

TIERRA DEL FUEGO - Estancia Violeta (2006). Daño ecológico provocado ante la existencia de productos químicos. Principio precautorio.

Hechos y decisión:

Ante una condena de resarcimiento por los perjuicios ambientales producidos por una empresa privada, acude ante la máxima instancia casatoria provincial, agraviándose por lo resuelto, crítica que no tuvo acogida favorable. El thema decidendum es el daño ecológico provocado ante la existencia de productos químicos en el lugar donde se construyó un obrador y su clara incidencia contaminante sobre las napas acuíferas. En consecuencia, se condena al pago del importe necesario a fin de restaurar el daño ambiental ocasionado por el obrador construido para la realización de obras de pavimentación de la ruta nacional N° 3.

Se afirmó que la prerrogativa a un ambiente sano es un derecho humano fundamental ampliamente positivizado, premisa esta enarbolada por los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional e incorporado en la carta magna nacional (art. 41) como así también en la constitución fueguina (art. 25). Producido el detrimento a la integridad ambiental, lo que prima es la urgencia a su recuperación y restitución a su estado anterior, encontrándose acreditada una contaminación de gravedad o la seria posibilidad de que ello acontezca.

Sumario del fallo

- *En efecto, aún ante la mera posibilidad de contaminación, debe optarse por la protección de la integridad ambiental. "Por lo cual, en casos de duda, debe estarse a favor del ambiente y de la protección de la salud. In dubio pro ambiente e in dubio pro salud. La incertidumbre no debe invocarse válidamente para no prevenir. "Esperar certidumbre normalmente nos habilitará solamente para reaccionar y no para una regulación preventiva", se declaró en la causa recordada "Ethyl Corp versus Epa". Basta la verosimilitud y no es preciso esperar la certeza, a riesgo de llegar siempre tarde". (Mosset Iturraspe, Jorge; "Responsabilidad por Daños", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1998, T. III, pág.107).*

ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 10 días del mes de agosto del año dos mil seis, se reúnen en acuerdo Ordinario los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, Dres. María del Carmen Battaini y Mario A. Robbio, para dictar pronunciamiento en

el recurso interpuesto en los autos caratulados “Estancia Violeta S.R.L c/ Techint SACI s/ Cobro de Pesos – Daños y Perjuicios - Ordinario” - Expte Nº 924/06 STJ - SR. El acuerdo queda conformado de la manera indicada por encontrarse vacante la restante vocalía del Tribunal.

ANTECEDENTES

I. La Sala Civil de la Cámara de Apelaciones dictó el fallo de fs. 874/892 vta., que admitió parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la actora; en tal virtud desestimó el pedido de resarcimiento efectuado por dicha parte respecto a la ocupación indebida; condenando a la unión transitoria de empresas denominada LA UNION - IGLYS S.A, TECHINT COMPAÑÍA TECNICA INTERNACIONAL S.A.C.I Y DYCASA DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES ARGENTINA S.A, al pago del importe necesario para la recomposición del medio ambiente. Dentro del apartado III del mismo pronunciamiento, se ordenó “IMPONER a la actora para que proceda a la recomposición del suelo en el plazo de 20 (veinte) días de percibidos los montos que deberá abonar la contraparte, con carga de rendir cuentas al Sr. juez de ejecución, y bajo apercibimiento de aplicar astreintes” (fs. 892 vta). En el punto siguiente, se dispuso dar intervención a la Secretaría de Recursos Naturales de la Provincia.

Según criterio del Tribunal, la demandada no dio cumplimiento a lo estipulado en la cláusula cuarta del comodato celebrado entre las partes, conforme al cual se debía desocupar el inmueble una vez terminado el plazo de ejecución de la obra, dejándolo libre de todo ocupante, a satisfacción del comodante. Ello así porque se entregó el predio con restos del obrador y residuos contaminantes conforme se desprende de las pericias químicas rendidas en autos.

El a quo no hizo lugar a la indemnización pretendida por la pérdida de rentas y ganancias aludidas por la actora, al apreciar que la prueba producida en autos resultó insuficiente para acreditar tal extremo.

Marcando un punto de inflexión dentro del decisorio y partiendo de expresiones de la actora junto con probanzas según las cuales en el sector del obrador se produjo la contaminación del suelo por elementos químicos e hidrocarburos diversos, concluyó el a quo que “Nos encontramos con una causa ambiental, donde debe cesar la contaminación y en consecuencia se debe considerar la reparación del daño o dicho con mayor precisión la recomposición del ambiente”. (fs. 886, 2º párr.).

