

 **NOTA A FALLO**

La Corte y el conflicto por la minería en Catamarca

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA E IMPERATIVIDAD DE LOS PRESUPUESTOS MÍNIMOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

SUMARIO: I. Antecedentes. - II. La consolidación de una Corte para el desarrollo sostenible. Oficina de justicia ambiental de la Corte. - III. El principio de congruencia y la imperatividad disciplinante de los presupuestos mínimos de protección en el federalismo ambiental argentino. La declaración de impacto ambiental condicionada. - IV. El procedimiento de amparo como vía idónea para la suspensión de actividades clandestinas en curso o de ejecución en ciernes. - V. Reflexiones finales.

José A. Esain

I. Antecedentes

I.1.- El trámite del expediente. Con fecha 2/3/2016 la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió revocar uno de esos llamados “rechazos múltiples en órbita local” y hacer lugar a la demanda de amparo ambiental iniciada por vecinos de una localidad cercana a un emprendimiento minero en la provincia de Catamarca, ordenando a la justicia provincial que readapte criterios, corrija el sentido de resoluciones y desande el camino hasta aquí recorrido.

Los antecedentes son que un grupo de vecinos de la localidad de Andalgalá (Catamarca) inician un amparo contra la empresa Minera Agua Rica LLC Sucursal Argentina, Yamana Gold Inc. y contra el propio municipio donde viven, de Andalgalá.

El emprendimiento minero -según el relato de los actores referido en la sentencia- se ubica en ámbitos que son fuente de numerosos cursos de agua que irrigan territorios más bajos, y aportan su caudal para la supervivencia de la ciudad de Andalgalá. La metodología de explotación implica -dicen los actores- detonaciones de explosivos y trituración de roca, con el consiguiente impacto derivado de las vibraciones y los ruidos, entre otros. Entre la documentación adjuntada a la demanda se aporta un informe elaborado por la Universidad Nacional de Tucumán que fuera encomendado por las autoridades del municipio. Se trata de un estudio técnico denominado “Análisis del informe de impacto ambiental de la Mina Agua Rica” (del año 2008). El mismo aporta conclusiones muy negativas sobre el proyecto minero y alerta sobre graves riesgos para el ambiente y la salud pública. Concretamente se mencionan potenciales avalanchas, derrumbes o deslizamientos que pueden afectar la ciudad de Andalgalá, migración de lixiviados y avance progresivo de la pluma contaminante, entre otros.

Advierten los actores que estos temas fueron tratados por la propia Secretaría de Estado de Minería de la Provincia de Catamarca cuando aprobó el informe de impacto ambiental mediante resolución 35/2009, pues dicha aprobación se hizo “condicionada”. Y en este punto, en cuanto a la tipología de licenciamiento ambiental, radica una de las cuestiones más conflictivas del caso: las llamadas *declaraciones de impacto*

ambiental condicionadas. Volveremos sobre este tema.

Otro aspecto de la presentación de la actora es que advierte sobre los problemas en la salud de la población de Andalgalá, los que han sido probados por estudios médico-epidemiológicos.

En cuanto al trámite de la causa, en un primer momento el Juzgado de Control de Garantías de Catamarca declaró formalmente admisible la misma, requirió los informes circunstanciados a los demandados, para finalmente declarar la inadmisibilidad de la acción con fundamento en la necesidad de mayor debate y prueba para la dilucidación del objeto litigioso. Dicha resolución fue confirmada tanto por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Minas y del Trabajo de Segunda Nominación, como *a posteriori* -recurso de casación mediante- por la Corte local. Ante dicha instancia se presentó recurso extraordinario federal que fue declarado inadmisibile por no cumplir los requisitos de sentencia definitiva, lo que provocó que la causa llegara a la Corte federal por presentación directa.

Con fecha 3/12/2014 dictamina la procuradora Gils Carbó en el mismo sentido que la sentencia en comentario, por lo que omitimos referirnos a este libelo, al quedar el mismo subsumido en la presente nota. Para finalizar la cronología -como dijéramos- el 2/3/2016 la Corte resuelve.

El fallo reviste una enorme importancia por varios elementos que señalaremos aquí.

