

SENTENCIA N° 138 /2008

TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE QUINTO TURNO

Ministro Redactor: Dra. Sandra Presa

Ministros Firmantes: Dr. Luis María Simón

Dra. Beatríz Fiorentino

Dra. Sandra Presa

Ministros Discorde:

FICHA: 36-353/2003

Montevideo, 19 de noviembre de 2008

VISTOS:

Para sentencia de segunda instancia estos autos caratulados "MINISTERIO PUBLICO-Fiscalía Nacional en lo Civil de 3° Turno C/ ESTADO-PODER EJECUTIVO (MIEM Y MVOTM); e I.M.M - Juicio preventivo de daños-" Ficha: 36-353-2003 procedentes del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 20° Turno en merito al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia N°46/2007 agregada a fs. 1657/1682.

RESULTANDO:

Que por dicha resolución a cuya correcta relación de antecedentes cabe remitirse, se desestimó la demanda sin especial condenación.

Apela a fs. 1683 apela el Ministerio Público en mérito a que:

1) La sentencia agravia el interés general de la Nación en la protección del medio ambiente.

Se trata de un juicio preventivo o anticipatorio de daños al medio ambiente a fin de lograr que se prohíba la extracción de arenas desde un hábitat afectado por la misma y la obligación solidaria de dictar y adoptar aquellas medidas tendientes a conseguir su recomposición física o material. Reitera argumentación vertida en la demanda y señala que acorde a la prueba recogida el hábitat afectado por la extracción industrial de arenas es por demás inadecuado para tal actividad industrial.

Nada se indicó en la sentencia respecto a ello.

De las sesiones de la Comisión de MA del Senado de 2002 y 2003 que señala, deviene patente la depredación del entorno

2) El hecho de que la IMM se proponga destinar los inmuebles a reserva y parque prueba sus dichos está reconociendo que el hábitat venía siendo dañado y que tal conducta no puede continuar.

Pero ninguna de las co-demandadas han cancelado las respectivas autorizaciones.

Cita palabras de Gargano referidas al cambio operado en las dunas de Cabo Polonio y en la cual señalaba que no había que proteger solo la faja costera porque la arena es elemento móvil.

Y se preguntaba que es exploración y que explotación.

3) Señala la importancia la zona contigua a la faja costera y la fragilidad del área, probanzas no valoradas en la sentencia.

4) Hace referencia al POT, que define las Areas de Recuperación Ambiental (incluyendo a Santa Catalina) y las Zonas para la Amortiguación, lo que no mereció referencia alguna en la sentencia.

5) Señala el valor arqueológico del lugar y el riesgo a que es expuesto por la saca de áridos y

consecuente destrucción del paleosuelo con materiales arqueológicos.

6) En este proceso está haciendo valer el Principio de Prevención, art. 47 de la Constitución (pretensión de protección) y ley N° 17.283 que asigna al Estado la responsabilidad-prevención (Gendarme y Garante) del Medio Ambiente y también la responsabilidad por recomposición in natura que establece su art. 4 y los arts. 1 y 4 de la ley N° 16.466.

7) La Administración Pública no ha actuado con previsión y prevención.

No es ajustado a derecho afirmar que por ley, no están obligados a autorizar cada una de las canteras.

Máxime si se sabe que no pueden efectuar un debido control y seguimiento.

Se actúa con culpa lata: con extrema falta de debido cuidado y diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño.

El Derecho ambiental es un Derecho de Protección Pública, y ello entraña una normativa inalterable para gobernantes y gobernados.

La función constitucional de la Administración Pública se centra en el servicio objetivo al interés general. Y ese interés general se impone verticalmente.

Negar la existencia de un orden público ambiental significa condenar a la indefensión al interés general en la protección del medio ambiente.

Cita doctrina referida a ello.

1) La sentencia no asume que el régimen jurídico de tutela del medio ambiente, para el Estado, es muy exigente, con normativa "de interés general", de orden público.

Existe toda una normativa ambiental, de orden público e interés general, que se sustenta en el deber constitucional de abstención de daño al ambiente que permite evitar el daño que la extracción de arena por canteras industriales causa en Santa Catalina.

2) La prevención del daño y la restauración in natura (remediar in situ los deterioros sufridos y facilitar los procesos naturales para su recuperación) son los dos vectores jurídicos por los que debe conducirse la protección ambiental.

3) La sentencia incurre en dos contradicciones:

Al decir que las Administraciones han actuado dentro de sus competencias parece significar que ello impediría a la Justicia Ordinaria juzgar si ello efectivamente ha sido así. Si dichas competencias se han ejercido acorde a derecho.

Y ello va contra al Resolución dictada sobre competencia en la cual la a-quo sostuvo que la Sede Civil tenía jurisdicción y competencia para el caso.

