

ACUERDO N° 30.- En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los treinta días del mes de diciembre del año dos mil tres, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia, con la Presidencia de su titular Doctor **ARTURO ERNESTO GONZÁLEZ TABOADA**, integrado por los señores Vocales Doctor **MARCELO J. OTHARÁN, OSCAR E. MASSEI, FEDERICO GIGENA BASOMBRIO** y **ALEJANDRO TOMÁS GAVERNET**, con la intervención del la Doctora **MARÍA T. GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS**, en el carácter de Subsecretaria de la Secretaría de Recursos Extraordinarios y Penal, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "**LILLO SEGUNDO CONTRA CONTRERAS-ESUCO-BURWARDT S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**" (Expte. N° 66-año 2002), del Registro de la mencionada Secretaría de dicho Tribunal.

ANTECEDENTES: A fs. 872/884 la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería –Sala I- de esta ciudad, resuelve declarar desierto el recurso concedido a fs. 838 y confirmar en lo principal la sentencia de grado inferior obrante a fs. 825/830, elevando el monto de condena a la suma de \$ 34.400.-

Contra dicho decisorio, a fs. 889/902 vta., la demandada deduce recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley, fundándolo en la causales previstas en el art. 15° incs. a), b) y c) de la Ley 1.406, el que es declarado admisible mediante Resolución Interlocutoria N° 58/02 (fs. 917/918 vta.).

Firme la providencia de autos, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que este Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones: 1)¿ Resulta procedente el recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley deducido? 2) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

A las cuestiones planteadas el **Doctor OSCAR E. MASSEI**, dijo: I.- A fs. 32/44 inicia demanda el Sr. Segundo Lillo en su carácter de heredero legítimamente nombrado y designado administrador judicial de la sucesión de Juan Esteban Lillo, contra la Unión Transitoria de Empresas conformada por las firmas: Contreras S.A., Esuco S.A., Burwardt y Cía. S.A., Kank y Costilla S.A.

Manifiesta ser ocupante de la isla existente debajo del puente carretero desde el año 1971, según surge de los testimonios fotográficos que ofrece como prueba, como asimismo del expediente administrativo N° 2503-03852/71 de la Dirección Provincial de Tierras, del cual también se desprende que, en la parte que ocupa, se realizaron diversas mejoras consistentes en una vivienda, pilar de luz, crianza de nutrias salvajes y de cría, plantación de árboles y cultivos en general.

Afirma que los demandados, adjudicatarios de la realización del puente carretero, cometieron diversas irregularidades en el predio, a saber: impidieron al actor entrar a la isla, dañaron el ecosistema existente en la misma, destruyeron las mejoras realizadas, efectuaron movimiento de tierra que utilizaron para la construcción del nuevo puente, modificaron el cauce natural del río, provocando, además, graves daños a los pilares del puente. A raíz de las irregularidades cometidas en dicho predio, dice haber realizado la

denuncia pertinente, que tramitó bajo el expediente caratulado "Lillo, Segundo s/Denuncia" (Expte. N° 12.883) ante la Fiscalía N°5 de Neuquén.

Reclama, entonces, por la destrucción ecológica sufrida, la privación de uso de la tierra, la contaminación producida por los materiales de construcción en agua y tierra, la privación de paso de servidumbre, la pérdida de cultivos, animales de cría y domésticos, así como el talado de árboles.

A requerimiento del Juzgado (fs. 45) para que manifieste concretamente la acción que persigue, aclara la parte actora a fs. 54/55 que, cesada la turbación en la posesión y restricción en la utilización de la propiedad, pretende ser resarcida por los daños y perjuicios causados, dejando el monto a determinación de los expertos.

La réplica de la demandada se observa a fs. 78/82 vta. Luego de realizar una negativa general de los hechos invocados, argumenta que existe ausencia de interés legítimo en el accionante para reclamar por la supuesta destrucción del medio ambiente, pérdida de animales de cría, contaminación en agua y tierra, producida por los materiales de construcción que habrían sido utilizados en la obra y graves daños a los pilares del puente.

Abunda en la falta de legitimación activa formal y sustancial del actor para deducir esta acción, toda vez que, una detenida lectura al expediente administrativo aludido en la demanda, revela que su padre contaba únicamente con un certificado en el que constaba que había iniciado un trámite de ocupación precaria, merced a que se mantiene en disputa con la Provincia de Río Negro la pertenencia de la isla.

Agrega que los propios expedientes tramitados ante las autoridades administrativas de esta Provincia, denotan que dichas tierras fueron absolutamente abandonadas por Lillo desde muchos años atrás, detallando los informes y constancias existentes en los mismos, de los cuales, afirma, surge la ausencia de daño alguno.

Producida la prueba ofrecida, a fs. 825/830 resuelve el Juez de Primera Instancia, encuadrando previamente los alcances de la acción entablada, circunscribiéndola a la reparación de los daños y perjuicios derivados de la influencia de la obra del puente nuevo. Reconoce legitimación al Sr. Lillo, dejando asentado que, si bien el accionante es también titular del derecho a la preservación del medio ambiente, por lo que no podría – en principio- negársele legitimación para ejercer su defensa, al encorsetar su demanda en forma exclusiva en reclamar un resarcimiento monetario, queda necesariamente excluido el tratamiento de aquel daño ambiental, que no da derecho, de comprobarse el mismo, a ingresar la suma de condena al patrimonio del demandante.

Luego de hacer una valoración de la prueba, tiene por acreditado que al tiempo de comenzar los trabajos de construcción, la isla en su parte norte –ocupada por Lillo- se encontraba prácticamente abandonada por su poseedor, destruidas sus construcciones y gran parte de los árboles plantados por éste, subsistiendo solamente algunos álamos.

Sin embargo, encuentra probados los desplazamientos de tierra efectuados por la empresa que provocaron zanjas, socavones y el abandono de escombros provenientes de la construcción en parte de la zona norte del predio. Así, concluye el juez que el actor sólo puede aspirar a una indemnización por pérdida de una "chance", no habiendo posibilidad de determinar "lucro cesante", en tanto Lillo había abandonado el cuidado y explotación del predio. Y, si bien el actor menguara su presencia en la isla, dejando de realizar trabajos culturales, no perdió su voluntad de seguir manteniéndola bajo su potestad; prueba de ello son las denuncias de hurto formuladas y las actuaciones realizadas cuando la empresa comenzara con los movimientos de suelo. De esta manera, evaluando todos los elementos fácticos, en pro y en contra del reclamante, considera que la pérdida de chance debe resarcirse con la suma de \$ 3.000.-, haciendo lugar a la demanda sólo por ese monto.

Disconformes con el resolutorio, ambas partes deducen recurso de apelación, pronunciándose la Cámara de Apelaciones a fs. 872/884.

Luego de declarar desierto el remedio opuesto por la demandada, se ocupa del incoado por su contraria, a fin de dar una solución más justa a la causa.

El decisorio refiere al "derecho al medio ambiente" y al "daño ecológico" siguiendo en su razonamiento un precedente de esa Sala, caratulado: "Forestier vs. Municipalidad de Plottier s/Acción de Amparo", haciendo notar la similitud de la presente con aquella causa, en lo que concierne a la ausencia o insuficiencia de un estudio de impacto ambiental. Resaltan los camaristas la existencia de un daño al ecosistema, a la estructura "biosférica" del inmueble. Luego, existiendo certeza del daño al ambiente infligido, se está a la regla de fijación indemnizatoria prudencial por parte del juzgador, en base a lo dispuesto por el art. 165 del Código Procesal, y ponderando todas las variables en juego, que detallan, estiman dicho daño en la suma de \$ 20.000.-

En segundo lugar se analiza el daño ocasionado por el movimiento de suelo y la extracción de áridos de la isla, considerando que existe un daño cierto, es decir, algo más que la pérdida de una chance. Explican la base probatoria que da sustento a ese aspecto del reclamo y finalmente, se realizan los cálculos pertinentes, prosperando este rubro por la suma de \$ 14.400. De modo que, sumado al importe anteriormente reconocido, el monto de condena es elevado a la suma de \$ 34.400.-.

Contra este fallo se alza la demandada, mediante Recurso de Inaplicabilidad de Ley, que sustenta en las causales previstas legalmente en el art. 15º incs. a), b) y c) del ritual casatorio.

Primeramente, en relación al daño ecológico resaltado en la sentencia como presupuesto de la indemnización otorgada al actor, denuncia absurdo material en la apreciación de la prueba y sus negativas consecuencias en el proceso de intelección.

Remarca que en el discurrir del pleito se comprobó la falsedad descarada de las afirmaciones de la demanda acerca de los daños sufridos, que el actor no vivía en la isla - por tanto no era su "hábitat"- y que tampoco existió jamás explotación agrícola alguna.

Increpa insuficiencia probatoria en relación a los supuestos áridos extraídos de la isla, lo que denota el incumplimiento del actor respecto de la carga procesal de acreditar sus dichos.

Continúa su crítica, apuntando la contradicción entre los considerandos del fallo (absurdo formal), para luego analizar la violación y errónea interpretación del art. 1.067 del Código Civil y 43 de la Constitución Nacional. En relación a la primer norma, manifiesta su discrepancia en cuanto al daño ponderado por los jueces, reputándolo inexistente. Y, la afrenta del texto constitucional, se denuncia por considerar que, en el caso, se ha extendido indebidamente lo prescripto en dicha norma para supuestos de amparo colectivo.

II.- Habiendo quedado esbozado lo acontecido en autos a través del relato de los antecedentes del mismo, pasaré a analizar en concreto los agravios en que funda el quejoso su recurso de Inaplicabilidad de Ley.

1.- Pese a haber sido introducida por un carril casatorio inapropiado, considero oportuno comenzar por el tratamiento de la alegada falta de fundamentación normativa, invocada en forma entremezclada con los argumentos desarrollados en el punto N°11 del libelo recursivo, dado que esa invectiva hace a la validez misma del pronunciamiento emanado del Tribunal de Alzada.

Al respecto, debe señalarse que dicha falencia no se estima tal, por ser improcedente su alegación cuando el fallo judicial se apoya en doctrina jurisprudencial (C.S.J.N. FALLOS: 235:19; 239:273; 261:191) o consideraciones doctrinarias (235:774; 236:173; 249:648). Y, según el propio criterio de la Corte Nacional, no siempre ha de ser explícita la mención de la norma que rige el caso (245:181), pues la solución puede derivar de doctrina jurisprudencial o de principios de derecho (247:114) (ver antecedentes citados por Carrió, en su obra: "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria", p.152/3). Todo ello, sin perjuicio de lo que se dirá en el acápite III, complementando lo aquí señalado.

2.- Despejado lo anterior, estimo corresponde proseguir con el abordaje de la causal de absurdidad, en tanto dicho planteo controvierte la propia base fáctica de la causa, sin cuya adecuada fijación, resulta imposible la evaluación de la denuncia de violación y errónea interpretación de la ley, planteada también por el recurrente como fundamento de su escrito recursivo -art. 15º incs. a) y b) del rito-(Ac. 36/97).

Ello porque, tal como es sabido, un correcto encuadramiento normativo descansa en una adecuada fijación y caracterización de los hechos (conf. Morello, "La prueba: tendencias modernas", p. 46).

Al respecto, debe señalarse que, conforme a lo sostenido por este Cuerpo en anteriores oportunidades, la temática de la valoración de la prueba se torna revisable en casación cuando se invoca como fundamento recursivo la violación de normas legales que rigen específicamente la materia, imponiéndole al juzgador una consecuencia de la que no podría apartarse, e importando esas supuestas violaciones una alteración en el proceso lógico de revisión, confrontación, selección y calificación de las probanzas que delimitan el fundamento fáctico del decisorio (Acuerdos nros. 65/89, 171/96 y 25/01, entre otros).

De manera tal que, el absurdo, constituye un supuesto límite en que las sentencias finales de los tribunales de instancia son descalificados por el de casación, en razón de que en el acto judicial definitivo, los jueces han incurrido en una flagrante e intensa desviación de su cometido, por lo que la sentencia no llega al nivel mínimo como para autojustificarse el acto que emana de uno de los poderes del Estado.

