



NOTA A FALLO – MEDIO AMBIENTE

**Autos y tribunal: “Bonino, Mariel Aldana y otros
c/ Texto SA y otro - Amparo - Cuerpo De copias
de Apelación”, expediente n.º6411976.**

SEMINARIO FINAL DE ABOGACIA

Carrera: Abogacía

Alumno: Guillermo David Cormick

Legajo: VABG6448

DNI: 30090060

Tutor: Nicolás Cocca

Fecha de entrega: 05/07/2020

Módulo IV: Documento final

Sumario: I. Introducción. — II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del tribunal 1) Reconstrucción de la premisa fáctica 2) Historia procesal 3) Descripción de la decisión del tribunal. — III. Análisis de la Ratio Decidendi en la sentencia. — IV. La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. — V. Postura del autor. — VI. Conclusión. — VII Listado de referencia bibliográfica.

I Introducción

En razón de una correcta introducción para este trabajo final, se deberá decir que el mismo se basará en la temática de medio ambiente con el fallo “Bonino, Mariel Aldana y otros c/ Texto SA y otro - Amparo - Cuerpo De copias de Apelación. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Novena Nominación. Resolución: Auto n.º 244. Sede: Ciudad de Córdoba. Fecha: 25/9/2017. Jueces: Jorge Eduardo Arrambide, María Mónica Puga de Juncos y Verónica Francisca Martínez”.

Ya en la justificación de la importancia del fallo y relevancia de su análisis se observa un problema axiológico por un conflicto de principios normativos. Ya que el ad quem, considera que los agravios no tienen entidad y aunque estos son los que habilitan su actividad, hace un nuevo juzgamiento y por el principio de precaución y la posibilidad de un ambiente sano y sustentable, hace lugar al recurso. Lo primero a interrogarse es si el hecho de ser un amparo ambiental, habilita el principio procesal que delimita la competencia del ad quem en base a los agravios del recurrente y ceda ante las consideraciones de la cámara por motivos no invocados como agravios, en base a ello y no a dichos agravios, en definitiva, haciendo lugar al recurso. Y, por otro lado, sobre la cuestión materia de agravio referido a la contracautela, siendo entonces que el requisito de la contracautela suficiente es completamente dejado sin aplicación, aunque la norma procesal lo exige, que en este caso el ad quem se aparte de ello por el principio de precaución en materia ambiental. Y si en tal caso, dicho apartamiento es debido a que es una cuestión de materia ambiental, por lo cual se puede constituir como un antecedente para futuros casos, o requiere particularmente hechos de magnitud, como es en este caso que no se había realizado el estudio de impacto ambiental y la municipalidad había ordenado el desmantelamiento de la antena.

En la descripción del problema jurídico del caso nos encontraremos con un amparo ambiental, en el cual la parte actora solicitó como medida cautelar la

desactivación de una antena ubicada en un edificio de la ciudad. El juzgado interviniente ordenó la misma bajo la fianza de cinco letrados. Los actores apelaron en contra de dicha decisión, agraviándose por la imposición de la contracautela como condición para dicho otorgamiento, argumentando que lo resuelto se aparta de los arts. 155 y 117 de la constitución provincial y del código procesal civil y comercial de Córdoba, por carecer de fundamentación se apartaba de la ley sustancial y vulneraba los principios de interés superior del niño y gratuidad imperante en materia ambiental.

El ad quem considera que dichos agravios no tienen entidad para que no sea exigible la contracautela, pero resolvió hacer lugar al recurso planteado, en base a sus propios fundamentos y revocó la exigencia de la fianza. Ello, luego de analizar los requisitos de verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y contracautela suficiente, entiende que al no haber cumplido la accionada con el estudio de impacto ambiental previo y de no contar con la habilitación de la municipalidad, la cual a su vez había intimado a la accionada a dismantelar la antena, no sería exigible al actor la contracautela.

Como podremos ver en el transcurso de este trabajo final, se argumentará la crítica al fallo del caso elegido, ya que el ad quem, por más que justifica su decisión apartándose del código de rito de la provincia de Córdoba más específicamente en su Art. 459 primer párrafo “El solicitante deberá prestar fianza u otra caución, según el caso, por las costas y daños y perjuicios, si resultare que el derecho que se pretende asegurar no existe.” quiebra la equidad procesal. Desde el punto de vista del derecho, las partes, al momento del inicio de la contienda procesal, se encuentran en igualdad de condiciones, siendo el juez, un tercero imparcial, el que resolverá el conflicto procesal específico, mediante las pretensiones de las partes, lo requerido y aportado por ellas, según las diferentes etapas procesales.

