto afecta el cobro de

regalías por parte del estado.

Las consecuencias económicas y operativas de la clausura, ya comenzaron a ser sufridas por la empresa.

- Riesgo operativo. Resulta imposible controlar las instalaciones, que requieren atención y control especializado permanente. La demora o ausencia de atención genera riesgo potencial de incidentes. Implica riesgos de orden técnico, operativo y de la seguridad en general.

## **II. Audiencia**

El 13/12/22 se llevó a cabo audiencia conciliatoria (hoja 115) en la que se planteó la posibilidad de realizar un levantamiento provisorio de la clausura, lo que fue rechazado por la demandada.

En dicha oportunidad el representante del municipio manifestó que la clausura se encuentra suspendida hasta tanto se resuelva el recurso de apelación interpuesto.

## **III. Municipalidad de San Patricio del Chañar contesta pretensión cautelar** (hojas 136/139, ingreso 24135)

El 13/12/22 se presentó el municipio y contestó el traslado de la cautelar solicitando su rechazo.

Expuso sobre los antecedentes del siguiente modo:

Mediante Acta N° 2730 del 18/10/22 el municipio dio inicio a las actuaciones al constatar que Shell ejerce actividad industrial sin contar con la autorización municipal. La actividad industrial consiste en la captación de agua, la que se encuentra dentro del ejido municipal sobre la picada 16 sur y la costa del río Neuquén.

En la misma fecha se labró el Acta de inspección N° 606 por la que se constató la existencia de una obra en el mismo lugar sin el permiso de obra correspondiente.

Previo a ello se realizaron inspecciones del lugar y se intimó a la empresa mediante carta documento a presentar los planos por las obras existentes en la picada 16 y costa del Río Neuquén, como así también de las redes de agua que atraviesan el ejido municipal.

El 18/10/22 la secretaría de obras públicas informó que se presentaron los planos.

El juzgado de faltas formó el expediente N° 14363/22 y emplazó a Shell para que presente descargo dentro de los 10 días de notificado.

El 19/10/22 se labró el acta contravencional bromatológica N° 2695 por ejercer actividad industrial sin autorización municipal. En la misma fecha se confeccionó

el acta de notificación y/o inspección 988 mediante la que se clausuró en forma preventiva el lugar por la actividad industrial constatada sin autorización municipal.

El juez de faltas intimó a Shell para que efectúe su descargo en el plazo de 10 días.

El 24/10/22 el juez de faltas emitió la Resolución N° 13.356 en la que confirmó la clausura preventiva a Shell.

El 25/10/22 la actora formuló descargo del acta contravencional N° 2730 y requirió el levantamiento de la clausura.

El 01/11/22 el juez de faltas emitió la Resolución N° 14392 en la que dispuso mantener la clausura pero autorizó el ingreso del personal de mantenimiento de la empresa a los fines de realizar tareas de mantenimiento. Ello, previa presentación de un cronograma de actividades a realizar, identificar el personal e indicar los horarios.

El 03/11/22 Shell interpuso recurso de apelación contra la Resolución 13356 que confirmó la clausura preventiva. Dicho recurso fue concedido con efecto suspensivo, tal como prevé la Ordenanza 1171/19.

Shell también apeló la Resolución N° 13.392 que confirmó la clausura preventiva pero autoriza el ingreso de personal para realizar tareas de mantenimiento.

El ejecutivo municipal dictó los Decretos 2170/22 y 2171/22 rechazando las apelaciones interpuestas por Shell.

El 23/11/22 el Juzgado de Faltas emitió la Resolución N° 13.486 que rechazó el descargo de Shell.

A continuación expuso sobre los fundamentos en los que apoya su responde:

- ✓ El art. 142 de la Ordenanza Municipal 1171/19 prevé que la apelación de una resolución tiene efecto suspensivo. Conforme ello, el Juez de Faltas concedió la apelación de Shell con efecto suspensivo, por lo que la pretensión cautelar deviene en abstracto.
- ✓ Conforme arts. 273 y 22 de la Carta Orgánica Municipal, la comuna se encuentra facultada para controlar las instalaciones Shell que se encuentran dentro del ejido municipal, aún cuando tengan una concesión de recursos hídricos y su actividad sea la explotación hidrocarburífera. Por lo que puede exigirle a la empresa la presentación de los planos

de construcción existente y tendido de cañerías, y la habilitación comercial para la actividad industrial que realiza la actora.