La revisión extraordinaria en la valoración de la prueba ha de entenderse como aquello que escapa a las leyes lógico-formales o las transgrede; o lo que es imposible o inconcebible, por haber quedado al margen de las reglas del raciocinio. De allí que no se configure cuando promedia una apreciación equivocada, discutible, objetable o poco convincente de la prueba. (conf. Augusto Morello, "Las nuevas fronteras del recurso extraordinario. El absurdo como causal de arbitrariedad", J.A. T 24-serie contemporánea-1974, págs. 254/257).

3.- Una lectura a los términos del remedio impetrado por la empresa accionada, permite constatar que en el acápite referente al absurdo material en la apreciación de la prueba, se cuestionan ambos aspectos resarcitorios, sectorizados en la sentencia que se ataca. Ello por cuanto, la estructura del decisorio subdivide los rubros indemnizatorios reconocidos en razón de: a) los áridos extraídos de la isla y b) el daño ecológico provocado.

Comenzaremos analizando los agravios vertidos a raíz de lo resuelto en relación al primer inciso señalado. Objeta el recurrente que los jueces se hayan basado en la pericia elaborada por el Ingeniero Lippolis, quien informara que se extrajo de la isla 15.162 M3 de material para los terraplenes de elevación de la calzada, ignorando lo dictaminado por el perito Filippis a fs. 280.

Sin embargo, el quejoso a través de su embate, no hace más que dar cuenta de las distintas conclusiones a las que arribaran ambos técnicos (uno, al referir que no se sacó material de la isla y el otro, al afirmar que sí se removió un porcentaje del material utilizado en el terraplén de avance y en el camino de servicio), empero, sin hacerse cargo ni rebatir adecuadamente la totalidad de los argumentos que conformaran la estructura argumental del decisorio.

Así, se observa que la Alzada se inclinó en este punto por lo aseverado en la pericia de fs. 467/500 y su anexo de fs. 532/536 (Ing. Lippolis), por estimar que encontraba respaldo en los dichos del ingeniero Deza (fs. 464/465), quien sostuviera que: *"...al momento de la construcción del nuevo puente carretero existieron grandes movimientos de tierra en la isla en cuestión... el movimiento de suelos realizado dentro de la isla tuvo varios*

objetivos, primero, la construcción de un terraplén protector de la propia isla, segundo, cierre parcial del brazo Cipolletti, tercero, terraplén dentro del brazo Cipolletti para realizar las fundaciones del sector del puente que pasa por ese brazo. Asimismo, es muy probable que se haya utilizado material proveniente de la isla para la elaboración de hormigones y la construcción del terraplén de acceso o de aproximación del lado rionegrino, dado que la Dirección Provincial de Minería participó de inspecciones..." (fs. 464 vta./465).

Y, revisando los restantes medios de prueba agregados al expediente, se constata que el aserto referente a la extracción de material ha sido corroborado también por otros elementos, tal como lo atestiguado por el licenciado Lanchas, al señalar que: *"ante la presentación del Sr. Lillo en la dirección, realicé personalmente una inspección al lugar, donde se pudo corroborar la presencia de movimiento de tierras, escombros y desechos asfálticos..."* (fs. 207).

Más contundentes resultan los dichos del testigo Barrionuevo, ex empleado de la demandada, quien afirmara haber recorrido la isla hasta aguas arriba *"que fue de donde se sacó material"* (fs. 229 vta.).

A su vez, los jueces no tomaron los datos vertidos en el informe pericial cuestionado en forma lata, sino que morigeraron el cálculo pertinente, computando el margen de error o "diferencia" admitido en la pericia y restaron el costo de extracción en sí y el pago de canon minero e impuestos, tal como se detalla a fs. 883.

A este respecto, cuadra indicar que cuando se impugna una tarea propia de las instancias ordinarias, tal como lo es la valoración de una pericia, es imprescindible demostrar fehacientemente –a más de denunciar- que el procedimiento lógico-jurídico empleado por el juzgador ha devenido irrazonable y contradictorio con las circunstancias de la causa, lo que no se advierte en la especie, ya que el intento del recurrente no alcanza a conmover las conclusiones a las que arriba el "A-quo". Y, como es sabido, la propia versión expresada al fundar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley respecto de la valoración de la prueba de peritos, sin evidenciar que la del juzgador contravenga las leyes de la lógica resultando absurda, es insuficiente para demostrar el quebranto de las leyes que rigen la materia.

Por ello, es que no le asiste razón al quejoso cuando ataca las conclusiones del fallo respecto de la prueba pericial, que en uso de sus facultades evaluara el "A-quo", en consonancia con el restante plexo probatorio, inobservándose el absurdo denunciado en este aspecto.

4.- Dentro de la segunda rótula (daño ecológico), cuestiona el recurrente que los jueces hayan epilogado que, en autos, el derecho cuya restauración se pretende es de carácter subjetivo y no un mero interés difuso, toda vez que el actor ha sido afectado singularmente, en tanto su "hábitat" o explotación agrícola están comprendidos dentro del entorno de la obra cuyo ecosistema se ha visto alterado. De esta manera, la Alzada "particulariza" el daño ambiental acreditado en autos, y por añadidura, declara procedente

la indemnización pecuniaria tratada en la primer fase del resolutorio, equivalente a \$ 20.000.-.

Las críticas de la demandada en relación a este punto singular, justamente, apuntan al criterio utilizado por la Cámara para considerar que el supuesto daño ambiental, ha causado un perjuicio individual al Sr. Lillo.

Empero, analizando el razonamiento seguido en el decisorio, se advierte que los magistrados consideran que, en el caso, se está frente a un derecho subjetivo lesionado, dado que aun cuando la alteración del ecosistema afecta a un número indeterminado de personas, incide peculiarmente en aquellas que son vecinas a la zona de influencia. Así, invocan a modo de ejemplo, un caso de contaminación sonora por explotación comercial del espacio aéreo, explicando cómo es que afecta singularmente a aquellas personas vecinas al aeropuerto en cuestión.

Siendo ello así, el párrafo siguiente, transcrito por el recurrente en su libelo y aludido al comienzo de este acápite, aun cuando pueda traer confusión al referir al "hábitat" y explotación agrícola del individuo, debe ser entendido en consonancia con lo dicho precedentemente, máxime cuando unas líneas más abajo, los sentenciantes reconocen la inexistencia de cultivos al momento del evento y el estado de abandono del predio.

No se aprecia absurdidad en la ponderación de los extremos fácticos efectuada en la anterior instancia, en tanto, la idea de vecindad que se intenta reflejar resulta un criterio aprehensible por la propia experiencia, a poco que se piense que, como puntualiza la Dra. Kemelmajer de Carlucci, "resulta evidente que un sujeto que vive en Jujuy, ningún daño cierto sufre por contaminación de la ciudad de Comodoro Rivadavia" ("La responsabilidad civil por el daño ambiental", separata de Anales del cincuentenario, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 178).

A más de ello, conviene apuntar que el término "hábitat" en la terminología ambiental, se refiere a un espectro mucho más amplio, esto es, a la "suma de las condiciones del ambiente de un determinado lugar, ocupado por un organismo, población o comunidad. Aquella parte del medio ambiente en la cual se establecen los intercambios inmediatos entre el hombre y los recursos que le son esenciales para cumplir con sus funciones vitales" ("Vocabulario Ambiental", Dirección General de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Neuquén, 1999).

De igual modo, en la protección de este especial derecho, como es sabido, el correspondiente "espacio vital" viene determinado por una relación de proximidad física, esto es, por una vinculación derivada de la localización espacial, aspectos que pueden válidamente incluir a quien posee determinada parcela territorial en la zona ecológicamente alterada (ejerciendo actos posesorios manifiestos, tal como la denuncia de hurto y actuaciones administrativas por el movimiento de suelo efectuado por las maquinarias de la empresa), más allá que no resida habitualmente en ese lugar y de la falta de certeza en cuanto a la eventual titularidad jurídica del bien (circunstancia esta

última, también evaluada por los jueces al referirse al "título posesorio y no dominial que legitima al actor" –fs. 881 vta. in fine-).

Ahora bien, el esquema de intelección que guiara a los jueces, hace pie en las siguientes circunstancias: a) la ausencia o insuficiencia de estudio de impacto ambiental, b) los peritajes producidos denotan que en derredor de la obra ha mediado un impacto negativo, es decir, hay certeza del daño ambiental infligido, c) el daño ecológico comporta la degradación del medio ambiente y el menoscabo a las condiciones de vida, d) no se trata de que se hayan "perdido" algunas plantaciones o del daño que ocasionan algunos agujeros o pozos, sino de algo más básico: del daño al ecosistema, a la estructura "biosférica" del inmueble.

Lo anterior, resulta trascendental a los efectos del presente pronunciamiento, toda vez que el daño ambiental ocasionado por la obra en cuestión (más allá de las repercusiones particulares que puede haber generado en el actor) aparece como un dato incuestionable para los magistrados de la Alzada quienes, luego de repasar el dictamen de fs. 795/798, las declaraciones del Licenciado Lanchas, los informes técnicos de los ingenieros Filippi y Lippolis (cuya veracidad defienden, pese a las objeciones de la demandada), concluyen en la certeza del daño ambiental infligido, traducido en manifestaciones concretas, enumeradas en los nueve incisos anotados a fs. 880 vta.

En esta tónica, el "A-quo" ponderó que la realización de la obra, pese a su importancia y magnitud, no fue precedida de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) apropiado, extremo que incidiera en la generación de un daño ambiental en el lugar de emplazamiento de la obra y aledaños, habiendo sido alcanzado el inmueble poseído por el actor. Abunda luego, especificando las alteraciones particulares que trasunta el daño aludido, enunciando, entre otras consecuencias, el cambio toponímico de la isla, despojo de manto de tierra fértil, tala de diversas especies arbóreas, cortes, socavones y montículos en el terreno cercano al terraplén, materiales áridos (material calcáreo, no fértil) por doquier, escombros ampliamente diseminados por la isla, etc.

En otras palabras, la Cámara, con argumentos no rebatidos eficazmente, valoró con mesurado y minucioso análisis la prueba producida, direccionando su criterio hacia la que seleccionó, también con atinado fundamento, como conducente para afirmar sin vacilaciones la configuración de un **daño en el ambiente**. Todo ello, sin perjuicio del tratamiento jurídico que luego se dispensara a los hechos constatados, aspecto éste que, adelante, será objeto de revisión en la instancia que se transita.

5.- Carece también de andamio la queja esbozada por la empresa, replicando que los escombros que lucen en las muestras fotográficas provoquen una desertización en la isla.

Por un lado, debe señalarse que en la sentencia no se habla de ladrillos, como refiere el quejoso, sino de bloques de hormigón y hormigón armado. A su vez, la ubicación de esos escombros no es un dato que se adquiera preponderantemente de las fotografías mencionadas, sino del informe pericial antes aludido (ver fs. 879 párrafo tercero).

Y, reiterando los fundamentos que se expusieron supra, resulta ineficaz la alegación de absurdo respecto del método valorativo de la prueba pericial sustentada en la mera discrepancia del recurrente, sin evidenciar la existencia del error grave y grosero que supone tal vicio de la lógica.

6.- Tampoco asiste razón al quejoso cuando alega una supuesta contradicción entre los considerandos del fallo, denunciando absurdo formal.

Lo anterior, habida cuenta que la tarea intelectual cumplida por los magistrados no aparece incoherente, ni arriba a premisas o conclusiones contradictorias entre sí. Los cuatro ítems desarrollados a fs. 881 vta./882, fueron ponderados como ingredientes atenuantes en la estimación indemnizatoria, en armonía con los demás elementos descriptos a lo largo del decisorio y que permitieron formar convicción a los jueces en la justipreciación del valor de condena. Y, para que la sentencia sea descalificada por ese tipo de vicio, debe demostrarse que la operación intelectual desarrollada en el proceso de formación que ella exterioriza, carece de bases aceptables con arreglo a los preceptos que gobiernan la materia, lo que evidentemente no logra el recurrente. Por tanto, la causal bajo análisis habrá igualmente de desestimarse.