Como se logra ver, el planteo puntual, es que el juez (en nuestro caso específico el ad quem) no debe apartarse de lo resuelto por el a quo al imponer una contracautela en caso de ser negativo el daño supuestamente ocasionado por la demandada, ya que la misma deriva de un derecho directo para el demandado en caso de que la pretensión de la actora sea apócrifa.

A punto de querer descifrar el real sentido y alcance de las normas, debemos saber que el juez al momento de interpretar y aplicarlas al caso en concreto podrá, desde el punto de vista subjetivo, desvirtuar las mismas, esto se debe a que muchas veces el a quo

(ad quem en nuestro caso) aplica las leyes tomando el bien mayor en peligro (en el caso elegido se corre un peligro incierto por la falta de las autorizaciones pertinentes) el cual es, el conjunto de actores y los convivientes del edificio en el cual se encuentra la antena. Más allá de lo expuesto por la parte actora en su pretensión de que la estructura debe ser retirada, por la falta de la autorización municipal y el estudio de impacto ambiental, tampoco demuestra que dicha antena genera el perjuicio que la demandante plantea como tampoco cuantifica cuál es el real daño ocasionado, razón por la cual deberemos ver si la misma será retirada porque genera un daño a la salud de los cohabitantes del edificio o por el incumplimiento de alguna falta técnica o etapa previa a la construcción y colocación.

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

1. Reconstrucción de la premisa fáctica

En este proceso de amparo ambiental podremos ver el conflicto planteado por la parte actora por la resolución judicial de primera instancia, en la cual la a quo impone una contracautela de cinco garantías para continuar con el desmantelamiento de la antena, dentro de las instalaciones del edificio. Todo esto en virtud de las actuaciones de las partes en el proceso y la resolución municipal. Finalizando con la resolución del ad quem de no hacer lugar a la contracautela.

2. Historia procesal

Como punto de partida deberemos decir que el ad quem toma, solamente lo impuesto por lo que fue llamado a resolver, en este sentido podremos ver que el mismo si hace referencia a los pasos procesales que realizaron las partes para llegar a su instancia, como son el inicio del proceso, la falta de pruebas necesarias para la instalación de la antena según ordena la ley a saber A) Pre-factibilidad para la instalación de antenas con aprobación municipal y B) El estudio de impacto ambiental con las mediciones de radiación, y la imposición de la a quo de la medida cautelar de cinco garantías para proseguir con el desmantelamiento de la estructura.

3. Descripción de la decisión del tribunal

La cámara de apelaciones en lo civil y comercial de novena nominación, deja sin efecto la resolución de primera instancia, en la cual se impone una contracautela de cinco

garantías. Más allá de las explicaciones del ad quem de dejar de lado la misma por tratarse de una medida de derecho ambiental, podemos ver que el tribunal de segunda instancia, resolvió, buscando la protección del bien mayor que puede llegar a estar en peligro, ya que la parte demandada en ningún momento hizo referencia a las faltas cometidas de la inexistencia del estudio de impacto ambiental o el pedido de pre-factibilidad municipal que autorizaba la instalación de la antena en cuestión, ni al caso omiso de la imposición municipal del requerimiento de desmantelamiento por la falta de estas dos solicitudes administrativas previas a la autorización de construcción.

III Análisis de la Ratio Decidendi en la sentencia

Como se logra ver en el fallo de la cámara, se resuelve dejar de lado la resolución de la a quo, de imponer una contracautela contra la parte actora.

En defensa de su resuelvo el ad quem nos dice que “...la inexistencia del estudio de impacto ambiental y en la falta de autorización necesaria por parte de las autoridades públicas, es muy fuerte. No cabe, entonces, exigir a los amparistas que garanticen los daños que podría causar la medida” sumado a lo ocurrido en primera instancia, que es la falta de acción por parte de la demandada, en la que podría haber demostrado que la contraria no está siendo afectada, ni el haber hecho caso omiso de la resolución municipal la cual imponía la desinstalación de la estructura, es que deja sin efecto la resolución del a quo de imponer una cautelar de cinco garantías.

El ad quem en defensa de su resuelvo, hace hincapié en la falta de acción del demandado “...si verificamos que el ente municipal dispuso el desmantelamiento de la antena y ello no fue cumplido por el accionado” que es la total omisión a los requerimientos legales e imposiciones de penas definitivas por parte del ente municipal, por lo que el demandado correrá con la quita del derecho otorgado por la a quo de la contracautela requerida tal como autoriza la ley, siendo dicha inacción y la protección del bien mayor, la justificación de su fallo.