- ✓ La actividad que realiza Shell es industrial conforme el art. 46 de la Ley 899. Ello, en tanto el agua que utiliza en la extracción de hidrocarburos no convencionales sirve como separador de materiales, tal como prevé el citado artículo.
- ✓ La medida cautelar solicitada es improcedente por cuanto no encuadra en ninguno de los supuestos previstos en el art. 27 de la Ley 1305.
- ✓ Shell incumplió lo dispuesto en la Resolución N° 13.392 en tanto no informó el personal que iba a realizar las tareas de mantenimiento en la empresa cuando uno de los motivos por los que solicita la medida cautelar es la imposibilidad de acceder al control de las instalaciones. Es decir que esto último obedece a su propio incumplimiento.
- ✓ Por otro lado, el otorgamiento de los permisos que invoca Shell no la exime de cumplir con las normas municipales en lo que respecta a la licencia habilitante y presentación de planos.
- ✓ Por último, el acceder a lo pretendido por Shell implicaría una violación de la autonomía municipal prevista en el art. 271 de la Constitución Provincial.

Acompañó copia de la Ordenanza N° 1171/19 y los expedientes N° 7301-44458/22, 7301-4447/22 y 14363/22.

**IV. Acompaña documentación. Informa levantamiento de clausura**  
(Ingresos 24.179 y 24.199, hojas 1457 y 148/149)

El 14/12/22 se presentó el municipio y acompañó copia del Boletín Oficial del 08/04/22 de la que surgen publicaciones sintetizadas a distintas Ordenanzas, entre ellas la 1267, que en su art. 1 modifica el TÍTULO IV Capítulo II correspondiente al libro II de la Ordenanza 1170/19 en su art. 335. Pero no acompaña el texto completo de la Ordenanza. Asimismo, acompaña copia del Boletín Oficial del 10/09/21 del que surge parte la Ordenanza 1240/21.

En fecha 15/12/22 se presentó nuevamente la comuna y denunció como

hecho nuevo el levantamiento de las fajas de clausura y acompañó acta de notificación y/o inspección del 14/12/22.

**V. Shell contesta el traslado** (ingreso 24.353 hojas 152/156)

El 20/12/22 se presentó Shell y contestó el traslado de la documentación y de la manifestación como hecho nuevo que formuló el municipio.

En primer lugar, cita el art. 98 de la Carta Orgánica municipal, y los arts. 2 y 3 del Código de Procedimiento Contravencional y afirma que estas normas establecen de manera clara que el Juez de Faltas debe actuar como contrapeso jurisdiccional del accionar desorbitado del municipio.

A su vez, asegura que el municipio no logró identificar una causa que justifique la clausura de los derechos de captura, transporte y uso de las instalaciones de agua.

A continuación, efectúa una réplica de los argumentos del municipio del siguiente modo:

- el efecto suspensivo asignado al recurso de apelación no es equiparable ni sustituible con la medida cautelar. Shell necesita esa medida como protección ante el municipio quien desconoce y amenaza sus derechos de agua e instalaciones.

- la medida cautelar solicitada por Shell apunta a asegurar la conservación de los bienes motivo de la causa, por lo que encuadra en uno de los supuestos previstos en el art. 27 de la Ley 1305.

- Shell solicita que la medida cautelar sea concedida hasta el agotamiento de la vía administrativa.

- El accionar del municipio es ilegal. Un claro ejemplo de ello es la Ordenanza 1300/22, con la que se pretendió regular como uso industrial la captación de agua. Luego de ello, advirtiendo que la captación de agua atañe a la jurisdicción provincial, dictó la Ordenanza 1307 que eliminó la captación de agua de la referida regulación. Sin embargo, de dicha ordenanza no surge la explicación de por qué debió ser eliminado de la regulación.

- También es ilegal por violar los principios de legalidad, debido proceso, presunción de inocencia, no retroactividad de las normas, entre otros.

La clausura definitiva excede la competencia del municipio.

**FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO**

**I. Introducción.**

Expuestas las posiciones de las partes corresponde analizar cuáles son los requisitos de procedencia de la medida solicitada y si se encuentran reunidos en este



caso.

La parte demandada manifiesta que no se da el supuesto del art. 27 del CPA, mientras que la actora, considera que ese resulta el artículo aplicable.

Cabe observar que en el caso se solicita la suspensión de ejecución de un acto administrativo sancionatorio- típica medida del proceso administrativo- con la particularidad de que se encuentra pendiente de resolver el recurso contra esa sanción.

Es decir, que sería de aplicación el art. 21 de la Ley 1305.

No obstante, en cualquier caso, los requisitos de procedencia cautelar son los mismos, comunes a toda tutela cautelar, a saber: verosimilitud del derecho y peligro en la demora. De manera que el encuadre en uno u otro supuesto no varían el tratamiento y requisitos de procedencia del remedio intentado.

En torno a la verosimilitud del derecho, se debe establecer si los actos cuestionados resultan en un análisis preliminar nulos o anulables.