II. La consolidación de una Corte para el desarrollo sostenible. Oficina de justicia ambiental de la Corte

II.1.- Una Corte para el desarrollo sostenible. Pasamos en estos últimos veinte años de tener una Corte que directamente no posea resoluciones en materia ambiental a otra que se tiñe de verde y que hasta posee una oficina de justicia ambiental con rango de secretaría y que resuelve causas con alto grado de experticia técnica. El proceso lo hemos desmenuzado en detalle en trabajos específicos en la materia (1). De todos modos haremos algunas referencias para actualizar aquellas ideas.

Explotación minera y la cuestión ambiental

SUMARIO: I. Introducción. - II. Desarrollo. - III. Conclusiones.

Graciela M. Testa

I. Introducción

No todo aquel que apoya la ecología está en contra del progreso económico o tecnológico, ni quien busca el progreso económico es una especie de monstruo dispuesto a contaminar la tierra sólo para sumar posesiones materiales.

Sin embargo, frente a algunos temas puntuales los integrantes de los tres poderes del Estado (por ser los representantes del Pueblo) deberían preguntarse: este negocio/emprendimiento que tiene un componente ambiental, ¿a quién le trae ganancias? ¿Cuántos son los que ganan y cuántos son los que pierden por llevarlo adelante? ¿Qué riesgos a corto, mediano y largo plazo implica llevarlo adelante?

Por otro lado, hablar de Derecho Ambiental parece sencillo, como si para estudiar y resolver sobre esta temática bastara con conocer la Ley General de Ambiente (25.675), mientras la realidad nos demuestra que el tema es mucho más complejo que eso.

El tema ambiental en primer lugar involucra las dos grandes áreas del derecho: el público y el privado (1). Por otro lado, hablar y conocer el derecho ambiental implica hablar y conocer otros derechos fundamentales como ser: el derecho al agua, a la Salud, teniendo en cuenta además los derechos transgeneracionales. Implica, por ejemplo, hablar y reconocer una situación relativamente nueva socialmente, como son los llamados “desplazados/refugiados ambientales”, con todos los problemas sociológicos y económicos que ello implica, entre otras cosas.

Por lo que poder evaluar un tema de esta naturaleza no sólo implica mucho estudio por parte de quienes deben decidir, sino también tener una visión amplia que contemple todos los intereses (jurídicos y extrajurídicos) en juego. Esto muchas veces excede el ámbito del derecho (*stricto sensu*), para interrelacionarse con temáticas económicas, políticas y filosóficas, porque depende de la visión filosófica (2) que tengamos sobre el tema es que legislaremos o aplicaremos las leyes que puedan ser invocadas en el conflicto.

II. Desarrollo

Comenzaremos viendo un aspecto procesal del fallo, para luego adentrarnos con mayor énfasis en las cuestiones sociales, políticas y económicas de la temática ambiental.

Una de las primeras cuestiones que trae a debate la Corte es analizar y determinar la facultad que tiene la Secretaría de Estado de Minería de la Provincia de Catamarca, a la

hora de emitir una declaración de impacto ambiental.

En este sentido la Corte es enfática al declarar que las únicas opciones válidas (legalmente) al respecto son aprobar o desaprobar el informe.

Aclara que, si bien mediante la resolución 35/109 la decisión fue de aprobar el informe, el acto se volvió ilegítimo, al excederse la Secretaría en sus facultades, aprobándolo “con observaciones”, violando lo establecido en el art. 12, ley 25.675, y lo normado en el art. 254, Cód. Minería, donde sólo se confiere la capacidad para aprobar o rechazar los informes de impacto ambientales, pero no está prevista la aprobación en forma condicionada.

Entre otras irregularidades que menciona el fallo respecto del tema del Informe de impacto ambiental, se destaca que el mismo se realizó sin participación ciudadana.

Esta cuestión no sólo resulta contraria a lo normado por la ley 25.675 General de Ambiente, en sus arts. 2, inc. c), y 10, sino que además está previsto en su art. 21, donde dice: “La participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados”.