El tribunal, ya en sus últimos párrafos del resuelvo, nos expone “...pues existiendo riesgo de contaminación ambiental por ondas que se extienden en el espacio, resulta ineludible el estudio de impacto previo y las autorizaciones pertinentes de las autoridades públicas” con esto y lo anteriormente dicho por el ad quem, es que el mismo decide en el punto uno del resuelvo “Acoger el recurso intentado y revocar el decreto de fecha Diecisiete de Mayo de Dos Mil Diecisiete sólo en cuanto a la exigencia de contracautela

a los fines de acordar la cautelar dispuesta.” y se determina dejar sin efecto la resolución del a quo por las omisiones realizadas por la demandada. Pero no se realiza una justificación desde el punto de vista jurídico, por más que existan leyes nacionales, provinciales y municipales, con las cuales el tribunal podría haber apoyado su decisión como lo solicita el artículo 326 del código procesal civil y comercial de la provincia de Córdoba.

IV La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales.

En esta parte del trabajo se podrá ver y comprender, desde el punto de vista jurídico, porque se hace una crítica constructiva a la resolución del ad quem, desde el marco jurídico.

Para una mejor comprensión se explicará la crítica al resuelto del fallo elegido, porque se considera, que el mismo es arbitrario, no solo por la falta de justificación legal, sino porque perjudica directamente a la parte demandada al hacer caso omiso del derecho que le corresponde de tener una contracautela. Argumentado que el objetivo principal es el cuidado del medio ambiente.

Como principio legal, se debe aclarar que, todo resuelto, ya sea de primera instancia como del superior, debe estar justificado, no solo por una razón civil sino por razones jurídicas que respalden el mismo, sin dejar espacio a la duda de que la resolución no favorece a una de las partes más allá de lo solicitado y lo expuesto por las mismas en el proceso, ni es arbitraria, ya que nuestro código procesal civil y comercial de la provincia de Córdoba es preciso y claro al expresar en su artículo 326 que “Fundamentación: toda decisión definitiva deberá tener fundamentación lógica y legal bajo pena de nulidad” razón por la cual, en caso de que el fallo no esté justificado legalmente, como lo expone el artículo mencionado, podrá ser declarado nulo ante una posible solicitud de la parte.

Como se podrá ver, la postura no es caprichosa al momento de divisar esta falta grave por parte del ad quem, de no justificar desde el punto de vista legal su resuelto, más sabiendo que la controversia por la cual fue llamado a resolver, una de las partes se agravia con la a quo por hacer caso omiso a la ley específica que se aplica al caso en concreto. Agraviándose por el accionar del juez de primera instancia, podría inferirse

entonces que, la parte afectada, podrá agraviarse ante esta falta de justificación legal del ad quem al momento de resolver.

Veremos que, desde la ley madre de nuestra patria, se hace referencia a esta situación de defensa ambiental, en el artículo 41 y 42, con sus respectivos satélites legales. A nivel provincial en la ley 10208 de política ambiental (como un complemento del artículo 41 de la constitución nacional Argentina) el cual nos expone en su artículo 4 inciso B “Principio de prevención: las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e íntegra, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puede producir” con estos argumentos legales, el ad quem podría haber comenzado la justificación de su fallo y completarlo con el inciso B del artículo 8 de la misma ley en donde se solicita textualmente “La evaluación del impacto ambiental” realizado por autoridad competente, ya que este punto es totalmente necesario para determinar la pre-factibilidad para de la aprobación de obra, como nos solicita la ley en cuestión en su anexo II de proyectos obligados a presentar el aviso de proyecto y estudio de impacto ambiental en su título tercero de proyectos de infraestructura y equipamientos sub punto B infraestructura del transporte y la comunicación inciso G) “Instalaciones de transmisión o repetición de señales (antenas repetidoras de telefonía y/o comunicación en general)”.

Con todo lo anteriormente dicho podremos decir que el marco legal de la provincia de Córdoba, no es escueto en relación al problema ambiental en general y del caso que se expone en el presente trabajo en particular, ya que en la ley 9055 de la provincia en su artículo 6 inciso B indica “Que no existan antenas instaladas en azoteas con acceso al público a menos de seis metros en la horizontal de las propias antenas”, entonces el lector-lectora se preguntara cuál es la razón de ser de este comentario como crítica al resuelto del ad quem, es simplemente el talón de Aquiles del resuelto, por qué? porque sin este articulado no podremos hacer intervenir al ErSep, ni aplicar las normas de ANAC ni la ley 25675(Ley general del ambiente) que es la ley fundamental en defensa, protección y preservación ambiental en su conjunto.