Para analizar la verosimilitud del derecho, resulta central el desarrollo del procedimiento en sede administrativa, de manera que se realiza una reseña de los antecedentes administrativos.

## **II. Antecedentes administrativos**

### **Expediente N°14363/22- tomo V- folio 075-076, Año 2022**

1) Se inicia el Expte. con las siguientes actas y documentos:

- Acta contravencional bromatológica 2730, del 18/10/22, en la que se imputa a Shell Argentina SA, en el domicilio Picada 16 sur, por “ejercer actividad industrial sin autorización (captación de agua)”

- Acta de notificación y/o inspección 606. Agrega: “...las oficinas de obras públicas nos informan que no se registra solicitud de permiso de obra del lugar arriba mencionado. Cabe aclarar que fue notificado anteriormente bajo acta de notificación y/o inspección con fecha 17/10/22 a las 13:16 hs., dejando copia en portón de cierre perimetral”. Hace referencia a una testigo.

Obran varias fotos de las instalaciones (hojas 6/10).

Obra copia de acta de notificación sin número de fecha 17/10/22, en la que se describen las instalaciones y se solicita informe a la secretaría de obras públicas (hoja 11).

Obra CD 914567317, dirigida al domicilio del Shell Argentina, con fecha de recepción del 22/08/22, en la cual se *“solicita regularizar la situación presentando los planos en la secretaría de obras públicas de la municipalidad de San Patricio del Chañar, dentro del término de 30 días corridos a partir de recibida la presente. Caso contrario se procederá a la intervención del municipio, cobrándole una multa equivalente a lo*

establecido en la Ordenanza 1232/21 y el canon establecido en la Ordenanza impositiva 1220/20..." (hoja 13).

- Memorándum 298/22, la Secretaría de obras públicas informa que "a la fecha no ha ingresado documentación de la obra".

2) Obra acta de emplazamiento por 10 días, de la cual no surge ninguna imputación, sino que remite a los documentos antes descriptos. Se remite por CD. (hoja 17).

3) Se incorpora un expte. con la siguiente documentación:

- Acta Contravencional Bromatológica 2695 del 19/10/22, confeccionada por la Secretaría de Obras Públicas.

Imputaron a la empresa por "ejercer actividad industrial sin autorización municipal. Se procede a la clausura según acta 988..". (hoja 27).

El acta 988, de igual fecha, describe las fajas de clausura fijadas -9 en total- (hoja 29). Se agregan fotos con las fajas de clausura (hojas 31/33).

- Se eleva la clausura con Nota 273/22 de la Secretaria de Administración (contadora), que manifiesta: "Es nuestro deber informar el alto riesgo que representa para nuestra comunidad la obra identificada como Shell Argentina SA, ya que el acueducto que la empresa tiene instalado, funcionaría con alta presión siendo de una contingencia crítica debido al tipo de operación que esta infraestructura realiza". (hoja 34)

4) Obra acta de emplazamiento por 10 días, de la cual no surge ninguna imputación, sino que remite a los documentos antes descriptos. Se remite por CD.

5) Se producen pruebas:

- La Dirección de coordinación de Seguridad ciudadana informa que la empresa no cuenta con habilitación comercial (hojas 25)

- Testimoniales de reconocimiento de las actas, con descripciones similares a las que figuran en las actas y surgen de las fotografías: Paola Janet Jara (hoja 66), Adriana Felicitas Pastran (hoja 67), Eliana Sofía Coche (hoja 68), Erminada Alejandra Olave (hoja 69)

6) El juez de faltas emitió la **Resolución 13.356** de fecha 24/10/22 (hojas 72/75)

Realiza un repaso por las actuaciones.

Describe las instalaciones: predio cerrado con dos ingresos, en el interior hay un tráiler una estación de alimentación eléctrica, 5 bombas de extracción de agua, 3 cámaras.

Las obras y establecimiento se encuentran dentro del ejido de San Patricio del Chañar, por tal razón el municipio cuenta con jurisdicción y competencia para

fiscalizar la actividad desplegada.

Es deber del municipio velar por la integridad de los habitantes y por el uso racional de recursos naturales.

La Secretaría de administración informa que la empresa no cuenta con habilitación comercial para desarrollar actividades en San Patricio.

Invoca el principio precautorio. Cita el art. 217 de la Ordenanza 1267/22, que establece el deber del municipio de impedir toda actividad económica que no cuenta con habilitación municipal, clausurando las instalaciones.

Manifiesta que no hubo recursos de parte de la empresa contra la cautelar.

Invoca los arts. 4, 72, 77 y 81 de la Ordenanza 1220/21 y sus modificatorias. 1229/21, 1235/21 y 1240/21.