Sobre este tema en particular es interesante comentar también la importancia que tiene a nivel internacional mencionando por ejemplo el Convenio de Aarhus (3) (Dinamarca, 1998, con entrada en vigencia en Europa en el año 2001), sobre “el acceso a la información ambiental, y la participación pública en materia de medio ambiente”, que resulta totalmente compatible con la letra de nuestra Constitución Nacional en sus arts. 41 y 42 en tanto establecen respectivamente que todos los habitantes tienen derecho a un ambiente sano y a recibir a una información adecuada y veraz.

El informe técnico encomendado a las autoridades de la Universidad Nacional de Tucumán, solicitando un análisis del informe ambiental es concluyente en la afectación de manera negativa, no sólo sobre el ambiente, considerado como tal, sino en cómo influiría sobre la salud de los pobladores.

Así se menciona: riesgo de avalanchas y derrumbes, riesgo de migración de lixiviados (a corto y mediano plazo), filtraciones de agua ácida y lixiviados de metales, los cuales

➤ CONTINÚA EN PÁGINA 10

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) TESTA, Graciela - GERPE, Marcela, “¿De qué hablamos cuando hablamos de Medio Ambiente? Una visión integral desde el Derecho y las Ciencias Exactas”, LALEY, 19/3/2013, 1-10.

(2) TESTA, Graciela, “Antropocentrismo, Medioambiente y Derecho: Una mirada Crítica”, *Revista Iberoame-*

ricana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, IJ-LXXIX, 2015, <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?Hash=b4d65139c97ce8661d5f2725683683f1>.

(3) http://www.larioja.org/medio-ambiente/es/educacion-informacion-ambiental/convenio-aarhus.ficheros/754071-470398_ConvenioAarhus.pdf.

➤ CONTINÚA EN PÁGINA 7

● VIENE DE PÁGINA 9

cibimiento de aplicarle sanciones. Es que los conflictos se suceden desde hace años. Existen movimientos locales, fuertemente arraigados en comunidades que resisten al desembarco de las empresas, y por otra parte existen provincias donde la minería posee un fuerte consenso social fundado en las posibilidades económicas que pue-

de traer aparejado. Aparecen normativas que intentan ordenar la actividad reglando mediante el ordenamiento ambiental del territorio los espacios territoriales donde podría alojarse la actividad y donde no. En otras provincias aparecen normas prohibitivas.

La Corte ha ingresado desde hace tiempo en el tema de diferentes modos: con definiciones respecto de la Ley de Glaciares, juicios

por daños interjurisdiccionales, y ahora con esta resolución por la licencia ambiental de un proyecto alojado en la provincia de Catamarca.

Pero no sólo por este motivo la sentencia es tan importante. La cuestión respecto a la imperatividad de los PMPA (por virtud del principio de congruencia del art. 4, LGA) y el poder disciplinante que se le otorga a las normas nacionales respecto a las locales resulta

ser quizá lo más trascendente de este *leading case* "Martínez".

Finalmente el segundo efecto práctico: queda desterrada de nuestro sistema normativo la categoría de las declaraciones de impacto ambiental condicionadas, en cualquier ámbito. ●

Cita online: AR/DOC/779/2016

Explotación minera...

● VIENE DE PÁGINA 6

dejarán un *pasivo ambiental*(4) que quedará por generaciones, advirtiendo por último una grave afectación a la salud para la comunidad.

Acá es donde debemos preguntarnos con sinceridad: ¿Cuál es el verdadero costo de llevar adelante un emprendimiento económico que involucre de alguna manera perturbar o modificar el medioambiente? Es decir, no cabe duda de que los recursos naturales son una fuente valiosa de divisas para un país, pero así también lo es la salud de los pobladores y los ecosistemas naturales, fuente de vida y sustento de la zona donde se ubican.

Por lo tanto, a la hora de evaluar las posibles ventajas financieras de una determinada explotación, es válido y necesario que las autoridades (de todos las divisiones del Estado), evalúen las ganancias y las pérdidas a corto, mediano y largo plazo.

Si bien es cierto que no todos los metales son nocivos para la salud (todo depende de la concentración y del tiempo de la exposición), muchos de ellos sí lo son(5).

Y no sólo afectan a las personas expuestas directamente a ellos, sino que muchas veces se manifiestan en las futuras generaciones porque estos elementos pasan, sobre todo, de la madre al feto(6). Por otro lado, la salud se va deteriorando en algunos casos lentamente, o con síntomas que no son identificados a tiempo.