Se dio por sentada la responsabilidad por actividad riesgosa y por manejo de materiales de igual índole, a la luz de lo normado por el artículo 1113 del Código Civil, recalándose que “...se debe dar prioridad a la solidaridad social en razón de partir de la jerarquización de la persona humana; advirtiendo que el tema es de orden público ambiental y por lo tanto inalienable e indisponible para las partes”.(fs. 886 vta 3º párr. y fs. 887, punto XIV, 1º párr.).

II. La demandada interpuso el recurso de casación que obra a fs. 912/935. Luego de explayarse sobre la admisibilidad de la vía extraordinaria encauzada, vierte los agravios sobre los que asienta la misma.

Alega en primer término, la incorrecta desestimación en primera instancia de las excepciones de falta de legitimación activa y pasivas planteadas por su parte y la omisión del tratamiento de dicho agravio en el fallo dictado por el a quo, circunstancia que invalida la sentencia recurrida (conf. fs. 921 vta, 6º párr.).

Entiende también que la decisión alteró los términos de la litis toda vez que en la apelación la actora introdujo nuevos argumentos, que no fueron vertidos en el escrito de demanda. Al modificar el objeto del proceso, el Tribunal transgredió el principio de congruencia, lesionando la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio.

Al respecto, destaca que la Cámara de Apelaciones "...rechaza nuevamente todas las pretensiones de la parte actora, pero introduce una cuestión – la reparación de un supuesto daño ambiental – que no fue objeto de la litis y que, menos aún, tampoco fue objeto de prueba". (fs. 918, 3º párrafo). Ese daño es catalogado por la demandada como de tipo estético, por supuestas afectaciones a las tranqueras, alambrados, pasturas, niveles de tierra, etc.

Siguiendo tal línea argumental, asevera que el a quo ha fallado extra petita, tildando a la sentencia de arbitraria y nula, con afectación de las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso. Añade que no surge de autos la relación de causalidad necesaria respecto al daño ambiental atribuido, ya que "la denunciada contaminación que la juez entiende debería repararse no está probada en autos". (fs. 929 vta, 3º párr.).

Esgrime que la prueba pericial química no acredita la existencia de contaminación en el predio al momento en que se realizó, razón por la cual tampoco puede verificarse por tal medio que haya existido contaminación al momento en que se entregó el terreno al Sr. Romero (entonces titular del mismo). Asimismo, afirma que la perito interviniente omitió cumplir con la obligación de comunicar a las partes el día y horario de realización de tal medida (conf. fs. 930).

En otros pasajes de la pieza casatoria, se tacha de arbitraria y antojadiza la interpretación que de la cláusula cuarta del contrato efectuaron los juzgadores; toda vez que allí se estableció la obligación de dejar el inmueble libre de todo ocupante, lo que así se hizo en cumplimiento de las demás obligaciones contractuales, sin observación ni reclamo alguno del Sr. Romero, quien por entonces era propietario del predio. Se objeta que en su calidad de nueva propietaria, la actora pretenda considerarse acreedora de una indemnización por supuestos daños cuya existencia ha sido negada y no surge probada en autos.

III. Por medio de la resolución de fs. 998/1000vta, la Sala Civil de la Cámara de Apelaciones concedió el remedio casatorio encauzado por la parte demandada, supeditando la suspensión de la ejecución solicitada al ofrecimiento del respectivo seguro de caución; lo cual fue cumplimentado a fs. 1003/1008.

IV.El Sr. Fiscal ante este Tribunal dictaminó a fs. 1018/1031, proponiendo rechazar el recurso de casación y, además, que se imponga a la demandada proceda a recomponer el ambiente a satisfacción del organismo administrativo provincial de aplicación.