Concluye confirmando la clausura preventiva de la planta de captación de agua, en los términos del art. 217 de la ordenanza 1267/22 y art. 83 de la Ordenanza 1240/21.

- Se notificó a Shell mediante CD (hoja 82).

- Descargo de Shell. Solicita el levantamiento de la clausura y subsidiariamente la suspensión de los efectos hasta tanto se resuelva el recurso. Acompañó prueba documental y ofreció prueba pericial (hojas 84/94).

- Resolución N° 13.392/22 del 1/11/22 que ratificó la clausura preventiva y dispuso la suspensión de la restricción de acceso a la planta de captación de agua y autorizó el ingreso a la misma del personal de mantenimiento de la empresa a los fines de realizar tareas de mantenimiento (hojas 156/159).

- A continuación consta la notificación de la Resolución N° 13.392 a Shell vía correo electrónico. Y contiene una inscripción en manuscrita que expresa "Vistos los presentes actuados, a la prueba pericial ofrecida corresponde rechazarla por inconducente y meramente dilatoria. Pasen los autos para resolver. Notifíquese". Al pie, obra la firma del Juez de Faltas y se consigna la fecha 04/11/22.

### **Segundo Cuerpo**

7) Recurso de apelación interpuesto por Shell el 03/11/22 en el que cuestiona la Resolución N° 13.356 que confirmó la clausura preventiva. Asimismo solicitó el levantamiento de la medida de clausura y en subsidio la suspensión de los efectos hasta tanto se resuelva el recurso (hojas 165/254).

- Mediante providencia del 08/11/22 el Juez de Faltas dispuso conceder el recurso de apelación en relación y con efecto suspensivo conforme art. 142 de la Ord. 1171/19 (hoja 255).

### **Tercer cuerpo**

8) Recurso de apelación interpuesto por Shell el 09/11/22 en el que cuestiona la Resolución N° 13.392 del 1/11/22. Asimismo solicitó el levantamiento de la medida de clausura y en subsidio la suspensión de los efectos (hojas 262/378).

- Mediante providencia del 08/11/22 el Juez de Faltas dispuso conceder el recurso de apelación en relación y con efecto suspensivo conforme art. 142 de la Ord. 1171/19 (hoja 255).

- Resolución N° 13.486 del 23/11/22 (hojas 387/396) mediante la que el Juez de Faltas resuelve lo siguiente:

\* Rechaza el descargo de Shell (Art. 1°)

\* Dispone la clausura definitiva de las instalaciones de la planta de captación de agua que Shell Argentina SA posee en picada 26 y costa de río de San Patricio del Chañar así como del ducto soterrado en toda su extensión (art. 2).

\* Condena a Shell al pago de una multa consistente en 1500 módulos equivalentes a la suma de \$ 930.000 por encontrarlo responsable de la violación de las normas que regulan la actividad industrial y/o comercial por ejercer actividad industrial sin habilitación municipal (art. 3).

- Acta de notificación y/o inspección N° 00001 y 0002 del 25/11/22 en la que se procede a la clausura definitiva de la planta de captación de agua de Shell conforme Resolución N° 13.486 (hoja 411/412).

- A continuación obran fotografías de las instalaciones en las que se observan las fajas de clausura (hojas 413/415).

- Apelación de Shell del 02/12/22 contra la Resolución N° 13.486/22 (hojas 416/428).

- Dicho recurso fue concedido en relación con efecto suspensivo (providencia del 05/12/22 hoja 429)

**\* Expediente N° 7301-44458/22 s/ “Shell Argentina S.A. s/ infracción art. 127 de la Ord. Municipal”. Incidente expte. 14638/22 “Recurso de apelación contra Resolución N° 13.356/22...”.**

Contiene los antecedentes del recurso interpuesto por Shell contra la Resolución N° 13.356/22 y el Decreto N° 2171/22 del 17/11/22 del ejecutivo municipal que rechaza el recurso y confirma la clausura preventiva (hojas 2/259 y 263 respectivamente).

**\* Expediente N° 7301-44478/22 s/ “Shell Argentina S.A. s/ infracción art. 127 de la Ord. Municipal” (2 cuerpos). Incidente expte. 14707/22 “Recurso de apelación contra Resolución N° 13.392/22...”.**

Contiene los antecedentes del recurso interpuesto por Shell contra la

Resolución N° 13.392 y el Decreto N° 2170/22 del 17/11/22 del ejecutivo municipal que rechaza el recurso y confirma la clausura preventiva (hojas 2/419 y 423/424 respectivamente).

### **III. Verosimilitud del Derecho**

**III. a)** Comenzaremos el análisis indagando si el derecho invocado se presenta como verosímil (“apariencia de buen derecho”).