No olvidemos que muchas de las víctimas de estos efectos contaminantes son justamente las personas con mayor vulnerabilidad social (ya sea por la falta de recursos económicos o educacionales).

Otro de los efectos que están impactando en nuestras sociedades, y que se relaciona directamente con el problema de contaminación ambiental, es el tema del desplazamiento (voluntario o involuntario) de las personas que viven en las zonas afectadas por la contaminación, llamados actualmente "desplazados o refugiados ambientales".

No es difícil prever que en el tema del desplazamiento poblacional por cuestiones ambientales son afectados no sólo los pobladores de las zonas con problemas de contaminación, sino los vecinos a esas localidades quienes son en principio los que reciben el

flujo extra de pobladores, contando siempre con las condiciones sociales que se necesitan para que todos puedan encontrar y mantener una calidad de vida. Este es un costo social extra que deberá tenido en cuenta a corto, mediano y largo plazo(7).

Parecería ser que hablar sobre esta problemática ambiental está fuera de nuestra realidad social, y que es un problema que puede aquejar a un lejano e ignoto (para nosotros) país africano, pero lamentablemente ya es una realidad que está golpeando nuestras puertas, dentro de nuestro propio territorio nacional. Así lo explica Ángeles Pereira, directora ejecutiva de la Fundación Proteger y del Centro de Derechos Humanos y Ambiente: "Tenemos que entender que la crisis ambiental y climática que enfrentamos necesita una respuesta social, porque no se trata simplemente de fenómenos climáticos sino de gente. Debemos comprender que detrás de este fenómeno hay un reclamo de supervivencia: estas personas que están siendo afectadas no tienen futuro ni posibilidades de sobrevivir en sus lugares de origen, por lo que es indispensable reconocer el estatus de refugiado ambiental, prever su protección, desarrollar los mecanismos y diseñar las políticas públicas que respondan acabadamente a la problemática"(8).

Todo esto tiene un costo social, que debe ser tenido en cuenta. Porque no cabe ninguna duda de que el Estado debe responder siempre, pero el Estado debe también prever en sus contrataciones seguros ambientales idóneos para que los derechos de la población no caigan en abstracto.

Quizá sea la hora de que los legisladores comiencen a pensar la manera de reglamentar la reparación el daño, pensando en incluir de alguna manera la categoría de "desplazado/refugiado ambiental", para poder sumar a favor de los perjudicados un ítem indemnizatorio(9).

Sabido es que muchas empresas extranjeras, ante la certeza de la contaminación ambiental que producen sus explotaciones, buscan realizar sus emprendimientos en los países en vías de desarrollo, no sólo porque generalmente cuentan con una legislación ambiental precaria, sino porque lamentablemente también les resulta más económico "contaminar y pagar" en estos lugares, que en sus propios países(10).

Hasta ahora sólo hemos analizado el tema del costo social, pero no el costo que puede llegar a tener en cuanto a la biodiversidad, y si se pone en peligro o no la supervivencia

de alguna especie autóctona. En este sentido debemos ser conscientes de nuestra postura filosófica respecto del entendimiento del hombre en el rol que cumple dentro del medioambiente, o para decirlo de otro modo: ¿Qué lugar ocupa el hombre dentro del vasto (y único) ecosistema que es el Planeta Tierra y qué derechos tiene sobre el uso de los recursos que en él se encuentran?

Es cierto que no podemos decir que la extinción de todas las especies animales o vegetales en el planeta ha sido causada por el accionar humano. La Tierra misma tiene, por llamarlos de algún modo, "mecanismos de gestión y de evolución".

Lo que debemos es ser conscientes de hasta qué punto la ignorancia o la codicia del hombre (o para ser más justos, de alguna parte de la humanidad, que "curiosamente" son quienes manejan los hilos del poder político y económico) perturban este equilibrio tan delicado que sostiene la vida, tal y como la conocemos en nuestro planeta.

Muchas veces también sucede que los cambios ambientales son difíciles de detectar en sus inicios, o la responsabilidad de pequeños cambios no se detecta hasta que se relaciona con otros, que cuando se juntan forman una sinergia negativa para el ambiente.