Llamados que han sido los autos al acuerdo, efectuado el pertinente sorteo del orden de votación y tras deliberar, se ha decidido tratar las siguientes

CUESTIONES

Primera: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto? Segunda: En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? A la primera cuestión la Dra. Battaini dijo:

I. Corresponde abordar en primer término la alegada nulidad del pronunciamiento, toda vez que conforme doctrina sentada por este estrado, "Previo a examinar la admisibilidad formal y procedencia material de los agravios con que la defensa impugna la sentencia dictada en autos, corresponde evaluar su validez bajo el prisma de las normas contenidas en la Constitución Nacional y Provincial. Así lo ha establecido este Tribunal en reiteradas oportunidades al declarar de oficio la nulidad del pronunciamiento recurrido en virtud de oponerse al mandato emanado del art. 152 de la Ley Fundamental local (ver, por todos, la opinión mayoritaria en "Zabala, Juan Norberto y otros c/ Dycasa - Techint - Yglis U.T.E. s/ Indemnización Despido Agravado" -expte. N° 97/96 SR del 16.12.96, Libro II, f° 481/486-; y la decisión unánime dictada en los autos "Cabrera, Jorge Ramón c/ Policía de la Pcia. o Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego s/ Nulidad acto administrativo" -expte. N° 136/96 SR del 21.03.97, Libro III, f° 69/72- y sus citas). (ver autos "MERAYO NÚÑEZ, Leopoldo Dante s/ Defraudación a la administración pública a través de abuso de firma en blanco", expte. N° 350/99 STJ-SR, sentencia del 23 de febrero de 2000, registrada en el T° VI, F° 41/45). ("Fisco Nacional AFIP-DGI s/ Incidente de verificación (en `A.P.I. s/ Concurso preventivo`) s/ Recurso de Queja", expediente N° 688/03 de la Secretaría de Recursos; sentencia del 24/02/04 - T XI F° 72/76).

La recurrente expone en su recurso que el a quo ha obviado el análisis de las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva, defensas reiteradas al momento de formular la apelación de fs. 837/843. Dicha omisión, a entender de la demandada, obsta a la validez del decisorio de segunda instancia.

En miras a los particulares rasgos del proceso de marras, es de liminar importancia destacar que el a quo no ha hecho lugar al pedido de resarcimiento efectuado por la actora respecto a la ocupación indebida, puesto que no consideró acreditado el menoscabo alegado por dicha parte. Ello debe ser discernido del restante andamiaje decisorio, a partir del cual se condenó a las demandadas integrantes de la unión transitoria de empresas al pago del importe necesario a fin de restaurar el daño ambiental ocasionado por el obrador construido para la realización de las obras de pavimentación de la ruta nacional N° 3.

Las excepciones han sido planteadas en el marco de la faceta indemnizatoria rechazada por el fallo puesto en crisis, único ámbito en el cual merecían tratamiento; ya que la condena por daño ecológico -tal como se expondrá infra- se desenvuelve por carriles propios y separados de la responsabilidad contractual endilgada por la actora, a la postre desestimada. En tal mérito, en orden a la solución a que arribó el a quo, resultaba inoficioso el tratamiento de tal cuestión. Ello así, no se avizora un apartamiento de las reglas del debido proceso y menos aún un avasallamiento del derecho de defensa en juicio. Por tanto, a mi entender, debe ser desestimado respecto al presente punto la nulidad atribuida a la sentencia objeto de la vía casatoria intentada.

II.El restante planteo de nulidad, gira en torno al tratamiento y condena impuesta por daño ecológico. Asevera la casacionista que ello no constituye un elemento incorporado por la actora al proceso y que por tanto no pudo ejercitar el derecho de defensa en cuanto a su aplicación como factor fundante de responsabilidad. Por tal motivo, afirma violado el principio de congruencia. A su entender, la sentencia resuelve extra petita, y por tanto resulta arbitraria y nula. (conf. fs. 929 vta, 2º párrafo)

En primer término, corresponde señalar que -contrariamente a lo sostenido en la pieza casatoria- la actora introdujo el tema de la afectación a la integridad ecológica del lugar donde se construyó el obrador en varios pasajes del escrito de demanda, uno de los cuales ha sido transcripto en la sentencia puesta en crisis (fs. 884 vta, 4º párrafo).

Por tal razón, la actora solicitó la intervención de peritos y/o consultores técnicos en química a fin de establecer la existencia de productos químicos y su incidencia contaminante sobre las napas acuíferas y en caso afirmativo, la posibilidad de recuperación, con expresión del método y los trabajos a realizar para tal fin (conf. fs. 243 2º párr. y fs. 244 1º párr.).

Dichas pericias fueron llevadas a cabo y han sido citadas por el a quo; siendo principalmente determinante la labor realizada por la Ingeniera Nancy Noemí Fernández plasmado en el informe obrante a fs. 570/576, en parte transcripto por el a quo a fs. 884 vta y 885. No reviste importancia menor lo dicho por el Ingeniero Hugo Luis Asnard a fs. 739/741, también reseñado por la Cámara de Apelaciones a fs. 885 y vta.

