



**La importancia del espacio participativo para la generación de
inteligencia colectiva.**

Análisis del fallo Calful.

Carrera: Abogacía

Nombre y Apellido: Johanna Laura Fleischner

Legajo: VABG52234

DNI: 29.635.076

Fecha: 05/07/2020

Módulo 4

Tutora: Belén Gulli

Año: 2020

Tema: Derecho de Acceso a la Información Pública

Autos: **“CALFUL LUCIA C/PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTRO S/ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA”**

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén

Fecha de la sentencia: 11/10/2016

SUMARIO: I. Introducción. II. Plataforma fáctica, historia procesal y resolución. III. Análisis de la Ratio Decidendi. IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. V. Postura de la autora. VI. Referencias.

I. Introducción.

El acceso a la información pública constituye uno de los pilares destinados a garantizar la transparencia de los actos de gobierno, lo que resulta esencial para los ciudadanos como mecanismo de participación, imprescindible para el fortalecimiento de la democracia, dado que brinda el derecho a acceder a la información que se encuentra en manos estatales permitiendo lograr mayor apertura en la toma de decisiones, actuando como un puente entre la ciudadanía y el gobierno.

En el fallo bajo análisis se indagará respecto del derecho a la información pública ambiental, aplicado a la actividad hidrocarburífera, la cual resulta de gran importancia tanto para la producción de energía como para el crecimiento económico de nuestro país. En este caso, el foco está sobre la empresa Apache Energía Argentina S.R.L y el gobierno de la Provincia de Neuquén quienes, en infracción a los derechos colectivos de participación ciudadana, actuaron restringiendo derechos y garantías constitucionales.

El acceso a la información pública fue vulnerado por la falta de realización de audiencias públicas, la publicación de los edictos pertinentes, y por la ausencia de dictamen legal previo a la emisión del acto, por lo que el resultado del fallo es la declaración de nulidad del procedimiento administrativo que otorgaba una licencia ambiental para la construcción de una planta de tratamiento de lodos de perforación provenientes de las operaciones hidrocarburíferas y de las perforaciones del área, el cual

había sido otorgado omitiendo lo mencionado ut supra. Dicha resolución judicial impacta de lleno en la actividad motor de la economía provincial, la explotación de hidrocarburos, por lo que el fallo resulta novedoso en cuanto a la consagración del medio ambiente como derecho de interés colectivo.

En el estudio del fallo se plantea un problema axiológico, el cual se presenta debido a la contradicción entre una regla de derecho administrativo local (en este caso el modo de otorgamiento de una licencia ambiental, mecanismo que es reglado discrecionalmente por la autoridad provincial) y un principio superior del sistema, en este caso los principios de: publicidad de los actos de gobierno y de máxima divulgación, garantizados por la Constitución Nacional, la Constitucional Provincial, la Ley Nacional N° 25.831 y la Ley Nacional N° 27.275.

Esta resolución ha sido una bisagra en la industria petrolera de Vaca Muerta, cuna de la actividad de los llamados “hidrocarburos no convencionales” ya que fue el primero en que se revisó cabalmente, en sede judicial, el procedimiento mediante el que se otorgó una licencia ambiental, poniendo el énfasis en la habilitación del espacio participativo de discusión y derecho de acceso a la información.

II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal.

La Sra. Lucía Calful, poseedora de un inmueble rural en la zona denominada Barda Negra, donde se ubica el yacimiento de explotación hidrocarburífera denominado Anticlinal Campamento, interpone acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén y la Empresa Apache Energía Argentina S.R.L a fin de obtener la nulidad de la Disposición N°341/10 emanada de la Subsecretaría de Medio Ambiente de la Provincia, la cual otorgaba una licencia ambiental que habilitaba la construcción de una segunda planta de tratamiento de lodos de perforación provenientes de la actividad hidrocarburífera en el área mencionada ut supra. El propósito de dicha planta era recibir los lodos (con o sin hidrocarburos) provenientes de las operaciones y de las perforaciones del área y de la zona geográfica de influencia.

Cabe destacar, respecto de la primera planta de tratamiento autorizada por la Secretaría de Medio Ambiente, que la actora presentó medida cautelar, ante lo cual la empresa codemandada desistió de la construcción de la misma, y, simultáneamente solicitó la licencia para la segunda planta, lo cual motiva la demanda bajo análisis.

El planteo de la actora recae en que para la habilitación de la segunda planta no se realizó la audiencia pública ambiental ni se contó con el dictamen legal previo, lo que constituye una vejación a la implementación del espacio participativo. Así mismo, en la demanda presentada, la actora deja en claro que no se reclama un daño ambiental específico o cierto, pero sí la falta de acceso a la información pública en materia ambiental.

La Sra. Calful funda su postura basada en el principio de legalidad, el cual torna inviable el actuar administrativo discrecional de la demandada en virtud de la actividad reglada de la administración pública frente al orden público ambiental, y a su vez, considera que la omisión en la publicación de edictos informativos así como el dictamen legal previo, tiene como perjuicio la privación a la ciudadanía en general respecto del conocimiento del proyecto y, por tanto, la posibilidad de ejercer el derecho a analizar y opinar en forma previa a la autorización oficial.

Al contestar demanda, la empresa Apache Energía Argentina S.R.L, solicita se rechace la acción, formula las negativas de rigor y hace énfasis en que cumplió con el procedimiento indicado para la obtención de la licencia ambiental requerida para la habilitación de la planta de tratamiento; a su vez entiende que se ha realizado todo el proceso acorde a la normativa legal vigente, dado que para dicha actividad no se requiere la realización de audiencias públicas, no siendo vulnerado en ninguna medida el derecho de la actora al acceso a la información pública ambiental.

Se presenta, por apoderado, la Provincia de Neuquén en carácter de codemandada, contesta la demanda y solicita su rechazo; manifiesta que no está en condiciones de ejercer su derecho de defensa dada la falta de agregación de los antecedentes originales, no pudiendo identificar los mismos dado que estos no guardan relación entre los expedientes agregados y el objeto de autos. Entiende que no se ha desvirtuado la legitimidad del actuar administrativo, por lo cual no existe ningún fundamento para considerar su nulidad.

Seguidamente, interviene el Sr. Fiscal General, quien fundamenta su posición esgrimiendo que se debe hacer lugar a la demanda con la consecuente declaración de nulidad de la disposición. Luego, se hace el llamamiento de autos para sentencia donde el señor vocal Dr. Kohon, dando su voto realiza el análisis de los argumentos esgrimidos por las partes, compartiendo su fundamentación con el Dr. Massei, por lo

que con criterio unánime se hace lugar a la acción procesal administrativa iniciada por la Sra. Lucía Calful contra la Provincia de Neuquén y Apache Energía Argentina S.R.L. declarándose la nulidad de la Disposición 341/10 emitida por la Subsecretaría de Medio Ambiente de la Provincia de Neuquén; se impone costas a las accionadas vencidas, es decir, a la Provincia de Neuquén y a la empresa Apache Energía Argentina S.R.L, regulándose los honorarios de los letrados intervinientes.