Así, en este tema tenemos que comenzar a tomar conciencia de que hay ciertos ambientes que son más "vulnerables" que otros, y que modificar uno de sus componentes generará con el tiempo el deterioro o la pérdida (económica o biológica) del mismo.

Uno de los mecanismos que podría utilizar el Estado para monitorear y proteger los recursos naturales, en especial las zonas más vulnerables, es establecer a tiempo lo que se conoce como *bioindicadores ambientales*, que son "aquellos organismos que pueden aportar información sobre las condiciones ambientales de su hábitat mediante, presencia, ausencia y comportamiento"(11). Detectar a tiempo cuál es el bioindicador ambiental en una determinada zona permitirá monitorear posibles alteraciones ambientales.

En un futuro cercano sería una gran ayuda para los jueces contar con una legislación específica sobre el tema, que les permita trabajar con mayor precisión al tener que resolver los temas puntuales que se les presenten.

Permítaseme, en este punto, hacer una "analogía ambiental" de cómo pequeños cambios en un ambiente vulnerable repercuten en el mismo.

Para ello citaré lo que ocurre con los arrecifes coralinos.

Estos ecosistemas están formados por distintas especies de cnidarios y una diversidad de especies marinas (peces y algas) que necesitan para que el mismo permanezca y crezca de ciertas características físicas y climatológicas: como la localización física (entre los 30°N y 30°S), la temperatura y la claridad del agua (alrededor de 23°-25°C y hasta los 60 metros de profundidad), donde el sol puede llegar hasta ellos favoreciendo el ciclo ecológico con los animales asociados a su sistema; otro factor importante lo constituye la salinidad del agua del mar(12).

Por otro lado, otro factor a tener en cuenta en estos lugares son los elementos necesarios en el proceso de calcificación de los corales (tanto de aguas frías como templadas), ya que ellos (los cnidarios) son el eje central del ecosistema. Así sabemos que para su crecimiento necesitan de un ambiente estable y en equilibrio.

Las alteraciones en el mismo interrumpen su crecimiento y origina organismos débiles que puede traer aparejado como consecuencia la extinción de las especies(13).

En nuestro país, gracias a la investigación llevada adelante por el Dr. Mauricio Zamponi (Investigador del CONICET y Docente de la UNMdP), realizada por pedido expreso del Consejo Federal Pesquero, se logró elaborar un relevamiento a tiempo, que tuvo en cuenta el conjunto de especies del área del Banco Burwood (cercano a la zona de Malvinas), lo que permitió clasificar dicha área como un "Ecosistema vulnerable, frágil o sensible" (conforme al Informe Tratado y Aprobado en el ACTA CFP N° 18/2008, del Consejo Federal Pesquero, basado en el informe Banco Burwood Cnidaria, redactado por el Investigador mencionado *ut supra*).

Los emprendimientos de naturaleza minera tienen un impacto ambiental mucho mayor que el que se produce por la desalinización del agua del mar o por la suba de la temperatura (que ya está comprobado que está produciendo el blanqueamiento de los corales(14), por lo que su aprobación y monitoreo exige de las autoridades un análisis muy profundo al momento de aprobarlos.

Esto ha sido tenido en cuenta en el fallo de análisis al recordarnos puntualmente la Corte que "en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio, presentando una revalorización de

{ NOTAS }

(4) Se entiende por pasivo ambiental "aquellos sitios contaminados por la liberación de materiales o residuos peligrosos, que no fueron remediados oportunamente para impedir la dispersión de contaminantes, pero que implican una obligación de remediación" (<http://www.semarnat.gob.mx/archivosanteriores/temas/gestionambiental/Materiales%20y%20Actividades%20Riesgosas/sitioscontaminados/pasivos/pasivos.pdf>).

(5) http://www.ecured.cu/Anexo:Efecto_de_los_metales_pesados_en_la_salud_humana.

(6) <http://www.fmed.uba.ar/depto/toxicol/articulos/21.pdf>.

(7) <http://www.fmreview.org/es/prevencion/zetter.html>.

(8) <http://www.informedigital.com.ar/secciones/memios/nota.php?id=36753>.

(9) http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502006000200004&script=sci_arttext.