Quizás el poseedor de este trabajo se pregunte sí es necesario tal explicación taxativa de las normas a las cuales hemos hecho referencia, pero sin su conjunto y aplicación, no veremos los errores de las partes al momento de atacar las pretensiones de la contraria, ni la justificación necesaria del resuelto; razón por la cual nos preguntamos y les preguntamos ¿Sí se cumplían las normas requeridas para la correcta instalación de

antenas, esta demanda hubiera prosperado? ¿En caso del tardío cumplimiento administrativo por parte de la demandada en los requerimientos legales, no sería necesaria la contracautela? O considera el lector-lectora que la demandada no realizó los mismos porque estaba en incumplimiento de las normas citadas.

Sin adelantarnos al último punto de este trabajo final, resulta indispensable hacer comprender que el objetivo es solamente cuestionar, desde el punto de vista legal, el resuelvo y no la finalidad del mismo; ya que el fallo abarca lo requerido para el bien común, pero eso no quita que, por su falta de justificación legal se lo pueda tomar como arbitrario.

V Postura del autor

Con el correr de este trabajo final se habrá notado que, desde el punto de vista del marco normativo, se cuestiona la resolución judicial del ad quem por su falta de justificación legal en el fallo.

Inicialmente para poder atacar el resuelvo del ad quem, se dirá que, el tribunal tendría que respaldar su resuelvo legalmente como se lo exige todo el marco normativo vigente dentro del territorio nacional, ya que el artículo 8 del código civil y comercial de la nación nos expone “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la autorización no está autorizada por el ordenamiento jurídico” ni la aplicación del artículo 326 del código procesal civil y comercial de la provincia de Córdoba, como se explicó anteriormente en el tercer párrafo del punto IV de este trabajo al cual nos remitimos, no es justificativo para que el resuelvo no este legalmente justificado y no sufrir por esta causa, la posible nulidad del fallo.

Más allá de lo expuesto anteriormente, deberemos determinar cuál es el real alcance y objetivo de este trabajo final de nota a fallo, ya que el mismo no solo está realizado para la correcta aplicación del derecho sino para el normal conocimiento del error de las partes, al momento de realizar las pretensiones procesales para la demanda y defensa del caso en concreto y la resolución del ad quem.

Continuando con nuestra posición y como ya nos explayamos anteriormente, el juez, es un tercero imparcial que debe resolver en virtud de lo aportado por las partes y en razón de lo solicitado, para no incurrir en una resolución ultra petita, extra petita o infra petita, situación por la cual, sin desprestigiar el buen alcance y sentido de la norma,

esta última debe ser aplicada al caso concreto con el alcance y espíritu por la cual fue creada, no podemos desechar la misma a nuestro criterio afectando los derechos de las partes, quebrando la paridad que el derecho le otorga a cada una de ellas al inicio del proceso.

Ya desde el inicio del caso, al cual nos remitimos, podremos ver que la parte actora se agravia exponiendo una supuesta afectación personal y grupal de los cohabitantes del edificio donde se encuentra la antena con la solicitud de desmantelamiento, pero no demuestra durante el proceso, cual es el real daño causado por la misma, si bien la parte demandada incumple un requisito, meramente administrativo municipal de el requerimiento de pedido de pre-factibilidad, presentación de planos de obra, zonificación y estudio de impacto ambiental. Pero esta circunstancia no deja de ser importante ya que como nos dice Cafferatta (2004) "... el tiempo y la duda científica, conspiran contra la certeza causal del daño ambiental" (p. 175), en acuerdo, con lo dicho por éste último, exponemos que el tiempo transcurrido y la falta de pruebas que reflejen lo manifestado por la actora en el expediente de primera instancia, no significa que todo lo pretendido por esta última, es cierto.

Si nos basamos en lo expuesto con respecto a la falta de las presentaciones administrativas municipales, deberemos decir que el ad quem, realiza un fallo coherente desde el punto de vista legal al salvaguardar el bien común, ya que nuestra constitución nacional exige en el artículo 41 " 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" y respectivamente el artículo 42 nos dice que "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de salud, seguridad e intereses económicos". Y sumado a esto, incumple con lo requerido por ANAC en el anexo, segunda parte de las normas y procedimientos de telecomunicaciones en jurisdicción aeronáutica en su artículo 3.2 la cual indica en su primer párrafo "Los solicitantes deben aceptar y cumplir con la aplicación de normas técnicas y de seguridad de las instalaciones vigentes en el ámbito nacional, provincial, municipal". Este artículo es de suma importancia, por más que no se hace referencia en el fallo, porque es el que determina los requisitos para la correcta instalación de la antena, ya que para que la misma se pueda construir, se debe cumplir, por ejemplo, con una altura determinada según los planos de obra y deberá contar con las balizas correspondientes,

de esta manera, no afectar el tránsito aéreo y evitar posibles accidentes dentro de la zonificación de influencia donde fue construida.