Precisamente, por ser un tema atinente al objeto de la litis, la demandada tuvo oportunidad de impugnar dichas pericias y así lo hizo (conf. fs. 606/614), generando la contestación de la Ingeniera Fernández a fs. 618/623, respondiendo, a su vez, al traslado de las aclaraciones formuladas por dicha profesional. (fs. 624/625).

Surge en forma palmaria, entonces, que no se ha visto vulnerado el derecho de defensa en juicio respecto a la demandada. Tampoco denota incongruencia el decisorio objeto del recurso casatorio, al haber resuelto sobre una cuestión introducida y debatida a lo largo del proceso.

III.He aludido a la necesaria diferenciación que corresponde establecer entre la acción indemnizatoria contractual -que fue rechazada por el a quo-, y el reclamo por

daño ambiental que ha tenido recepción favorable. Dedicaré los siguientes pasajes de mi voto a tal cuestión.

Sin perjuicio de su incorporación por la actora al escenario del proceso, debe destacarse que el daño ambiental contiene un ámbito de legitimación abierta, en razón de su incidencia respecto a la comunidad en su conjunto. Nótese que el código adjetivo lo incorpora como uno de los objetos de la acción dirigida a la protección de los intereses colectivos o difusos (Libro IV, Título X, art. 655 inc. a-).

Copiosa doctrina y jurisprudencia se ha explayado con largueza sobre el daño ambiental. En razón del tratamiento desarrollado en la instancia precedente y ante el acotado ámbito de actuación que caracteriza a la instancia extraordinaria, sólo he de mencionar que la prerrogativa a un ambiente sano es un derecho humano fundamental ampliamente positivizado, presente en Tratados Internacionales con jerarquía constitucional e incorporado tanto en la Carta Magna Nacional (art. 41), como así también en la fueguina (art. 25).

Sobre el carácter eminentemente social del derecho a un ambiente libre de factores nocivos para la salud, moderna doctrina ha señalado que “Tiene las características de los derechos de esta categoría, pues parte de su aplicación y efectividad se basa en la solidaridad y en la coordinación. Tiene carácter finalista. Este derecho implica no sólo el disfrute del ambiente, sino su preservación. Es un derecho colectivo (aunque pueda a veces ejercerse individualmente), pues puede hablarse, en general, de la propiedad colectiva del ambiente”. (Mosset Iturraspe, Jorge; Hutchinson, Tomás y Donna, Edgardo Alberto; “Daño Ambiental”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1999, T. I, pág. 362).

Producido el detrimento a la integridad ambiental, el objeto principal y urgente consiste en su recuperación, en restituirlo a su etapa anterior, para que nuevamente se encuentre libre de contaminación y de esa manera se asegure un ambiente sano y equilibrado. Pero también -tal como surge de la doctrina reseñada- deben arbitrarse los medios necesarios a fin de evitar posibles efectos degradantes, si aún no ha sido contaminado pero existe la seria y fundada probabilidad de que ello suceda.

Debe hacerse hincapié en el contenido social y de incidencia colectiva del derecho a la protección del medio ambiente, por cuanto, en aquellos casos análogos al presente -donde el propio actor acciona frente a un menoscabo de incidencia social - debe evitarse toda percepción que implique un enriquecimiento incausado por parte del particular reclamante.

Es así que, volviendo a lo sostenido al inicio de mi análisis, el a quo ha separado la acción indemnizatoria contractual que fue rechazada, respecto a la imposición de la carga indemnizatoria por afectación ambiental a la cual se dio acogida en virtud de la prueba rendida y a la que refiriera antes en este voto.

La doctrina es conteste en ello, entendiendo que “La función, que a todos nos alcanza y compromete, el derecho-deber de defender el ambiente no conlleva beneficios económicos, la contrapartida de enriquecerse con una condena dineraria, como si el ambiente dañado fuera mío, de la persona que accionó, o tuyo, de las asociaciones legitimadas”. (ob, cit, T. I, pág. 131).