III.- Los restantes agravios plasmados por el quejoso en su libelo, desarrollados en el marco del art. 15º inc. a) y b) del Rito, por violación y errónea interpretación de la ley, correrán igual suerte.

Ello por cuanto, mal puede sostenerse a esta altura que en el "casus" el daño no se ha configurado (en los términos del art. 1.067 Cód. Civ., cuya violación denuncia el recurrente), cuando ha quedado constatado un gravamen en el ambiente, lo cual, como se explicará luego, en todo caso autoriza a "colectivizar o socializar" el mismo, readaptando el conflicto y las soluciones que se propicien en ese sentido, pero de ninguna manera, permite considerar que el daño es inexistente, máxime cuando –en forma paralela- ha incidido individualmente en los intereses patrimoniales del actor.

Por lo demás, en lo que respecta a la restante normativa –esta vez de rango constitucional- que se dice afrentada, a la sazón, art. 43 de la Constitución Nacional, juzgo que, en realidad, los jueces no han hecho una aplicación extensiva del artículo en cuestión para resolver la contienda, como erróneamente acusa el quejoso. Obsérvese que la alusión a los amparos colectivos se efectúa indirectamente en la primer parte de la sentencia (fs. 874 vta./877), cuando se transcribe la doctrina emanada del propio cuerpo en un antecedente de características análogas, aunque iniciado a raíz de una acción de amparo, como el mismo Tribunal se encarga de precisar. Luego de reproducir los pasajes pertinentes, se aclara que la similitud de aquel caso con estos autos, radica en la ausencia o insuficiencia de estudio de impacto ambiental, y por ese exclusivo motivo se hizo alusión a los mismos.

Un examen integral al decisorio que se ataca, permite conocer que, en rigor, el caso no fue resuelto en base a lo prescripto por la norma referida, sino por la existencia de un daño que, al entender de los jueces, repercutía en la faz subjetiva del actor.

Sin perjuicio de ello, es necesario precisar que la invocación de la doctrina emanada de esta norma no resulta inapropiada, en la medida que el art. 43 complementa al art. 41 de la Carta Magna, refiriendo el primero a los "derechos de incidencia colectiva", y el segundo, al derecho de todo habitante de la República Argentina de gozar de un ambiente sano, equilibrado y sustentable. Y, siendo que el andamiaje normativo actual, de linaje constitucional, surge de las previsiones ambientales señaladas, reafirmando este "nuevo" derecho (de ribetes singulares, como se verá a lo largo del presente), es de toda evidencia que el desacierto pretengo, no puede estimarse tal.

IV.- Lo hasta aquí expuesto, asiente abreviar la falta de configuración de las deficiencias denunciadas por la demandada, así como la ausencia de acreditación del extremo excepcional del absurdo, circunstancia que apareja la incolumidad de la base fáctica fijada por la Cámara de Apelaciones.

Sin embargo, luego de ahondar en el estudio de la causa, he de postular el reexamen de los motivos por los cuales se abriera esta instancia extraordinaria, por entender que los sentenciantes, pese a advertir la existencia de un perjuicio en el ambiente, así como su incidencia social, en rigor de verdad, quedan a mitad de camino, al no adoptar medidas que satisfagan también a la colectividad, sino a uno solo de sus miembros, aplicando erradamente la norma ambiental, introducida a través de los arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional.

Sucede que, en nuestro país, la protección del ambiente tiene rango constitucional a partir de la reforma de 1994, que ha incorporado los principios universalmente admitidos como derechos humanos en lo concerniente a la calidad de vida y el desarrollo sustentable o sostenible. Bien puede decirse que en nuestro régimen constitucional la función ambiental está claramente señalada en el art. 41, constando los siguientes elementos: "el derecho a un ambiente sano; el deber de no contaminar; la obligación de recomponer, de resarcir, y de no comprometer a las generaciones futuras" (cfr. Lorenzetti, "Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente" LL 1998-A-1025; Trigo Represas, "Evitación, cesación y reparación del daño ambiental", JA-2002-III-1062).

Sin dudas, la protección al derecho ambiental está presentada a través de esta norma (sumada al art. 43 de la Constitución Nacional), como un "derecho difuso"; surgiendo así de los términos incorporados, en cuanto todos los habitantes tienen el derecho de gozar de un ambiente sano y el deber de preservarlo (cfr. Gozáini, "La legitimación para obrar y los derechos difusos", JA-1996-IV-843).

El nuevo derecho se modela en la actualidad en la jerarquización de la persona humana y con ello se prioriza la solidaridad social. El artículo 41 de la Carta Fundamental incluye el postulado de calidad de vida. No es lo mismo el desarrollo sostenible que sostenido, identificándose el primero como sinónimo de desarrollo humano y el segundo como de crecimiento económico: adviértase que la suma de los indicadores económicos puede llevar no obstante, a un gran costo social y ecológico, por lo que se predica la llamada economía ecológica (cfr. Néstor Cafferatta, JA-1999-319).

Así, resulta particularmente importante resaltar, que los sistemas de protección jurídica tradicionales están montados en general en torno a la tutela de los derechos subjetivos o intereses legítimos y no están preparados para abordar lo que se ha calificado como tragedia de los bienes comunes. Sin embargo, la Constitución Nacional ha introducido esa nueva visión al campo del derecho. **La responsabilidad ambiental, es decir, aquella que deviene por afectar al ambiente como bien colectivo, no puede considerarse incluida simplemente en los parámetros para las relaciones entre particulares** (cfr. Maiztegui, Cristina, "Daño ambiental", JA-2002-III-980), tal como, a mi entender, procediera la Alzada al evaluar el subjúdice.

Y justamente, desde esa nueva óptica, es que juzgo debió abordarse el análisis del particular caso traído a juzgamiento, a fin de brindar una respuesta acorde a las nuevas situaciones jurídicas subjetivas plurales que vienen de la mano de la cuestión ambiental, logrando, de tal forma, una aplicación correcta de la manda constitucional antes aludida.

V.- Ahondando en ese páramo, subyuga precisar algunos conceptos a fin de brindar un marco cognoscitivo apropiado a la problemática puesta de resalto en los párrafos que preceden y que, decididamente, comprometen mi postura en un sentido disímil al atribuido por los jueces hasta ahora intervinientes.

Veamos. La mayoría de los autores que se ocupan de esta temática, concuerdan en que el daño ambiental contiene una doble dimensión: la individual, de los sujetos que reclaman concretos perjuicios, y la colectiva, referida al detrimento del ámbito vital en que se desenvuelve una comunidad con proyecciones hacia las generaciones futuras. Pero esa dualidad no resulta en absoluto excluyente, sino por el contrario **acumulativa**.

Al respecto, se ha recordado que "daño ambiental" es una expresión ambivalente, pues designa no solamente el daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una comunidad, en cuyo caso hablamos de "impacto ambiental", sino que se refiere también al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote (par ricochet como dicen los franceses) a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular que ataca un derecho subjetivo y legitima al damnificado para accionar en reclamo de una reparación o resarcimiento del perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que le ha causado. (Bustamante Alsina, "Derecho ambiental. Fundamentación normativa", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, p. 45; Adorno, "La responsabilidad por daño al medio ambiente", JA-1996-IV-877; Cassagne, "Sobre la protección ambiental", LL 1995-E, 1217; Juan Walsh y Federico Preuss, "El daño ambiental: la necesidad de nuevas instituciones jurídicas", JA-1996-IV-962, entre otros).

Ahora bien, en la especie el actor acciona en base a esta última faceta, es decir, por un interés propio traducido en los daños y perjuicios sufridos a raíz del impacto ambiental y la destrucción del ecosistema (tal lo que surge de los términos del escrito de inicio).

En este acotado terreno, como es sabido, gobierna el principio dispositivo y su natural consecuencia: el principio de congruencia. Es decir, conforme una postura tradicional, adoptada en las instancias anteriores, en este tipo de pleitos la pretensión esgrimida por el

actor se enfrenta a la oposición del demandado, y de ese con frente surgen los estrictos límites dentro de los cuales pueden moverse los jueces y de los cuales no pueden salir sin riesgo de producir un decisorio atacable por violación al principio de congruencia, regla directamente vinculada con el derecho de defensa en juicio y el debido proceso.

Empero, siguiendo las corrientes doctrinarias y jurisprudenciales más modernas, entiendo que la materia ambiental requiere necesariamente **flexibilizaciones en este punto**. Ello así, por dos cuestiones fundamentales.

a) En primer lugar, es preciso focalizar la afectación del medio ambiente como un daño **supraindividual**. Es que, la titularidad de determinado elemento natural o cultural integrativo del entorno puede reposar en un individuo o en una pluralidad de personas, sea un grupo determinado o un conjunto difuso de individuos. Ello resulta jurídicamente indiferente, pues lo que identifica al bien como colectivo es aquella aptitud específica de abastecer las necesidades de un conjunto de personas, con independencia de la idea de dominio. De recibo, **el menoscabo de ese bien afecta un interés colectivo o social y, al propio tiempo, puede lesionar un interés jurídico individual**.

Al hilo de las ideas expuestas, se infiere que la actividad depredadora del medio ambiente **genera necesariamente un daño colectivo o difuso**, caracterizado como la lesión a un interés supraindividual, sin desmedro de lo cual, también puede ocasionar un daño estrictamente individual. Por ende, cada individuo integrante del cuerpo social afectado resulta también perjudicado al alterarse o frustrarse su expectativa de disfrute de ese ambiente o entorno menoscabado. Prerrogativa que, por otra parte, no es exclusiva, sino **compartida** con el resto de los miembros de la colectividad (conf. Agoglia, Boragina y Meza, "La lesión al medio ambiente y el acceso a la justicia", JA-1998-80A-15 y notas n° 2 a 7; Walsh y Preuss, ob. cit.).

La naturaleza, que reviste el "derecho-deber" ambiental, repercute sobre un doble orden de situaciones, como una avenida de doble mano: el interés general, social o difuso, representado en el interés de la comunidad vecina, de gozar de un ambiente sano, y que busca que el polucionante no continúe en su accionar lesivo. Se caracteriza así este "camino de ida", por pretensiones que demandan impedir, cesar, mandar, evitar, prevenir, inhibir. Y en el otro carril de esa avenida y en retorno al interés individualizado, fragmentario o personal (el singular o propio de cada habitante afectado), emerge el derecho a ser indemnizado por los daños personales sufridos, en curso de agravamiento futuro. Como un Dios Jano, dos rostros, zonas bifrontes, que en la vuelta ha de dar respuesta y satisfacción al "daño repartido" (Morello, "Estudios de derecho procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas", vol. 2, p. 1073).

Así, la doctrina al referirse a la tutela del medio ambiental, ha dicho que **más que de un derecho individual, se trata de un derecho social**, cuya reglamentación resulta indispensable para armonizar el derecho a un ambiente sano con el derecho a desarrollar actividades productivas (Eduardo Jiménez, "Los derechos humanos de tercera generación", Ediar, 1997, p. 185).

Los destinatarios del peligro o daño, no son ya las personas en forma aislada, sino categorías o clases de sujetos, aunados por una calidad o característica que da trabazón al conjunto.

Por ello, **la respuesta al daño ambiental, aflora una muy diferente cultura para asumir creativamente situaciones y relaciones que cubren una inédita dimensión social. De la visión patrimonialista del daño resarcible individual a un "registro publicístico", de donde "lo colectivo" requiere una dinámica diferente y tutela "preventiva"** (Morello, "Los daños al ambiente y el derecho procesal", cap. V, su obra "Derecho de daños. Dimensiones actuales y trayectorias", Ed. Platense, p. 92/94).