III. Análisis de la ratio decidendi

En primer lugar, el Dr. Kohon realiza un exhaustivo recorrido por la temática del caso, describiendo el plexo normativo que consagra la protección medioambiental y señalando también la importancia de la ejecución por parte del poder judicial de todas las medidas tendientes a restablecer derechos y garantías potencialmente afectados. Así mismo, cita jurisprudencia que consagra la importancia de la protección del Medio ambiente y señala los principios consagrados por la Ley 25.675.

Luego, realiza un análisis del reclamo de la actora donde advierte que el eje del mismo no es la reparación de un daño ambiental específico si no la implementación del espacio participativo, lo que se traduce como una “pretensión de fiscalización de la legalidad administrativa”. En este contexto realiza el análisis de lo pretendido por la actora, referido a la cuestión de las audiencias públicas no realizadas por las codemandadas; de este modo señala que acorde a la legislación vigente (irrupción de un nuevo marco normativo donde expresamente se excluyen los depósitos y tratamiento de lodos), no es necesaria la realización de un Estudio de Impacto Ambiental, con lo cual no es condición para el otorgamiento de la licencia la realización de audiencias públicas. Ahora bien, no obstante lo anterior, el magistrado indica que respecto del reclamo sobre la falta de publicación de edictos no existe en la normativa vigente ningún punto que establezca la exención de publicar los mismos, por lo que tanto en la Constitución Nacional como Provincial, así como en la Ley 25.675, y en diferentes artículos doctrinarios de materia ambiental, se establece la suma importancia de la participación amplia de la ciudadanía y el acceso a la información pública ambiental como garantes del desarrollo sostenible de las regiones. De modo tal que, la falta de publicación de edictos, violenta el derecho de acceso a la información pública y constituye un vicio del procedimiento, no pudiéndose interpretar que la decisión de publicar edictos entre en la esfera de facultades discrecionales de la autoridad ambiental provincial. Con respecto a la ausencia del dictamen legal previo, el magistrado comparte el análisis efectuado en el

dictamen fiscal y entiende que esto constituye una violación al principio de legalidad, lo cual resulta en la nulidad del acto.

Atento a todo lo expuesto, el Dr. Kohon en concordancia con el Fiscal General y con el Dr. Massei, señala que tanto la falta de publicación de edictos como la ausencia del dictamen legal previo, constituyen vicios graves, por lo cual corresponde hacer lugar a la demanda y declarar la nulidad del acto administrativo.

IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Habiendo analizado la postura del Dr. Kohon y los hechos del caso podemos establecer que el decreto que otorga la licencia ambiental omite el derecho de acceso a la información pública ambiental, pasible de darse en 3 institutos: celebración de audiencias públicas, publicación de edictos y dictamen legal previo.

Respecto de las audiencias públicas, se sostiene que debe contarse con un mínimo de elementos que permitan estimar la existencia (o la posibilidad cierta) de un daño al ambiente¹, siendo potestad de la función administrativa el requerimiento de Estudios de impacto ambiental o Informes ambientales para el otorgamiento de licencias, no obstante lo mencionado aquí se configura un interesante debate doctrinario sobre la aplicación únicamente de los principios de prevención y de reparación, no logrando materializarse judicialmente la aplicación del principio precautorio² en este caso debido a la carencia probabilística de ocurrencia de un hecho dañoso, dado que en el principio precautorio “la certeza del perjuicio, requisito medular para el funcionamiento tanto de la reparación como de la prevención, aquí se redirecciona hacia el plano de las incertezas y controversias” (Berros, 2015, p. 73). De todas maneras, la máxima autoridad neuquina, toma en consideración palabras de doctrina especializada al momento de dictar sentencia, teniendo en cuenta que la actividad autorizada en la licencia ambiental debe tener entidad de producir una degradación ambiental

¹ El artículo 11 de la ley 25.675 sostiene que: Toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución.

² Consagrado en el art. 4 de la ley 25.675 que establece: “La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:... Principio precautorio: 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”

significativa, y al no ser esta actividad constatada bajo dicho supuesto, procede a no considerar la celebración de audiencias públicas como un requisito de validez para la norma atacada.

Superada la cuestión de las audiencias públicas, se analiza la temática de la publicación de edictos, a diferencia de lo anterior aquí se hace hincapié en el principio precautorio, haciéndose mención del rol fundamental de la información para hacer efectivo el mandato constitucional de protección ambiental (Falbo, 2013).

La Corte Suprema de Justicia de La Nación, se ha manifestado al respecto del principio precautorio en el Fallo “Salas” (Fallos 332:663) indicando que el mismo produce una previsión del daño extendida y anticipatoria, lo que implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo mediante criterios de ponderación razonables, lo cual no implica detener el progreso, si no por el contrario hacerlo perdurable en el tiempo, adicionalmente en “Cruz” (Fallos 339:142) ha indicado que las cuestiones relativas al medio ambiente deberán ser analizadas desde la concepción de prevención del daño y precaución ante la creación de riesgos con efectos inciertos e impredecibles.

En lo relativo a la ausencia del dictamen legal previo, se observa una clara violación al principio de legalidad, no pudiendo ser subsanado a posteriori, tal como lo argumentan las codemandadas, cabe destacar que en lo atinente al accionar de la Administración debe estar justificado en un plexo normativo anterior, resultando de vital importancia la actividad consultiva jurídica previa a la emisión del acto administrativo (De Felipe, 2014) siendo condición de validez el cumplimiento del debido procedimiento previo a la formación de la voluntad administrativa, a los fines de garantizar esa conducta ajustada a derecho que, por cierto, deberá ser explicada a la ciudadanía por medio de la expresión clara de los antecedentes de hecho y de derecho que sirvieron de causa a ese acto (Cano, 2018).

V. Postura de la autora

Largo y errático es el camino de la participación ciudadana plena en la provincia de Neuquén, no solo por la falta de educación en materia de acceso a la información ambiental, sino también porque las normas que reglamentan la actividad hidrocarburífera, han estado cimentadas de directrices políticas, privilegiando el tiempo de ejecución de determinadas obras, traducido en rapidez de acceso a regalías por encima del desarrollo sustentable, por lo cual este fallo fue disruptivo para su contexto y

vino a cambiar el paradigma sobre los mecanismos de control de la actividad entre el Estado provincial y los particulares.

El derecho de acceso a la información pública es una consecuencia del sistema republicano de gobierno y es, por ello, un derecho político (Díaz Cafferata, 2009) tal es la magnitud de su importancia que no debe nunca quedar sujeto al accionar del poder ejecutivo de turno, dicho en otras palabras, un decreto no puede ir a contrario sensu de lo estipulado por los principios emanados de las más altas esferas del ejercicio del poder constituyente, que nos da las reglas básicas de convivencia, si esto así fuera así el rumbo del accionar estatal y los órganos legislativo, ejecutivo y judicial carecerían de límites (Fallos 340:257).

Si bien considero acertada la postura esgrimida por el Dr. Kohon acerca de la falta de publicación de edictos y la clara violación al principio de legalidad en la ausencia del dictamen legal previo, no comparto la justificación realizada para la no realización de audiencias públicas, dado que las normas locales pueden ser más rígidas, pero nunca más laxas que las nacionales, entendiendo que las provincias deben complementarlas agregando alguna exigencia o requisito (Fallos 330:1791) pero no recortándolas.