Si bien es verdad que en caso de ser posible el saneamiento, el titular del predio podrá destinar el inmueble al fin productivo para el cual es apto, también es cierto que conforme los informes periciales obrantes en autos, se encuentra configurada una contaminación de gravedad o la seria posibilidad de que ello acontezca. Ello ha sido reflejado en los informes periciales referidos supra: el tetracloruro de carbono, resulta sumamente dañino para la capa de ozono (cada molécula de tetracloruro de carbono destruye miles de moléculas de ozono), con incidencia cancerígena, narcótica, con vapores causantes de severos daños al hígado y riñones. Asimismo, "puede ser absorbido, a través de la piel (en animales o seres humanos) y afecta físicamente si es inhalado, si hay contacto con los ojos, con la piel o si es ingerido. También existe un serio riesgo de que el tetracloruro de carbono llegue a las napas acuíferas. En caso de que ello aconteciera, la recuperación sería casi imposible. (conf. informe pericial de fs. 570/576).

Riesgo global aún mayor, surge de lo dicho por el ingeniero Hugo Luis Asnard a fs. 739, 2º y 3º párr.: "...el suelo es altamente permeable y la cota de napa freática está a unos 3.80 mts del nivel aproximadamente; razón por la cual si no median acciones para retirar los materiales, sanear los suelos y comprobar que no existe contaminación; son y serán altísimos los costos de impacto ambiental producidos por los mismos. A medida que pase el tiempo, aumenta la posibilidad de contaminar las napas y el Río Chico, cuyo cauce se encuentra próximo a la zona en cuestión. Siendo este curso de agua el depósito natural de agua potable para la urbanización del futuro puerto de Caleta La Misión. Situación de riesgo ambiental con costos imposibles de calcular".

IV. Alega la casacionista que en la instancia precedente se ha determinado la existencia de un perjuicio ambiental, a partir de una arbitraria valoración de la prueba.

Concretamente, expresa que se omitió tomar muestras en oportunidad de realizarse las pericias. A su entender, ante la falta de análisis de laboratorio no se puede tener por acreditada la existencia de las sustancias contaminantes. Agrega que "Más aún, un informe de laboratorio podría servir para demostrar que dicha supuesta sustancia, pudo haber sido colocada en dicho lugar, en fecha posterior al año 1993". (fs. 930 vta, 3º párrafo).

En palabras de este estrado, "La impugnación casatoria fundada en absurdo obliga a recordar que: "solo procedería la descalificación de la valoración probatoria de la sentencia en crisis si se hubiera incurrido en absurdo, entendiéndose que el mismo radica en la construcción ilógica del raciocinio - hilo conductor del pensamiento- cuyos vicios o fallas desembocan en un resultado sentencial desacertado, insostenible como obra judicial válida; siendo por ello un remedio último y excepcional para casos extremos, que solo configura un rostro nítido cuando el discurrir del fallo en ataque se encuentra viciado de tal modo que lleva a conclusiones contrarias al entendimiento" (causa "Santa Cruz Florencio c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Accidente de trabajo" Expte. Nº 56/95 SR, sentencia del 13/03/96 registrada en el libro II folios 107/112; id. "Chanquia, Carlos Hugo c/ Brinks Argentina S.A. s/ Despido s/ Recurso de Queja" expediente Nº 762/04 de la Secretaría de Recursos, sentencia del 30/03/05, registrada en el libro XI , folios 178/184, entre muchos otros)." ("Fondo Residual Ley

478 c/ Mallemaci de Nogar, Victoria y otros/ Ejecución Hipotecaria" - expte. Nº 840/05, STJ-SR).

Surge de la prueba pericial tenida en cuenta por el a quo y tenida en cuenta en mi voto, que efectivamente existen hidrocarburos en cisternas y tambores vacíos con la leyenda "tetracloreto de carbono" (fs.570), cuyas propiedades físico químicas fueron detalladas en los pertinentes informes ut supra destacados. De ello ilustran de manera acabada las fotografías que corren a fs. 724/737, en relación a lo cual el Ing. Asnard ha señalado que la proximidad de la napa de agua y la permeabilidad del suelo coadyuva a la alta posibilidad de contaminación del suelo. Se registra un depósito enterrado de brea, con derrame de líquidos contaminantes a su alrededor, resto de baterías que contaminan el suelo con plomo, de altísimo valor contaminante. También refiere el perito que "se visualiza un tambor con las etiquetas intactas, en perfecto estado de conservación, con la siguiente recomendación del fabricante en idioma inglés y lengua oriental: "Mucho cuidado con el manipuleo por ser altamente contaminante". El contenido de dicho tambor se sigue derramando sobre los suelos como se observan en las fotos 26 y 27, en las cuales aparece la marca impresa del producto en cuestión. Además dejo constancia que en el predio en cuestión pude advertir la presencia de más tambores vacíos, con restos de material cuyo contenido no puedo determinar por carecer los mismos de marcas e indicaciones visibles, presumiéndose que eran utilizados como envases del material indicado en el párrafo que precede (foto Nº 14)".(fs. 740 y 741).