Ubicando, entonces, la ratio ambiental en el contorno expuesto, aparece claro para mí, que la significación social del medio ambiente, prevalece sobre la prerrogativa individual atinente al mismo. Todo lo cual explica, de alguna manera, la revisión que propongo respecto de la resolutive emanada de la Cámara local.

b) Continuando con el segundo vértice de las pautas flexibilizadoras anunciadas retro, debe señalarse que **en materia de protección ambiental, existe un mandato constitucional en cabeza de la magistratura, que resulta insoslayable.** La disposición contenida en el art. 41 de la Constitución Nacional, luego de detallar las formas de manifestación del derecho a un ambiente no degradado establece que *"las autoridades proveerán a la protección de este derecho"*.

Pues bien, entiendo que los magistrados que integramos el vástago judicial del Estado somos parte de "las autoridades" a las que alude la Carta nacional. Por lo tanto, a todos los jueces incumbe cumplir con el mandato de protección ambiental haciendo cesar o reestableciendo los efectos degradantes de las actividades investigadas, frente al inactivismo del poder administrador. Y ello, **aun cuando las partes no lo soliciten o lo hagan deficientemente en sus concretas peticiones** (conf. Carlos Camps, "Actualidad del acceso a la justicia ambiental", JA, 2002-III-921).

La materia que nos ocupa, permite visualizar como en el campo del derecho procesal civil se abren redefiniciones del pleito y del papel del juez frente a las nuevas realidades circundantes.

De manera tal que, si dentro de una demanda sólo se hace referencia a los reclamos individuales por perjuicios padecidos y nada se dice del daño comunitario que está en curso y del cual deriva la causa de su reclamo, el juez no puede cerrar los ojos frente a la realidad que llega dentro de la investigación del expediente escudándose en los estrictos límites clásicos del principio de congruencia.

Hoy en día la complejización de la sociedad y la aparición de nuevas relaciones intersubjetivas que generan efectos que exceden lo individual para incidir profundamente en lo colectivo o comunitario requiere una adaptación de las pautas procesales clásicas que sirvieron y sirven muy bien cuando la disputa sólo alcanza a las partes que aparecen enfrentadas en el expediente pero que no brindan solución

suficiente a estos fenómenos expansivos que afectan -en el caso de lo ambiental- a todo un ecosistema determinado. Algunos doctrinarios, incluso, hablan de "déficits adaptativos del sistema de derecho clásico" (Díaz Araujo, María, "Daño por contaminación...", JA-1997-IV-686), lo cual constituye, ciertamente, un desafío para el derecho, y agrego, para los jueces llamados a dirimir controversias donde se encuentra involucrada la materia ambiental.

Resulta claro que, frente a las mandas supraleales referidas, en lo que a la protección ambiental se refiere, ha dejado de ser una actividad optativa que puede quedar librada al mero arbitrio de los jueces para convertirse -entendemos- en un verdadero deber funcional (Carlos Camps, art. cit.).

Tal ha sido la postura que adoptara nuestra par bonaerense, en el famoso caso "Copetro" (S.C.B.A., Ac. 60094, 19/05/98), calificado por Morello como "paradigmático, ejemplar o excelente" (JA 2001-III-309). Aquel proceso, tuvo su origen en los daños derivados del funcionamiento de una planta industrial de la firma citada, que según la sentencia, expulsaba hacia la atmósfera partículas carbonosas, las que, transportadas por el viento, afectaban las propiedades como asimismo a los habitantes de la vecindad, alguno de los cuales, constituían los actores en esos autos. Y, pese a que la demanda la interpusieron, como se dijo, algunos vecinos de la fábrica, los jueces entendieron que existía la "necesidad de trocar esa aspiración inicialmente personal en una tutela compartida, de raigambre solidarisada, ya que por una parte la protección singular sólo será efectiva si se extiende al conjunto, del cual el sujeto forma parte como de un todo inescindible, en tanto por otra parte la justicia no podría admitir un recorte al bien común basado en una economía procesal más emparentada con un excesivo rigorismo formal que con la vocación de satisfacer el derecho material dotándolo de un sentido finalista" (del voto del doctor Pettigiani). En base a estos argumentos, habiendo solicitado los accionantes la reparación del perjuicio ocasionado, así como el cese de la contaminación ambiental, los sentenciantes condenaron a la empresa al pago de las indemnizaciones por los daños causados a los actores, así como al cumplimiento de medidas que pongan fin a las actividades contaminantes.

Sostuvo por otra parte aquel prestigioso Cuerpo, –mediante el voto del doctor Hitters– que en materia de derecho ambiental "para que tengan vivencia estos postulados... debe concederse a los jueces –y estos deben ejercerlos– mayores poderes deberes... ello implica que los magistrados judiciales deben ejercitar dinámicamente todos los resortes que las leyes le confieren..." (véase Morello y otros, "La justicia entre dos épocas", Ed. Platense, p. 232). Estas ideas "resumen la índole de los derechos en juego en el sublite y la gran amplitud de criterio que merece el tratamiento de los temas del ya indiscutiblemente nacido –y en pleno desarrollo– derecho ambiental, que requiere justamente de una participación activa de la judicatura, la que si bien de alguna manera pudiera afectar el clásico principio de congruencia, en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde a la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos".

El pronunciamiento que se comenta, fue luego confirmado en lo principal por la Corte Suprema de la Nación (CSJN, fallo del 27/02/01), constituyendo un precedente de

relevante valor jurisprudencial, porque se registra como la primera sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, condenatoria en sede civil, por daños y perjuicios ambientales, emitida por nuestro máximo tribunal de justicia. A través del mismo, se reafirman las tendencias progresistas, que se avisoran, en el tratamiento jurisdiccional de estas cuestiones (Cafferatta, Néstor, "Jurisprudencia ambiental", JA 1996-IV, 1093; "Actualización de jurisprudencia ambiental", JA 1997-IV-1082; "Daño ambiental: evolución de la jurisprudencia", JA-1999-III-1162). Todo ello, porfiando por la dimensión social en el rescate del valor de solidaridad (ver interesante comentario del fallo a cargo de Morello y Cafferatta, en JA 2001-III-309).

Ya el Tribunal revisor, había señalado en esta misma causa, que se caería en un desprestigio mayúsculo de la magistratura, si el juez ante la evidencia de un daño como el aquí sufragado, limita su pronunciamiento a la supuesta e indisoluble tutela de los intereses individuales, sin amparar el interés supraindividual de la comunidad que aquellos integran, y sin lo cual aquellos intereses y el orden público quedarían lastimados (cfr. Cafferatta, JA-1999-III-1162, ya citada).

Abrevando en este pensamiento, Ricardo Lorenzetti, en su obra "Las normas fundamentales del Derecho privado", señala con acierto que el surgimiento de los problemas relativos al medio ambiente ha producido un redimensionamiento de nuestro modo de examinar el Derecho, puesto que incide en la fase de las hipótesis, de planteamiento de los problemas jurídicos, no suscitando una mutación disciplinaria sino epistemológica. A su entender constituye un problema descodificante, pues impacta sobre el orden del Código, planteando uno distinto, sujeto a sus propias necesidades y es, por ello, herético. Se trata de problemas -agrega- que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. En el caso del Derecho, la invitación es amplia, pues abarca lo público y lo privado, lo penal y lo civil, lo administrativo y lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición de que adopten nuevas características (ob. cit., Rubinza y Culzoni, Sta. Fe, 1995, p. 483).

Desde este enclave no hay, pues, afección alguna al derecho de defensa en juicio, toda vez que se trata de poderes inherentes al juez que con responsabilidad social le impele ejercer activamente. Y ellos no valen solo *inter partes* sino que, con amplitud subjetiva necesaria, cubren la finalidad de prevenir o reponer daños determinados o potencialmente colectivos, frente a la actividad productora de daños (ver en este sentido, Morello y Stiglitz, "Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia", LL 1987-D-364).

Todo ello quiere significar que, teniendo en mira la dualidad contenida en el precepto bajo análisis, y circunscribiendo el abordaje a aquella franja que refiere al daño ambiental en sí, como bien jurídico de incidencia colectiva, el objeto de la pretensión deducida en autos, en cuanto referido a la reparación individual de daños y perjuicios por el daño ambiental imputado a la empresa accionada, "reviste naturaleza sustancialmente expansiva, de difícil acotabilidad, en cuanto la preservación del medio ambiente no puede restringirse a una mera tutela dominal, sino que implica una profunda revisión y alteración de los factores degradantes, con un sentido tuitivo trascendente, que debe

salvaguardar con amplitud el abanico de intereses sociales comprometidos. Detectado pues el peligro ambiental, la medida del interés particular es superada prontamente no bien se avizora la magnitud en que el factor riesgoso afecta el bien común, no pudiendo de ninguna manera la protección judicial detenerse en aquel estadio, sino por el contrario acometer hasta donde sea preciso para embridar la amenaza desbocada" (del voto del doctor Pettigiani, en "Copetro", ya citada).

Esta tendencia, ha sido pregonada de antaño por el gran maestro Morello, autor citado vastamente en esta exposición, cuyas enseñanzas en el campo resultan aleccionadoras, al expresar: "La inevitable flexibilización de las disposiciones procesales, en la búsqueda de soluciones expeditas, el rol protector, acompañante, comprometido socialmente, del juez civil, que se le atribuye en esta materia, en un obrar esencialmente cautelar o preventor, son modalidades de este tiempo. Acorde con el explícito ropaje constitucional de los derechos de incidencia colectiva, dentro de cuya familia se encuadra el derecho ambiental, que justifica una tutela diversificada, específica, con soluciones particulares, preferente, prioritaria, privilegiada".

"Asistimos, en síntesis, a una aceleración de innovaciones, reencuadramientos, adaptando, reformando o sustituyendo las ideas y los ordenamientos positivos -en un "hervidero de ajustes"-, atendiendo al fin último: contribuir a la más efectiva realización de los derechos sustantivos, por una justicia de "rostro más humano" (Gante, 1977), de visión equilibrada (Utrecht, 1983) y más eficaz (Würzburg, 1987)" (Augusto M. Morello, "Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas", vol. 2, p. 1072/1073, 1113, 1331/1335).

En ese contexto, tengo para mí, que la pretensión resarcitoria por el daño ambiental ocasionado, expresa -al lado del interés individual que la impulsa, propio del actor e instrumentador de la acción-, un interés colectivo y difuso, que poseen todos los integrantes de la comunidad aledaña a la zona de la obra del puente, sin cuya tutela y amparo no puede lograrse la de aquel interés particular, que en definitiva, no es más que un fragmento o porción del mismo interés supraindividual tantas veces referido.

Por ello, sin perjuicio de la determinación del objeto litigioso en el sentido expuesto, a esta altura de las explicaciones, no puede soslayarse que cuando lo que se encuentra discutido puede hallarse referido a la protección del ambiente, debe comprenderse que el proceso, en tales supuestos, está llamado a ofrecer soluciones que permitan la incorporación de nuevas fórmulas e institutos de origen constitucional, sin que en ese menester puedan primar rigorismos formales que atenten contra categorías tales como el derecho a la vida, a un ambiente sano, al porvenir de las generaciones venideras, entre otros de idéntica envergadura.

En definitiva, la nueva función del derecho de daños en aras de la protección del ambiente, el principio de instrumentalidad y flexibilidad de las formas, sumados a la figura del juez "acompañante" y comprometido socialmente, permiten realizar este nuevo planteamiento de la controversia, frente al giro que la realidad impone, en busca de una solución que ampare a esa masa indeterminada de individuos que sufre la alteración del

entorno en la zona del puente nuevo, conciliando, a la par, con el imperativo constitucional que rige la materia. De manera tal que, anticipándome al desenlace resolutivo que cerrará mi exposición, es claro que la solución que se proponga desbordará el marco bilateral del proceso, puesto que, al dar respuesta a lo peticionado por el actor en el inicio, se hará lo propio con la comunidad toda, cuando la condena se refiera a reparar el daño ecológico.