Debemos comenzar por señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho reiteradamente que *“como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad”*.<sup>1</sup>

En la misma línea, la Corte ha sostenido que exigir un juicio de certeza contradice la propia naturaleza del instituto cautelar, que se desenvuelve en el plano de lo hipotético o aparente.<sup>2</sup>

Es decir, a fin de garantizar la tutela cautelar y, con ella, la tutela judicial efectiva, se impone partir de la base de la apariencia de buen derecho, no de su certeza, que es asunto de la decisión definitiva sobre el fondo de la cuestión.

**III. b)** Como se desprende de los antecedentes administrativos el inicio del procedimiento contravencional tiene como supuesto la actividad de la empresa, descrita como “captación de agua” (acta 2730).

Luego la carta documento, a través de la cual se notifica y emplaza a la empresa a regularizar la situación, refiere que la Municipalidad verificó *“tomas de agua en la zona del río Neuquén altura calle 16 1/2 Sur, redes de agua, no tenemos registro de obras autorizadas por este municipio”*.

Es decir que tanto la contravención inicial, como el emplazamiento e intimación a regularizar cursadas a la empresa, parecen referirse a la obra que se encuentra sobre el río Neuquén.

En la contestación cautelar, la Municipalidad se apoya en el carácter “industrial” que reviste la actividad de captación, calificación que deriva del propio código de aguas.

Por su parte la empresa presentó una serie de actos administrativos, con apariencia de regulares, que no han sido desconocidos por el Municipio, a través de los

<sup>1</sup> CSJN, *Fallos*, 306:2060; 330:2610, entre muchos otros.

<sup>2</sup> CSJN, *Fallos*, 330:5226, entre muchos otros.

que obtuvo distintos permisos para la construcción de las instalaciones y el desarrollo de la actividad de captación de agua, a saber:

- 07/05/19 F-029/19, “Factibilidad”, en la cual la Subsecretaría de Recursos hídricos analiza la obra a realizar en espacio público hídrico frente al lote 06-20-078-5654. Establece pautas precisas que deberá seguir la empresa en el desarrollo de la obra.
- 14/11/19. **Disposición N° 444/19** de la Subsecretaría de Recursos Hídricos: Autoriza a Shell a ejecutar la obra de toma de agua sobre la margen izquierda del río Neuquén (espacio público hídrico) y el tendido de un ducto.

En el art. 2 se describe la obra, con precisiones técnicas que deben cumplir las instalaciones (dimensiones de cámaras; longitud, grosor y materiales de las paredes, compuertas, etc; disposición y dimensiones de terraplenes; especificaciones sobre ubicación de las bombas, dimensiones, disposición y materiales de las mangueras; especificaciones de canales y ducto, entre otras).

El art. 4 solicita cronograma de obras. Se formulan prevenciones a tener en cuenta (condiciones ambientales y de operación, del cañadón, condiciones climáticas)

**Confiere un plazo de 30 días de presentación de planos.**

- 15/9/20. Disposición 193/20 de la Subsecretaría de Recursos Hídricos: otorga a Shell un “Permiso de policía” para extraer agua desde la “Toma del río Neuquén áreas Sierras Blancas” a fin de satisfacer las demandas del uso de agua industrial para la “ejecución y terminación de perforaciones hidrocarburíferas”, “riego asociado a la actividad industrial” y todo otro uso industrial.

Establece el caudal máximo de agua a extraer.

Establece que la captación se realizará desde la “Toma áreas sierras blancas” ubicada en espacio público hídrico, frente al lote 06-20-078-5654.

El permiso tiene una vigencia de 5 años y se fija la obligación de pago de un canon.

- 19/7/19. Notificación de la Aprobación de la adenda al “Informe Ambiental SB 2” “Proyecto de Construcción y Operación de Reservorio de Agua Sierras Blancas”, de la Subsecretaría de Ambiente (autoridad de aplicación Ley 1875).

Tal como se desprende de los actos administrativos reseñados, las

instalaciones de agua- clausuradas por la Municipalidad- poseen autorización de la Subsecretaría de Recursos Hídricos, que autorizó y fiscalizó la obra, indicó pautas precisas para el diseño y desarrollo de la obra.

Luego, emitió el permiso de uso del agua, estableciendo fines determinados, un régimen de canon y de caducidad de derechos.

También cuenta con autorización de la Secretaría de Ambiente.

Es decir que no se trata de una actividad o instalaciones en las que no se realice ningún control o intervención estatal, sino que por el contrario se encuentra sometida a los controles y fiscalizaciones, con sus correspondientes regímenes sancionatorios de al menos dos entidades provinciales (Recursos hídricos y Ambiente).