Tal como ya expusiera, el fin excluyente radica en determinar el índice de contaminación existente y lograr la recomposición del medio ambiente del lugar afectado. La gravedad de la contaminación, permitirá establecer el método y costo de las tareas que estarán a cargo de quienes generaron la degradación ambiental. La lógica y sentido común indican que la actividad desplegada por las empresas demandadas ha generado dichas consecuencias. Tal como lo han hecho a lo largo del proceso, tendrán la facultad de seguimiento de las tareas de saneamiento y determinación del índice de contaminación, ante la erogación que genere llevar adelante dichas medidas.

La valoración de la prueba en materia de tutela ambiental, no puede anquilosarse en parámetros pétreos que obstaculicen a la protección efectiva del hábitat humano, donde se encuentra en juego la efectiva protección a derechos tan esenciales como la vida y la salud.

Sobre tal base conceptual, y en un pronunciamiento donde también se ha tratado un caso de contaminación por hidrocarburos, se ha dicho: "En tal contexto, es necesario efectuar la valoración de la prueba aportada a los autos. A tal efecto es menester adoptar un criterio amplio e integrador, pues, como se ha sostenido: "En este tipo de daño hay mucho de sutil, insalvable, de cambiante en la relación de los elementos físicos con las personas y las cosas, como para limitarse a una tosca y rutinaria aplicación de los elementos jurídicos sin penetrar con la perspicacia del zahorí en la cuestión. El juez esculpe sobre la niebla, con espíritu sagaz y sensible, diestro para captar una distinta realidad" (ver Cafferatta, Néstor A., "Daño ambiental [Evolución de nuestra jurisprudencia]", JA 1999-III-1162, pto. 15 y cita de jurisprudencia realizada). En ese mismo sentido se ha juzgado que "el proceso actual no se conduce en términos sacramentales en donde cada palabra o gesto tiene un

significado particular y donde su omisión podría significar la pérdida del derecho. Por el contrario, es el contexto el que determina el sentido y significado de lo pretendido" (Sup. Corte Bs. As., in re 54665, 19/5/98)". (C. Nac. Civ., sala H, 01/10/1999-Subterráneos de Buenos Aires S.E. v. Propietario de la estación de servicio Shell calle Lima entre Estados Unidos e Independencia). JA 1999-IV-309 –sitio web Lexis Nexis, Nº 994575).

Justamente, dentro del contexto signado por la incidencia contaminante en razón de la actividad en su momento desplegada por las empresas demandadas, es que se ha resuelto la efectivización de medidas protectorias de la integridad ambiental.

Soy de la opinión, siguiendo la clara línea trazada en el ámbito doctrinario y pretoriano, que ante la concreta o posible existencia de daños al medio ambiente - como acontece en el sub iudice- debe primar un enfoque probatorio donde impere el principio de la sana crítica, en directa consonancia con presunciones avaladas por un sano criterio lógico – jurídico. Ello coadyuva a la premura y urgencia que corresponde imprimir al tratamiento de los síntomas y las causas productoras de daño ambiental.

En efecto, aún ante la mera posibilidad de contaminación, debe optarse por la protección de la integridad ambiental. "Por lo cual, en casos de duda, debe estarse a favor del ambiente y de la protección de la salud. In dubio pro ambiente e in dubio pro salud. La incertidumbre no debe invocarse válidamente para no prevenir. "Esperar certidumbre normalmente nos habilitará solamente para reaccionar y no para una regulación preventiva", se declaró en la causa recordada "Ethyl Corp versus Epa". Basta la verosimilitud y no es preciso esperar la certeza, a riesgo de llegar siempre tarde". (Mosset Iturraspe, Jorge; "Responsabilidad por Daños", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1998, T. III, pág.107).