Y, sin que sea necesario abundar demasiado sobre el punto, aparece incontrastable que, esta nueva dinámica jurídica de origen constitucional, no se vio reflejada completamente en el decisorio de la Cámara (al menos en la extensión que estimo corresponde auspiciar). Ello, lógicamente, derivó en la falta de discriminación entre la responsabilidad que cabía achacarle a la empresa accionada por los daños ambientales comunes o colectivos y la proveniente de los daños que eventualmente pudieran afectar el derecho individual del actor, así como en el tipo de reparación posteriormente otorgada, que no denota la prioridad contenida en el texto del art. 41 de la Carta Fundamental, tal como se verá luego.

Conforme todas las consideraciones vertidas, concluyo en afirmar que corresponde **casar la sentencia recurrida por haberse aplicado e interpretado erróneamente el art. 41 de la Constitución Nacional**, lo que resulta procedente en virtud del principio "iura novit curia", de plena aplicación en esta etapa procesal (cfr. criterio del Cuerpo en Ac. n°42/97), y en razón de la función máxima de todo Tribunal de Casación, cual es velar por el estricto cumplimiento de la ley. **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

VI.- A fin de recomponer adecuadamente el litigio (art. 17° inc. c) Ley 1.406), y teniendo en mira el particular encauce que se ha dado a la materia litigiosa, en la cual subyace – reitero- una problemática ambiental que afecta a un derecho transpersonal, resta analizar qué reparación corresponde disponer por el perjuicio causado. Y, en este ámbito, no podrá desconocerse que, en función de lo que se viene diciendo, tal reparación deberá tener en cuenta la necesidad de satisfacer el interés comprometido en su vertiente bifronte: individual y colectivo.

a) En relación a esta última esfera, es de toda evidencia que ya no puede hablarse de un resarcimiento pecuniario –particular- que ingrese al peculio del actor, so pena de desvirtuar las premisas básicas de la postura que se viene sosteniendo.

Sobre este aspecto, la doctrina enfatiza la importancia de **prevenir** la causación de daños al medio ambiente, en razón del efecto irreparable que los mismos pueden provocar. Así Elena I. Highton, señala con razón que el sistema jurídico debe indudablemente mantener una función preventiva y disuasiva del daño ecológico, pues el análisis económico del derecho no puede llevar a la justificación del daño injusto. (aut. cit., "Reparación y prevención del daño al medio ambiente. ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?", en "Derecho de daños en homenaje a Félix Trigo Represas", t. II, Ediciones La Rocca, Bs. As., 1993, p. 795).

En el mismo sentido destaca Morello, que sin demoras debemos dejar en claro y asumir que ha llegado la hora de hacer causa común en la preservación del medio ambiente. ("La valoración de la prueba y otras cuestiones en la tutela procesal del medio ambiente", JA 1993-III-390, citado por Adorno, art. cit.).

El principio precautorio es visto como una herramienta clave, no sólo del derecho y la política ambiental, sino también como presupuesto conceptual de la sustentabilidad, en su dimensión más amplia, abarcativa de los aspectos ecológicos y sociales (Juan Rodrigo Walsh, María E. Di Paola y otros, "Ambiente, derecho y sustentabilidad", Ed. La Ley, p. 47).

b) Mas, en el caso, esa prioritaria tarea preventiva no será posible porque, evidentemente, el daño ya ha acaecido.

Sobre este tema, la norma constitucional aludida (art. 41 C.N.), ha incorporado la obligación prioritaria de "**recomponer**", lo cual para una postura mayoritaria significa la inclinación del constituyente a favor de la restauración del medio ambiente por sobre la reparación pecuniaria. La obligación de recomponer apunta a restablecer las condiciones del ambiente al "statu quo ante" o situación preexistente al perjuicio generado (Gambier y Lago, "El medio ambiente y su reciente recepción constitucional", ED 163-727; Scotti, "La preservación del medio ambiente y el derecho urbanístico en la reforma constitucional", ED 160-737; Juan Rodrigo Walsh, María Eugenia Di Paola y otros, ob. cit., p. 336, entre muchos otros).

Por otra parte, la novedad en materia de daño ambiental, reside en la objetivización de los resultados a través de la efectividad del principio "el que contamina, paga". No se trata de permitir a quien contamina que siga haciéndolo siempre que pague, sino de generar una responsabilidad presumida, de la que sólo pueda liberarse con la prueba de la causa exclusiva extraña. Por las mismas razones es irrelevante que el contaminador o dañador cuente o no con autorización administrativa, tal como invocara reiteradamente la demandada al hacer alusión a la resolución N° 765/95 de la Dirección Nacional de Vialidad -fs. 79, 854 vta y 898-(cfr. Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., p. 189).

Y, de obiter dicta, si bien existe un consenso general en la comunidad mundial sobre la internalización de los costos ambientales por parte de las empresas radicado esencialmente en el principio antes referido, "quien contamina paga", es dable aclarar que esa internalización de costos debe tender más a producir erogaciones dentro de la empresa en aras del mejoramiento continuo de procesos productivos, de forma tal que la reducción de la alteración ecológica, redunde, al fin, en una reducción de costos ambientales, lo cual provocará que la internalización deje de ser vista como el peor de los castigos para la empresa. Para lo cual, entre las vías o sistemas para lograr la internalización de costos buscada, se destaca la generación de un sistema de responsabilidad civil que castigue a las empresas que omitan el debido cuidado en la protección del medio ambiente y la salud de los habitantes (cfr. Silvia Coria y otros, "El rumbo ambiental en la Argentina", Ed. Ciudad, p. 115/6).

En ese sentido, la comunidad internacional ha presentado un gran cambio en cuanto a la percepción de esta problemática, estableciendo mediante el principio "contaminador-pagador", que "las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales" (Principio 16 de la Declaración de Río).

Retomando la idea de recomposición inserta en la Carta Magna, es evidente que la nueva norma sirve de base al principio "restitutio in pristinum" para adentrarse en la naturaleza misma del daño ambiental y su requerimiento de restablecimiento al estado originario. El verdadero mecanismo para preservar el medio ambiente no es la figura de la responsabilidad patrimonial, sino la posibilidad de instituir medidas tendientes a la cesación del daño y su evitación y efectiva recomposición de los bienes comunes.

En este aspecto, el Libro Blanco, de febrero del 2000, de la Comisión Europea, sostiene que "en los casos de daños provocados al medio ambiente, la compensación abonada por el responsable deberá destinarse a la restauración efectiva del daño causado, con lo cual se garantiza que dicha compensación se emplee en realidad para este propósito, con independencia de que la reparación sea técnica y económicamente viable. De no ser viable la reparación del daño, la compensación deberá invertirse en proyectos similares de restauración o mejora de recursos naturales protegidos" (cfr. Néstor Cafferatta, "La obligación de recomponer el ambiente", JA-2002-III-384).

Se aprecia el reconocimiento de una tendencia legislativa a privilegiar la restauración "in natura", como instrumento de tutela de los bienes ambientales. Es que, el deber del juez de imponer cuando sea posible, en caso de condena por daño ambiental, la restauración de los lugares, representa seguramente el instrumento de tutela más idóneo y de eficacia preventiva. Hay pues, una marcada prevalencia del principio de reparación en especie, y de carácter subsidiario de la indemnización. Esta recomposición en materia ambiental tiene siempre carácter principal (Quiroga Lavié, Humberto-Benedetti, Miguel A. y Cenicacelaya, María de los Ángeles, "Derecho constitucional argentino", t. I, 2001, Ed. Rubinzal-Culzoni).

No desconozco que en el escrito postulatorio, el actor peticionó el resarcimiento pecuniario del daño sufrido. Sin embargo, en esta materia, dado su especial naturaleza, no puede quedar el interés general sometido a la voluntad de la víctima, como ocurre en materia de responsabilidad civil, donde el perjudicado puede optar entre la recomposición o la indemnización sustitutiva (art. 1083 Cód. Civ.). Esta opción no puede ser admisible en el régimen de daño ambiental, dado que no existe una víctima, sino un conjunto de víctimas, actuales y futuras.

Situada la cuestión en este esquema, es claro que **la reparación a acordar, no se destinará para cada uno de los individuos afectados inmediatamente, sino para todos, adquiriendo el resarcimiento una significación igualmente social, puesto que el daño colectivo ocasionado, debe repararse también colectivamente, reforzándose**

así el epicentro del fenómeno que es la colectividad y no los individuos que la componen (cfr. Jorge M. Galdós, "Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa" Revista de Derecho de Daños, Nro. 6, p. 129).

Así, dentro de las soluciones jurídicas existentes, se considera muy conveniente que las indemnizaciones que pudieran condenar a abonar los jueces intervinientes, no terminen en el patrimonio individual sino colectivo (Maiztegui, Cristina, "Daño Ambiental", JA-2002-III-980). Y, entre los obstáculos a considerar respecto de la reparación pecuniaria, podrían incluirse: la dificultad en el cálculo de la indemnización y el inconveniente de señalar un destinatario de la suma dineraria, ya que en estos supuestos surge la necesidad de emplear un criterio coherente para que verdaderamente la suma sea destinada a compensar de alguna forma la situación dificultosa que se ha causado a la comunidad (Di Paola-Walsh, ob. cit., p. 336).

Empero, como bien apunta Germán Bidart Campos, la reparación en especie no es siempre posible. Cuando lo es, hay obligación de volver las cosas a su estado anterior, porque esa obligación queda enfatizada por el adverbio "prioritariamente", que quiere significar que antes que todo o antes que nada, las cosas deben volver al estado anterior cuando ello sea posible ("Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino", t.I-B, 2001, p. 234).

c) Luego, habrá de investigarse si en la especie, es técnicamente posible reestablecer la situación alterada. Acudo para ello, al informe del perito ingeniero Lippolis (fs. 467/500), quien a fs. 499/500 dedica un punto de su informe a señalar las tareas factibles de realizar para "higienizar el entorno alterado", indicando que, si se considera menester, sólo restaría valorizar los ítems que enumera: "1) remover y cargar los restos de hormigón esparcidos (pala cargadora frontal más dos operarios), 2) Transporte del ítem 1 (flete del camión volcador hasta el lugar elegido), 3) rellenar los "socavones" actuales emparejando el área (pala cargadora y camión volcador), 4) cargado, transporte y esparcido sobre la superficie anterior de un manto de tierra fértil (pala cargadora y camión volcador), 5) el criterio para evaluar el talado y/o eliminación de especies arbóreas no debe hacerse a partir del valor en el mercado actual de la tonelada de madera (variable por cierto), se aplicaría aquí la idea de reposición, efectuando la valorización de la mano de obra y de las "estacas" de álamo y sauces, para el replantado sobre todo el área devastada".

En base a las pautas contenidas en la pericia descripta, estimo que en autos existen elementos suficientes para disponer la reparación del modo aconsejado, imponiendo a la demandada una obligación de hacer (de características sui generis), dado que, como se explicitara a lo largo del presente, el daño producido afecta al medio ambiente y, por ende, importa a la sociedad toda.

d) Resta prever las medidas técnicas de control a los fines del efectivo cumplimiento de esta especial condena. En ese sentido, habrá de disponerse que las tareas de mitigación que deberá realizar la empresa accionada sobre la zona o entorno alterado, serán supervisadas por el órgano que, en nuestro ámbito, constituye la autoridad de aplicación

en materia ambiental, esto es, la Dirección Provincial de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable o el organismo que institucionalmente le suceda (art. 25 ley N° 2267).

Y, para el caso de incumplimiento, la obligación de hacer a la que se condena, será traducida en daños y perjuicios, los que consistirán en el valor de los trabajos necesarios para "higienizar" el predio, que serán determinados conforme los parámetros de la pericia aludida más arriba, en la etapa procesal de ejecución de sentencia. Dicha suma, deberá ser destinada por la entidad administrativa mencionada a una partida especial, afectada a la realización de las obras de saneamiento ordenadas supra.