Conforme la Ley 899 *“la policía de aguas, de sus cauces naturales y/o artificiales y de toda obra relacionada con el almacenamiento o aprovechamiento de aguas –cualquiera sea su tipo- estará a cargo de las autoridades creadas por la presente ley”*.

La autoridad de aplicación que crea la Ley es la Dirección Provincial de recursos hídricos o el organismo que la reemplace (art. 6, redacción conforme Ley 2613).

En este estado de la causa se observa que estamos frente a una “obra relacionada con el aprovechamiento de aguas”. Es así que de conformidad al art. 3 de la Ley 899 y concordantes, la empresa obtuvo el permiso de obra y captación de la autoridad provincial, quien detenta las competencias mencionadas en el art. 7, por ejemplo: *“Son funciones específicas de la Dirección de Aguas, las siguientes: a) Realizar la evaluación de los recursos hídricos y el catastro de las concesiones y permisos para el uso y aprovechamiento de las aguas. b) **Organizar el aprovechamiento de las aguas, su uso, preservación y reserva.**(...) e) **Conceder las autorizaciones y permisos que se establecen en este Código y reglamentar las servidumbres administrativas y las prescritas en el Código Civil -en su caso- para su ordenamiento práctico. f) Fijar los cánones de riego y toda otra contribución derivada del uso y aprovechamiento de las aguas. (...) i) **Tener intervención en todo lo relativo a obras de cualquier naturaleza que se ejecuten en cauces y riberas de los cursos de agua pública, sin la cual no podrán efectuarse las mismas. (...) j) Intervenir y proveer -en igual forma- sobre todos los usos, actos y hechos que puedan tener relación con el régimen del agua pública la defensa y conservación de los cauces y riberas. (...) m) **Controlar y vigilar la regularidad del uso de las aguas en general y el otorgado por permiso o concesiones y disponer su caducidad -cuando corresponda conforme a la presente ley – previo informe de sus organismos respectivos. n) Adoptar cuantas más medidas y resoluciones se prescriban en la reglamentación y deriven de las funciones propias*******

*previstas por el Código, y las finalidades y objetivos del mismo.”*

De la descripción que surge del art. 7 del código de aguas surgen facultades de la autoridad provincial, algunas de las cuales hemos resaltado por tratarse de las facultades que –en parte- se encuentra en el centro de la presente controversia, e incluye autorizar las obras, otorgar los permisos de aprovechamiento, y controlar el desarrollo posterior.

En este sentido, considerando las facultades que otorga el código de aguas a la autoridad provincial y los actos administrativos traídos por la empresa, se observa verosímil el derecho de Shell SA a operar las instalaciones, en cuanto obtuvo permiso para construir las instalaciones y permiso para el aprovechamiento especial.

Es decir que, en principio, se observa que la empresa desarrolla una actividad que cuenta con permisos de la autoridad con competencia sobre el recurso hídrico, de conformidad al código de aguas.

Si bien, eso sólo no excluye la posibilidad de otros controles, el ejercicio de las facultades municipales parece asentarse sobre un supuesto ajeno a su competencia, -en tanto refiere a la captación de agua y remite a los usos previstos por el código de aguas- e invoca competencias concurrentes en materia ambiental, aunque no funda la sanción en incumplimiento en normas de esa índole.

Es decir que en este estado y con el limitado análisis que supone esta instancia, pueda afirmarse, que es verosímil que las obras de la empresa Shell cuentan con autorización para funcionar emanada de la autoridad competente, desde hace al menos 2 años. Esto incluye el permiso y fiscalización de las obras, así como el permiso del uso especial del agua.

Este es el planteo central en el que se funda la cautelar, que niega jurisdicción y competencia al municipio.

**III. c)** El planteo cautelar contiene además, una serie de alegaciones, sobre otros vicios.

Uno de ellos es la falta de tratamiento de los descargos presentados, lo que implica una afectación del derecho de defensa.

De las constancias administrativas y la documentación agregada surge que existen 3 descargos presentados por Shell con anterioridad a la Resolución 13.356 (24/10/22) no fueron tratados:

1) 19/09/22 (al pie contiene sello de recepción del municipio). Recurso de reconsideración contra la carta documento del 1/08/22.

Fue acompañado como documental identificada como Anexo XI (hojas 35 vta. y 36). La documental no fue desconocida por la demandada.



2) 18/10/22 (sello municipal) Shell contestó la cédula de notificación del 29/9/22 en la que se le informó que a partir del 1/10/22 una empresa colocaría caudalímetros en sus instalaciones (Anexo XIV hojas 146/148). Se opuso a dicha medida e hizo mención a la respuesta de la CD cursada el 19/9/22. También fue acompañado como documental en esta sede como anexo XIII (hojas 38/39). No fue desconocido por la demandada.