(10) TESTA, Graciela, "Medio ambiente y MERCOSUR. Fray Bentos: Cuando las aguas bajan turbias", en SLAVIN, Pablo (comp.), *Anales de las 6^{as} Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política*, Suárez, 2006.

(11) Van GESTEL C. - Van BRUMMELEN, T., "Incorporation of the biomarker concept in ecotoxicology calls for a redefinition of terms", *Ecotoxicology* 5, 1996, ps. 217-215.

(12) ZAMPONI, M. O., "Cnidaria", en CAMACHO,

Horacio (ed.), *Los invertebrados fósiles*, Vázquez Mazzini, Edit. 2008.

(13) ZAMPONI, M. O., "La Corriente de Malvinas: ¿Una vía de dispersión para cnidarios bentónicos de aguas frías?", *Revista de la Real Academia Gallega de Ciencias*, Vol. XXVII, 2008, p.197.

(14) Sobre el tema consultar: http://www.ecured.cu/Blanqueamiento_Coralino.

las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador (Fallos: 329:3493)", haciendo hincapié en el dictamen bajo análisis que en estos temas los jueces "cuentan con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador (Fallos 329:3493)".

III. Conclusiones

Haciendo un repaso final al fallo que nos presentan a considerar, podemos sacar varias conclusiones: la primera es comprobar con orgullo que el municipio de Andalgalá, en la provincia de Catamarca, República Argentina, cuenta con ciudadanos preocupados en cuidar su ambiente, su salud y su economía.

Valoramos en este fallo la importancia dada a los resultados del informe presentado por la Universidad Nacional de Tucumán: el Estado argentino sostiene el derecho a la enseñanza gratuita en todos sus

niveles. En casos como éstos, cuando los recursos técnicos y humanos de las universidades son llamados a tiempo para opinar y dictaminar sobre un tema específico, no sólo benefician a los protagonistas directos, sino que ayudan a transmitir el conocimiento y sirven también como guías de consulta para futuros conflictos.

Rescatamos, asimismo, el valor de la colaboración del mundo académico con el jurídico, y relacionándolo directamente con un tema planteado en este estudio, podemos mencionar el trabajo realizado por la abogada Claudia Oviedo (Instituto de Derecho Ambiental del Colegio de Abogados de Mar del Plata), en su presentación "Indicadores Ambientales y su aporte al Seguro Ambiental" en ocasión de su participación en la Jornada de Derecho Ambiental llevada adelante en Bahía Blanca en el mes de febrero de 2016.

Esto no sólo es sostenido desde el pensamiento del mundo del derecho, sino tam-

bién desde el pensamiento del mundo científico de la biología. Así fue sostenido por la Dra. Asunción Romanelli (investigadora del CONICET) en su tesis doctoral (15) al decir que "toda problemática ambiental lleva implícita una interacción entre aspectos biofísicos y sociales, por ello, el análisis de actores sociales (AAS) es una herramienta útil y de considerable potencial en el análisis y desarrollo de programas y políticas de manejo de los recursos naturales, y en la articulación entre los tomadores de decisiones y otros actores de menor influencia e interés en el sistema".

Compartimos el criterio cada día más sostenido de la Corte Suprema de Justicia, no sólo en valorar y defender el ambiente, sino en su exhortación a los jueces de instancias inferiores, a ser precavidos y hasta creativos al momento de resolver sobre cuestiones ambientales, tomando un rol activo y no cayendo en viejos criterios meramente reglamentarios y ritualistas, que si bien son importantes en ciertos momentos y áreas del Derecho, en esta temática, el derecho debe aggiornarse más rápidamente de lo que posiblemente esté acostumbrado el Poder Judicial y Legislativo.

Hoy es el momento de ser prudentes respecto del cuidado y la preservación

del medioambiente, recordando uno de los pilares básicos del Derecho Ambiental que nos enseña que "Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente" (16).

Lamentarse por la pérdida de la biodiversidad, la contaminación, el deterioro de la salud humana y las consecuencias económicas y sociales negativas, cuando los hechos consumados demuestran que hasta la más alta de las sentencias pecuniarias no repararán los daños, tampoco servirá.