Respecto al nexo de causalidad, extremo que la recurrente no encuentra determinado, debe sumarse a lo ya dicho, que en los casos donde resulta involucrado el medio ambiente, "...la relación de causa a efecto que el derecho apreende no es aquella, calificada como científica, que exige una "certidumbre total", una seguridad absoluta. Nada de eso, se trata de una posibilidad cierta, de una probabilidad en grado de razonabilidad, tal como el Derecho entiende el vocablo". (ob.cit.,pág. 126). Ello se condice con el principio precautorio contenido en el artículo 4º de la Ley Nacional del Ambiente Nº 25675, conforme al cual, "Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente".

He de destacar que el Principio de congruencia instaurado por el mismo precepto, ordena que "La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga".

Por otra parte, la Ley Nacional Nº 24051 establece que todo residuo peligroso es cosa riesgosa en los términos del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil, lo cual ha sido sostenido por la doctrina y avalado en el ámbito pretoriano.

Dicho principio ha sido receptado en el plexo normativo fueguino, a través de la Ley Provincial Nº 105, a tenor de la cual “Se presume, salvo prueba en contrario, que todo residuo peligroso es cosa riesgosa en los términos del segundo párrafo del artículo 1.113 del Código Civil”. (art. 45). A su vez, los artículos 46 y 47 de la misma norma, rezan lo siguiente:

“Artículo 46.- En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, no es oponible a terceros la transmisión o abandono voluntario del dominio de los residuos peligrosos.”

“Artículo 47.- El dueño o guardián de un residuo peligroso no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero de quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso”.

La demandada no ha acreditado en autos la culpa de la víctima ni la de un tercero por quien no deba responder- únicas eximentes viables establecidas por el artículo 1113 del Código Civil- que logren desafectarla de la atribución dañosa en directa e inmediata relación con la actividad desarrollada en el predio de la actora.

La Ley Provincial Nº 55, claramente establece que “Será responsabilidad de las personas físicas o jurídicas que ocasionen la contaminación, limitar y quitar los elementos contaminantes, y limpiar y restaurar el medio ambiente afectado. En caso de incumplimiento, los organismos gubernamentales competentes deberán proceder a las operaciones de contención, remoción, limpieza y restauración, cargando los costos de tales operaciones a los responsables de la degradación o contaminación”. (art. 11).

Ello va unido al principio de responsabilidad establecido por la Ley Nacional Nº 25675, conforme al cual “El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan”. (art. 4º).

Como colofón, y reafirmando la postura adoptada sobre el presente tópico, remarca su protagonismo la jurisprudencia, donde se ha expresado:

“...tratándose de posibles daños al medio ambiente la prueba -cuya carga resulta ya signada por la aplicación del art. 1113 al que he aludido- debe tener un particular tratamiento en cuanto la naturaleza de la agresión no se compadece con los sistemas habituales de análisis de las probanzas. Con ello no se deriva, de ninguna manera hacia una suerte de sistema de las libres convicciones, sino que dentro de nuestro diario sistema de apreciación por medio de la sana crítica del art. 384, se da mayor relieve a dos núcleos de determinación:

1.- El análisis comprensivo y no atomístico de los elementos. En este sentido ni el juez ni las partes han de proceder a un desmenuzamiento atomístico de las pruebas que haga perder a éstas su unidad sistemática; quienes siguen ese sistema, pesquisan contradicciones -que en la mayor parte de los supuestos no son más que maneras diversas de expresarse- señalan párrafos aislados ad unquem, subrayan una expresión como si fuera la única a tener en cuenta y computan todos los elementos de convicción con un valor igual; con todo ello se desarma el edificio probatorio total, que

no puede sino ser sistemático y orientado valorativamente (art. 456 Ver Texto CPCC.; expte. 201.915, autos "Ferraro de Leone", del 25/10/1988, entre varios).

2.- El valor excepcional que recibe en los supuestos de daño ambiental la prueba de presunciones (art. 163 inc. 5 CPCC.). Carnelutti ("La prova civile", Roma, 1947, X, 115) ha sostenido que entre la prueba de presunciones y la prueba histórica no existe diferencia de jerarquía. Por su parte Scardaccione ("Le prove" en "Giurisprudenza sistemática civile e commerciale", Torino, 1971, p. 286) puntualiza que bien puede el juez fundar el propio convencimiento sobre presunciones con preferencia a otras pruebas, inclusive en contra de la prueba testimonial.