Lo expuesto, dado que en relación a la ejecución de la reparación in natura, "habida cuenta de la naturaleza especial del objeto dañado y la relación de fiducia o tutela que con el mismo mantiene la Autoridad Pública, el responsable no se encuentra solo -o al menos no debería encontrarse solo- frente a la ineludible obligación de reparación que le depara; sino que en todo momento **debe estar sometido a control del Estado, control que se manifiesta de diferentes maneras**. Por ello, no es extraño encontrar en la legislación especial ambiental tanto instrucciones sobre cómo debe hacerse la reparación cuando una orden genérica de acatar los dictados de la Administración al respecto. Además **a la Administración también le preocupa que el responsable** (nosotros decimos que por falta de control adecuado) **no lleve a cabo la reparación"** (Gomis Catalá, Lucía, "Responsabilidad por daños al medio ambiente", 1998, Ed. Arazandi, p. 256).

La solución adoptada se condice con la aceptación de un deber constitucional directamente operativo de preservación del medio ambiente en cabeza de todos los habitantes de la Nación y, en consecuencia del mismo, de la obligación constitucional de "recomponer" el medio ambiente afectado. Esta conclusión, al decir de Guillermo Peyrano, "tiene obvia trascendencia en lo relativo a los modos de lograr el efectivo cumplimiento de las sentencias que se dicten en materia ambiental, por cuanto, en el supuesto de que no exista legislación específica acerca de los modos o formas de arribar a la "recomposición" ordenada, **deberán ser los jueces los encargados de integrar el orden jurídico, estableciendo los mismos en los casos que tengan bajo su decisión"** ("El cumplimiento efectivo de la sentencia ambiental", JA 1997-IV-1036).

VII.- Como se reiterara a lo largo del presente, el daño al ambiente, simultáneamente, puede traer aparejado un ataque actual o **potencial** a la integridad psicofísica de los individuos y aun a su **patrimonio**, susceptible de llegar a configurar un daño –material y moral- cierto, personal del accionante y lesivo de un interés legítimo suyo, jurídicamente protegido (Bustamante Alsina, "Responsabilidad por daño ambiental", LL 1994-C-1058; Trigo Represas, "Responsabilidad civil por daño ambiental" JA-1999-IV-1180).

En ese espectro se ubica el daño particular irrogado por la extracción de áridos de la isla, cuya indemnización, luego del camino hasta aquí transitado, habrá de conjugarse con la reparación in natura establecida en los considerandos anteriores. Ello por cuanto, al disponerse el henchido de los socavones actuales emparejando el área y el desperdigado sobre la superficie anterior de un manto de tierra fértil, resulta claro que el daño particular

verificado por los jueces, encuentra también resarcimiento mediante aquella vía (reparación en especie).

Desde otro ángulo, son plausibles las dudas que genera el resarcimiento por la extracción de tierra, a poco que se piense que el actor, de haber efectuado él mismo esa maniobra, hubiese evidentemente causado idéntica alteración en el entorno, que mediante el presente se trata de reparar.

Podría replicarse a esto último, que el fundamento del resarcimiento en cuestión, encuentra sustento en la teoría del enriquecimiento ilícito o sin causa, toda vez que la demandada, de no haber sacado materiales de la isla, hubiese tenido que adquirirlos en una cantera, pagando el precio de plaza por los mismos. En la ecuación costo/beneficio, resulta claro que la empresa "ahorró" el costo de los áridos que extrajo gratuitamente de la isla.

Sin embargo, habiendo ordenado medidas concretas para reparar el daño ambiental (obligación de hacer), y a fin de no duplicar la cuota indemnizatoria en cabeza del accionante, estimo que resulta más adecuado encuadrar este rubro entre los daños potenciales que cabe reconocer al actor, tal como lo sopesara el juez de mérito. El daño cierto (de carácter colectivo y difuso, como se dijera reiteradamente) será reparado en especie, mientras que la "pérdida de chance" evidenciable a raíz de la alteración del entorno (socavones, montículos, movimiento de tierra, arrasado de especies arbóreas, escombros esparcidos, etc.) será objeto de resarcimiento pecuniario.

Lo anterior, se explica en tanto "el daño ambiental genera una doble obligación para quien lo genera: en primer término y con prioridad: (a) la de recomponer el ambiente a su estado anterior (obligación similar a la reparación en especie del Código Civil) y, adicionalmente, (b) la de resarcir los perjuicios económicos sufridos **—que no hubieren sido resarcidos por medio de la recomposición efectuada—** por la vía civil ordinaria" (Valls, Mariana y Bril, Rosana, "Prevención y compensación frente al daño ambiental: el seguro ambiental", JA-6121-1998-61).

Realizando una lectura similar a la que se efectuara en la instancia de origen, no se estima configurado un "lucro cesante", habida cuenta que el actor había abandonado el cuidado del predio, sin que pudiera constatarse explotación alguna y por tanto, no existen parámetros ciertos o reales para reconocerle derecho a ser indemnizado en este aspecto.

Sin embargo, aun cuando el Sr. Lillo desatendió la isla, dejando de realizar tareas culturales, es elocuente que evidenció su intención de que el predio continúe bajo su potestad, tal como lo denotan las denuncias policiales y administrativas realizadas por el actor, con motivo de la sisa de terceros y por el accionar de la empresa, al efectuar movimientos de suelo (fs. 198 y expedientes administrativos agregados por cuerda).

Teniendo en cuenta los actos posesorios señalados y la perturbación del terreno a raíz de la obra vial en cuestión, existe una posibilidad fuerte de que todo ello derive en una pérdida de chance futura, si verbigracia, el Sr. Lillo intentase -durante el tiempo que

transcurrió desde la modificación el suelo hasta el momento en que se realicen las tareas de amaine- poner en producción la porción de la isla ocupada, cuya capa fértil ha yermado.

Siendo ello así, y considerando que la indemnización de una "chance" debe apreciarse según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, soy de la opinión que la suma reconocida por este rubro por parte del juez de grado es atinada, máxime si se razona que, luego de realizadas las obras de mitigación que se ordenaran retro, la eventual frustración del actor quedará disipada.

De modo tal que, con ese limitado alcance, desaparece cualquier incompatibilidad o superposición entre ambas medidas reparatorias (en especie y pecuniaria), que van a cubrir cada una distintos y sucesivos momentos de un daño que transcurre o se prolonga en el tiempo.

VII.- Por todo lo expuesto, y en el convencimiento de que la solución propuesta no sólo resguarda valores esenciales que hacen a la dignidad del hombre y del entorno que está llamado a proyectarse, sino que consulta igualmente la necesidad de dar primacía a una concepción éticista y solidaria del derecho y de la vida en sociedad, propongo al acuerdo: **1°)** Declarar procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la demandada a fs. 889/902 vta. y, en consecuencia, casar el decisorio obrante a fs. 872/884, por haber incurrido la Cámara sentenciante en la causal prevista por el art. 15° inc. b) de la ley 1.406. **2°)** Por imperio de lo normado en el art. 17° de idéntico ritual casatorio, recomponer el litigio haciendo lugar a la demanda y condenando a la Unión Transitoria de Empresas, conformada por Contreras Hermanos S.A., Burgwardt y Cía. S.A., Esuco S.A. y Kank y Costilla S.A., a abonar al actor, en su carácter de administrador judicial de la sucesión de Juan Esteban Lillo, la suma de pesos tres mil (\$ 3.000.-), con más los intereses establecidos en la sentencia de fs. 825/829 vta., en el plazo allí fijado. **3°)** Asimismo, condénase a la demandada a realizar en la zona aledaña a la obra del puente nuevo (isla), las siguientes obras de mitigación por el daño ambiental ocasionado: 1) remover y cargar los restos de hormigón esparcidos, 2) rellenar los "socavones" actuales emparejando el área, 3) esparcir sobre la superficie anterior de un manto de tierra fértil 4) replantar especies arbóreas en la zona devastada. Para el caso de incumplimiento, la obligación de hacer a la que se condena, será traducida en daños y perjuicios, los que consistirán en el valor de los trabajos necesarios para "higienizar" el predio, que serán determinados conforme los parámetros de la pericia de fs. 467/500, en la etapa de ejecución de sentencia. Dicha suma, deberá ser destinada por la entidad administrativa mencionada en el punto siguiente, a una partida especial, afectada a la realización de las obras de saneamiento aquí ordenadas.

4°) Disponer que las tareas de monitoreo o supervisión de las actividades saneadoras fijadas precedentemente, sean realizadas por la autoridad de aplicación en materia ambiental en nuestra provincia (Dirección Provincial de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable o el organismo que institucionalmente le suceda -art. 25 ley N° 2267-), órgano que deberá informar al Juzgado en el plazo y bajo las pautas que se fijen en la etapa procesal señalada, sobre el cumplimiento de las medidas ordenadas. **5°)** Imponer las

costas de las instancias anteriores a la demandada perdidosa y las que corresponden a la presente, atento el modo en que se resuelve el litigio, correrán por su orden (art. 12º Ley 1.406 y art. 68 "in fine" del C.P.C.yC.). **MI VOTO.**

El señor Vocal Doctor **FEDERICO GIGENA BASOMBRIO**, dijo: Disiento con los fundamentos vertidos por mi colega, por cuanto considero que, a mi entender, la solución que propone no resguarda el derecho constitucional del derecho de defensa constituyendo una violación del principio de congruencia y del debido proceso.

Ello por cuanto, la postura que se adopta propone admitir una flexibilización del principio de congruencia, justificada por la especialísima naturaleza del bien jurídico en juego, lo cual, a mi criterio, y no obstante la excepcionalidad con que se invoca, no puede ser admitido constitucionalmente toda vez que estimo señalar, desde el inicio, que el derecho procesal constitucional tiene principios únicos para lo que algunos consideran sus distintas ramas.

La invitación a dar muestras de lo que se denomina un "activismo judicial" (juez "acompañante", "comprometido", o referencias similares), permitiendo por su intermedio la mentada ductilidad de los conceptos procesales "clásicos" y su adaptación a la particular materia ambiental en procura de una mayor eficacia del resultado a arribar, no concilia, según mi modo de ver, con el respeto a las garantías del debido proceso, a más de soslayar que, en definitiva, el juez es director del proceso, mas no del litigio.

Sucede que en autos, el actor ha iniciado la presente acción persiguiendo la reparación de los daños y perjuicios que la empresa accionada le habría provocado. Concretamente reclama por "la destrucción ecológica sufrida, la privación del uso de las tierras, el no poder gozar de la disposición de las mismas, perdiendo valor..., la contaminación producida por los materiales de construcción en agua y tierra, el avasallamiento producido en toda la situación creada, como la privación del paso de servidumbre, la pérdida de animales de cría y los domésticos, la pérdida de árboles talados, y los cultivos en general..." (fs. 37/38). Luego que el juzgado requiriera al accionante aclarar concretamente qué acción persigue (fs. 45), éste limita su pretensión a la reparación de los daños y perjuicios causados (fs. 54)

Sobre esa plataforma, la defensa de la demandada se encaró en base a la falta de legitimación activa formal y substancial del actor, por considerar que este último no ostentaba un derecho subjetivo que lo legitime para reclamar por supuestos daños al ambiente, obteniendo en beneficio propio un enriquecimiento patrimonial. Se esgrime, además, que el reclamo que intenta el actor forma parte de los denominados intereses "difusos o colectivos", que confieren legitimación a los particulares para promover acciones en defensa de los derechos públicos y comunitarios, que tiene la sociedad toda como ente moral y colectivo, y se distinguen de los derechos subjetivos individuales, como el invocado en la demanda. Otro argumento que se observa en el responde, es que el obrar de la empresa no había causado daño alguno al Sr. Lillo, insistiendo en que el predio había sido abandonado por el susodicho con bastante anterioridad al de autos (ver fs. 78/82 vta.).

Luego, al dictarse finalmente sentencia, no obstante reconocerse que el actor es también titular del derecho a la preservación del medio ambiente, por lo que no podría, en principio negársele legitimación para ejercer su defensa, habiendo ceñido su reclamo a un resarcimiento monetario, el juez de grado consideró, con acierto, que quedaba necesariamente excluido el tratamiento de aquel daño ambiental, que no da derecho, de comprobarse el mismo, a ingresar la suma de condena al patrimonio del demandante (fs. 826 y vta).

