------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut a los 3 días del mes de Febrero del año dos mil doce, reunido en Acuerdo la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y Minería del Superior Tribunal de Justicia con la Presidencia de su titular, Dr. José L. PASUTTI, y asistencia de los Sres. Ministros Dres. Daniel Luis CANEO y Fernando S. L. ROYER para dictar sentencia en los autos caratulados: **“T. M. P. S.A. c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa” (Expte. N° 21.831-T-2009)** y atento lo dispuesto por la Acordada Nº 3204/00, correspondió el siguiente orden para la emisión de los respectivos votos: Dres. CANEO, ROYER y PASUTTI .----------

------ Acto seguido se resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es procedente la demanda? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------ A la primera cuestión el Dr. CANEO, dijo:----------

------1.- La empresa T. M. P. S.A. -proveedora de combustible a naves- fue pasible de una multa, aplicada conforme la Ley XI Nº 35 (Ley Nº 5439) -Código Ambiental de la Provincia- por la Subsecretaría de Regulación y Control Ambiental (SRyCA), por vía de la Disposición N° 127/08, en virtud de un derrame ///de hidrocarburo (petróleo) en el mar, emanado de una de sus monoboyas en la zona de Caleta Córdova.----------

///

------ Viene a esta Jurisdicción pretendiendo la nulidad de este acto, solicitando se revoque la sanción impuesta, impugnando además la Disposición N° 067/09 de la misma autoridad administrativa que rechazó el Recurso de Reconsideración opuesto en contra de la medida, así como cuestiona la legalidad de la Resolución N° 29/09 del Sr. Ministro de Ambiente y Control de Desarrollo Sustentable que desestimó el Recurso Directo interpuesto contra la Disposición antes mencionada.----------

------ Además, persigue la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 138° y 139° -en Digesto 137º y 138º- de la Ley mencionada.----

------ En el Apartado I. ANTECEDENTES comenta que el 29 de diciembre de 2008 el Sr. Subsecretario de Regulación y Control Ambiental dictó la primera de las Disposiciones antes referidas, que le aplicó la multa cuestionada y la transcribe.----------

------ Estimando la misma ilegal, refiere que intentó el 15 de Enero de 2009 Recurso de Reconsideración con Jerárquico en subsidio, solicitándole al funcionario mencionado en el párrafo anterior, la revocara o en su defecto concediera el jerárquico. Ante esa hipótesis, pedía que el Sr. Ministro del área la dejara sin efecto.----------

------ Esgrimió la Sociedad actora, entre otros agravios, la falta de motivación del acto y la afectación irreparable de su derecho de defensa, ///al no haberle dado la posibilidad de efectuar descargo alguno, añadiendo la desproporción de la sanción aplicada con el hecho

sancionado - lo que calificó como un exceso de punición - desarrollando cada uno.----------

------ Indicó los elementos esenciales del acto administrativo y destacó que de la falta de concurrencia de uno o varios de esos requisitos resultan los posibles vicios que afectan la validez del acto. Entendió T. M. P. S.A. que al dictarse el acto recurrido se omitió la debida observancia de algunos de estos elementos esenciales motivo por el cual -argumentó- se encuentra viciado; los enumeró y desarrolló.----------

------ Acusó que el "procedimiento legal" fue inobservado y explicó que el órgano omitió notificarla de las actuaciones administrativas, privándola de formular descargo y de ofrecer pruebas, transgrediendo de ese modo -dijo- la garantía constitucional de defensa en juicio y del debido proceso previsto en el art. 18° de la Constitución Nacional. Agregó que dicho comportamiento vulneró también el "principio de la imprescindible audiencia de parte" previsto en el punto 4) del art. 26° de la Ley de Procedimientos Administrativos. Por ello consideró que dicho acto es nulo de pleno derecho, según lo prescripto en el artículo 33° inciso c) de la referida Ley.----------

///--- En relación a *"la falta de motivación"* afirmó que la Disposición es nula pues *"omite detallar no sólo los fundamentos de dicha decisión sino también los elementos que sirvieron de base para confirma la medida…"* (fs. 13 vta.). Comentó qué se entiende por "*motivación"* y destacó que en el caso no hay *"explicación jurídica"* y tampoco un relato de los hechos

///

en que se funda la decisión; de ello derivó que el acto es carente de legitimidad y nulo de nulidad absoluta, pues la Disposición cuestionada *"lejos está de cumplir con el imperativo legal…"* del art. 30 inciso b) Dto. Ley N° 920. Aseveró que se limita a exponer que la ahora actora cometió una infracción al "Código Ambiental de la Provincia del Chubut" omitiendo aportar fundamento alguno que le sirva de sustento. Entonces -añadió- *"corresponde reducir al mínimo legal la sanción impuesta en aquéllos casos en que el juez administrativo no esgrimió mayores fundamentos para justificar esa graduación ni consideró que la recurrente carecía de antecedentes sumariales"* (fs. 14 vta.).----------

------ Aseveró que esta omisión no fue casual, y la falta de fundamentación de la decisión impugnada la coloca -subrayó- en un estado de absoluta indefensión afectándose el derecho de defensa. Porque al desconocer los motivos que llevaron a la Subsecretaría a decidir como lo hizo -adujo- se encuentra imposibilitada de refutar debida y adecuadamente la decisión.----------

------ Destacó también que en el caso, el elemento "*causa del acto" "se encuentra totalmente ausente en el acto administrativo"* (fs. 15). Sostuvo que un análisis serio de los hechos y circunstancias que constituyen la razón de la Disposición pone de manifiesto que los hechos que ///legalmente autorizarían o justificarían el nacimiento de aquél se encuentran absolutamente ausentes en el caso.----------

------ Además, aseguró que contiene *hechos falsos* como cuando dice "*de las constancias obrantes en el mencionado expediente surge plenamente*

///

acreditado el incumplimiento en la adopción de medidas preventivas, y de las medidas eficaces tendientes a la mitigación o saneamiento ambiental necesario en clara violación a los artículos 38 y 41 de la Ley…N° 5438 y artículo 109 de la Constitución…" (fs. 15).----------

------ Controvierte esa afirmación, comentando que fue acreditado que el día 2 de diciembre de 2008, a las 2.50 hs., el cambio de las condiciones meteorológicas (dirección e intensidad del viento) motivó que el buque tanque amarrado a la boya se aproximara a la misma requiriéndose la acción del remolcador para evitar el impacto. Refirió que posteriormente, como consecuencia de las fuerzas actuantes sobre el buque tanque (ola, viento, corriente de marea, inercia del buque y acción del remolcador) se produjo un movimiento que sobrecargó súbitamente al cabo de amarre produciendo la rotura. El *B/T Gennmar Spyridon* continuó su evolución y traccionó la línea de mangueras flotantes, accionándose el dispositivo de seguridad "Breakaway coupling", instalado con el objeto de prevenir la rotura de las mangueras y el derrame descontrolado de su contenido. Justificó de ese modo, que "*los mecanismos de seguridad funcionaron en la forma debida…por esto que el derrame fue mínimo"* (fs. 15 vta.).------

///--- Alegó haber reaccionado de manera inmediata para mitigar las consecuencias ambientales que el hecho accidental podía ocasionar y detalla las siguientes acciones que realizó: activación del Plan de Emergencias, confirmación de la seguridad del personal y equipos, confirmación de control de derrame y del Centro del Comando del Incidente y Centro de Operaciones de Respuesta en Playa de tanques de Caleta Córdova, convocatoria de personal y equipos para respuesta en

costa, evaluación del derrame con luz diurna, aplicación de técnica de recuperación en el mar acorde a observaciones efectuadas desde embarcaciones y sobrevuelo de helicópteros, reconfiguración de técnica de respuesta en función de cambios en la meteorología, monitoreo aéreo y determinación de posible zona de impacto, movilización de personal y equipo en respuesta y limpieza convocados a zona “Barrancas blancas”, quienes -afirmó- llegaron antes del impacto y desplegaron cordones y mantas absorbentes en 800 metros de costa e inicio de recolección y limpieza de ésta en zona afectada.----------

------ Puntualizó que los días posteriores al accidente efectuó tareas de recolección y limpieza, las cuales se realizaron con gran intensidad entre los días 3 y 7 de diciembre de 2008.- Entre otras -detalló- se contuvo y recuperó por el método de absorción utilizando cordones y mantas, recolección de elementos empetrolados, estiba provisoria en volquetes y transporte al interior de la terminal de Caleta Córdova. A partir del 8 del mismo mes y año -completó- las actividades se concentraron en la captación de trazas de hidrocarburo remanente contenido en piedra granza o rocas las que naturalmente se desprendían por la acción del mar, ///concluyendo las actividades el día 19 cuando ya no se observaba -mencionó- absorción en los cordones y mantas de hidrocarburo.----------

------ De lo expuesto deriva que llevó a cabo en tiempo, forma y modo debido las medidas preventivas y correctivas, justificando con ello que la sanción impuesta es desacertada. Reiteró que para suplir la inexistencia de causa, la Administración manifestó una *“falsa causa”* que no se corresponde con lo acontecido, por ello -insistió- el acto es

///

“invariablemente nulo”. Citó doctrina y jurisprudencia para abonar su criterio.----------

------ Seguidamente, bajo el subtítulo “El Exceso de Punición” explicó que la decisión en crisis aplica una multa de PESOS DOSCIENTOS TREINTA MIL ($230.000) por infracción de los artículos 38°, 41° y 47° inciso g) de la Ley N° 5439 y el art.109° de la Constitución Provincial, imponiéndole -subrayó- el máximo establecido en la norma.----------

------ Sostuvo que la decisión atacada deviene nula por la inexistencia de una proporcionalidad entre la sanción y el hecho generador de la misma que configura un *exceso de punición.* Así lo cree porque se le aplicó el máximo de la sanción, no se consideró -destaca- el Informe Final acerca del Incidente Contaminante confeccionado por el personal de la ahora actora y presentado por ante Prefectura Naval Argentina.----------

///--- Afirmó que al aplicar la multa, la Subsecretaría omitió estimar que la causa del derrame obedeció a la rotura del cabo de amarre producido por las cambiantes condiciones climáticas; que el hecho causante no se debió a un hecho u omisión atribuible a ella o a personal a su cargo, que el dispositivo *“Breakaway coupling”* funcionó oportuna y adecuadamente, que los procedimientos y sistemas de seguridad se accionaron y actuaron satisfactoria y oportunamente evitando un derrame de mayor volumen, que la cantidad de crudo escalante derramado, según la información del fabricante del dispositivo fue de 2,8 m3, cantidad casi insignificante, lo que determinó la inexistencia de consecuencias dañosas