Adicionalmente a la importancia de la cuestión elaborada ut supra, entiendo que el debate favorece la creación y reproducción de la inteligencia colectiva, y que este solo es posible en un contexto de audiencia pública. Continuando esta línea argumental, comparto lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Martínez" (Fallos: 339:201) sobre la especial relevancia de la realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades, que no significa una decisión prohibitiva, sino antes bien una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana. Asimismo, el derecho de acceso a la información pública es una consecuencia del sistema republicano de gobierno, siendo la publicidad de los actos de gobierno un mecanismo de control en manos de los ciudadanos (Díaz Cafferata, 2009).

El reloj de cambio de paradigmas parece haber incrementado exponencialmente el correr de sus manillas durante el tiempo que transcurre entre los acontecimientos de este fallo y lo que se avizora en el futuro inmediato con la creciente digitalización y la simplificación de los medios para el acceso a la consulta del accionar de todos los

poderes del estado, garantizándose la transparencia, colaboración y participación de toda la sociedad. No obstante, aún queda camino para lograrlo, es necesario que la ciudadanía se empape del rol protagonista y abandone el de observador, para atribuirse al máximo su derecho de contralor de toda la actividad gubernamental.

VI. Referencias

Doctrina

- BERROS, María (2015) “Reparación, Prevención, Precaución: Una nueva mirada a partir del nuevo Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Ambiental nro. 43*. 67 -75
- CANO, María (2018) “La Nulidad del Acto Administrativo por la vulneración del debido proceso previo: Los Dictámenes”, cita AR/DOC/3054/2018.
- DE FELIPPE, Oscar (s/f.) “El Principio de Legalidad en La actividad de la Administración Pública” *RED Sociales*, 2: 174-87.
- DÍAZ CAFFERATA, Santiago, “El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuesta para una ley”. Recuperado el 18 de Mayo de 2020 de <http://www.derechouba.ar/publicaciones/lve/revistas/86/06-ensayo-diaz-cafferata.pdf>
- DWORKIN, RONALD (1989) *Los derechos en serio*, traducido del inglés por Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1989, p. 72 y ss.
- FALBO, Aníbal (2013) “El carácter igualador del derecho ambiental y la información ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental nro.33*.
- RODRIGUEZ, Carlos, “Ley general del ambiente 25.675 y la evaluación de impacto ambiental” *Revista de Derecho Ambiental N°31*. Editorial Abeledo Perrot.

Jurisprudencia

CSJN, “Mamani, Agustín pío y otros c/ Estado Provincial Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram S.A. s/recurso” Fallos 340:1193 (2017)

C.S.J.N., “Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa” (2017), juez Rosatti por su voto, consid 6 a 7.

C.S.J.N., “Martínez, Sergio Raúl el Agua Rica LLC Suc Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros si acción de amparo, Fallos 339:20 (2016)

C.S.J.N., Cruz, Felipa y otros e/ Minera Alumbreira Limited. y otro s/ sumarísimo,
Fallos 339:142 (2016)

C.S.J.N., Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo, Fallos
332:663 (2009).

C.S.J.N., Villivar, Silvana Noemi c/ Chubut, Provincia de y otros, Fallos
330:1791(2007).

Tribunal Superior de Justicia de Neuquén. “Calful Lucia s/ Provincia del Neuquén y
otro c/acción procesal administrativa” (2016).

Legislación

Constitución de la Nación Argentina (1994)

Constitución de la Provincia de Neuquén (2006)

Ley de Derecho de Acceso a la Información Pública N°27.275

Ley Nacional de Ambiente N°25.675

Ley de Procedimiento Administrativo de Neuquén N°1284

“CALFUL LUCIA C/PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTRO S/ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA”,

ACUERDO N° 92 .- En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los once días del mes de octubre del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada con los Señores Vocales Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Doctora LUISA ANALÍA BERMUDEZ, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “CALFUL LUCIA C/PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTRO S/ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. 3861/2012, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado el Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.- Que a fs. 37/46 se presenta la actora por apoderado e interpone acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén y la empresa Apache Energía Argentina S.R.L., con la finalidad de obtener la declaración de nulidad de la Disposición 341/10, de fecha 03/09/2010, emanada de la Subsecretaría de Medio Ambiente de la Provincia.

En su pretensión la actora sostiene que el acto cuestionado es ilegítimo y contrario a los principios y garantías ambientales de raigambre constitucional, de democracia semidirecta y de participación ciudadana, a cuyo fin cita el art. 41 de la Constitución Nacional, 54, 90, 93 y 308 de la Constitución Provincial, 16 a 21 de la Ley 1875 (t.o. Ley 2267), y 10 inc. e), 12 y 13 del Anexo II, Capítulo II y Anexo V puntos 55, 62 y 10 del Decreto Reglamentario N° 2656/99.

Postula que la Disposición atacada se encuentra viciada pues, en el procedimiento administrativo ambiental llevado adelante por la Secretaría de Medio Ambiente, no se

realizó la audiencia pública ambiental –requisito esencial-, ni se contó con el dictamen legal previo, que entiende de vital importancia para el procedimiento.

Luego brinda un detalle de la situación jurídica que la une con el inmueble, y explica que es poseedora del inmueble rural individualizado bajo la nomenclatura catastral 08-RR-015-3366, situado en la zona rural conocida como Barda Negra, que coincide territorialmente con el área hidrocarburífera Anticlinal Campamento, e indica que se encuentra en trámite la adjudicación en venta ante la Subsecretaría de Tierras, en el marco de la Ley 263, bajo el trámite administrativo 2306-4363/03.

En este estado, argumenta que la presente acción tiene por objeto la revisión judicial del procedimiento administrativo que autorizó la segunda planta de tratamiento dentro del área; el cuestionado acto otorgó una licencia ambiental a la empresa codemandada Apache Energía Argentina S.R.L. para la construcción de una planta de tratamiento de lodos de perforación provenientes de la actividad hidrocarburífera en el área Anticlinal Campamento, cuya finalidad era recibir los lodos (con o sin hidrocarburos) provenientes de las operaciones y de las perforaciones del área y zona geográfica de influencia.

Con relación a la primera de las plantas autorizadas, relata que la empresa desistió de su construcción frente al reclamo efectuado por la Señora Calful, y que antes de la resolución de la medida cautelar de suspensión por parte de la justicia, Apache solicitó y obtuvo de la Provincia codemandada una nueva autorización para la construcción de una planta igual, para la misma área, aunque en otro predio rural de la misma zona que pertenece a una persona con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que no habita ni explota el predio rural, y que tampoco es conocida entre los pobladores de Barda Negra.

Señala que esa situación fue puesta en conocimiento del Tribunal Superior, conjuntamente con el pedido de ampliación de la medida cautelar originaria, que se hizo extensiva a la segunda de las plantas.

En relación con la planta habilitada en primer término, informa que la misma fue dejada sin efecto por parte de la propia compañía demandada, cuestión que fuera informada ante el requerimiento efectuado por el Tribunal a través de una medida para mejor proveer.