3) 19/10/22 (sello municipal) Shell contestó el acta de notificación e inspección del 14/10/22 solicitando su revocación. También hizo alusión a la respuesta de la CD de fecha 19/9/22 (hojas 152/155 del Anexo XVI). Fue acompañado como documental en Anexo XV (hojas 41/42). No fue desconocido por la demandada.

Sin embargo, la Resolución 13.356 de fecha 24/10/22, es decir de fecha posterior a todas estas presentaciones, refiere de manera expresa que no hubo recursos de la empresa contra la clausura.

Es decir, que también resulta verosímil que durante el desarrollo del procedimiento administrativo, no se consideraron descargos presentados, con la consiguiente afectación del derecho de defensa.

**III. d)** Finalmente, se observa que la clausura impuesta se apoya en dos normas: el art. 217 de la Ordenanza 1267 y el art. 81 de la Ordenanza 1220 y sus modificatorias.

Sobre la primera de las Ordenanzas invocadas, debo anotar que no he tenido el texto de esa norma a la vista, en tanto no obra publicada en el digesto municipal<sup>3</sup>, y la publicación del boletín oficial provincial del día 08/04/2022 -adjuntada por la Municipalidad- es "sintetizada", por lo tanto tampoco contiene el texto de la norma, y parece referirse a una contravención no vinculada al tema de este juicio.

Es decir que la falta de publicidad adecuada de una de las ordenanzas en la que se basa la clausura me impide realizar el control de legalidad, contribuyendo de este modo a la verosimilitud del derecho invocado por la actora.

**III. e)** Otro tema relevante a considerar es si esas obras y su operación constituye un riesgo, es decir si la medida de clausura, además del fin punitivo o sancionatorio tiene un fin preventivo.

El "riesgo", se introduce en el expte. adm. en la intervención de hojas 34, a través del informe de una contadora, que no cuenta con fundamentación, y se expresa de manera condicional. Es decir que quien alega ese riesgo, es un organismo sin

---

<sup>3</sup> El 29/12/22 en la página <http://www.sanpatricio.gob.ar/hcd/FrmDigesto.aspx>, no contiene el archivo adjunto (PDF) con el texto de la norma, sólo la referencia a las condiciones en las que se sancionó.

competencia técnica, basado en conjeturas (“funcionaría con alta presión”) y que sin ningún análisis arriba a la conclusión del alto riesgo de la operación.

En este sentido, la medida de mantener clausurada la planta implica una medida sumamente gravosa, en orden a la necesidad que cubre en tres áreas de explotación hidrocarbúfera, y no parece preservar o prevenir un riesgo probado.

Por el otro lado se aplazaría la sanción de clausura, que se dictó por el Municipio, luego de por lo menos dos años de que se encontrara operando la planta. Es decir que no parece obedecer a un fin preventivo o presentar urgencia.

En caso de que este establecimiento no hubiera contado con ninguna intervención estatal de control, la medida de clausura, podría tener fines preventivos, que no se advierten en este caso.

A esto se puede agregar que es aconsejable evitar la ejecución de una sanción mientras se discute su procedencia, sobre todo considerando su naturaleza punitiva y la presunción de inocencia (R.I. 440/16, *Embotelladora del Atlántico S.A.*, Exp. 6448/16).

#### **IV. Peligro en la demora**

El otro requisito de procedencia de los remedios cautelares es el peligro en la demora.

La comprobación de este extremo requiere evaluar el riesgo de que, sin el dictado de la medida solicitada, la tutela jurídica definitiva que se espera de la sentencia no logre, en los hechos, su cometido.

Tal como se expuso, Shell funda el peligro en la demora en lo siguiente:

- De extenderse la restricción al normal desenvolvimiento de las operaciones petroleras de Shell -generadas de manera continua por el Municipio- se producirá una disminución de la actividad exploratoria, de perforación y producción de hidrocarburos. Esto afecta de forma directa el interés público, en tanto afecta el cobro de regalías por parte del estado.

- Riesgo operativo. Resulta imposible controlar las instalaciones, que requieren atención y control especializado permanente. La demora o ausencia de control en las instalaciones genera riesgo potencial de incidentes. A su vez, implica riesgos de orden técnico, operativo y de la seguridad en general.

Tal como fue expuesto en el detalle de los antecedentes administrativos y luego acreditado por la demandada en esta sede (hojas 148/149), la clausura dispuesta en las instalaciones de Shell se encuentra suspendida conforme lo dispuesto por el art. 142 de la Ordenanza 1171/19). Es decir que se suspendió por cuanto el recurso de apelación interpuesto por Shell fue concedido en relación y con efecto suspensivo.