///

tanto para el ambiente como para el Estado y/o terceros, además no registra antecedentes relacionados al hecho que se pretende sancionar.----

------ Justificó con el detalle anterior la falta de proporcionalidad como causal de invalidez del acto recurrido al que considera *irrazonable.* Citó fallos de la CSJN referidos al exceso de punición, fincó la misma en el caso destacando que ante un derrame carente de entidad pretende la Subsecretaría imponerle casi el máximo de la multa prevista.----------

------ Expresó que si bien interpuso el recurso sin el previo pago de la multa respectiva, ello no puede obstaculizar su trámite y resolución. Transcribió el art. 138° de la Ley N° 5439 y señaló que la inconstitucionalidad de la misma se impone porque vulnera el derecho de defensa. Refiere que la norma consagra el principio de "*solve et repele"* cuya constitucionalidad -opinó- ha sido cuestionada, especialmente luego de la incorporación de los tratados internacionales. Reprodujo jurisprudencia.----------
///--- Cuestionó también la constitucionalidad del art. 139° de la Ley comentada, el cual prevé que los recursos que se intenten carecen de efecto suspensivo; norma que -interpretó- vulnera los derechos de los particulares al establecer el carácter devolutivo de los recursos y los actos administrativos atacados podrían dañar seriamente los intereses y derechos de los particulares. La ejecución del acto aquí recurrido – destacó- ocasionaría graves e irreparables perjuicios.----------

------ Relató que el 6 de abril de 2009 fue dictada la Disposición N° 67/09 que denegó los recursos interpuestos y la transcribe (fs. 19 vta./20

vta.). Cuenta que en su contra dedujo “Recurso Directo” por ante el Sr. Ministro de Ambiente y Control de Desarrollo Sustentable alegando que fueron rechazados los remedios intentados “*sin siquiera tratar la cuestión de fondo e invocando un requisito legal que resulta abierta e indiscutidamente inconstitucional”* (fs. 21 vta.). Destacó que el Sr. Subsecretario no dio tratamiento a los agravios esgrimidos en el erróneo entendimiento -opinó- de que la falta de pago de la multa obsta el trámite de los recursos e indicando que el planteo de inconstitucionalidad no puede ser resuelto en sede administrativa.----------

------ Mencionó que basándose en un “*artilugio legal y puramente formal”* omitió el funcionario dar tratamiento a los argumentos esgrimidos por quien ahora acciona y vuelve a relatar los mismos que antes expuso para sostener la Reconsideración (fs. 22/22vta.); alegó que pretender el depósito previo de enorme suma configura un supuesto de ///afectación a la garantía de la propiedad consagrado en el art. 17° de la Constitución Nacional conjuntamente con el 18° -adicionó- pues se impide el ejercicio de las garantías de defensa en juicio y debido proceso legal de éste emergentes. Además, violenta lo prescripto en el art. 10° de la Declaración Universal de Derechos Humanos porque el funcionario que la impone no reúne las calidades de independencia e imparcialidad que ésta impone.----------

------ Aseveró que si bien es cierto que la Administración Pública no se encuentra facultada para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, no menos cierto es que llevar esto al extremo pretendido es *“muy peligroso y …violatorio de los derechos de los particulares”* (fs. 23), porque –

///

indicó- desconoce que la interpretación de las normas debe efectuarse dentro de un conjunto armónico, dentro de la idea de unidad sistemática del ordenamiento jurídico, pues es éste -señaló- el constante pensamiento surgido de los pronunciamientos de la Corte, de los que deriva que es regla de la interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador y transcribe un fallo. Agregó que del contraste de la norma cuestionada con el resto del ordenamiento jurídico *"la inconstitucionalidad de la misma no puede válidamente controvertirse y …su inaplicabilidad es terminante y definitivamente concluyente"* (fs. 23 vta.).----------

------ Consideró que han desaparecido las circunstancias en las cuales la regla del "*solve et repete"* ha podido ser razonablemente aplicada, pues la misma -desarrolló- es parte de una concepción jurídica por la cual el Estado es inmortal y se encuentra en condiciones de repetir lo mal ///percibido por lo que, en el supuesto de una sentencia que admitiera la improcedencia de la multa, el sancionado podría obtener rápidamente el reintegro de la suma abonada. Señaló que hoy la realidad de los Estados es otra y la describe.----------

------ Completó ello, mencionando que el pago previo de la multa afecta sus intereses porque -según afirmó- debe desviar recursos destinados a la operación de la concesión que se presta como servicio público, explicando que esos recursos provienen de la facturación de sus servicios de almacenaje y embarque con las tarifas que autoriza la Secretaría de Energía de la Nación, tarifas que -expuso- permanecen congeladas pese a los pedidos de actualización y el retraso de esa tarifa ha conducido a una

insuficiencia de recursos que -según dijo- impiden desviar el importe de la multa.----------

------ Los argumentos expuestos -refirió- también fueron rechazados de manera ilegal el 14 de agosto de 2009 mediante Resolución N° 29/09, la cual transcribe (fs. 24 vta./26), agotando de ese modo -subrayó- las instancias administrativas. Y sintetizó *"…el recurso de reconsideración fue rechazado por no haber efectuado el pago previo de la multa, es decir una cuestión formal -basada en una norma inconstitucional- …los agravios expresados en sede administrativa y no tratados permanecen incólumes y son ratificados en este escrito…La anulación de la Disposición N° 127/08…conlleva también el pedido de anulación de la Disposición N° 67/09 y de la Resolución N° 29/09…"* (fs. 26 vta.).--------

///--- Finalmente expresó haber sido arbitraria e ilegítimamente sancionada y haber agotado todos los recursos administrativos con que contaba, los cuales fueron rechazados simplemente por no abonar en forma previa el importe de la multa. Estimó que esto no puede ser permitido porque es contrario al orden constitucional y a los pactos internacionales suscriptos por nuestro país. No quedan dudas -añadió- que los actos emanados de la Administración soslayan el derecho de defensa, la garantía del debido proceso considerando que son arbitrarios y carecen de la debida fundamentación.----------

------ Fundó en derecho, ofreció prueba y formuló reserva de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos conforme lo prevé el Pacto de San José de Costa Rica.----------

///

------ 2.- Que a fs. 29 es intimada la Sociedad actora, sin perjuicio de la resolución oportuna del planteo de Inconstitucionalidad de los arts. 138° y 139° de la Ley N° 5439 – en Digesto con numeración 137 y 138 Ley XI Nº 35 (diferido para esta ocasión procesal), a dar cumplimiento con el pago que impone el primero de los preceptos mencionados. Lo que se tuvo por cumplido a fs. 46.----------

------ 3.- Ordenado y corrido el traslado a la Provincia del Chubut, contesta a fs. 55/63, solicitando se rechace la demanda en todas sus partes con expresa imposición de costas a la contraria.----------

///--- Luego de la negativa genérica que es de práctica, la Provincia demandada niega la *"procedibilidad de la acción promovida"*, que se deba declarar la nulidad absoluta de la Disposición N° 127/08 en cuanto aplica una multa a la accionante y deba revocarse. Tampoco procede -sostiene- la nulidad de la Disposición N° 67/09 que resolvió no conceder el Recurso de Reconsideración ni que deba declararse la nulidad de la N° 29/09 en cuanto rechazó el Recurso Directo interpuesto. Controvierte que deba declararse la inconstitucionalidad de los arts. 138° y 139° de la Ley N° 5439 (en Digesto -insisto- Nº 137 y 138 Ley XI Nº 35). Niega que la Disposición N° 127/08 esté impregnada de ilegalidad, carezca de motivación, afecte el derecho de defensa ó que no se le haya otorgado a la contraria posibilidad de efectuar descargo. Es falso -añade- que la sanción aplicada no guarde relación con el hecho sancionado y que configure un caso de exceso de punición; que la Disposición N° 67/09 sea ilegal que haya agraviado intereses de la actora, que surja de la

misma que el Subsecretario haya omitido tratar los agravios vertidos por quien ahora acciona, que para ello se haya recurrido a un artilugio legal y puramente formal o que los mismos sean demostrativos de la sinrazón de la multa aplicada. Niega que la pretensión de depósito previo configure un supuesto de afectación a la garantía de propiedad ó que violente el art. 18° de la Constitución Nacional. Además, controvierte que sea injusta, arbitraria, antijurídica, ilegal ó inconstitucional la decisión administrativa, que dicha norma violente el art. 10° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; que el artículo 138° de la Ley N° 5439 sea inconstitucional, que se haya interpretado la norma en forma aislada, ///que ese planteo devenga necesario y oportuno, que haya debido ser tratado, que hayan desaparecido las circunstancias por las cuales la regla *"solve et repete"* ha podido ser razonablemente aplicada, que el pago previo de la multa afecte intereses de la actora y que por ello deba desviar recursos destinados a la operación de la concesión que dice presta como servicio público (Decreto N° 44/91) porque el retraso de la tarifa haya conducido a una insuficiencia de recursos que le impidan abonar el importe de la multa. Finalmente, niega que deba declararse la nulidad de la Disposición N° 127/08 SRyCA y las dictadas en consecuencia, que la actora haya sido arbitraria e ilegítimamente sancionada, que la norma por ella invocada sea contraria al orden constitucional y a los pactos internacionales y que sea aplicable al caso la doctrina y jurisprudencia invocadas.----------

------ En el Acápite IV.A) la Provincia demandada expone su versión de los hechos. Narra que el día 2 de diciembre de 2008 se produjo un incidente en la monoboya ubicada en la zona de Caleta Córdova

///

consistente en el derrame de hidrocarburo (petróleo) al mar por parte de la empresa actora, lo que motivó una investigación de los hechos, de la causa de lo ocurrido, la afectación ocasionada al medio ambiente y la responsabilidad de la nombrada. Apunta que actuó la Autoridad de Aplicación de la Ley XI N° 35 (Ley N° 5439) de conformidad con lo establecido en sus arts. 100° inc. m) y 136°.----------