Hace hincapié en el diferente encuadre otorgado por la empresa Apache en uno y otro caso; mientras para la primera de las plantas se utilizó el Estudio de Impacto Ambiental (EIA), para la segunda se lo canalizó a través del Informe Ambiental (IA), lo que evidencia su capricho por no someterse al trámite de la audiencia pública ambiental

exigida por la Ley 2666, y que más allá del encuadre el contenido del informe ambiental es el mismo, y el objetivo y funcionamiento de la planta idéntico.

Señala que la autoridad de aplicación cuenta con el mecanismo de audiencia pública ambiental para el acercamiento de las partes.

Argumenta sobre la necesidad de realización de la audiencia pública, en tanto ninguna obra puede ejecutarse sin contar con la correspondiente licencia ambiental, y en forma previa a su otorgamiento, la celebración de aquella, que garantiza el derecho de todos los ciudadanos a la participación e información ambiental, conforme surge de la Ley Nacional 25.675 (arts. 19 a 21), 25.831 (art.11) y la provincial 1875 (arts.24 y 31).

En su exposición aclara que “no se reclama... un daño ambiental específico de la planta de tratamiento, sino la implementación del espacio participativo, para los casos que, como el de marras, expresamente lo prevé la norma”.

Luego de efectuar la transcripción de los artículos 24 y 31 de la Ley 1875 (T.O. Ley 2267), hace referencia al anexo V del Decreto Reglamentario PE nro. 2656/99, apartado que contiene un listado –no taxativo- de las actividades que sí requieren presentación de Estudio de Impacto Ambiental (EIA), y por lo tanto, requieren de una Audiencia Pública Ambiental, entre las que verifica en el punto 55 “DEPÓSITOS Y TRATAMIENTO DE LODOS PROVENIENTES DE LA ACTIVIDAD MINERA O HIDROCARBURÍFERA”.

En la misma línea, aunque en forma más genérica sostiene que quedan incluidas en el punto 62 “Las plantas de tratamiento de distintos tipos”, y en el punto 10 las “Instalaciones para eliminar residuos tóxicos y peligrosos cualquiera sea el sistema a emplear”.

Sintetiza su exposición en cuanto sostiene que no hay espacio para interpretaciones, y según su postura la normativa resulta contundente en cuanto a que las actividades allí detalladas requieren de un EIA y audiencia pública.

En ese contexto normativo señala que, la presentación de un informe ambiental en la segunda oportunidad, a diferencia de la primera en la que se presentó un EIA, ambos con igual contenido, “solo tiende a evitar la implicación del art. 31° de la Ley 1875. De lo contrario, no se explica el cambio del encuadre de un expediente al otro, respecto de igual obra e iguales impactos ambientales declarados”. (El resaltado se encuentra en su original).

Luego indica que, por imperio del principio de legalidad, resulta inviable el actuar administrativo discrecional en virtud de la actividad reglada de la administración

pública frente al orden público ambiental (cfr. artículo 3 de la Ley 1284).

Bajo el punto VI del escrito de demanda, la actora se refiere a la ausencia de dictamen legal, que encuadra como un vicio grave que nulifica el acto administrativo, a cuyo fin invoca los artículos 50 y 70 de la Ley 1284, y el artículo 16 del anexo II del Decreto 2656/99.

En el punto VII enfatiza que la presente se trata de una acción colectiva de derecho ambiental, en los términos de la Ley 25.675 y artículos 54 y 59 de la Constitución Provincial.

Asimismo bajo el punto VIII hace reserva de ampliar o modificar la presente de acuerdo a los resultados que se obtengan en el reclamo administrativo colectivo ambiental, en el que participan otros peticionantes además de la aquí actora.

Para finalizar ofrece prueba, hace reserva del caso federal, fundamenta la exención de gastos causídicos, funda su presentación en derecho, y solicita la procedencia de la demanda con imposición de costas.

II.- A fs. 55, mediante R.I. 219/13 se declara la admisión del proceso.

III.- Ejercida la opción por el proceso sumario –fs.59- se ordenó correr traslado de la demanda a la Provincia de Neuquén a fs.60, y a la empresa Apache Energía Argentina S.A. a fs. 64.

IV.- A fs. 71/73 la actora presenta una ampliación de los fundamentos de su demanda, ello a raíz de los dichos vertidos por ambas accionadas en el trámite cautelar.

Relata que las demandadas sostuvieron entonces que era de aplicación al presente el procedimiento administrativo de evaluación de informes ambientales, para el cual no se requiere audiencia pública ambiental, y que tanto al momento de su aprobación, como luego con las modificaciones posteriores, la obra debería ser encuadrada en el anexo IV del decreto.

Entiende que tales argumentos resultan contradictorios entre sí y que aún cuando se soslayara la aplicación del procedimiento indicado para este tipo de cuestiones, como lo es el estudio de impacto ambiental y se tuviera por válida la aplicación del procedimiento de evaluación de los informes ambientales, lo cierto es que el anexo II del Decreto 2565/99, que reglamenta la Ley 1875, establece como obligatorio la publicación de edictos informativos en los casos que no se aplique el llamado a audiencia pública.

Luego, dice, la omisión de edictos informativos tiene como perjuicio la privación a la ciudadanía en general del conocimiento del proyecto y por ende de la posibilidad de

ejercer el derecho de analizar y opinar en forma previa a la autorización oficial.

En síntesis, en su ampliación de demanda la actora plantea que correspondía como mínimo la publicación de edictos informativos, como así también el dictamen legal previo, ambos soslayados.

V.- A fojas 103/115 contesta demanda el apoderado de la compañía Apache Energía Argentina S.R.L.

En primer término solicita el rechazo de la acción presentada con imposición de costas, formula las negativas de rigor, y expone los antecedentes.

Expresa que es titular de distintas concesiones para la explotación de hidrocarburos en el marco de la Ley 17.319, entre las que se encuentra la otorgada sobre el área en la Provincia de Neuquén a través del Decreto PEN 89/91 y decisión administrativa 456/05, y que la actividad de exploración y explotación que realiza se ajusta a la normativa ambiental.

Relata que la titularidad registral del inmueble ocupado por la actora se encuentra en cabeza de la Provincia de Neuquén, motivo por el cual solicitó ante la Subsecretaría de Medio Ambiente provincial la pertinente licencia ambiental para la construcción de un repositorio para el depósito del lodo extraído durante las tareas de perforación, previo cumplimiento de toda la documentación requerida por la normativa vigente.

Informa que se emitió la Disposición 193/10 (26-05-2010), por medio de la cual se le otorgó licencia ambiental para la construcción del repositorio, pero que luego fue suspendida mediante la medida cautelar promovida por la actora, y hasta tanto se celebre la audiencia pública prevista en el artículo 31 de la Ley 1875.

Detalla que, frente a ese escenario y la necesidad de contar con un repositorio en el área, dejó sin efecto ese proyecto y solicitó una licencia ambiental para la construcción de un repositorio en un inmueble titularidad de la Sra. Ángela Gilardi, ubicado a 12 km del inmueble ocupado por la actora, la que obtuvo por Disposición 341/10.

Narra que en el mes de septiembre del año 2010 la actora denuncia como hecho nuevo el dictado del acto referido y requiere como medida cautelar y por los mismos fundamentos utilizados para la anterior disposición, el cese inmediato de sus efectos y de la obra de construcción del repositorio hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo, habiéndosele extendido por parte de este Tribunal Superior de Justicia la medida cautelar con fecha 13-04-11.