Es incongruente porque no hace lugar a la pretensión de protección del medio ambiente contra las entidades demandadas pero les impone que cumplan la normativa de preservación del medio ambiente.

Solicita que se revoque la sentencia haciendo lugar a todo lo reclamado en la demanda.

Conferido traslado, se evacua por las co-demandadas abogando por sentencia confirmatoria de la dictada.

Franqueada la alzada y recibidos los autos, luego del pasaje a estudio el Tribunal acordó sentencia.

#### CONSIDERANDO:

La Sala, aún reconociendo el celo puesto de manifiesto en autos por el Ministerio Público en la defensa del interés público (en el caso de autos, particularmente en el medio ambiente), confirmará el fallo dictado.

I- En nuestro ordenamiento jurídico, si bien es de rango constitucional la protección del medio ambiente, también lo es la Separación de Poderes y la atribución de competencias a cada uno de ellos.

Acorde a tal criterio, corresponde al Poder Judicial velar por el cumplimiento de las leyes, conociendo en los asuntos que le están asignados y hacer ejecutar lo juzgado en la forma que en cada caso corresponda, conforme edicta el art. 2 de la ley N° 15.750.

Se comparte, entonces, con el Ministerio Público, que cuando él en ejercicio de sus deberes emprende la defensa del interés general resulta competencia del Poder Judicial dirimir si le asiste o no razón en su reclamo; y actuar en consecuencia.

Conforme ha señalado Brito (LJU- T90-1985 citado en Revista de Derecho N° 13 de la Universidad de Montevideo) el bien común es el bien de la sociedad, y "...comporta exigencias de actuación y realidad concretas. Consecuentemente, reclama las conductas estatales operativas para su satisfacción. Su tutela efectiva compete al juez."

Compartiendo el concepto y atento a que en este proceso existen tres codemandados (MIEM-MVOTMA-IMM) corresponde analizar lo actuado por cada uno de ellos en relación al permiso concedido y de cuyo ejercicio derivara el daño que denuncia el Ministerio Público y su consecuente pretensión.

II- La situación planteada en autos se originó como consecuencia de un Permiso de Exploración para el estudio de un yacimiento de arena en los padrones No 55.879 y 55.880 del Paraje Punta Yeguas de este Departamento otorgado a privados por DI.NA.MI.GE. el 4 de octubre de 2001, complementado luego por Resolución del M.V.O.T.M.A. de fecha 11 de marzo de 2003 con una Autorización Ambiental Previa para el proyecto de extracción de arenas.

En consecuencia, y siendo que la demanda del Ministerio Público se sustenta en el daño que el uso de tal permiso originó en el medio ambiente, debe iniciarse el análisis determinando si en la concesión de los mismos (exploración, por DI.NA.MI.GE, y extracción por el MVOTMA), se cumplieron o no las exigencias legales.

O sea, si la ley le permitía a los órganos concedentes actuar como lo hicieron, teniendo presente que de haber existido un ejercicio erróneo de facultades, estima la Sala que, como órganos sujetos a jerarquía, pudieron sus resoluciones ser denunciadas en su momento ante su superior a efectos de obtener la revocación de los permisos ya concedidos.

Y aún de haber actuado fuera de sus facultades, quedaba el Ministerio Público habilitado a reclamar la nulidad de la Resolución permisiva.

III- Ingresando al examen de la normativa incidente resulta que de la lectura de la ley N° 16.466 que establece los requisitos para que el MOTVMA conceda permisos de explotación, específicamente en su art. 6 señala queda sometido a la realización previa de un estudio de impacto ambiental toda construcción u obra, públicas o privada que se proyectare realizar en la faja de defensa costera definida por el artículo 153 del Código de Aguas (o sea, en 250 mts a partir de límite superior de la ribera).

Y esa misma ley establece que luego del pronunciamiento técnico que prevé se pondrá el expediente de manifiesto con publicaciones en el Diario Oficial y otro de circulación nacional, todo como forma de garantizar el conocimiento de lo proyectado por la población y posibilitar su oposición formal.

La misma ley determina que "...requerirá el asesoramiento del o de los Ministerios o Gobiernos Departamentales que tuvieran que ver con dichas obras o trabajos", comunicación que consta a fs. 161, en tanto se dispuso el 22 de julio de 2002 comunicar a la IMM y a fs. 165 se libró la comunicación a la prensa a cumplirse por 15 días hábiles (lo que permitió la oposición de

vecinos)(fs. 181) a través del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho, constando luego, a fs. 308, que el 12-3-03 se adjuntó a la IMM copia de la Resolución que concedía la Autorización ambiental previa.

O sea, el Ministerio cumplió los requisitos formales que la ley determinaba.