------ Comenta que iniciada la investigación tendiente a verificar lo sucedido se realizaron numerosas inspecciones y relevamientos en el lugar del hecho y alrededores, incluyendo la costa del mar sumamente ///afectada por el impacto del hidrocarburo en el sector denominado Barrancas Blancas, conforme surge de las actas y registros fotográficos agregados al Expediente Administrativo. Asevera que se pudo determinar que la causa del derrame se debió al accionar en la monoboya de Caleta Córdova donde se constató el efectivo perjuicio ocasionado al medio ambiente y la responsabilidad de la actora en el mismo.----------

------ Detalla que analizadas las pruebas producidas e incorporadas en el trámite administrativo se dispuso aplicar la sanción de multa a la Empresa accionante, la cual fue graduada en menos de la mitad del monto previsto en el art. 147° de la Ley mencionada y lo transcribe. De ese trámite y de la lectura de la Disposición N° 127/08 SRyCA –subraya- no se vislumbra ilegalidad alguna, más bien –sostiene- impone una pena en virtud de una infracción cometida por la empresa al Código Ambiental de la Provincia, por un hecho grave hacia el medio ambiente, conforme ha quedado acreditado en el Expte. N° 2374 “ S.A. S/ Presunta Infracción a la Ley 5439”.----------

///

------ Afirma que el planteo de la empresa sancionada se contrapone con la grave infracción cometida y la prueba colectada en el expediente referido, calificándolo como un artilugio para intentar eximirse de responsabilidad y del pago de la multa, opinando que ello deberá ser rechazado pues carece de sustento fáctico y jurídico. Niega nuevamente que el acto carezca de motivación, afecte el derecho de defensa o que no haya brindado oportunidad de efectuar descargo u ofrecer pruebas.--------

///--- Justifica la sanción impuesta a la actora en lo previsto por los artículos 38°, 41° y 47° inciso g) en concordancia con el 147° inciso a) de la Ley XI Nº 35 - Código Ambiental de la Provincia.----------

------ Estima la demandada que la tipicidad de la sanción debe ser interpretada conforme el análisis global de la normativa ambiental; sostiene que es claro que el sujeto pasivo de la sanción resulta ser aquel responsable de evacuar efluentes de cualquier origen a cuerpos receptores que signifiquen una degradación o desmedro del aire, del suelo o de las aguas de la Provincia –explica- sin previa adecuación a las normas de calidad fijadas para el cuerpo en que se produce la descarga y que los convierte en inocuos o inofensivos para la salud de la población, para la flora y la fauna (art. 41°). Añade que el art. 47° inc. g) prevé "*Se prohíbe el vertido en el mar de jurisdicción provincial de las siguientes sustancias… g) Petróleo crudo, fueloil…*" Indica que la facultad otorgada al Poder Ejecutivo en la materia, encuentra fundamento en el art. 109° de la Constitución de la Provincia, el cual transcribe.----------

///

------ En relación a la “Razonabilidad de la Multa aplicada” menciona que conforme surge de los Considerandos de la Disposición N° 127/08 SDyCA surge que para la cuantificación del monto de la infracción se tuvo en cuenta lo establecido en el Capítulo de las sanciones de la Ley XI N° 35. Con mención del Informe técnico, funda haber considerado “*…la gravedad de la afectación de la zona, corresponde aplicar la sanción por un valor equivalente a 100.000 litros de gas-oil, tal lo prescripto por la norma …sancionándosela con multa de $ 230.000”* (fs. 58 vta.). Explica ///que siendo el máximo de la multa que la Ley prevé de 250.000 litros de gas –oil, resulta sencillo advertir que la pena aplicada ha sido reducida a un cuarenta por ciento del máximo legal, justificando que ello desestima *“cualquier indicio de arbitrariedad o irrazonabilidad”*.----------

------ Refiriéndose al cuestionado principio “*solve et repete*” cuya constitucionalidad cuestiona la accionante, señala que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha esbozado reiteradamente *“…la exigencia de depósitos dinerarios previstos como requisito de viabilidad de los recursos de apelación no es contraria a los derechos de igualdad y de defensa en juicio”* (fs. 59), agrega que encuentra amparo legal en nuestra Provincia y que ha sido sostenido en numerosas oportunidades por este Superior Tribunal de Justicia. Funda su postura con cita de Manuel DIEZ.----------

------ Señala que la necesidad del pago previo reclamado es legal pues surge del art. 137° antes mencionado, facultad otorgada a la autoridad de aplicación, que tiene su origen -añade- en la presunción de legitimidad de los actos administrativos y el principio de ejecutoriedad de los mismos;

///

describe con MARIENHOFF qué se entiende por ambos conceptos. Y concluye *“ …la facultad de la administración de procurar el pago de la multa previo a su impugnación deviene necesariamente de las potestades a ella otorgadas en virtud de las características del acto administrativo dictado, amén de su fundamentación legal en el cuerpo normativo ambiental”* (fs. 59 vta.).----------

///--- Rechaza el argumento de la contraria relativo al menoscabo del derecho de defensa, en tanto la misma no ha explicitado -dice- cuál ha sido la afectación concreta a dicho derecho, porque interpuestos los recursos administrativos los mismos fueron denegados por no cumplir los requisitos de admisibilidad.----------

------ Alude al planteo de inconstitucionalidad deducido contra los arts. 138° y 139° de la Ley 5439 –ahora 137° y 138° Ley XI N° 35- y hace referencia al criterio sentado por la Procuración del Tesoro de la Nación que expuso “*No corresponde al Poder Administrador pronunciarse sobre la cuestión constitucionalidad planteada, sino al Poder Judicial, en caso de serle llevado concretamente el problema”* (T° 136 –F° 400), cita otros dictámenes en idéntico sentido y abona su postura con la opinión de GORDILLO, decretos y resoluciones y fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fs. 60/61), destacando que el criterio expuesto en ellos es contrario a la postura de la actora y favorable al sostenido por el Ministerio de Ambiente y Control de Desarrollo Sustentable en las actuaciones administrativas.----------

///

------ Justifica su obrar indicando que en el Fallos 324:3722 la Corte, adhiriendo al dictamen de la Procuración, falló "*La mentada regla del solve et repete ha sido receptada en diversos ordenamientos locales y en distintas leyes del ámbito federal…y su validez constitucional fue declarada por la constante jurisprudencia de V.E. , destacándose que el requisito del previo pago no importa, por sí mismo, violación del art. 18 de la Ley Fundamental (conf. Fallos 247:181; 287:473) Empero el ///propio Tribunal ha morigerado tal exigencia en aquellos casos en los que existe una desproporcionada magnitud entre, la suma que el contribuyente debe ingresar y su concreta capacidad económica o su estado patrimonial, a fin de evitar que el pago previo se traduzca en un real menoscabo de garantías con que cuenta con protección constitucional (Fallos 285:302; 322:332)"* (fs. 61). Y en ese sentido – asevera- la accionante no ha acreditado la falta de solvencia económica para certificar el perjuicio y el menoscabo de garantías constitucionales, entonces -razona- tampoco proceden las excepciones creadas pretorianamente por el Cimero Tribunal; transcribe fallos que refieren a esa doctrina judicial (fs. 61/61 y vta.) y con ella insiste la Provincia *"…la empresa accionante…en modo alguno ha acreditado que la imposición de la multa impugnada y el requisito del previo pago pudieran generar un perjuicio o menoscabo importante en su patrimonio del cual surgiera con claridad una lesión a sus garantías constitucionales o directamente su imposibilidad de pago"* (fs. 61 vta. "in fine"). Deriva de ello, que los argumentos expuestos en el libelo inicial *"no resisten el menor análisis"* pretendiendo la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal de la cual no acreditó -acusa- su arbitrariedad ni el perjuicio causado.-----

///

------ Manifiesta que si bien la actora el 23 de octubre de 2009 interpuso la presente demanda, a su vez, la Provincia inició la correspondiente Ejecución Fiscal de conformidad a lo establecido en el artículo 7° inciso 3) de la Ley V N° 96. En el mes de Junio de 2010, recaída sentencia firme en esa causa y *"en total contradicción con su accionar anterior"* la ///actora efectuó el depósito del capital reclamado. Ello -interpreta- *"constituye …un claro caso de aplicación de la doctrina de los actos propios…"* (fs. 62); interponiendo primero una demanda contencioso administrativa solicitando la declaración de nulidad de la Disposición que aplica la multa y planteando la inconstitucionalidad del *solve et repete*, abonó luego –subraya- en la ejecución fiscal la suma que antes dijo no correspondía abonar. Reseña la opinión de autores y fallos referidos a esa doctrina y colige *"…es claro que cuestión que plantea en la presente demanda ha devenido en abstracto y así solicitamos se declare, rechazando la misma en todas sus partes, con expresa imposición de costas…"* (62 vta.).----------

------ 4.-La prueba aportada es exclusivamente documental, consistente en el Expediente Administrativo N° 2374-MAyCDS-2008 " s.a. S/ Presunta Infracción a la Ley 5439", en 142 fojas útiles.----------

------ A fs. 65 la Sociedad actora -a través de su Apoderado- solicita se declare la cuestión de puro derecho en los términos del artículo 363° Ley XIII N° 5 (antes art. 359° del C.P.C.C.), ordenándose a fs. 66 correr traslado por su orden, quedando notificada la demandada a fs. 67 y vta.- La actora no formuló dúplica.----------

///

------ 5.- A fs. 68 se ordena el pase al Sr. Procurador General quien emite su Dictamen a fs. 69/71 y vta.. Preliminarmente narra los antecedentes de hecho de la causa y efectúa un *"repaso"* del Expediente Administrativo acompañado como prueba. Observa que si bien en ningún momento la accionante fue notificada concretamente de las infracciones al Código ///Ambiental, en cuanto a la transgresión del procedimiento legal establecido y por aplicación de la teoría de la subsanación seguida por esta Sala -recuerda- la ahora actora omite señalar en los recursos deducidos en sede administrativa cuales fueron las defensas y/o pruebas de las que dice haber sido privada como consecuencia de la falta de notificación del procedimiento. Carencia que persiste -agrega- en el escrito inicial. Subraya que en tanto no ofreció otra prueba tendiente a acreditar su versión de los hechos el pedido de nulidad fundado en la violación del derecho de defensa no puede prosperar. En relación a la falta de motivación del acto administrativo, luego de citar precedentes del Cuerpo, estima que el ataque efectuado contra la Disposición N° 127/08 SRyCA debe ser desestimado, pues se remite a las actas de inspección. Detalla las que están agregadas en los obrados administrativos y considera que, en tanto los Considerandos del acto mencionan aquellas y realiza el encuadre legal de la situación, la motivación de la decisión -interpreta- se encuentra claramente expuesta, debiendo rechazarse el planteo de nulidad que en su falta se sustenta. Refiere a la alegada falta o falsa causa, resumiendo el relato de acerca del modo en que habría acontecido el derrame de petróleo y destaca que no se acompañó prueba ni otro elemento que permita corroborar la versión del hecho accidental productor del derrame que brinda la actora. Ello importa -completa- un reconocimiento que el hecho se produjo durante la prestación del servicio