Podríamos llegar a coincidir, en que este conjunto de normas, más allá de ser un inicio para la futura habilitación, es un impedimento para realizar tales tareas si no se adquieren las aprobaciones pertinentes para no contaminar el medio ambiente en todas sus facetas. Porque como ya nos dice Lorenzetti (2008) “El derecho se expresa aquí mediante prohibiciones (no contaminar), o mandatos (preservar), que influyen sobre la propiedad o al contrato” (p.50). Siguiendo el pensamiento de este último autor, se logra ver cuál es el impacto jurídico que estas faltas de prueba y requerimientos administrativos llevaron al tribunal a resolver de la forma en que lo hizo. Tal como se describió en el análisis de la ratio decidendi, a la cual nos remitimos, no es solo el peligro que implica la afectación de los cohabitantes del edificio afectado por la instalación de la antena, si no que también la estructura edilicia, el espacio aéreo y la cuantificación métrica según la zona a la que afecta. Por más de que la justificación del tribunal es nula, desde el punto de vista jurídico en el resuelto según las leyes expuestas en el presente trabajo, no deja de llamar la atención, la falta de implementación de estas normas por alguna de las tres partes (actor, demandado y tribunal) en el presente juicio.

VI Conclusión

La elección del fallo que se utilizó en este trabajo final, se basó en la notoria y escasa argumentación del tribunal para dejar sin efecto la cautelar en favor de la demandada. Esto despertó la necesidad de buscar cómo debería haber sido la correcta ejecución de la construcción de la estructura y colocación de la antena que hubiera brindado un servicio, hoy considerado como esencial, sin que esto implique olvidarnos de todo aquello que puede verse afectado en materia ambiental. Como se puede ver en cada punto de este trabajo, existen leyes y reglamentaciones que detallan el paso a paso para hacer efectiva la prestación del servicio, cuidando y preservando el medio ambiente. Entonces, por qué permitir que el dictamen al que se está llegando, sea vulnerable como es el caso del fallo elegido.

En el dictamen se hace referencia a los posibles efectos negativos y la afectación ambiental de la antena instalada en el edificio en el que se encuentra la estructura con el pedido de desmantelamiento, pero también se lograron divisar que las otras faltas

cometidas por la demandada podrían afectar al medio ambiente y por ende a toda la sociedad.

La crítica a la justificación del ad quem, es porque aquí no se está evaluando solo si corresponde por derecho la adquisición de una contracautela a favor del demandado; aquí se critica la falta de justificación legal por parte del tribunal, en la que debería basarse si su objetivo primario es defender el medio ambiente en el que habitamos y no solo hablar de una falta muy fuerte. Si nos apoyamos en todos los requerimientos, normas y leyes que se deben respetar para que se autorice la obra, y estas hubieran sido reflejadas en el fallo, este último se hubiera visto fortalecido y difícilmente podría ser susceptible de un pedido de nulidad.

Como conclusión y con la coherencia de este trabajo final veremos que, con las correctas (y justificadas) explicaciones desde el punto de vista legal, no podríamos decir que el resuelto, en donde se rechaza la contracautela, es subjetivamente arbitrario quebrando la paridad que el derecho le da a las partes dentro del proceso y lógicamente, este trabajo se derivaría al apoyo del mismo y no a la crítica constructiva para el normal y correcto resuelto por parte del ad quem.

VII Listado de referencia bibliográfica

Doctrina

Cafferatta N. A. (2004). Introducción al Derecho. México: Ed. del deporte Mexicano.

Lorenzetti, R. L. (2008). Teoría del Derecho Ambiental. México: Ed. Porrúa.

Legislación

1. Código procesal civil y comercial de la provincia de Córdoba.
2. Código Civil y Comercial de la Nación.
3. Constitución de la nación Argentina
4. LEY 9055 De la Provincia de Córdoba.
5. LEY 10208 Política Ambiental Provincial.
6. LEY 25675, Ley general de ambiente.

7. Normas y procedimientos de telecomunicaciones en jurisdicción aeronáutica ANAC.

Jurisprudencia

1. “Bonino, Mariel Aldana y otros c/ Texto SA y otro - Amparo - Cuerpo De copias de Apelación”.