IV- El 11 de agosto de 2003 el Ministerio Público solicitó medidas preparatorias tendientes a obtener información para la defensa de los intereses difusos comprometidos.

A esa fecha la IMM, ya enterada de la solicitud formulada al MVOTMA por comunicación que éste le efectuara el 22 de julio de 2002, la IMM había dispuesto el 24 de julio de 2003 la detención de la extracción de arenas y ante el incumplimiento constatado, clausuró luego la actividad extractiva de arena el 8 de setiembre de 2003.

Basta visitar la zona para apreciar que, a esa fecha, el daño producto de la extracción de arena ya estaba hecho.

Las fotos áreas agregadas a fs. 1575 y vto. por la Dirección de Hidrografía pautan claramente la evolución sufrida por el lugar.

Pero y sin duda, la asunción de responsabilidad por parte de la IMM en cuanto logró adquirir el predio en remate público aprobado el 1 de agosto de 2006, sumado al criterio que determinó la clausura de la extracción dispuesta en setiembre de 2003, están indicando que la misma no continuará en la zona aledaña a la faja costera que, como bien señala el Ministerio Público, debe considerarse también objeto de protección, dada la movilidad propia de la arena y la tala del monte artificial que fijaban el cordón de médanos.

Como señala la D. de Hidrografía en su informe, fs. 1576 vto: "es de suponer que el monte artificial colaboraba con la conservación de la primer línea de médanos frente a la playa". Entonces, al no existir ya se monte artificial que actuaba de protección, "...se aprecia en esos lugares el avance de la duna hacia el continente con orientación aproximada sur-norte, lo que es consistente con la acción predominante del viento..."

La circunstancia de que sea la IMM la actual propietaria de los padrones depredados, considera la Sala hace irrelevante el hecho de que no se hayan cancelado las autorizaciones concedidas por D.I.N.A.MI.GE: y por el MVOTMA (lo que pretende la actora se da dispuesto por el Oficio) en tanto resulta claro de la normativa incidente que sin la autorización de la IMM no es posible efectuar extracción alguna.

O sea, la conducta desplegada por la IMM, si bien no logró evitar el daño que se denuncia (porque, sin duda, y pese a la solicitud de asesoramiento que le cursara el MVOTMA en julio de 2002), él existió por la extracción concretada en el período que medió entre el permiso finalmente concedido por el Ministerio en marzo de 2003, y la clausura decretada por la IMM en setiembre de 2003, permite a la Sala considerar que no habrá más extracción de áridos en la zona, en tanto tal conducta está demostrando la asunción de responsabilidad reclamada por el Ministerio Público.

III- Demanda el Ministerio Público se imponga la obligación solidaria de dictar y adoptar aquellas medidas tendientes a la recomposición física o material del lugar.

Ello con asiento en la ley N° 16.466 en cuanto establece:

Artículo 3°.- Es deber fundamental de toda persona, física o jurídica, abstenerse de todo acto que cause impacto ambiental que se traduzca en depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente.

Artículo 4°.- Sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales que señale la ley, quien provoque depredación, destrucción o contaminación del medio ambiente en violación de lo

establecido por los artículos de la presente ley, será civilmente responsable de todos los perjuicios que ocasione, debiendo hacerse cargo, además, si materialmente ello fuere posible, de las acciones conducentes a su recomposición.

Cuando los perjuicios ocasionados por dicha violación sean irreversibles, el responsable de los mismos deberá hacerse cargo de todas las medidas tendientes a su máxima reducción o mitigación, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales que pudieran corresponder.

Estima la Sala que cada repartición pública tiene asignada su propia competencia y sus propios fines.

Y si bien como sostiene Brito en la cita transcripta inicialmente es en última instancia el Poder Judicial quien debe velar por cumplimiento de la ley, cualquiera sea ella, en la situación planteada en autos no puede considerarse estar ante un incumplimiento de la normativa incidente, en tanto se cumplieron todos los requisitos que ella imponía para la concesión del permiso de extracción de áridos-

Puede si existir una disidencia en cuanto al criterio sustentado en la oportunidad y que provocara la depredación denunciada, pero el Poder Judicial no puede ingresar a considerar el mérito de la decisión, en cuanto ello es exclusivo de la autoridad competente (por ley) para conceder la autorización solicitada.

El Poder Judicial sólo puede cuestionar la forma de la concesión, pero no su procedencia sustancial.

En consecuencia, no puede la Sala acceder a la pretensión del Ministerio Público.

Por los fundamentos desarrollados y acorde a lo establecido en las normas legales citadas en ellos, el Tribunal,

**FALLA:**

Confirmase la sentencia dictada en autos.

Notifíquese y devuélvase.