El municipio de San Patricio del Chañar alegó que dicha circunstancia convierte a la pretensión cautelar en un planteo abstracto. Pero lo cierto es que dicha suspensión, es un efecto propio del recurso interpuesto y temporal -por estar supeditada en el tiempo a la resolución de la apelación-. Es decir que dicha suspensión no sufre de ningún modo la protección que podría garantizar la tutela requerida.

De modo que debe rechazarse el planteo que formula el municipio demandado, más aún si se considera la postura del municipio que fue expresada por su representante en la audiencia conciliatoria y que se evidencia en los actos administrativos emitidos hasta el momento por el ejecutivo municipal, que rechazaron todos los recursos interpuestos por Shell.

Descartado ello, tal como surge de los actos acompañados por Shell, la actividad que desarrolla implica la captación, transporte y uso de agua en las operaciones petroleras no convencionales.

Específicamente, tiene un permiso de policía para extraer agua de la "Toma del río Neuquén área Sierras Blancas" a fin de satisfacer "las demandas de agua industrial encuadradas en las categorías U2 "Ejecución y terminación de perforaciones hidrocarburíferas" –incluyendo fractura hidráulica no convencional-, U3 "Explotación hidrocarburífera", U6 "Riego asociado a la actividad industrial" y todo otro uso industrial que demande la explotación hidrocarburífera en las áreas Sierras Blancas, Cruz de Lorena y Coirón Amargo Sur Oeste; incluyendo a todas las áreas concesionadas, permisionadas y/u operadas por dicha empresa" (art. 1 de la Disposición N° 193/20 hojas 31/32).

Surge de dicho acto y de otros que fueron detallados, que la empresa cuenta con autorizaciones para el desarrollo de dicha actividad.

Retomando, con la actividad que desarrolla Shell, se abastecen 3 yacimientos. De modo que de prolongarse en el tiempo la medida de clausura –más allá del levantamiento provisional-, ello conllevaría la disminución en la actividad exploratoria y de perforación en los yacimientos/paralización de la actividad que impacta en los 3 yacimientos, lo que resulta muy gravoso.

Por lo que acreditados la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, corresponde acceder a la tutela requerida.

#### **V. Contracautela**

Corresponde fijar la contracautela, a cuya prestación se supedita la efectividad de la medida cautelar.

Ha dicho el TSJ que *a fin de establecer la relación de verosimilitud del derecho con la caución a fijar, ha de establecerse que "mientras menos incertidumbre*

*haya en el derecho invocado por el solicitante de la medida cautelar, menor será la necesidad de contracautela y viceversa; cuanto más incertidumbre haya en el derecho, mayor será la necesidad de la misma. Hay siempre una relación de contrapeso entre estos dos requisitos que no debe ser olvidada si no se quiere violar el principio de igualdad” (T.S. NQN. R.I. N° 1.567/96 y R.I. N° 1.657/97)”. (RI 330/14, RI 32/18, entre otras).*

En virtud del elevado monto de las multas cuya ejecución se pretende suspender, se estima pertinente establecer como contracautela la constitución de un seguro de caución por el valor de la multa, cuya contratación deberá ser acreditada antes de hacerse efectiva la medida.

Dicho seguro deberá contener la mención del órgano en el que tramita este proceso, la identificación del expte. y la resolución que solicita la misma.

#### **VI. Costas**

En cuanto a las costas, no encuentro motivos para separarme del principio general de la derrota (Art. 69 CPCyC).

Por lo expuesto **RESUELVO**:

**1) Hacer lugar a** la medida cautelar solicitada por la empresa Shell Argentina SA, y en consecuencia suspender la Resolución 13.486 y sus actos confirmatorios, hasta que se agote la vía administrativa

**2) Previo** a todo, la actora deberá presentar seguro de caución por el monto de la multa impuesta (\$930.000) por los daños y perjuicios que pudiere ocasionar en caso de haber petitionado el remedio cautelar sin derecho. Se habilita la feria a efectos de la presentación de la contracautela.

**3) Imponer** las costas a la vencida (art. 69 CPCyC).

**4)** Se regulan honorarios, teniendo en cuenta el monto indeterminado, en lo mínimos de la escala legal, de acuerdo a las etapas efectivamente cumplidas del siguiente modo:

- Por la parte actora al Dr. Alejandro David Cataldi en doble carácter en la suma de \$ 61.200 (arts. 9, 10, 35, 37 y 39 Ley 1594).

- Por la parte demanda no se regulan en virtud del modo en que se imponen las costas, y lo prescripto en el art. 2 de la Ley 1594.

**5) Regístrese y Notifíquese electrónicamente.**

María Cecilia Gómez

Jueza

Se registra