Por todo esto es que podemos sostener con satisfacción, analizando los fallos de la justicia argentina, que se está tomando conciencia y obrando en consecuencia del cuidado ambiental, entendiéndose que se debe armonizar y fomentar el crecimiento económico conjugado al cuidado del medioambiente. ●

{ NOTAS }

(15) ROMANELLI, Asunción, "Evaluación ambiental de lagunas pampásicas del Sudeste Bonaerense. Diagnóstico y perspectivas de gestión sustentable", tesis doctoral UNMdP. 09/2007-03/2012, CONEAU

719/06C4269.

(16) Art. 4, Principio tercero (Precautorio) de la Ley general de Medioambiente, 25.675, <http://www2.medioambiente.gov.ar/mlegal/marco/ley25675.htm>.

Obligación en moneda extranjera

Cumplimiento de la obligación en la moneda pactada. Condición esencial del convenio. Normas supletorias en el Código Civil y Comercial

Hechos: La sentencia hizo lugar a una demanda que perseguía el cobro de una deuda en dólares derivada de la compraventa de un lote y rechazó la consignación intentada por el demandado. La Cámara confirmó el pronunciamiento.

1.- Si en el boleto de compraventa cuya moneda de pago era en dólares las partes previeron diversos mecanismos que permitieran hacerse de esa divisa ante el posible acaecimiento de circunstancias que imposibilitaran o dificultasen su adquisición, corresponde rechazar el planteo del deudor de cancelar la obligación abonando pesos al cambio oficial que fija el Banco Central, pues surge evidente que aquella fue una condición esencial del convenio y, cumplida la condición suspensiva mediante el dictado de la comunicación A 5313 del BCRA, debe estarse a las alternativas previstas para calcular la paridad de esa moneda.

2.- Conforme a lo establecido en el Código Civil y Comercial las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido o su contexto resulten de carácter indisponible; y de acuerdo con lo previsto en el art. 7 del referido cuerpo normativo, cuando la norma es supletoria, no se aplica a los contratos en curso de ejecución, sino que corresponde la normativa supletoria vigente al momento de la celebración del contrato.

119.085— CNCiv., sala H, 03/12/2015. – Desarrolladora Terravista SA c. Verna, Emiliano S. s/daños y perjuicios.

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 3 de 2015.

El doctor Kiper dijo: Contra la sentencia dictada en primera instancia (fs. 230/4), que hizo lugar a la demanda que perseguía el cobro de una deuda en dólares, y rechazó la consignación intentada por el demandado, este último expresa agravios (fs. 251/7), cuyo traslado es contestado a fs. 260/4.

Se agravia el recurrente de que se haya rechazado la consignación. Sostiene que la otra parte no cumplió con sus obligaciones, por lo que, de acuerdo a la excepción de incumplimiento contractual, no tenía derecho a exigirle el cumplimiento de la suyas. Por otro lado, sostiene que pagó la suma adeudada, ya que tomó la cotización del dólar de acuerdo a lo que determina el Banco Central.

Es un hecho no controvertido en esta instancia que el 27 de octubre de 2009 la actora le vendió al demandado un lote identificado como N° 22 del emprendimiento conocido como Barrio Cerrado Terravista, en forma conjunta con una "Acción" ordinaria escritural clase B la cual resulta inescindible con la titularidad del lote, todo ello en virtud de las características propias del emprendimiento y de acuerdo a la Ley 8912 de la Pcia. de Bs. As. Sobre el referido lote el demandado ya ha construido una vivienda unifamiliar.

La operación se realizó en el precio de U\$S 133.900 dejándose expresamente aclarado en la cláusula V que la moneda de pago era la determinada. Puntualmente se estableció en la cláusula V.2 que si por cualquier causa ajena al comprador este éste se viere imposibilitado de efectuar el pago en dólares estadounidenses billetes, deberá entregar a la vendedora la cantidad de pesos en cantidad necesaria para adquirir los dólares billetes adeudados en el Mercado Libre de Cambios o de no existir este para adquirir cualquier título público en dólares estadounidenses, a opción de aquella, que negociando en el mercado financiero de Montevideo o de Nueva York, a opción de la vendedora, permitan con su producido neto obtener los dólares estadounidenses adeudados utilizando al efecto la información que publiquen los diarios *Ámbito Financiero*, *El Cronista Comercial* o *La Nación*, a opción de la vendedora. Finalmente en la cláusula V.3 las partes voluntariamente se apartaron y renunciaron a invocar la teoría de la imprevisión.