Luego, expresa que estando vigente dicha medida y ante la sanción de un nuevo marco normativo con el dictado del Decreto 422/13, solicitó su levantamiento en base al

cambio de circunstancias de derecho consideradas al momento de su dictado.

En su interpretación de la normativa aplicable al momento del dictado de la Disposición 341/10, puntualmente los artículos 20 y 24 de la Ley 1875 y 20 y 24 de su Decreto Reglamentario 2656/99, entiende que el repositorio autorizado por tal acto es una actividad comprendida en el punto 8 del anexo IV del Decreto 2656/99, y que no requería audiencia pública en tanto la autoridad de aplicación estaba facultada para modificar los anexos, incluir actividades no enumeradas mediante resolución fundada, etc.

Enfatiza que en los anexos IV y V del Decreto 2656/99 se enumeran de forma no taxativa aquellas actividades que requieren la presentación de un informe ambiental y de un estudio de impacto ambiental, siendo la audiencia pública obligatoria sólo en el segundo caso, que no es el supuesto del proyecto que fuera autorizado por la Disposición 341/10.

Invoca el artículo 20 de la Ley 25.675 y entiende que de acuerdo a la norma la participación ciudadana sólo resulta obligatoria para casos de proyectos que pudieran afectar de manera significativa el ambiente, y que no toda obra requiere de una audiencia pública.

En cuanto a la planta de tratamiento en sí, niega que la misma sea para el tratamiento de residuos tóxicos, peligrosos o contaminados con químicos generados por reparaciones de pozos hidrocarburíferos, tanques de baterías, separadores, etc., motivos por los cuales el repositorio no quedó encuadrado en ninguna de las actividades del anexo V, y si en el punto 8 del anexo IV del Decreto 2656/99, a cuyo fin señala que el Informe Ambiental expresa que se trata “de lodos base agua por lo que sus lixiviados sería biodegradables y no contaminantes”.

Por otra parte entiende que carece de razonabilidad pensar que la perforación de un pozo de petróleo no requiere de un proceso de audiencia pública, pero sí lo requiere la construcción de un repositorio, que es tan sólo un complemento de la mayor obra de perforación.

Alega que no era ella quien tenía la facultad de citar a una audiencia pública, sino la Provincia de Neuquén, que entendió que el proyecto no quedaba comprendido en el anexo V del Decreto 2656/99.

Detalla que, en virtud del artículo 2 del Anexo I del Decreto 422/13, dictado con fecha 4/04/13, la construcción del repositorio en cuestión no requiere de una Evaluación de Impacto Ambiental, ni de la celebración de una audiencia pública, sino solo de un

Informe Ambiental y de un Análisis de Riesgo Ambiental.

Bajo el punto VI de su escrito expresa que el hecho de no haberse invocado por la actora la existencia de daño ambiental como consecuencia de la construcción del Repositorio, ni haberse mencionado aquellas sugerencias, planteos u objeciones de las que se vio privada de expresar en el marco de una Audiencia Pública, dan una pauta que su pretensión está destinada solo a entorpecer la actividad a través del pedido de una nulidad por la nulidad misma.

Luego aborda el resto de los planteos efectuados: con relación a la falta de publicación del edicto previsto para los casos en los que se requiere Informe Ambiental, entiende que su objetivo es la publicidad del proyecto, y la actora tuvo pleno conocimiento del mismo, al punto tal que en cuatro años (desde que se dictó la Disposición 341/10), no formuló ningún cuestionamiento técnico; en cuanto a la señalada falta de dictamen legal previo, indica que la omisión ha sido subsanada con el dictamen jurídico emitido por el asesor letrado de la Provincia junto con el Fiscal de Estado, en cuanto opinaron que la Disposición 341/10 fue ajustada a derecho. Agrega que, conforme el artículo 50 de la Ley 1284, el dictamen jurídico es un requisito cuando el acto pudiese lesionar derechos subjetivos, supuesto que a su entender no se da en autos, en tanto la actora no es propietaria ni ocupa el inmueble donde se ubica el proyecto, ni tampoco invoca la existencia de un daño ambiental que le genere un perjuicio particular.

En otro orden, niega que haya existido una vulneración del derecho de acceso a la información ambiental, y replica que a través del régimen a su libre acceso la actora podría haber accedido a toda la información vinculada con la aprobación de la Disposición 341/10, frente a los sujetos obligados a brindarla, conforme el artículo 4 de la Ley 25.831, pero que sin embargo no acredita haberla solicitado, más allá que los términos en los que se encuentra planteada la demanda dan cuenta que efectivamente contaba con la pertinente información.

Para terminar hace referencia al precedente “Villivar” de la CSJN citado por la actora, para sostener que no resulta de aplicación al caso pues, a diferencia de aquel, aquí la actividad no genera una degradación del medio ambiente que justifique la realización de una Audiencia Pública.

Ofrece la prueba que hace a su derecho, plantea el caso federal y formula su petitorio.

VI.- A fs. 124/131 se presenta por apoderado y con patrocinio letrado la Provincia del Neuquén, contesta demanda y solicita su rechazo con costas.

Realiza las negativas de rigor y expone sobre la improcedencia de la nulidad solicitada;

afirma que ninguno de los expedientes agregados, los que detalla y confronta con los que individualiza la actora, guarda relación con el objeto de autos, ni tampoco se ha emitido en ellos la Disposición 340 ni la 341, aludidas en la demanda y su ampliación, ni adjuntado copias de las mismas.

Señala una contradicción que califica de

“vital” entre la demanda y su ampliación, ya que no se conoce si se atacan dos disposiciones (340 y 342) o una, pero además alega que ante la ya denunciada falta de agregación de los antecedentes administrativos originales, no es posible corroborar los vicios señalados como ser la falta de audiencia pública, de dictamen legal y la publicación de edictos.

En definitiva entiende que está impedido de ejercitar su derecho de defensa, en tanto no puede analizar de qué modo sucedieron los hechos y refutar la serie de vicios invocados por la actora.

Del mismo modo no advierte que haya sido desvirtuada la presunción de legitimidad de los actos administrativos, no pudiendo por ende ser dejados sin efecto.

Para terminar, entiende que ha existido por parte de la demandante una deficiencia en lo atinente a la carga de probar los supuestos que alega, cuestión que advierte agravada al haberse optado por el proceso sumario, en cuanto no existe la posibilidad de agregar otra prueba, todo lo cual conduce al rechazo de la demanda.

VII.- A fs. 133 y vta. la actora contesta el traslado de la documentación adjunta en las contestaciones de demanda efectuadas por las accionadas.

Luego de reconocer el dictamen elaborado por la Secretaría de Estado de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y las copias de las Disposiciones 193/10 y 341/10 traídas por la codemandada Provincia de Neuquén, aclara que por un error involuntario de tipeo se consignó la Disposición atacada como 340/10 cuando debió decir 341/10.

En relación con la documentación presentada por Apache, se reconoce el Decreto 422/13, que modificó los anexos IV y V del Decreto Reglamentario 2656/99.