///

de cuya concesión es titular quien ahora acciona y que las medidas preventivas adoptadas por T. -asevera- fueron efectivas para evitar un derrame mayor pero no para evitar el producido. Añade que, ///ante la orfandad probatoria, la presunción de legitimidad de la Disposición que se cuestiona permanece incólume, debiendo desestimarse el planteo de nulidad por falsa causa. Propicia idéntica solución para la pretendida nulidad por exceso de punición, explicando que la multa impuesta lejos está de ser desproporcionada, pues la sanción aplicada es del cuarenta por ciento del máximo legal previsto.----------

------ En relación al pedido de inconstitucionalidad de los artículos 137° y 138° del Código Ambiental que interpone la empresa accionante, menciona precedentes de este Tribunal y sostiene que para efectuar el análisis no corresponde realizar ninguna distinción entre multa e impuestos, asimismo para habilitar la excepción al principio -añade- quien intente eximirse del pago previo deberá acreditar en la causa la existencia de los presupuestos señalados. Opina que las alegaciones de la actora no dejan de ser simples manifestaciones genéricas sobre la imposibilidad de hacer frente al pago, sin haber probado o intentado probar -destaca- por medio alguno los extremos esgrimidos, los cuales no se verifican -señala- de la prueba producida en el Expediente Administrativo. Concluye que en autos no se encuentran reunidos los presupuestos que habiliten la excepción debiendo rechazarse la pretensión de inconstitucionalidad. Idéntico tratamiento propone en relación al artículo 138°, en tanto fija efecto devolutivo a los recursos interpuestos contra el acto que impone la multa, explicando que se limita a argüir que la ejecución del acto le causará irreparables perjuicios, sin

///

precisar cuáles serían esos daños ni ofrece prueba tendiente a su comprobación. Con todo ello, aconseja se rechace la demanda en todos sus términos.----------

///--- 6.- A fs. 72 se llaman autos para sentencia y a fs. 73 se practica el sorteo de la causa.----------

------ 7.- **ANÁLISIS:** ----------

------ I.- Sujeto pasivo de multa aplicada por la Subsecretaría de Regulación y Control Ambiental, dependiente del Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable, T. acude a este juicio con la pretensión de nulidad antes descripta.- Incluye asimismo, planteos de Inconstitucionalidad: de la exigencia del “solve et repete”, que la Ley XI Nº 35 (Ley Nº 5439) ha previsto tanto para intentar Recursos Administrativos como Acciones Judiciales contra las decisiones emanadas de la aplicación de la mismas -art. 137- y de la ejecutoriedad del acto que prescribe el art. 138, fincado en la garantía del debido proceso y acceso a la jurisdicción integrativos del derecho de defensa.- Derecho éste que en la Constitución Nacional garantiza el art. 18 y 7 inc. 22 por los Pactos Internacionales, y en la Provincia el art. 44 de su Carta.- Así después de intentar transitar la vía impugnativa en sede administrativa -Recursos de Reconsideración y Directo- que merecieron rechazo justamente en virtud del incumplimiento de aquel primer requisito, argumentándose además la impropiedad de que la Administración resuelva cuestiones constitucionales.----------

///--- II.- Esta cuestión constitucional es la que primero he de tratar por una elemental cuestión de método: la que se aplica al procedimiento administrativo primero, y a la habilitación de la instancia judicial luego.-

------ 1.- El acuse que involucra el procedimiento administrativo -como dije- incluye dos acápites: ----------

------ 1.1.- El requisito del “solve” para intentar Recursos Administrativos que la actora señala inconstitucional, no deja de ser preocupante.- Es cierto, que el sistema impugnatorio de las decisiones administrativas integra la garantía de defensa, del debido proceso adjetivo, y como lo he dicho antes “tiene por finalidad, amén de proteger y garantizar los derechos subjetivos de los administrados, el control de la juridicidad administrativa, consecuencia natural del Estado de Derecho, cuya nota es la supremacía de la Ley, que es la que funda y sostiene toda la acción de los poderes del Estado, pues “por encima de la presunción de legitimidad de la que gozan los actos estatales, se encuentra la necesidad de que esa actividad sea realmente legítima”.- (ESCOLA – Tratado General de Procedimiento Administrativo – págs. 241/248)…. Llámese “justicia administrativa”, “fiscalización” o simplemente control, en cualquiera de las modalidades posibles (administrativo o jurisdiccional, preventivo o represivo, de legalidad, oportunidad o moralidad, de oficio o a instancia de parte, interno o externo) su objeto es siempre llegar a determinar si la actividad controlada se ajusta o no al sistema normativo que la rige.- Si el derecho de impugnación es otorgado a los particulares con asiento en otros derechos de nivel superior, conferidos, reconocidos y garantizados por el orden constitucional, que no pueden ser violados sin

///

///que ello dé lugar a acciones tendientes a obtener su restablecimiento, aún cuando se ejerce en razón del personal interés, siempre -dice BIELSA- quien lo promueve se propone volver un acto a la legalidad originaria, o a la actuación jurídica anterior (Cuestiones de Jurisdicción, Acciones y Recursos – pág. 240)….Y ese sistema impugnativo, que origina una actividad de carácter jurisdiccional (mas allá de las discrepancias existentes sobre las funciones jurisdiccionales de la administración) implica autorevisión y lleva ínsita la posibilidad de revocación, modificación o sustitución de los actos administrativos atacados (ESCOLA ob. cit. pág. 259/260)" (de SD Nº 10/SCA/04 "Di Giorgio…", mi voto).- De este modo –señala DROMI- "se armoniza la defensa de los derechos subjetivos de los administrados con el interés público que gestiona la Administración" (Procedimiento Administrativo – Inst.Estudios de Adm.local – Madrid 1986 – pág. 253).----------

------ Autotutela o autocontrol que como derecho del administrado –con correlato deber de la Administración- y principio del Procedimiento Provincial ha sido prevista en Ley I Nº 18 (antes Dto.Ley 920) en el art. 26 inc. 7º conc. inc. 2º.- Procedimiento éste además cuya nota característica es la gratuidad (ver CASSAGNE – Derecho Administrativo – 4° Ed. - Tomo II – pág.300), por oposición al proceso judicial, oneroso, que en el caso aparece desdeñada; involución que viene observando -y criticando- la doctrina nacional pues como una u otra figura, aparece alguna exigencia patrimonial, sea como Tasa, Depósito por impugnación, Derechos de Timbre u otras, impuestas para desalentar impugnaciones.---

///

///--- Como lo señalara COMADIRA -y concuerdo- el procedimiento administrativo debe responder siempre al bloque genérico de la juridicidad estatal, el cual, en cuanto tal, comprende no sólo la ley formal, sino los principios generales del Derecho, la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, los reglamentos…. Si el procedimiento es el modo de expresión formalmente ordenado de la voluntad administrativa, que traduce el ejercicio de la función administrativa del Estado, es coherente exigir que ese devenir funcional responda, en origen y desenvolvimiento, a la habilitación normativa pertinente de acuerdo a los alcances del accionar administrativo pretendido (En RAP (309), pág 236 – Las Bases Constitucionales del Procedimiento Administrativo).----------

------ Conforme lo expuesto, lo sano sería que el administrado contara con una vía gratuita, expedita, de control administrativo, pese al carácter “limitado” que a los recursos suele asignarse (GARCÍA DE ENTERRÍA – FERNÁNDEZ – Curso de Derecho Administrativo – Ed La Ley – 1° ed. Argentina - pág. 526 a 528).----------

------ Sin embargo, y pese a esto dicho, el planteo que formula la actora en autos no es audible.- Y no lo es, porque no se concilia con el objeto de la pretensión deducida como principal en autos, cual es la que este Poder Judicial revise la legitimidad de la decisión administrativa que le impuso la pena de policía ambiental que considera ilegítima, exponiendo los vicios que así lo determinan y endilga al acto de aplicación que le agravia.----------

///

///--- Distinto hubiera sido, si a resultas de esta inconstitucionalidad que viene a solicitar se declare, la pretensión consistiera en la devolución de los actuados a la sede administrativa para que en ese ámbito ésta ejerciera el poder-deber de control que en virtud de esta exigencia le fue retaceada.- Lo que hubiera merecido -además- una actuación mas expedita.----------

------ No fue así, e -insisto- acude a la jurisdicción contencioso administrativa requiriendo el control del acto que dice ilegítimo por sus elementos; control que -como dice DROMI y este Tribunal ha señalado- es final ”la administración tiene el deber de sujetarse al derecho y a la justicia, y la forma de hacer realidad esa justicia comprende una gradualidad ascendente, que comienza con el control administrativo y concluye con el control Judicial” (Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública- Grouz- 1.986 pág. 96 y 118; S.I. Nº 56/SCA/05, 25/SCA/06, 51/SCA/09, 90/SCA/11), lo cual indica claramente que ya la resolución administrativa del recurso no le interesa, ni puede agraviarle el inejercicio de la autotutela administrativa.----------

------ Máxime si se considera que las facultades jurisdiccionales de la Administración -pues son tales las que ejerce por las vías impugnatorias instadas por los particulares- sólo quedan validadas con la posibilidad del control judicial suficiente posterior, tal como desde “Fernández Arias…” - en 1960 (Fallos 247:646), viene resolviendo la Corte Suprema de ///Justicia de la Nación, reiterado en “Angel Estrada…” del 05/04/05 (elDial AA28BE).----------

///

------ En otros términos, si la actora acudió a la revisión judicial del acto, en cuya nulidad por vicios de legitimidad reposa su pretensión, el tratamiento de esta inconstitucionalidad denunciada en la demanda, deviene meramente teórica, inútil e inoficiosa.----------