De esta manera, a la luz de la pretensión actora plasmada en el escrito inicial y la respuesta dada por la parte accionada, los carriles en que se desarrolló el debate de la causa fueron correctamente delimitados por el sentenciante, no siendo posible, como vengo sosteniendo, ampliar los límites de la contienda –menos aún en esta instancia extraordinaria-, ya que, de lo contrario se incurriría en una grave violación al principio de congruencia puesto que, como es sabido, el juez debe resolver ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas estándole negada la posibilidad de poder introducir la pretensión ya que de lo contrario se convertiría en parte y no en un tercero imparcial que es justamente la esencia de su función jurisdiccional y en base a lo cual el integrante de la sociedad respeta sus decisiones y posee la autoridad moral necesaria para dilucidar los conflictos que le presentan las partes, no los que el deduce (ver al respecto Adolfo Alvarado Velloso, "Introducción al estudio del derecho procesal", Primera Parte, p. 63).

En relación a las facultades decisorias de la magistratura, he señalado recientemente en "FRANCO, ROSSANA C/COOPERATIVA FRUTÍCOLA Y CONSUMO LA FLOR S.C.L. s/Accidente Ley" (Ac. 04/03), citando antecedentes del Cuerpo que integro, que la congruencia entre la sentencia y las peticiones de las partes, en cuanto a personas, objeto y causa, es ineludible exigencia de cumplimiento de principios sustanciales relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que la litis fija los límites y los poderes del juez. De tal manera, el principio de congruencia exige que la sentencia se muestre atenta a la pretensión jurídica que conforma el contenido real de la disputa" (conf. R.I. nro. 1615/97 y Acuerdos N°30/98, 8/99, 10/99,11/99, del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias).

Puede apreciarse de ese modo, que el principio referenciado constituye un límite a las facultades del magistrado, dirigido "a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional, por el cual debe existir identidad entre lo resuelto y lo controvertido oportunamente por los litigantes y en relación a los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico" (cfr. Aragonés, "Sentencias Incongruentes", p. 227, cit. por De Santo, en "Tratado de los Recursos", Tº II, pág. 342/343).

Siendo ello así, la "redefinición" del pleito o el "nuevo planteamiento de la controversia", en los términos propuestos, ampliando sus márgenes, tanto en la faz subjetiva como objetiva, va mucho más allá del permitido y siempre vigente principio "iura novit curia", puesto que ese nuevo y rotundo abordaje de la cuestión no puede entenderse sino, como un viraje que coloca a las partes en un estado absoluto de indefensión (por no haber

podido conocer ni alegar en torno al mismo). A la actora, porque no es la solución propuesta, la peticionada en la demanda (recordemos que la parte es la única que puede decidir si acude al proceso -por el ejercicio del derecho de acción- y la única que decide los términos de la pretensión que ejercita, siendo elemento determinante de esa pretensión lo que pide y porqué lo pide); y a la demandada, porque dedicó gran parte de su estrategia defensiva argumentando que el actor no había sufrido daño alguno, e inesperadamente, luego de haber recorrido las instancias recursivas previstas, en la etapa casatoria se altera sustancialmente el objeto litigioso, en salvaguarda de un interés que deja de ser singular y se convierte en difuso, colectivo, etc.

Señala con lucidez un prestigioso autor español, que: "la tercera opinión, la del juez, ha de haberse puesto antes en conocimiento de las partes, dando a éstas la oportunidad real de alegar sobre la misma. Lo que entra en juego entonces, no es el objeto del proceso, sino el derecho de defensa" (Juan Montero Aroca, "La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad", p. XI).

Es que, al sobredimensionar las facultades propias de los jueces del modo expuesto, la actuación de aquellos se vuelve incongruente con el dibujo constitucional del debido proceso, pretextando actuar en defensa de un interés de linaje constitucional, como es la protección del medioambiente, pero, sin dudas, a costa de otro derecho no menos importante, y a mi entender de mayor jerarquía, cual es el de defensa en juicio y ello por cuanto hace a la dignidad de la persona en su naturaleza y no en su entorno que si bien es importante no integra su esencia como causa sino como condición (y aquí me remito a Aristóteles quien en su metafísica explica la diferencia entre causa, condición y circunstancia).

Al respecto resulta útil para la reflexión y el debate analizar las ideas expuestas por Omar Benabentos en su ponencia titulada "Nociones sobre una teoría general unitaria del derecho procesal" y que en parte me permito reproducir:

Apunta el autor citado que "el derecho a un debido proceso –preciosa garantía que es connatural con la finalidad de los Estados de derecho democráticos- se construye con un esquema bien simple: asegurar que los ciudadanos no serán privados de su vida, su libertad, su honra y sus bienes, sin antes haber mediado el previo tránsito por un debate jurisdiccional que les garantice: a) la igualdad de armas para discutir en el mismo y; b) un juez auténticamente imparcial e independiente que lo dirima" (me permito señalar que Santo Tomás en la Suma teológica ya había señalado igual cometido al analizar el papel del juez y esto ocurrió hace varios siglos. Como se ve el debate continúa sin resolverse en forma definitiva quizá por cuanto no estamos en presencia de una verdad absoluta sino de opiniones y en ese sentido debe entenderse la postura que aquí expreso y mi disenso, respetuoso, con mi colega que por cierto también tiene fundamentos importantes, tanto doctrinarios como jurisprudenciales para sustentar su postura).

Y, el recorte o la anulación de la garantía del debido proceso, agrego yo, se concreta mediante intervenciones oficiosas que –sin que ello implique desconocer las buenas intenciones que la animan- procuran reconducir el litigio dejando atrás los carriles

estrictos en que se había planteado el debate, haciendo tambalear toda la estructura constitucional del sistema de procesamiento civil y lo que es más importante, el derecho natural de toda persona a ser oída con anterioridad a la decisión del planteo.

Los señalados son, pues, los motivos por los cuales no comparto la postura plasmada en el voto anterior, sin dejar de reconocer, como indicara anteriormente, las loables intenciones que la animan, pero que, reitero, se desmoronan rápidamente, por presuponer un inadmisibles sacrificio de las garantías constitucionales aludidas.

II.- Sentado lo anterior, habré de abocarme al análisis de la sentencia impugnada.

a) Así, adentrándome concretamente en los agravios vertidos por el escrito casatorio, advierto que la queja central del recurrente gira en torno a la valuación del daño efectuada por los jueces de la Alzada, denunciando absurdo material en la apreciación de la prueba, por estimar que, aun considerando que la construcción del puente nuevo hubiese producido un impacto ambiental o corrientes subacuáticas, repugna y viola los principios básicos del derecho de daños y las normas legales que lo rigen, instituir a Lillo en beneficiario pecuniario de un daño ambiental difuso.

Objeta seguidamente que los sentenciantes hubiesen considerado que "sin dudas muchas personas se ven afectadas por la alteración del ecosistema en el "entorno" de la obra desde la contaminación visual, sonora, por gases, etc., pero con singularidad son afectadas aquellas cuyo "hábitat" o explotación agrícola están comprendidas dentro del mismo "entorno", y tal es el caso del demandante, es decir lo que él defiende en este pleito: no es un mero interés difuso, sino la restauración de un derecho subjetivo" (fs. 897), habida cuenta que, según sostiene, no hay explotación agrícola dañada, ni la isla es el hábitat del actor, no existiendo tampoco cultivos ni criaderos al inicio de las obras respectivas.

En un acápite aparte, cuestiona la indemnización otorgada por los supuestos áridos extraídos de la isla, en base a lo dictaminado por uno de los peritos actuantes, quien afirma que no se sacó material de la zona en cuestión.

De esta manera, afirma la accionada que la Cámara de Apelaciones ha dictaminado sobre la base de un arbitrario análisis de los elementos de prueba, dando a los mismos un alcance que no tienen, en algún caso, y desoyendo sus conclusiones, en otros.

b) Ahora bien, conforme lo sostenido por este Tribunal en anteriores oportunidades, la temática de la valoración de la prueba se torna revisable en casación cuando se invoca como fundamento recursivo la violación de normas legales que rigen específicamente la materia, imponiéndole al juzgador una consecuencia de la que no podría apartarse, e importando esas supuestas violaciones una alteración en el proceso lógico de revisión confrontación, selección y calificación de las probanzas que delimitan el fundamento fáctico del decisorio (Acs. Nros. 65/89, 171/96 y 25/01, entre otros).

Cabe preguntarse, entonces, y en base a los parámetros expuestos, si la absurdidad invocada puede constatarse en la causa.

Así, analizando las probanzas rendidas en la causa y el razonamiento lógico seguido por los jueces a partir de ellas, deduzco que asiste razón al recurrente en su reclamo.

En efecto, no ha mediado ningún informe o prueba técnica que permita sostener -más allá de lo que pueda eventualmente estimarse en el plano de las suposiciones-, que la realización de las obras en el puente nuevo hubiera provocado o, a lo sumo, aumentado, la contaminación sonora y por gases, tanto como el impacto visual, y menos aún la existencia de algún daño concreto al actor en relación a esas supuestas alteraciones.

Obsérvese que los peritos actuantes no fueron preguntados en torno a la especie: el Ing. Filippi señaló concretamente que no se le pidió que efectúe una evaluación del impacto ambiental de la obra, indicando que, de todas formas, se trata de una actividad multidisciplinaria (fs. 440 bis), y el Ing. Lippolis, por su parte, no analiza dichos aspectos, sino más bien el cambio de la estructura superficial del terreno (fs. 467/500). Tampoco el testigo Lanchas, pudo contestar si la obra había guardado los recaudos mínimos del cuidado ambiental (fs. 208), y ni siquiera el dictamen administrativo al que hace alusión la Cámara (fs. 795/798), que rechazara el proyecto presentado por la empresa, certifica tal eventualidad, señalando tan sólo las deficiencias del documento referido por no reunir los contenidos exigibles.

Por lo tanto, la apreciación vertida por los jueces en el sentido expuesto aparece como una afirmación dogmática, por no constituir una derivación razonada de lo acontecido en la especie, y no encontrar sustento en los elementos de prueba colectados en la causa.

Por lo demás, una lectura a los expedientes administrativos adjuntos, permite aprehender que en julio de 1989, al realizarse una de las primeras inspecciones en el lugar, Lillo ya no vivía en la isla, por ende éste no era el hábitat del actor, que conforme surge de autos habita en una vivienda del Barrio San Lorenzo de esta ciudad (fs. 34, 198, 758, etc.).

Resulta significativo la conclusión del informe de inspección referido anteriormente, obrante a fs. 30 del expediente Nro. 2503-1784/77, donde se da cuenta que: *"en lo que hace al sector N.O., la misma se encuentra totalmente abandonada, su ocupante el Sr. Lillo y según lo manifestado por el Sr. Héctor Rodríguez encargado momentáneamente, que el mismo reside en una vivienda entregada por la Provincia en el B° San Lorenzo y visita la mencionada isla muy pocas veces y no se han realizado cultivos en la misma desde 3 temporadas atrás..."*.

En esa misma tónica, a fs. 32, un nuevo informe fechado en octubre de 1989 refiere que *"en lo que hace al sector S.O. la ocupación que ejercía el extinto Juan E. Lillo, la misma se encuentra totalmente abandonada, a las viviendas le han retirado los techos, cultivos no se han realizado, lo único rescatable serían las plantaciones de álamos que asciende a un número aproximado de 500 plantas con un arraigo de 8 a 12 años, los frutales al no tener el cuidado necesario se están secando..."*.

Seguidamente, a fs. 34, luce nota emitida en noviembre de 1990, donde se lee: *"en lo que hace a la fracción S.O., las viviendas las han destruido en su totalidad, como así la tala de álamos y frutales, y el retiro de los cables eléctricos y destrucción del pilar, el Sr. Lillo, habría radicado denuncia del caso. Cabe destacar que en las ocupaciones mencionadas no se han realizado cultivos en estos 4 años..."*.