VIII.- A fs. 140/148 se expide el Sr. Fiscal General quien, luego de fundamentar su posición, entiende que debe hacerse lugar a la demanda y declarar la nulidad de la Disposición 341/10.

IX.- A fs. 149 se dicta la providencia de autos para sentencia la que firme y consentida, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

X.- Expuestas las posiciones de cada una de las partes, como así también el transcurso

procesal del conflicto, puede repararse que la cuestión que se plantea alberga uno de los temas más sensibles de la actualidad, como lo es la protección del ambiente.

Tal protección, con anclaje constitucional y convencional, ha sido señalada por la CSJN, en cuanto afirma: “Que la cláusula incorporada por la reforma de 1994 en el art. 41 de la Constitución Nacional, situado en un nuevo capítulo de la parte dogmática llamado “Nuevos Derechos y Garantías”, establece que: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”. (Cfr. CSJN causa “Mendoza”, 20/06/2006, considerando 7 Fallos: 326:2316).

El deber de protección allí contenido obedece a un mandato de la Constitución y su protección le es exigida a las autoridades; sin embargo, cuando se trata de restablecer derechos y garantías constitucionales en torno al ambiente afectado, es el Poder Judicial el que debe intervenir.

En tal sentido, la CSJN en el precedente citado afirma que: “El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configura una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a la potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente...” (Cfr. CSJN causa “Mendoza”, 20/06/2006, considerando 7 Fallos: 326:2316).

Luego, en cumplimiento del mandato constitucional, la Ley Nacional 25.675 conforma una ley marco o de presupuestos mínimos, mediante la cual se desarrolla un régimen ambiental para el territorio de la nación, respecto de todas las actividades que sean susceptibles de afectar el ambiente o la calidad de vida de los habitantes, y dispone en su primer artículo: “La presente ley establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable”.

Se complementa con lo dispuesto en su artículo 6, en cuanto conforma como presupuesto mínimo a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental.

Siguiendo tal línea entonces, el art. 7 de la Ley 25.675 establece la competencia de los tribunales ordinarios -según corresponda por el territorio, materia o personas-; de igual modo su art. 32: “(...) el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especies. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general (...)”.-

Como puede repararse la construcción jurídica –doctrinal y jurisprudencial- en la materia es vasta y continúa avanzando de manera incesante en torno a la “protección” del ambiente.

XI.- Ahora bien, de acuerdo a las exposiciones de la actora (escrito de demanda y su ampliación), puede advertirse que lo que aquella persigue se ciñe al control de legalidad del procedimiento administrativo que debía llevarse a cabo en el proceso de otorgamiento de la licencia ambiental.

Dicho de otro modo, no se extrae de los argumentos actorales que se persiga en este proceso la reparación efectiva de un daño ambiental y/o la recomposición del ambiente y/o el propio cese de un daño ambiental o mitigación de sus efectos; sus propias expresiones dan cuenta de ello, en cuanto expone: “...no se reclama en autos un daño ambiental específico de la planta de tratamientos, sino la implementación del espacio participativo...”. (Cfr. fs. 41, el resaltado pertenece a su original).

Sobre tales premisas, entonces, debe asumirse que la acción interpuesta traduce una pretensión de “fiscalización de la legalidad administrativa”.

No obstante, no puede perderse de vista que el bien jurídico tutelado en el proceso ambiental es el “medio ambiente”, con lo cual la especial protección que a éste se le dispensa está encaminada precisamente a evitar el acaecimiento de un daño ambiental, su inminente peligro de configuración, o el agravamiento de su reparabilidad, supuestos todos en los que los principios protectorios preventivos y precautorios propios del derecho ambiental encuentran su justificación.

En ese contexto, ya vale señalar que si bien la Constitución, las leyes y los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación protegen al ambiente, esa tutela no es abstracta, ni de puro derecho, ni meramente interpretativa (Fallos 333:570), sino que debe estar guiada por su finalidad que no es otra que la protección del “derecho de toda persona a gozar de un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas o de cualquier índole, satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y a su preservación” (art. 58

de la Constitución Provincial).

XII.- En ese contexto, vale analizar la impugnación efectuada por la parte actora.

En primer lugar, en relación con el vicio vinculado con la “ausencia de celebración de una audiencia pública”, el examen no puede desprenderse de las consideraciones efectuadas en oportunidad de decidirse el levantamiento de la medida cautelar dictada en el marco de las actuaciones caratuladas: “CALFUL LUCIA C/ PCIA DE NQUEN S/ MEDIDA CAUTELAR Y DILIGENCIA PRELIMINAR”, EXPTE. 3117/10”.

En efecto, en las mencionadas actuaciones, a través de la Resolución Interlocutoria 162/14, se ordenó el levantamiento de la medida cautelar de suspensión de los efectos de la Disposición 341/10.

Para así decidirlo se tuvo en miras la irrupción del nuevo marco normativo representado con el dictado del Decreto 422/13, que modificó el Decreto 2656/99.

En relación con ello se dijo que: “En concreto, la norma introdujo modificaciones en los anexos IV y V del D. 2656/99 que reglamentó la Ley 1.875 (T.O. por la Ley 2.267): excluyó a los “Depósitos y tratamiento de lodos provenientes de la actividad minera o hidrocarburífera” del listado contenido en el anexo V, que requieren la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, cuestión que cambia sustancialmente las circunstancias de derecho que otrora contuviera la norma, ahora modificada”, para luego concluir que: “...teniendo en consideración el cambio de circunstancias denunciadas y acreditadas por la coaccionada, no encontrándose la actividad en cuestión incluida en el anexo V del D.422/13, cabe ordenar el levantamiento de la medida cautelar de suspensión oportunamente dictada...”

Brevemente, en cuanto a la aplicación del Decreto 422/10, su artículo primero dispone la aprobación de las modificaciones introducidas a los anexos IV (Listado no taxativo de actividades que requieren de la presentación de un informe ambiental – I.A.) y V (Listado no taxativo de actividades que requieren de la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental – E.I.A.), del Decreto Reglamentario N° 2656/99 de la Ley 1875 (TO Ley 2267).

En lo que aquí interesa, la norma a diferencia de su antecesora que incluía en el punto 55 de su anexo V “Depósitos y tratamiento de lodos provenientes de la actividad minera o hidrocarburífera”, la excluyó de dicho anexo.

En su artículo 2° dispuso que: “La autoridad de Aplicación podrá requerir, si lo considera conveniente, la incorporación de un Análisis de Riesgo Ambiental. Las actividades que se describen a continuación deben contar, obligatoriamente, con un

Análisis de Riesgo Ambiental...”, entre las que incluye en el primer punto a los “Depósitos y tratamiento de lodos provenientes de la actividad minera o hidrocarburífera.”

En definitiva el texto citado, sumado a la forma en que la norma ha sido estructurada, otorga una clara pauta de que se ha optado por requerir para el tipo de actividades como la autorizada en el acto administrativo cuestionado, dos requisitos: (i) un Informe Ambiental; (ii) un Análisis de Riesgo Ambiental.