------ 1.2.- Lo mismo ocurre con el efecto devolutivo previsto por el art. 138° del Código Ambiental de la Provincia, que responde a la cualidad de ejecutoriedad, propia de todo acto administrativo emanada de la presunción de legitimidad que a los mismos accede. Ejecutoriedad que -siguiendo a LINARES- no es “propia” pues no se trata de aquellos casos en que la Administración ejerce por sí coerción directa, sino “impropia”, en tanto debe necesariamente acudir al Poder Judicial para la ejecución del acto (Fundamentos de Derecho Administrativo – Ed. Astrea- pág. 336, con cita de MARIENHOFF, DIEZ, GORDILLO, SAYAGÉS LASO, ALTAMIRA).----------

------ También aquí, cualquier pronunciamiento deviene en teórico, en la medida en que la actora sufrió el proceso de ejecución y fue condenada al pago de la suma respectiva como vino a informarlo a fs. 44/ 45 y vta.- Esto es, la multa en cuestión fue oblada por T. en el mes de junio de 2010 en la ejecución fiscal que la Provincia del Chubut inició en su contra.- Así es amén de que, pese a la inexigencia de agotamiento de la vía administrativa, el efecto devolutivo que se cuestiona no puede ///desvincularse del requisito del “solve” para iniciar el proceso judicial en que aquélla se ve concretada al que inmediatamente he de referirme.---

///

------ 2.- Y lo hago afirmando que también en este caso creo inoficioso el pronunciamiento, ante el pago de T… aunque no lo hizo por acto propio, como argumenta la Provincia, sino –lejos de ello- obligada por un fallo judicial.- Es cierto que este Cuerpo exigió –al incoarse el proceso- su cumplimiento, previniendo que el tratamiento de la cuestión se efectuaría en el fallo definitivo, pero el pago sobrevino después, por efecto de la ejecución.- Diferimiento que se dio, porque la propuesta de la cuestión constitucional, ***que la parte eligió efectuar en simultáneo con la pretensión de nulidad del acto administrativo***, ***sin planteo de cautelar fuere para suspender el requisito para ante esta sede, o en su caso, la ejecución***, no permitía una sentencia desvinculada.- Lo cierto es que si la actora consideraba inconstitucional estas normas y perseguía esa declaración, pudo procurar este objetivo -antes- por otra vía procesal idónea.- Pero claro, aún de haberla obtenido, la legitimidad del acto final del procedimiento quedaba incólume lo que la obligaba a un segundo juicio…- Eligió entonces el planteo conjunto, arriesgándose a la posibilidad –que fue- de verse sometida al proceso de ejecución, condenada, y por ende, a la abstracción, aspecto en el que la Provincia es mas atinada, quedando irremisiblemente sujeta a su propia estrategia.-----

------ En ella, no desarrolló conductas apropiadas para exonerarla -aún provisoria o preventivamente- de la obligación que importa el “solve”.- ///Tampoco consta que en el proceso ejecutivo hubiera tratado de oponer excepción de inhabilidad de título, procurando -pese a la improcedencia de defensas causales, y cualquiera fuese su resultado- alegar la nulidad de la obligación con afectación de garantías constitucionales, dando a conocer de este pleito contencioso administrativo instado.- No impetró

una acción declarativa previa en tal sentido.- No requirió -como se dijo- en este juicio como cautela, la suspensión de la aplicación del efecto devolutivo, y/o de la exigencia del “pague y repita”, o bien, de la ejecutoriedad del acto cuya declaración de nulidad peticionaba.- Llegó tarde para cuestionar la exigencia de su cumplimiento impuesta por el Tribunal (fs. 43), dando continuidad al mismo después de ser ejecutado.--

------ En consecuencia, su planteo de inconstitucionalidad no puede prosperar, no sólo en la medida en que no son invocables agravios de carácter constitucional derivados de la conducta discrecional de la parte (Fallos 298:220; 302:478 y 1397 y muchos otros) sino que la cuestión ha venido en abstracta con evidencia, pues ejecutada la actora y cumplido el pago por efecto de la sentencia que así lo ordena, esta acción de nulidad quedó expedita, y es ocioso y tardío cualquier pronunciamiento sobre esta cuestión.----------

------ Voto por ello en rechazar las cuestiones constitucionales que debe decirse además, con limitado esfuerzo en fundamentos, trajo el accionante al juicio.- Así lo dejo propuesto al Acuerdo.----------

------ III.- Dicho ello, ingreso al meollo de la cuestión.----------

///--- T. solicita a esta Sala la declaración de nulidad de la Disposición N° 127/08 por la cual se le aplicó la sanción administrativa de multa, dictada en el Expediente N° 2374/08 del Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable (MAyCDS) cuyo extracto reza “T. S.A.

s/Presunta INFRACCIÓN A LA Ley N° 5439", único elemento probatorio acompañado a la causa y que tengo a la vista.-

------ 1. El mismo da cuenta que, el día 2 de diciembre de 2008 se realizó una inspección en Barrio C. C. a fin de constatar la situación ambiental referida a una denuncia del hecho que por vía telefónica efectuara T. Así, se recorrieron distintos puntos panorámicos de la costa, tratando de identificar la mancha de hidrocarburo que se encontraba sobre la superficie del mar, no siendo posible visualizarla al momento de la inspección; se añade que a lo largo de la misma, se observó fauna ganadera y avifauna marina en los acantilados de la costa y las especies encontradas no se observaban afectadas o impactadas por el incidente denunciado. (fs. 2). Del recorrido realizado se acompañan distintas muestras fotográficas, en fotocopias certificadas, pero siendo éstas en blanco y negro, no es posible advertir en las mismas las especificaciones contenidas en los subtítulos explicativos que cada una tiene, dada su escasa calidad (fs. 3/8).----------

------ Se agregan, del mismo día, Actas de Inspección formalizadas por Inspectores de la Dirección General de la Comarca Senguer- San Jorge del MAyCDS en el sector de playa de C. C., a cargo de ///T. con la presencia de personal de la mencionada empresa en carácter de Coordinador de tareas de limpieza. La N° 277/08 (fs. 9) labrada a las 13 hs. expresa "*se realiza inspección a fin de verificar las tareas de limpieza del hidrocarburo derramado desde la monoboya operada por la empresa T. S.A. Se reconocen las playas aledañas al barrio sin encontrarse evidencia de afectación con hidrocarburo en las mismas. Se*

observan embarcaciones realizando tareas de limpieza en el mar. Al momento de la inspección no se registra aparición de fauna afectada por hidrocarburo. La inspección queda documentada fotográficamente". Finaliza la misma aclarando que *"se firman dos ejemplares de la presente"* y se observan tres firmas dos pertenecientes a funcionarios del área ambiental de la Provincia y otra que no fue aclarada. La N° 278/08 (fs. 10) del mismo día pero confeccionada a las 19 hs. luego de destacar los mismos fines de su realización expone *"se recorren las playas ubicadas al norte del mencionado barrio, pudiendo constatarse la presencia de una mancha oleosa en el mar aproximándose a la costa en el sector…Barrancas Blancas. Al momento de la inspección se constata el impacto de la mancha de hidrocarburos sobre la costa y la presencia de personal realizando tareas de limpieza en el lugar mediante booms y material absorbente. No se registra…fauna empetrolada…"*, detalla la suscripción de dos ejemplares y se ve la firma de un Inspector Ambiental y otra ilegible enmarcada en un sello que dice "RECIBIDO – T. S.A. 10 DIC 2008 – ESTA RECEPCIÓN NO IMPLICA CONFORMIDAD SOBRE LA MISMA". Las muestras fotográficas son incorporadas a una nota enviada a la Dirección de Control Operativo Ambiental, que en un total de dieciséis pueden verse a fs. 11/18; las mismas reflejan los comentarios efectuados anteriormente, aunque ///ciertamente su calidad sólo permite ver el personal realizando las tareas de limpieza y los elementos utilizados a esos fines pero no permite avizorar el derrame en el mar.----------

------ A fs. 19 corre agregada el Acta N° 279/08, datada el 3 de diciembre del mismo año, menciona que *"…se realiza inspección en playa sector*

///

Barrancas Blancas a fin de verificar las condiciones del lugar y las tareas de limpieza del hidrocarburo en la costa. Al momento de la inspección se constata la presencia de equipamiento y personal contratado por la empresa T. S.A. llevando a cabo tareas de limpieza en el lugar. No se aprecia mancha oleosa en el mar pero sí en determinados sectores de la playa. Se observa material absorbente conteniendo el hidrocarburo dispuesto en la playa por encima de la línea de marea sobre el suelo sin impermeabilizar. La inspección queda documentada fotográficamente". Hay dos firmas cuyos sellos aclaran la dependencia al MAyCDS, y el sello de recepción de T. S.A., del 10 de diciembre de 2008, con las especificaciones ya descriptas. Las muestras fotográficas referidas, en copias certificadas y en blanco y negro son agregadas en el informe de fs. 21/25.----------

------ El Gerente de Administración y Finanzas de T. S.A. ratificó el 4 de diciembre de 2008 la denuncia referida, en los siguientes términos, a saber "…el día 2 de diciembre…a las 2.20 horas se produjo un incidente durante la carga del B/T Genmar Spyridon, que se encontraba operando en la monoboya de C. C. El incidente se ///produjo como consecuencia del cambio súbito en la dirección e intensidad del viento, oportunidad en la que se detuvo la carga en forma preventiva. No obstante ello el posterior movimiento del buque provocó la rotura del cabo de amarre. Como consecuencia del hecho el B/T traccionó la manguera flotante, produciendo una separación prevista para las emergencias y accionando el dispositivo automático de seguridad incorporado a ella, denominado cupla break awai. Debido al desprendimiento, se produjo una fuga de producto que inicialmente se estima alcanzaría los 2 metros cúbicos de

///

crudo. T. dispuso la puesta en marcha del Plan de Emergencia notificando a las demás autoridades competentes, quienes ya tomaron la acción que les corresponde. T. inició las tareas de recuperación del sobrenadante mediante la técnica de la contención y recuperación adecuadas para las condiciones meteorológicas y de mar presentes, a través del B/R Saga y las lanchas de amarre Patoruzito y Rigel.” Según sello inserto al pie el mismo día ingresó en la Dirección General Comarca Senguer- San Jorge.----------