En particular es inexacto creer que a la prueba por presunciones simples pueda acudirse sólo cuando no estén en pugna con otras pruebas; el juez deberá someterla a valoración crítica y arribar a convencimiento respecto de la existencia del hecho a verificar en base a tales valoraciones (Longo, M. y colaboradores, "Le prove civile", Turín, 1976, Ed UTET, t. 2, p. 1004, ap. 5.1.3; esta sala, expte. 183.177, autos "Acuña" ; 188.989, "Yanelli", del 24/4/1984; expte. 212.269).

Es que se quebrantarían de manera grosera las reglas de la sana crítica en detrimento de una de las partes - y con el consiguiente daño constitucional (art. 18 CN.), si se pretendiera que en los supuestos de daño ambiental debe seguirse, en el análisis y consideración de las pruebas, el mismo tránsito que por ejemplo, en un choque común de vehículos.

En el daño ambiental hay mucho de sutil, de insalvable, de cambiante de un momento a otro en la relación de los elementos físicos con las personas y cosas, como para limitarnos a una tosca y rutinaria aplicación de los elementos jurídicos, sin penetrar con perspicacia de fondo en la cuestión. Si alguna vez se ha dicho que el juez, a menudo, "esculpe sobre la niebla" (Anales de la Academia de Derecho, XXXIII, n. 26, 2ª parte, 1986, académico Risolía, parafraseando a Unamuno) es en esta materia del daño ambiental donde más ha de evidenciar su espíritu sagaz y sensible, diestro para captar una distinta realidad." (C. 1ª Civ. y Com. La Plata, sala 2ª, 27/04/1993- Pinini de Pérez, María del Carmen v. Copetro S.A.), JA 1993-III-367 – web lexis nexis, Nº 93300103).

En los presentes autos, confluyen elementos de prueba y claras presunciones que permiten sostener la seria posibilidad de daño ambiental ocasionada por la actividad desplegada por las empresas demandadas con base en un factor de responsabilidad objetiva (art. 1113 del Código Civil).

Ello, amerita que con premura se encaren las medidas necesarias a fin de proteger la integridad ecológica del lugar afectado.

Por tanto, a la primera cuestión, me pronuncio por la negativa.

A la primera cuestión el Dr. Robbio dijo:

Por compartir el desarrollo y propuesta de la ponente, adhiero. Voto, entonces, por la negativa.

A la segunda cuestión la Dra. Battaini dijo:

En razón de los fundamentos hasta aquí vertidos, considero que corresponde rechazar el remedio casatorio intentado por la demandada, haciendo hincapié en la inmediata intervención de la Secretaría de Recursos Naturales de la Provincia ordenada en el apartado IV del fallo dictado en segunda instancia para que -de conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la Ley Provincial Nº 55- dicho ente se aboque de manera urgente e inmediata a las operaciones de contención, remoción, limpieza y restauración en el lugar afectado, o -en caso de no ser ello posible- se indique el procedimiento y recursos técnicos necesarios para lograr tal cometido, cargando la demandada con el costo que irroguen dichas tareas; todo ello conforme las facultades conferidas al órgano jurisdiccional por el artículo 662 de la norma procesal.

Las costas, entiendo, deben ser impuestas a la recurrente que resulta vencida. A la segunda cuestión el Dr. Robbio dijo:

Por concordar con la propuesta formulada en el voto precedente, adhiero nuevamente. Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 10 de agosto de 2.006.

Vistas: Las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede, EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE

1º. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la parte demandada a fs. 912/935, ordenando la inmediata intervención de la Secretaría de Recursos Naturales de la Provincia establecida en el apartado IV del fallo dictado en segunda instancia para que -de conformidad a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Provincial Nº 55- dicho ente se aboque de manera urgente e inmediata a las operaciones de contención, remoción, limpieza y restauración en el lugar afectado, o -en caso de no ser ello posible- se indique el procedimiento y recursos técnicos necesarios para lograr tal cometido, cargando la demandada con el costo que irroguen dichas tareas; todo ello conforme las facultades conferidas al órgano jurisdiccional por el artículo 662 de la norma procesal.

2º. IMPONER las costas a cargo de la accionada vencida.

3º. MANDAR se registre, notifique, y cumpla.

Fdo: María del Carmen Battaini –Juez; Javier Darío Muchnik –Juez; Carlos Gonzalo Sagastume –Juez- Secretario: Jorge P. Tenailon.

T XII- Fº 482/492