Transcurridos 14 meses, el demandado no pagó, y solicitó un plazo de espera, por lo que se suscribió el convenio del 17 de agosto de 2011, que tampoco fue cumplido. El juez de primera instancia lo condenó a abonar lo adeudado en la forma pactada, esto es, con pesos que sean suficientes para adquirir alguno de los mencionados bonos.

El apelante plantea que la actora no tiene derecho a exigirle el cumplimiento de sus obligaciones, por no haber cumplido las suyas.

Tal como señala la actora al responder el traslado, fuera de que el recurrente no indica cuáles son las obligaciones no cumplidas que justificaría la *exceptio non adimpleti contractus*, lo cierto es que esta cuestión no fue planteada al contestar la demanda y reconvenir (ver fs. 94/102).

Al ser así, no puede ahora en la Cámara introducirse. Ha expresado Carnelutti, que hay nueva demanda cuando se pide al juez de la apelación "la constitución o la declaración de una situación jurídica distinta de la deducida en la demanda de primer grado o bien, de la misma situación jurídica cuando se modifique su objeto, o de la misma situación jurídica cuando se modifique el título en relación con el alegado ante el primer juez en las conclusiones de la demanda" ("Instituciones", pág. 445).

De ahí que el art. 277 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, en cuanto a los poderes del tribunal, dispone que "El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia". No se puede fallar, extra, ultra o *infra petita*. Ocurre que la apelación no es un nuevo juicio, sino que la Cámara debe controlar la legalidad de la sentencia apelada.

Por ende, se trata de un planteo extemporáneo.

El segundo tema que propone el apelante es la forma de cancelar la deuda, pues no se encuentra en discusión que adeuda a la actora la suma de U\$S 79.563, lo que ha admitido expresamente al contestar la demanda.

Conforme a lo establecido en el Código Civil y Comercial las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes a menos que de su modo de expresión, de su contenido o su contexto resulten de carácter indisponible y de acuerdo con

lo previsto en el art. 7º del referido cuerpo normativo, cuando la norma es supletoria no se aplica a los contratos en curso de ejecución, se debe aplicar la normativa supletoria vigente al momento de la celebración del contrato.

Propone el demandado cancelar la obligación pesos al cambio oficial que fija el Banco Central. Sin embargo, ello se aparta notoriamente de lo expresamente pactado por las partes, como antes señalé. En efecto, son muy claras las cláusulas del boleto de compraventa (ver especialmente cláusula V, fs. 41).

Además, no hay imposibilidad de obtener moneda extranjera en virtud de las disposiciones dictadas por el poder público, ya que existen otras operaciones de tipo cambiario y bursátil que habilitan a los particulares, a adquirir los dólares estadounidenses, necesarios para cancelar la obligación asumida, a través de la adquisición y el posterior canje de determinados bonos.

Si en el convenio de reconocimiento de deuda en dólares estadounidenses las partes previeron diversos mecanismos de pago que permitieran a la acreedora hacerse de aquella moneda ante el posible acaecimiento de circunstancias que imposibilitaran o dificultasen la adquisición en billetes de la mentada divisa extranjera es a ellos a los que deben ceñirse, pues surge evidente que la moneda de pago fue una condición esencial del convenio y cumplida la condición suspensiva, mediante el dictado de la Comunicación A 5313 del BCRA, debe estarse a las alternativas previstas en favor del acreedor para calcular la paridad de dicha moneda.

Para que el pago posea efecto cancelatorio debe ser exacto, debe responder a los principios de identidad e integridad (conf. Borda, G. "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", I, p. 545; Trigo Represas, F., "Obligaciones en general", en Reformas al Cód. Civil, N° 2, 1994, ps. 118/20). Asimismo, el acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales (arts. 673 y 742).

Admitido ello, es inatendible el planteo del apelante consistente en que la falta de pago es imputable a la actora, quien se negó a recibir su pago.

Cita online: AR/JUR/70872/2015

COSTAS

Se imponen al apelante vencido.