------ En relación al incidente comentado, el Director General de la Comarca mencionada conjuntamente con el Subsecretario de Regulación y Control Ambiental del Ministerio aludido enviaron una misiva (Nota N° 887/08 - DGCSSJ) a la Prefectura Naval Argentina solicitando detalles acerca de la contingencia relatada y de la evolución de la misma, dado que dicha autoridad efectuó sobrevuelos del área afectada. (fs. 27). Además, el funcionario nombrado en primer lugar, el 5 de diciembre de 2008, giró dos Notas a la empresa. Una referida al “Derrame de hidrocarburo en Caleta Córdova” en la cual solicitaba que se efectuara un ///informe que incluya “la gestión completa de residuos …peligrosos como petroleros generados…presentar de forma diaria los volúmenes y tipos de residuos generados individualizando la cantidad de booms, mantas, mamelucos, ets. transportados a los sitios de disposición transitoria. Informar las empresas encargadas de las tareas de limpieza como así también aquellas que se encuentran realizando la gestión de los residuos generados. Dichas empresas deberán estar inscriptas en los Registros Provinciales pertinentes. (fs. 28). Y la otra (fs. 29), en relación

///

al “Derrame Caleta Córdova”, mencionaba que en relación a la comunicación de incidente realizada telefónicamente y atento la legislación vigente en materia de incidentes ambientales, se solicitaba presentar denuncia según la Resolución N° 24/04 S.E. Anexo II con los siguientes ítems “ cronograma de actividades realizadas desde el momento en que se tuvo conocimiento del derrame…metodologías aplicadas tendientes a la recuperación del fluido en el mar como así también en el sector de la costa. …información deberá ser actualizada de forma diaria…”.----------

------ El día 8 del mismo mes y año se efectuó una nueva inspección en el mismo sitio y con idéntico fin, conforme el Acta N° 280/08 obrante a fs. 30/31, la cual refiere que *“se recorrió el lugar los días 6, 7 y 8 de diciembre…constatándose lo siguiente: Sábado 6…se observa personal trabajando en el sector se verifica la presencia de hidrocarburo en la zona de acantilados y en distintos puntos de la playa sobre las piedras. Se constata el acopio transitorio de material absorbente empetrolado en ///distintos puntos de la playa por encima de la línea de marea dispuestos sobre membrana impermeable. Domingo 7…al momento de la inspección se observa personal realizando recambio de booms. Se constata la presencia de personas acampando en el lugar donde se llevan a cabo las tareas de limpieza. Se observan residuos de tipo urbanos dentro de los contenedores destinados al acopio transitorio de residuos petroleros…manchas de hidrocarburo en algunos de los sectores de la playa sobre las piedras en el acantilado y a un costado de los contenedores. Lunes 8…se observa personal realizando remoción de piedras afectadas con hidrocarburo…personas pescando en el lugar. Se*

///

observa acopio transitorio de booms y mantas absorbentes en distintos sectores de la playa por encima de la línea de mareas dispuesta sobre una membrana impermeable. No se registra aparición de fauna afectada con el hidrocarburo…”. Suscribe la Inspectora Ambiental del Ministerio y se ve el sello de T. S.A. antes referido. El Informe anexando las fotografías se adjunta a fs. 32/50. En esta ocasión las fotografías que en un total de treinta y seis (36) han sido acompañadas, a pesar de su deficiente calidad, permiten advertir una vista general del equipamiento desplegado en el lugar del incidente (fs. 33), los booms y mantas descriptos (fs. 34, 42, 47 y 48), la afectación del hidrocarburo en las piedras, rocas y sedimentos de la playa (fs. 35 (foto n° 6), 40 y 41), personal trabajando en tareas de limpieza contratado por T. S.A. (fs. 38, 39 y 47) y el acopio transitorio de los residuos (fs. 36, 37, 43 (foto n° 20), 45 y 49).----------

------ De fs. 52 a 55 se incorpora el Informe que eleva la Inspectora a la Directora de Control Operativo Ambiental en el que relata que el 10 de ///diciembre constató la situación ambiental luego del incidente acaecido el día 2 en la monoboya operada por la empresa T. S.A., labrando el Acta N° 282/283 (fs. 50/51) efectuando las siguientes observaciones “*el personal contratado por la empresa para realizar las tareas de limpieza de la zona afectada se encontraban en la etapa final del trabajo. En el sector de la playa no se constató presencia de hidrocarburo en la superficie del mar, pero sí manchas dispersas en el sedimento de la playa. Se observó disposición de booms y material absorbente utilizado para la contingencia, dispuestos sobre membrana impermeabilizante. Se observó …eslabones utilizados a modo de anclaje. En la base de T. se*

///

constató el acopio de residuos generados hasta la fecha. Para lo cual se realizó una pileta con membrana impermeabilizante de 20x20x1,10. En el interior de la misma se observó la disposición de booms y mantas utilizadas, bolsas con sedimento de la playa y montículo de suelo empetrolado". El escrito contiene seis imágenes que reflejan lo detallado.----------

------ A fs. 56/59 se agregó la respuesta que T. S.A. remitió al Ministerio de Ambiente Control y Desarrollo Sustentable, en la cual, atendiendo lo prescripto en la Resolución N° 24/2004, detalla los siguientes recaudos entre los que destaco: ----------

"Permiso o Concesión: "concesión de almacenaje y transporte otorgada por YPF por art. 4° ley 24415. Cesión a favor de la Sociedad que se ///constituye para la privatización de éstos activos autorizada por decreto N° 1025/03";
"Yacimiento: No es un yacimiento, se denomina "T. M. de C. C.";
"Hora de Ocurrencia: 02.50 AM, 2 de Diciembre de 2008;"
"Tipo de Incidente: Derrame de Fluido. Hidrocarburo escalante"
"Detalle de localización del incidente: proximidades de la Monoboya de C. C. sita en C. O.";
"Tipo de instalación involucrada: Terminal Marítima";
"Subtipo de instalación involucrada: Boya o Monoboya"
"Tipo de evento causante: Se encuentra en proceso de investigación"
"Subtipo de evento causante: Sistema de seguridad, apertura de válvula Break Hawai";
"Concentración de http(ppm): No aplica;"

///

“Porcentaje de agua: menor a 1%”;
“Volumen derramado: Se estima menor a 3 m3.”;
“Superficie afectada: Mar, difícil de determinar aunque fue derrame menor. Costa: Longitud costera 1800 metros muy levemente afectados en forma discontinua (manchas aisladas en algunos sectores de 10 a 20 metros de largo por 1 a 2 metros de ancho). Actualmente saneados”;
“Volumen de fluido recuperado: En proceso de cuantificación”;
Recursos afectados: Playa agreste despoblada al norte de Punta Novales”;
Medidas adoptadas en Mar: contención y recuperación por absorción – Seguimiento Aéreo- Dispersión química y mecánica. Costa: Contención y recuperación por absorción, limpieza, remoción y recolección de residuos”.

///--- De manera adicional, narra la empresa el cronograma de actividades desarrollado a partir del momento en que tuvo conocimiento del evento. El día 2 de diciembre dice haber activado plan de emergencias con confirmación de la seguridad del personal y equipos, de control de fuente de derrame, del Centro de Comando de Incidente y Centro de Operaciones de respuesta en Playa de tanques de Caleta Córdova. Convocación de personal y quipos “stand by” en Caleta Córdova para posible respuesta en costa, evaluación del derrame con luz diurna, aplicación de técnica de recuperación en el mar según observaciones efectuadas desde las embarcaciones y sobrevuelo de helicóptero de PNA (contención y absorción con barreras de cordones absorbentes desde embarcaciones) B/R Saga y Lanchas Riegel y Patoruzito (fs. 57), reconfiguración de técnica de respuesta en función de cambios en la meteorología, utilización de dispersante químico y determinación de

///

posible zona de impacto, movilización de personal y equipo de respuesta y limpieza en “Barrancas Blancas” explicando que “llegaron antes del impacto y desplegaron cordones y mantas absorbentes en aproximadamente 800 metros de costa). El día 3 refiere que se Convocó B/R Gardel sumándose a las demás embarcaciones que navegaban buscando durante horas de la tarde al recibirse “una falsa alarma de posible mancha en C. C.”. Monitoreo aéreo y control de zona marítima “confirmándose que sólo existen zonas de brillos e iridiscencias “cerca de la costa, tareas de recolección y limpieza de la zona afectada”. El día 4 de diciembre relata nuevamente el monitoreo y control de la zona “confirmándose que no existe remanente de petróleo sobrenadante, ///sólo brillos dispersos que no requieren control en el mar”…(fs. 58). Dice que del 5 al 10 del mismo mes, desplegó tareas de recolección y limpieza de la costa en la zona afectada y empleó dos (2) métodos para la recuperación del fluido en el mar y en la costa. En el primer caso contención y recuperación por absorción mediante uso de embarcaciones y posteriormente y ante la amenaza de impacto en costa adoptó dispersión química y mecánica. En la costa contención y recuperación por absorción y recolección mecánica de material y elementos manchados.----------

------ A fs. 60 se ordena la formación de los obrados y a fs. 61/62 hay un Pase suscripto por el Departamento Control Hidrocarburos- Comarca Senguer – San Jorge del Ministerio que luego de referirse a los antecedentes de hecho relatados anteriormente, concluye *“atento a que el derrame impacto sobre el sector de costa denominado Barrancas Blancas y que en inspecciones en campo se constata el acopio de*

///

material empetrolado sobre el suelo sin impermeabilizar afectándolo de forma directa es criterio de este Departamento…sancionar a la empresa T. M. P. S.A. por Daño Ambiental”.----------

------ El expediente es analizado por la Asesora Legal de DGCSSJ a fs. 63/64 quien considera que surge plenamente acreditado el incumplimiento en la adopción de medidas preventivas y eficaces para la mitigación y saneamiento ambiental necesario, en clara violación -opina- a los artículos 38° y 41° de la Ley Provincial N° 5439 y artículo 109° de la Constitución Provincial por parte de la Empresa mencionada. Con ello considera conveniente sancionarla por infracción de los artículos ///referidos y el además el 47° inciso g) del Código Ambiental, proyectando la Disposición respectiva.----------

------ En ese estado, arriban los actuados a la Dirección de Asesoría Legal del MAyCDS (fs. 67), área que luego de adherir a los argumentos previos, explica que el monto de la multa que se indica en el art. 1° del proyecto se encuentra directamente vinculado al valor equivalente a 100.000 litros de gasoil, tal como surge del 7mo. Considerando. Comenta que habiendo informado la Dirección de Administración que el valor del litro es de $ 2,30, el importe de la multa ascendería a la de PESOS DOSCIENTOS TREINTA MIL (230.000) y visa el proyecto de Disposición que se adjuntaba.----------