De cara a ello, sostenía la actora en su ampliación de demanda que: “insiste esta parte que el procedimiento aplicable es el estudio de impacto ambiental...no obstante, en forma subsidiaria y para el eventual que se considere aplicable al caso el procedimiento de evaluación de los Informes Ambientales, ...”, postula que la omisión de publicación de edictos informativos y de dictamen previo...”aún bajo el encuadre procedimental pretendido por la requirente del proyecto...conlleva a la nulidad del acto administrativo”.

En consecuencia, siguiendo la línea argumental esbozada en oportunidad de levantarse la medida cautelar, el impacto del Decreto Reglamentario 422/13 (norma que, más allá de la divergencia de criterio que trasunta la insistencia señalada, no cuenta con un embate que conlleve a su análisis en el contexto de esta causa), al haber modificado la plataforma en la que la cuestión se subsumía y considerando las características de la acción entablada, lleva a colegir que la tacha a través de la cual se postula la nulidad del acto administrativo, no se encuentra configurada.

Más allá de lo dicho, tampoco deja de repararse que el art. 11 de la Ley General del Ambiente “Evaluación de impacto ambiental” –en el que se cimienta sustancialmente la omisión de la audiencia pública-, dispone que la obra o actividad a la que hace referencia debe tener entidad para producir una degradación del ambiente en forma significativa; esto es, en palabras de la doctrina especializada, que debe tratarse de una degradación importante (Cfr. Revista de Derecho Ambiental N° 31; “LEY GENERAL DEL AMBIENTE 25.675 Y LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL” por Carlos A. Rodríguez. Editorial Abeledo Perrot, Director Néstor Cafferatta. Pag.163). Luego, dado que estos extremos no conforman el plexo argumental sustancial de la acción intentada (ya que la pretensión de demanda se centra en el control de legalidad del procedimiento administrativo llevado a cabo), no es posible avanzar con el razonamiento en este sentido como para dar a la cuestión un distinto desenlace. A mayor abundamiento, no puede obviarse que existen en la actualidad distintas

técnicas de evaluación que complementan al resto, como por ejemplo la empleada por el Decreto 422/13, en cuanto incorpora en su artículo segundo la posibilidad para la autoridad de aplicación de requerir un “Análisis de Riesgo Ambiental” siendo el mismo obligatorio para ciertas actividades listadas en la propia norma, entre las que se encuentra, en primer término, la de: “Depósitos y tratamiento de lodos provenientes de la actividad minera o hidrocarburífera.”

Y no puede dejar de señalarse que es la Administración quien tiene competencia para determinar si la actividad que va a realizarse requiere, o no, del estudio de impacto ambiental y la consecuente audiencia pública. No obstante, esta circunstancia no es óbice para que el órgano judicial ejerza sus funciones de control sobre el encargado de realizar la categorización, sin que ello lo autorice a suplantar la función administrativa (cfr. Revista de Derecho Público, 2010-1. Derecho Ambiental II, Rubinzal Culzoni, pág. 321). Pero, aún en ese escenario, debe contarse con un mínimo de elementos que permitan estimar la existencia de un daño al ambiente, supuesto que no es el de autos.

XIII.- Superado que fuera el planteo realizado en torno a la falta de celebración de la audiencia pública, corresponde entonces abordar el análisis de las restantes cuestiones, a saber: la alegada falta de publicación de edictos, y la ausencia de dictamen legal.

a) En cuanto al primero, la actora denuncia la ausencia de publicación de edictos, a cuyo fin cita e invoca una serie de normas que a su entender dan sustento normativo al planteo, y que en su totalidad sostienen la vulneración del derecho a la información.

Así, trae a colación el artículo 12 del Anexo II del Decreto 2656/99, reglamentario de la ley 1875, que establece como obligatorio la publicación de edictos informativos en los casos que no se aplique el llamado a audiencia pública. Expresamente dispone que: “La publicación de edictos informativos solo procederá para los I.A. y cuando la Autoridad de aplicación no dispusiere en función de las particularidades e incidencia social del proyecto de que se trate la convocatoria a audiencia pública...”

Por su parte, cita el artículo 54 de la Constitución Provincial que dispone: “...Todo habitante de la Provincia tiene derecho, a solo pedido, a recibir libremente información sobre el impacto que causen o pudieren causar sobre el ambiente actividades públicas o privadas.”

Dentro del ordenamiento local también se invoca la Ley 1875, cuyo artículo 31 dispone: **DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA:** “La autoridad de aplicación deberá convocar a audiencia pública a fin de consultar a la comunidad con carácter previo acerca de los proyectos referidos en el artículo 24° de la presente Ley, que requieran la

presentación de un estudio de impacto ambiental. La convocatoria deberá hacerse a través de los medios de comunicación, con un mínimo de treinta (30) días de anticipación. Los particulares podrán consultar los antecedentes del proyecto que sea objeto de la audiencia a partir del momento de la convocatoria. El resultado de la audiencia pública no será vinculante.”.

En el plano Nacional invoca la Ley General del Ambiente N° 25.675, norma con entidad de presupuestos mínimos, que en su artículo 2 inc. i) expresa como uno de los objetivos en materia de política ambiental, el de: “...Organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma.”, como también la Ley 25.831 de libre acceso a la información pública ambiental.

En ese plano, la codemandada Apache, en su responde, efectúa su interpretación acerca de los distintos presupuestos normativos; descalifica algunos de ellos por entender que no le serían aplicables ya que, o bien se refieren a una obligación que no se encuentra en cabeza de un privado, sino del Estado, o bien los supuestos que regula son aplicables para los casos en que el proyecto en cuestión requiriese de la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, entendiéndose además que ninguno de los que podrían ser exigibles ha sido incumplido.

Ahora bien, frente a este escenario, y a la luz de la normativa transcrita, no puede soslayarse que aún cuando se contemple el nuevo marco normativo brindado por el Decreto 422/13 (que no requiere para proyectos como el presentado de la celebración de una audiencia pública), no se advierte que exista una exención válida en relación con el requisito de publicación de edictos.

Por el contrario, tanto la Constitución Nacional, luego de la reforma del año 1994, en su artículo 41, como el ya transcrito artículo 54 de la Constitución Provincial, prevén y regulan el derecho al acceso a la información ambiental; el mismo involucra el acceso a la información disponible tanto en ámbitos públicos como privados y la correlativa obligación de informar de todos aquellos que estén en condiciones de generar un daño ambiental.

En la misma línea lo reconoce la ya citada Ley General del Ambiente, en cuanto regula en su artículo 8 respecto de los instrumentos de la política y gestión ambiental, entre los que incluye al “sistema de diagnóstico e información ambiental”.

En el punto no puede soslayarse, como lo expresa importante parte de la doctrina nacional ambiental, que: “la información adquiere un papel esencial para poder definir las medidas y acciones tendientes a lograr la efectiva protección y conservación del

ambiente y evitar los potenciales riesgos que lo acechan.”

Con el ímpetu de resaltar la importancia que la información ambiental posee, incluso como un requisito o presupuesto de una acción precautoria, se afirma que: “...la información ambiental cumple un rol, o función, central a la hora de hacer efectivo el derecho al ambiente, tanto en lo que hace a su protección, en lo que concierne a su conservación y también en lo relacionado con evitar que se generen situaciones de riesgo a aquél... Se confirma, decididamente, que la información ambiental es de fundamental importancia para poder hacer efectivo el mandato de protección ambiental del art. 41, CN...” (Cfr. Falbo, Aníbal J. “El carácter igualador del derecho ambiental y la información ambiental”, Revista de Derecho Ambiental nro.33, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, pag. 250 ss.).