Luego, en octubre de 1995, una "inspección actualizada" señala que: *"recorrida ambas fracciones, constatamos el estado de abandono de las mismas, no existiendo ningún tipo de mejoras de población, solamente sobreviven algunas plantas de álamos y la escalera mecánica que sirve de acceso a la misma.."* (fs. 43).

Finalmente, en julio de 1996, aproximadamente un año antes de la demanda, en una nueva visita a la isla se constata: *"el estado de abandono en que se encuentra la misma, según lo informado por el ocupante de la misma estaría abandonada desde hace 5 años y según los informes que adjunto estaría desde mas tiempo.."* (fs. 71). Todo lo cual concuerda con el resumen efectuado a fs. 26 del expediente Nro. 2503-3852, donde se reitera el estado de abandono señalado.

Tampoco se ha probado, que existiera en el predio en cuestión alguna "explotación agrícola" –como asume el resolutorio recurrido-, dado que las constancias aludidas en los párrafos previos indican exactamente lo inverso: los cultivos y criaderos que el accionante denunciara en su demanda, no existen (ver también fs. 208 vta. y 463).

Los datos anteriores no fueron omitidos por la Alzada, que tuvo particularmente en cuenta la inexistencia de cultivos al momento del evento y el estado general de abandono del predio -todo lo cual había sido sentado en el pronunciamiento anterior y no había merecido agravio alguno del apelante-, el título posesorio y no dominial que legitima al actor, la inexistencia de opinión técnica avaladora, la anterior alteración "antrópica" del ecosistema por la acentuada circulación vehicular y por ambos puentes preexistentes, sin perjuicio de lo cual, y pese a todo lo anterior, concluye en cuantificar el daño causado al actor en la suma de \$ 20.000,00.

De allí que, la conclusión a la que se arriba en el decisorio impugnado, no se condice, a mi juicio, con el cúmulo de circunstancias relatadas. Porque, como se ha señalado, los expedientes administrativos acompañados dan cuenta del progresivo abandono que hizo Lillo de la porción de la isla que comenzó ocupando su padre, encontrándose destruidas las construcciones y subsistiendo sólo algunos álamos, -sin precisare en qué sector-; a ello se suma que, como bien sostuviera el juez de primera instancia, no debe ponderarse la parte correspondiente a la zona de la obra propiamente dicha, donde se realizó el desmonte de vegetación y movimiento de suelos para la construcción del terraplén de avance de obra, dado que no se ha acreditado que Lillo ocupara efectivamente esa porción de la isla (sólo surge que lo hizo en la sección "norte"), y por otra parte, la empresa se encontraba autorizada legalmente por la autoridad pública competente para efectuar en esa área los trabajos en cuestión (fs. 643/645).

Ese elenco de elementos resaltados, lejos de conducir al resarcimiento reconocido por los camaristas, autoriza concluir que, por el contrario, "el actor no puede aspirar a ninguna compensación por las plantaciones de árboles (álamos y frutales), cultivos de hortalizas, construcciones, ni los alegados y nunca probados criaderos de nutrias y alevinos, por la sencilla razón que no existían cuando la empresa comenzó a realizar las tareas para la construcción del puente, ello debido al comprobado abandono que hizo Lillo del predio, que facilitó el pillaje de terceras personas (vide: actas de inspección y exposición policial por hurto)", tal como acertadamente lo pone de resalto la sentencia de Primera Instancia.

De lo expuesto se deriva, que el Tribunal "Ad-quem" ha expuesto argumentos desasociados con las circunstancias objetivas comprobadas, efectuando una apreciación que no es coherente y que lo ha llevado a una conclusión irrazonable, a más de contradictoria con sus propios fundamentos, otorgando un resarcimiento pecuniario por un daño singular inexistente, al menos con el alcance que se reconoce.

Ahora bien, no obstante haber dictaminado el Ing. Filippi que el material para los enripiados se obtuvo de canteras –sitadas en Fernández Oro y Neuquén-, señalando expresamente que "no se sacó material de la isla para la obra zona de puente" (fs. 280), el informe aportado por el Ing. Lippolis, destaca que el total del material utilizado en los taludes de acceso y el 70 a 80% del que forma parte del denominado "talud de avance" fue extraído de una cantera de Fernandez Oro, mientras que el material que conforma el talud de la calzada en su intersección con el puente propiamente dicho, fue extraído de una cantera que pertenece a la Municipalidad de Neuquén. El resto del material, según afirma, fue removido de la isla y utilizado en el "terraplén de avance" de obra y "camino de servicio" de la obra, efectuando los cálculos de las cantidades extraídas (fs. 499).

La falta de coincidencia entre ambas pericias en relación al material que se habría acopiado en provecho de la obra no es un dato menor, a poco que se repare que la Alzada se valió de ello para aumentar el monto indemnizable, en considerable proporción.

No obstante, los datos aportados por aquel último informe, muestran que la zona de la isla ocupada por Lillo sufrió sí la modificación de una porción de la estructura superficial del suelo, en el área denominada "camino de servicio" que se formó por el arrastrado (topado) de material para formar un "cordón continuo" llegando aguas arriba (hacia el norte), generando un sector "arrasado", con "depresiones" y un "destape" desprovisto de tierra fértil, que eventualmente podría dificultar el cultivo de la tierra (fs. 465, 497/8)

Lo anterior me lleva también a coincidir con el juez de la instancia originaria, en la ubicación del daño irrogado, como una pérdida de oportunidad o de "chance" -en virtud de la posibilidad frustrada de efectuar alguna plantación o poner en producción la zona alterada-, así como en la suma que se justiprecia para indemnizar esa frustración.

Porque, en definitiva, pese a que el Sr. Lillo se ausentó de la isla, debe reconocerse que existieron, paralelamente, ciertas muestras de preocupación por continuar manteniéndola bajo su potestad, tal como lo demuestran las actas de denuncia (fs. 752 y 758) y los reclamos a los que aluden los testigos Lanchas (fs. 207/208) y Cazeneuve (fs. 463 vta.).

En otras palabras, el innegable descuido del predio, junto a los demás elementos ponderados, sellan mi convicción en el sentido que no ha existido propiamente un daño cierto, adquiriendo certeza únicamente la oportunidad de un beneficio, malograda por el hecho lesivo (pérdida de chance). La materia resarcible que se reconoce equivale, entonces, a la pérdida de la ocasión que el actor tenía de lograr un beneficio o ventaja en la porción de tierra modificada.

Por las razones expuestas, juzgo que se encuentra configurado en autos el vicio denunciado por el recurrente, debiendo, en consecuencia, hacerse lugar al recurso impetrado por la demandada, casándose el decisorio impugnado, en base a la causal prevista en el inc. c) del art. 15° de la ley 1.406.

Por imperio de lo estatuido en el art. 17° inc. c) de idéntico ritual, y en virtud de los fundamentos expuestos, deberá recomponerse el litigio mediante la revocación de la sentencia de Alzada, confirmándose en un todo lo resuelto en la Primera Instancia a fs. 825/830. Atento el modo y fundamento en que se resuelve, las costas de la anterior instancia y de la presente, se impondrán por su orden. **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

El señor Vocal Doctor **MARCELO J. OTHARÁN**, dijo: Adhiero al voto del Doctor Federico Gigena Basombrio, sin dejar de poner de resalto -tal como lo hace el nombrado- la calidad y consistencia del meditado voto del Doctor Massei. **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

El señor Vocal Doctor **ARTURO E. GONZÁLEZ TABOADA**, dijo: Comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Federico Gigena Basombrio, como también la solución propiciada por mi distinguido colega, adhiriendo en un todo a su bien fundado voto, en la consideración que la aplicación de los principios procesales de igualdad, congruencia y contradicción o bilateralidad, resulta insoslayable para que exista "un debido proceso", de acuerdo con la exigencia de nuestra Carta Magna Nacional, dirigida a asegurar la inviolabilidad de la defensa de las personas y de sus derechos (art.18 C.N.).

Sabido es que la sentencia debe contener la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por la ley (arts.34, inc.4° y 163, inc. 6° del C.P.C. y C). La congruencia es la necesaria conformidad que debe existir entre la sentencia y las pretensiones deducidas en el juicio. Y al decir de Clemente Díaz, más que un principio jurídico, "se trata de un postulado de la lógica formal que debe imperar en todo orden de razonamiento" (aut. cit., "Instituciones de derecho procesal", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968/72, t II-A, p.229).

Así, toda sentencia debe versar sobre las cuestiones planteadas por los justiciables, recaer sobre el objeto reclamado y pronunciarse en función de la causa invocada (cfr. Roland Arazi, "Derecho Procesal Civil y Comercial", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t I, p.181). Y en la especie, tal como lo remarca el Dr. Gigena Basombrio, la pretensión del actor se limitó al reclamo de la reparación de los daños y perjuicios que la empresa accionada le habría provocado. Ello constituyó el objeto de la litis y el marco en el cual

ensayó su defensa la demandada, por lo que a mi juicio, los fundamentos y la solución a los que adhiero, se condicen con una recta aplicación de los postulados de igualdad, congruencia y bilateralidad. **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

El señor Vocal Doctor **ALEJANDRO T. GAVERNET**, dijo: Comparto la línea argumental desarrollada por el Doctor Oscar E. Massei en su bien fundado voto, por lo que expreso el mío en idéntico sentido. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, por mayoría, **SE RESUELVE: 1º) DECLARAR PROCEDENTE** el Recurso de Casación por Inaplicabilidad de Ley deducido por la parte demandada a fs. 889/902 vta., contra el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería -Sala I- de esta ciudad, **CASANDO** en consecuencia, dicho fallo, en base a la causal prevista en el inc. c) del art. 15º de la ley 1.406, por los fundamentos vertidos en los considerando del presente. **2º) RECOMPONER** el litigio, en virtud de lo establecido por el art. 17º inc. c) del Rito, mediante la revocación de la sentencia de Alzada, confirmándose en un todo lo resuelto en la Primera Instancia a fs. 825/830. **3º) Imponer** las costas correspondientes a la instancia anterior y la presente por su orden, atento el modo y fundamento en que se resuelve, (arts.12º de la Ley 1.406 y 68 "in fine" del C.P.C. y C.) **4º) Adecuar** los honorarios profesionales por la actuación en segunda instancia a los Doctores: ALICIA B. GARAYO -letrada apoderada de la parte actora- en la suma de Pesos DOSCIENTOS CINCUENTA y DOS (\$252.-); LUIS MARÍA FOCACCIA -apoderado de la parte demandada- en la suma de Pesos CINCUENTA (\$50.-); CARLOS ALBERTO FAZZOLARI y MARTÍN JORGE RODRÍGUEZ -patrocinantes de idéntica parte- en la suma de Pesos CIENTO VEINTISEIS (\$ 126.-) -en conjunto-, y regular los correspondientes a esta etapa casatoria a los Doctores: ALICIA B. GARAYO -letrada apoderada de la parte actora- en la suma de Pesos DOSCIENTOS DIEZ (\$210); LUIS MARÍA FOCACCIA -apoderado de la parte demandada- en la suma de Pesos CUARENTA Y DOS (\$42.-); CARLOS ALBERTO FAZZOLARI y MARTÍN JORGE RODRÍGUEZ -patrocinantes de la demandada- en la suma de Pesos CIENTO CINCO (\$105) -en conjunto-. **5º) Disponer** la devolución del depósito oblado por el recurrente según constancia obrante a fs.904, de conformidad con lo establecido por el artículo 11º de la Ley Casatoria. **6º) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse** los autos.

Con lo que se dio por finalizado el acto, que previa lectura y ratificación firman los señores Magistrados por ante la Actuaria, que certifica.

srg

Dr.ARTURO E. GONZÁLEZ TABOADA

PRESIDENTE

Dr.MARCELO J. OTHARÁN Dr.OSCAR E. MASSEI

VOCAL VOCAL

-en disidencia-

FEDERICO GIGENA BASOMBRIÓ Dr.ALEJANDRO T. GAVERNET

VOCAL VOCAL

-en disidencia-

Dra.MARÍA T. GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS

SUBSECRETARIA