------ 2.- Da fin al procedimiento sustanciado en el trámite relatado, la Disposición N° 127/08 SRyCA (fs. 68/69) nulidicha, que impuso a la Sociedad que ahora acciona la sanción administrativa de multa.----------

///

------ Los Considerandos de la misma, luego de referirse a los antecedentes de hecho relatados, dice que “se procedió a iniciar el correspondiente sumario administrativo en uso de las facultades …art. 100° inciso m) y 136° de la Ley N° 5439, tendientes a investigar las causas y responsables del impacto ambiental” (2do. Cons.).- Estima que “surge plenamente acreditado el incumplimiento en la adopción de medidas preventivas y de las medidas eficaces tendientes a la mitigación o saneamiento ambiental necesario, *en clara violación de los artículos ///38° y 41°* de la Ley…y 109° de la Constitución de la Provincia” (3er. Cons.). Destaca a continuación que se prohíbe (art. 47° inciso g)) el *vertido* al mar de jurisdicción provincial de petróleo crudo, fuel-oil, aceite pesado diesel, entre otras sustancias, como así también que el art. 147 inciso a) (6to. Cons.) establece que la *persona responsable de efectuar vertidos prohibidos* será sancionada con multas que no podrán ser inferiores al valor correspondiente a cincuenta mil …ni superiores a doscientos cincuenta mil litros de gas-oil. Explica que según informes y la gravedad de la afectación de la zona se aplicó una sanción por un valor equivalente a 100.000 lts.; con ello, se dispuso “Sancionar con multa de PESOS DOSCIENTOS TREINTA MIL…a T. M. P…por infracción a los artículos 38°, 41° y 47° inciso g) de…Código Ambiental de la Provincia del Chubut y art. 109° de la Constitución Provincial”.----------
---

------ 3.- Notificada la sancionada a fs. 71 dedujo Recurso de Reconsideración con Jerárquico en subsidio (fs. 79/89) con los argumentos que oportunamente relaté.- Ambos remedios rechazados por

///

la Disposición N° 67/09 (fs. 96/98), primero, frente a lo cual opuso la recurrente, Recurso Directo por ante el Sr. Ministro de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable (fs. 122/127), también desestimado por Resolución N° 29/09 del 14 de agosto de 2009, notificada a la empresa el 19 del mismo mes y año (fs. 137).- Finalizan las actuaciones en la sede administrativa con el envío a la Fiscalía de Estado para la ejecución de la sanción (fs. 142).----------

///--- IV.- La revisión de la legitimidad del quehacer administrativo –cuestionada por la accionante- en orden a las circunstancias de hecho constatadas en el expediente descripto, me imponen preliminarmente hacer mención a la especialísima materia en debate.----------

------ 1.- Inicialmente, habrá que considerar que el derecho al ambiente fue incorporado a la Constitución Nacional, con la reforma del año 1994. Así, el art. 41° reza “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 generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”. En idéntico sentido, la moderna Carta Magna Local, hizo lo propio en el art. 109° que dispone “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano que asegure la dignidad de su vida y su bienestar y el deber de su conservación en defensa del interés común. El Estado preserva la integridad y diversidad natural y cultural del medio, resguarda su equilibrio y garantiza su protección y mejoramiento en pos del desarrollo humano sin comprometer a las

///

generaciones futuras. Dicta legislación destinada a prevenir y controlar factores de deterioro ambiental, impone las sanciones correspondientes y exige reparación de los daños".----------

------ A partir de entonces, el desarrollo de la "especialidad" ambiental se agiganta; y el derecho, en sus divisiones clásicas parece insuficiente para ///comprender la problemática compleja que representa.- Se advierte la necesidad del aporte de todas las disciplinas jurídicas para la solución de los problemas que trae aparejada la llamada "incolumidad del entorno", lo cual divide las opiniones entre las que comienzan a pronunciarse a favor de un derecho autónomo, y las que procuran encorsetar en las clasificaciones tradicionales una materia de por sí difusa, cambiante, que supera los intereses individuales para atender el colectivo social.- Cualquiera fuese la posición que se adopte, lo cierto es que el derecho al ambiente no "encaja" definitivamente en esta última, la habitual escisión científica del derecho, y fuere del Privado o del Público que recepte las influencias, la particularidad determina que aquéllas se presenten con "adecuaciones".- Ello origina la aparición de nuevos conceptos, reglas, principios, métodos y hasta procedimientos.- Incluso en materia de preservación y control, en que juega un papel preponderante el Derecho Administrativo.----------

------ Este crecimiento motiva a su vez, una profusión importante de doctrina, que procura explicar el fenómeno y sentar bases mas o menos ciertas y comunes para dar herramientas a los jueces que deben dirimir los conflictos.- Se asientan así -adelantados por Pactos Internacionales- los principios de prevención, precaución, sustentabilidad… el que

///

contamina paga… la presunción de responsabilidad del daño por oposición a la de inocencia connatural al Derecho Penal Administrativo…la responsabilidad objetiva… la inversión de las cargas probatorias… - El mayor aporte proviene en verdad de los civilistas, aplicados a la responsabilidad en materia de daño ambiental, quienes elaboran estos conceptos que con matices, se trasladan al campo del ///Derecho Público, y sobre cuya base los administrativistas laboran para obtener reglas apropiadas, que las legislaciones (variadas en materia de ambiente) suelen receptar.----------

------ Tomás HUTCHINSON expresa: "…cuando se habla de ambiente se entiende por tal el marco de vida en que el hombre desenvuelve su existencia… y desde el punto de vista humanista, comprende la naturaleza y las modificaciones que en ella introduce el ser humano. Por eso puede decirse que el medio ambiente está compuesto por la tierra, el agua, el aire, la flora y la fauna, las edificaciones, las obras de arte y los elementos subjetivos y evocativos, como la belleza del paisaje y el recuerdo del pasado, las inscripciones o señales de hechos naturales. Define el "daño ambiental" como "todo menoscabo material que sufre el ambiente o sus procesos naturales provocado por una conducta humana antijurídica y que genera efectos negativos actuales o potenciales". Advierte que desde 1994 existe un orden público ecológico que puede ser definido como "la ausencia de hecho o actividades capaces de degradar o dañar ilegal o irreglamentariamente el ambiente en tanto que bien jurídico".----------

///

------ Tal orden público ecológico -afirma- es una categoría jurídica que legitima la potestad (poder–deber) ordenadora del Estado en materia de conservación, defensa y mejora ambiental. En particular, funciona como base o fundamento para el ejercicio de facultades normativas (poder de policía) que se traducen en prohibición, restricción y control de ///actividades capaces de degradar o alterar el bien jurídico ambiental. …es la base ideológica que legitima -y exige- todas las medidas de control, regulación, vigilancia y prohibición de esas actividades, es decir la llamada policía administrativa en lo ambiental o policía ambiental" (Conc.: "Daño Ambiental – Tomo I – Rubinzal-Culzoni págs. 202/203, 185, 208).----------

------ Poder de Policía susceptible de manifestarse *en función legislativa* – imponiendo limitaciones y adecuaciones a los derechos individuales de propiedad y libertad, relativos y sometidos a regulación de conformidad con la Constitución Nacional (art.28), y contempladas en el mismo art. 109 de la Provincial ya transcripto, en razón de las exigencias de bien común o interés general- ya que "es el legislador por medio de las leyes quien puede restringir legítimamente los derechos de las personas, cuando persigue un interés público o colectivo; es decir, el poder de regulación debe armonizarse y equilibrar el interés individual (derechos) con el interés colectivo (otros derechos). Si bien el Estado puede, en ejercicio de su poder de policía, reglamentar los derechos constitucionalmente reconocidos a los individuos, tal facultad encuentra su límite en la prohibición de alterar la sustancia de tales derechos (art. 28°, CN). En otras palabras, la reglamentación debe ser razonable, en el sentido de que el medio escogido para alcanzar el fin perseguido por la

///

norma debe guardar proporción y aptitud suficiente con ese fin (BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución Reformada, Ediar 1997, p. 597; Conc.: Carlos F. BALBÍN- “Curso de Derecho Administrativo- 1ª. Ed. 1ª. Reimp. Bs. As. LL, 2008 - Tomo I - pág. 765/766 –Nota 12).- Y *en función administrativa*, esto es, en “acciones” de policía ///desarrolladas en cumplimiento de aquella preceptiva, por los medios de ejecución, esto es, autorizaciones, órdenes, contralor preventivo, coacción, represión.- Conceptos éstos que traigo con generalidad a fin de no sobreabundar en aspectos teóricos, aunque éstos subyacen sin dudas en el análisis que conducirá a la solución del caso.----------

------ 2.- Dentro de ese marco y en uso de las facultades que le son inherentes, la Provincia del Chubut en función legislativa, sancionó el Código Ambiental mediante la Ley N° 5439 (ahora Ley XI N° 35), fijando en el artículo art. 1° su Objeto y el ámbito de aplicación; en el 3° determina, conforme el marco de derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional y Local y los principios generales contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de 1992 en política ambiental, los propios criterios (enumerados en 9 incisos) y define en el inciso i) cuatro principios en los que esa se basa donde el Punto 1° expresa “…prevención, atendiendo prioritariamente a las causas de los problemas que afecten o pudieran afectar al ambiente, la diversidad biológica y la salud de las personas, y luego a las consecuencias”. Continúa reglando, en el art. 4°, qué comprende por preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente a los efectos del plexo normativo y señala en 11 incisos -en el art. 5to.- que el Poder Ejecutivo garantizará (entre otros) “…inc. e) en las restricciones y controles se priorizará …las medidas

///

preventivas que eviten y/o disminuyan el daño ambiental, más que la sanción del daño producido…, j) la prohibición, corrección o sanción de ///las actividades degradantes del ambiente propiciará una progresiva disminución de los niveles de contaminación…".----------

------ En el Título II "De la Protección de las Aguas y el Aire" contempla en el Capítulo I "De las Medidas Protectivas" declarando -art. 38°- obligatoria la adopción de las medidas necesarias para la preservación de las condiciones naturales de las aguas superficiales y subterráneas, del aire y la lucha contra la polución de los mismos. Detalla en el art. 40° los conceptos de algunas de las voces que se utilizan en los preceptos contenidos en el Código entre ellos de "evacuación" y "cuerpos". En el art. 41 ***prohibe evacuar efluentes de cualquier origen a cuerpos receptores que signifiquen una degradación o desmedro del aire, del suelo o de las aguas de la Provincia***, sin previa adecuación a las normas de calidad fijadas para el cuerpo en que se produce la descarga y los convierte en inocuos para la salud de la población la flora y la fauna.- Seguidamente el Título III "De la Protección de las Aguas" Capítulo I "De los Vertidos al Mar" prevé (art. 47°) la prohibición del ***vertido*** en el mar de jurisdicción provincial de sustancias (las que enumera en 8 incisos), entre ellas "…inciso g) Petróleo crudo, fuel-oil, aceite pesado diesel y aceites lubricantes…mezclas que contengan hidrocarburos" .-----