El tema no quedó al margen de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible Río + 20 que en prieta síntesis y en lo relativo a este tema reconoció: a) la función que cumplen las autoridades y las comunidades para llevar adelante el desarrollo sostenible facilitando la participación de los ciudadanos, proporcionando información pertinente sobre las tres dimensiones del desarrollo sostenible; b) la participación amplia del público y el acceso a la información y que los procedimientos judiciales y administrativos son esenciales para promover el desarrollo sostenible. (Cfr. Terzi, Silvana. “Participación ciudadana a diez años de la Ley 25.675 (su tratamiento en Río + 20)”, Revista de Derecho Ambiental nro.31, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pag. 185 ss.).

De tal modo, en el caso, la falta de publicación de edictos estipulada en la normativa vigente, constituye un modo de violentar el derecho de acceso a la información ambiental que, en función de lo que ha sido pretensión de demanda, debe ser acogido como un vicio en el procedimiento.

Es que el hecho de que la parte actora haya tenido conocimiento del Proyecto, o no haya indicios para estimar que la información le haya sido negada, no alcanza para sostener que en el caso no exista un menoscabo concreto a las garantías que se pretenden tutelar a través del bloque normativo que ha sido examinado; dicho de otro modo, no hay margen para interpretar que la publicación de edictos, en este caso, entrara en la esfera de las facultades discrecionales de la autoridad ambiental.

b) La segunda cuestión que se denuncia está vinculada con la ausencia de dictamen legal previo a la emisión de la Disposición 341/10 que, de acuerdo a la posición asumida por la actora, acarrearía la nulidad del acto en virtud de los artículos 50 y 70 de

la Ley 1284.

El planteo se focaliza en el incumplimiento de dos disposiciones normativas: el artículo 50 de la Ley 1284, que como requisito previo a la emisión del acto administrativo dispone: "...el dictamen previo del servicio permanente de asesoramiento jurídico, cuando el acto pudiese lesionar derechos subjetivos...".

Y el artículo 16 del Anexo II del Decreto 2656/99, que establece la obligatoriedad del dictamen del área legal de la autoridad de aplicación, para que determine si procede o no la emisión de la Licencia Ambiental.

A modo de defensa, la accionada Apache entiende que el requisito se encuentra cumplido con las presentaciones realizadas a fs. 50/57 y 250/251 por parte del Asesor Letrado y el Fiscal de Estado de la Provincia de Neuquén, en el marco del expediente judicial Nro. 3117/2010, relativo al pedido de la medida cautelar y diligencia preliminar.

Sin embargo, sobre el particular se comparte el análisis efectuado en el dictamen fiscal (fs. 147), en cuanto a que la omisión del recaudo atinente a la existencia de un dictamen legal previo, lejos de ser susceptible de una subsanación posterior –como se ha intentado- acarrea, en este caso, la violación del principio de legalidad, y por ello -en el punto- el incumplimiento de una de las formas previas a la emisión del acto, acarrea el vicio grave contemplado en el artículo 67 inc. r) y por consecuencia la nulidad prevista en el artículo 70 del mismo cuerpo normativo.

En este punto, aun cuando no se soslaya que este Tribunal ha acuñado el criterio en punto a que no todas las omisiones del procedimiento administrativo son susceptibles, por sí, de provocar la nulidad del acto administrativo, lo cierto es que la materia ambiental que aquí se encuentra comprometida impone adoptar, en su consideración, un temperamento restrictivo; el fin tuitivo de esas normas procedimentales, de cara al bien jurídico tutelado, claramente justifican mayores recaudos en la ponderación.

Es que la función de interpretación y el cotejo normativo de preceptos infra constitucionales debe realizarse desde las normas constitucionales a fin de propender al más amplio marco de tutela ambiental.

De allí que la inobservancia de los requisitos legales que, en este caso, han sido advertidos, no pueden ser salvados a posteriori pues ello implicaría tanto como soslayar las exigencias impuestas al debido procedimiento en materia ambiental y, dejarlos librados a que, por impulso de algún eventual litigante, se cumpla aquello que debió haber estado en forma previa a la emisión del acto administrativo.

XIV.- En definitiva, tal como ha sido expuesto, los argumentos de la actora constituyen un serio planteo en torno al procedimiento administrativo previsto –sin que desconociera luego las modificaciones introducidas por el Decreto 422/10- para el otorgamiento de una licencia ambiental del tipo de la cuestionada.

Dicho procedimiento se presenta en sí mismo como una vía instrumental y de garantía para el ejercicio de derechos tales como la participación ciudadana o el acceso a la información pública, que en este caso, han sido vulnerados por la ausencia de la publicación de los edictos pertinentes y la falta de dictamen legal previo a la emisión del acto, que en consonancia con la Ley 1284 se logran patentizar como vicios graves del acto previstos en los incisos b) y r) del artículo 67, y que en virtud de la aplicación del artículo 70 del mismo cuerpo de normas, acarrearán su nulidad.

Por todo ello, corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta por Lucía Calful y, en consecuencia, declarar la nulidad de la Disposición 341/10 emitida por la Subsecretaría de Medio Ambiente de la Provincia de Neuquén, lo que así propongo al Acuerdo.

En cuanto a las costas, sin perjuicio de que el cambio legislativo acaecido alcanzó a uno de los vicios imputados al acto [sólo en lo atinente a la audiencia pública], pero los otros vicios que fundaron la impugnación conllevan a declarar la nulidad en el acto [que era la pretensión de demanda], no se advierte que existan elementos para apartarse de la regla general de la derrota contenida en el artículo 68 del CPCyC, debiendo imponerse a cargo de la partes vencidas. ASI VOTO.

El Señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: Comparto la línea argumental desarrollada por el señor Vocal que abre el Acuerdo, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) HACER lugar la acción procesal administrativa iniciada por la Sra. Lucía Calful contra la Provincia de Neuquén y Apache Energía Argentina S.R.L. y, en consecuencia, declarar la nulidad de la Disposición 341/10 emitida por la Subsecretaría de Medio Ambiente de la Provincia de Neuquén; 2º) Imponer las costas a las accionadas vencidas Provincia de Neuquén y Apache Energía Argentina S.R.L. (art. 68 del C.P.C. y C.); 3º) Regular los honorarios profesionales del Dr. JUAN FITTIPALDI, por el doble carácter por la parte actora, en la suma de \$10.990; de los Dres IGNACIO PUJANTE, apoderado de la co-demandada, en la suma de \$ 5.495 y los del Dr. MARIANO A. BRILLO en la suma de \$2.198 (arts. 6, 9, 10 y 38 de la Ley 1594); 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívense.

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

| | |
|----------------------------------|------------------------------|
| Dr. RICARDO TOMAS KOHON Vocal | Dr. OSCAR E. MASSEI Vocal |
|----------------------------------|------------------------------|

Dra. LUISA A. BERMUDEZ

Secretaria