------ A su vez, el art. 49° define qué se entiende por "contaminación marina", "vertido" y "buques".- ***Vertido*** *-dice- es la evacuación* ***deliberada*** *en el mar de sustancias, materiales o cualquier forma de energía por medio o desde buques"*, explicando que éstos son "…las

///

construcciones destinadas a la navegación, …las plataformas y cualquier otra construcción en el mar, sea fija o flotante, desde la que puedan ///realizarse vertidos. Se entenderá por “persona responsable” -expresa- al propietario del buque o a las que legalmente lo representen”.----------

------ A partir del Título VIII se ocupa en el Capítulo I “De la Autoridad de Aplicación” de establecer que ésta recae en el Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable (art. 99°) fijando sus atribuciones en el art. 100°. El X se titula “De las Facultades Fiscalizadoras” estableciendo en el Capítulo I - art. 131°- que aquella Autoridad ejerce el Poder de Policía en la jurisdicción provincial, encontrándose facultada, conjuntamente con los agentes autorizados, a realizar las inspecciones que sean necesarias para controlar el cumplimiento de las disposiciones del presente (art. 132°). El Capítulo II define el “procedimiento Sumarial” que debe llevarse a cabo, indicando que actuará de oficio o por denuncia (art. 135°) trámite en el que se aplicarán las normas del Procedimiento Administrativo Provincial (art. 136°). En el Título XI prevé -Capítulo I- que las multas que se apliquen serán destinadas a solventar las erogaciones que originen la organización y el funcionamiento de la autoridad de aplicación (art. 139°), que constituyen título ejecutivo a efectos de su cobro en vía judicial (art. 140°) y que “serán graduadas …conforme a la importancia de la contravención y podrán ser aplicadas en forma fraccionada y progresiva” (art. 141°).- Su Capítulo II -De los ***vertidos*** prohibidos- regula en un artículo -el 146°- que será sancionado con multa : a) la “persona responsable” de *efectuar* ***vertidos*** *prohibidos*…- (Los resaltados son propios -sigo la numeración de Digesto).----------

///

///--- Además, el Ejecutivo, también en función legislativa reglamentaria, dictó el Decreto N° 1282/08 (B.O. del 15.10.2008) reglando el procedimiento sumarial contenido el Código Ambiental comentado, donde se estableció "…el Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable investigará la comisión de presuntas infracciones contra los regímenes legales…; adoptará las medidas preventivas que resulten necesarias, determinará el o los responsables y aplicará las sanciones previstas…" (art. 1°). Prevé la aplicación supletoria de las disposiciones contenidas en la Ley I N° 18 (antes Dto. Ley N° 920), del CPCC y del Procedimiento Sumarial (ahora contenido en la Ley referida) y regula la manera en que deberán instruirse los sumarios, designación del instructor -sus facultades- (art. 4°), las actuaciones que procede realizar y quién las lleva a cabo (arts. 5° a 9°), la sustanciación del trámite (arts. 10° a 17°) la conclusión del mismo (arts. 18° a 21°) la posibilidad de adoptar medidas preventivas (arts. 22° y 23°) y el seguimiento que se dará a las Multas aplicadas (art. 24°).----------

------ 4. Fue ejerciendo esa potestad policial ambiental, en función administrativa, que la Provincia demandada, sancionó a la accionante según da cuenta el acto que se nulidice y antes he transcripto.- Esto es, fiscalizó el comportamiento de T. SA ante la denuncia que ella misma efectuó, y verificados sus presupuestos decidió imponerle la sanción de multa.----------

------ Sostiene T. que la decisión es nula, afirmando que carece de motivación, violentó el procedimiento legal al no brindarle la posibilidad

///de ser oído en sede administrativa ni producir prueba –lo que afectaría su defensa- que las referencias de hecho contenidas en la Disposición N° 127/08 son falsas, porque no se corresponden con lo que en realidad sucedió, amén de no estar legalmente autorizada frente a los hechos la aplicación de la sanción -esto es, vicio en la causa- y finalmente, incurrió en exceso de punición, opinando que no hay proporcionalidad entre la falta administrativa endilgada y la entidad de la sanción aplicada, lo que afectaría su objeto.----------

------ Ello me impone el examen de estos elementos, pues tal como expuse en mi voto en S.D. N° 03/SCA/10 (in re “Arias…”), donde reiteré lo dicho antes en SD N° 2/SCA/07 (in re “Flores...”) y SD N° 15/SCA/06 (in re “Goddio”...), ello es necesario para discernir si corresponde o no declarar la invalidez de los actos, conforme la postura adoptada por gran parte de la doctrina, a la que adhiere el Dto. Ley N° 920 (ahora en Digesto Ley Nº I-18) la Corte Nacional y este Tribunal según quedó establecido en fallos anteriores (vg. SD N° 17/SCA/97 -conc. CSJN Fallos 308:108, 311:161, entre otros). Siguiendo a Julio COMADIRA dije “...el examen de la validez del acto administrativo supone siempre un juicio lógico-jurídico de comparación entre el acto, sus elementos y las normas aplicables. Este juicio implica confrontar las exigencias impuestas por el ordenamiento, en cuanto a los elementos esenciales del acto, con la realidad del acto administrativo emitido. ...Elementos, que sin perjuicio de alguna discrepancia doctrinaria se vinculan...”con la competencia, la forma y con los procedimientos esenciales...que todo ///acto debe cumplir...”; y añadía “...el objeto es lo que éste dice, certifica u opina y en todos los casos debe ser cierta, física y jurídicamente

///

posible"...; la "causa...los hechos y antecedentes en que el acto debe sustentarse y el derecho aplicable..." en tanto que "motivación...es la...expresión de las razones que inducen al órgano a emitir el acto correspondiente...".----------

------ 4.1.- Poco responde la Provincia a la denunciada violación de la defensa en el procedimiento, salvo la negativa genérica.- Poco puede decir.----------

------ Numerosos precedentes del Cuerpo han referido a la garantía del debido proceso.- En S.D Nº 01/SCA/11 ("Galván…"), reiterando otros pronunciamientos, decía en mi voto que "el art. 44 de la Carta Provincial garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos en "*todo procedimiento*", sea de naturaleza civil, penal, laboral, administrativo, fiscal, disciplinario, contravencional o de cualquier otro carácter.- Y en lo que al orden administrativo respecta -explica CANOSA- hay distintas maneras de entender esta garantía: *una noción amplísima* -cita a BARRA- según la cual la Administración debe ajustar su accionar a los postulados de la Constitución Nacional, más allá de lo referente al procedimiento en sí; se trata -dice- del respeto de distintas normas de la Ley Suprema a las que debe constreñirse el órgano administrativo.- *Una noción amplia* -estima- es la que se encuentra en alguna jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando enseña con relación al debido proceso administrativo que consiste "*en cumplir con las exigencias procedimentales que tenga establecidas el ordenamiento ///provincial vigente"* (CSJN en fallos 310:2845).- Hay además una *noción estricta*, que es la representada como los principios del

///

procedimiento administrativo, tales los derechos que asisten al administrado de ser oído, ofrecer y producir pruebas y obtener una resolución fundada (en la pág. 253 y 254 de su obra “Procedimiento Administrativo: Recursos y Reclamos”, Abeledo Perrot, 2008).- Y no otra cosa expresé en mi voto en SD Nº 09/SCA/08 (“Cimentón…”) cuando describí que “*El derecho de defensa, garantía constitucional..., exige que en todo trámite destinado a comprobar la existencia de una falta administrativa, la administración respete el derecho del ciudadano* ***a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada.*** *Dicho principio contiene un aspecto sustantivo que conlleva a que no se lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en un Estado de Derecho"* (TSJCba., in re "Malla...", Sent. 03.06.1997 - LLC 1998, 77).- En este sentido es que se orienta la interpretación del art. 44 CP”.----------

------ En S.D. Nº 05/SCA/03 (“Maderera del NO…”), mi primer decisorio integrando este Superior Tribunal de Justicia, señalaba “Casi unívocamente, la doctrina nacional -y numerosa jurisprudencia- propugna como principio esencial del procedimiento administrativo la garantía del debido proceso adjetivo a la que integran el derecho de audiencia, el conocimiento leal de las actuaciones, la posibilidad de ofrecer y producir pruebas y alegar sobre su mérito en la forma y con las solemnidades que las leyes procesales establecen (CASSAGNE – Derecho Administrativo ///– Abeledo Perrot 1987 – Tomo II pág. 399 y ss., GORDILLO, Tratado de Derecho Administrativo – Macchi 1980 – Tomo II – Cap. XVII – 41, 13.4, ESCOLA – Tratado General de Procedimiento Administrativo – Depalma 1981 – págs 144 y sigs.), criterio que naturalmente es el seguido por la norma local de Procedimientos Administrativos, cuyo art. 33 fulmina con la nulidad absoluta los actos dictados al margen de las reglas del rito.- Mas quizás porque como dice PERRINO “lamentablemente y por diversas causas (vg. comportamientos obstruccionistas de funcionarios, deficiente regulación normativa, etc) no siempre se hace posible la efectivización de esa garantía en el ámbito de

///

la administración" (Rev.Derecho Administrativo – Año 6- 1994, pág.168), la jurisprudencia, aunque de modo oscilante, aplica la "subsanación", en tanto en la sede judicial haya sido posible cubrir aquellas deficiencias, alegando y probando las cuestiones de las que se vio privado en aquel ámbito.- De este modo, a la par que numerosos decisorios hacen mérito de esta posición, otros tantos se inclinan por la anulación de actos por irregularidades cometidas durante su trámite (Vide MAIRAL – LL 1989-C-1014 y sus citas).- La misma Corte Suprema de Justicia de la Nación, registra etapas: anterior a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, en que primó el criterio subsanador (Fallos 196:598, 205:549, 207:90, 212:456), una posterior en que exige irrestrictamente el debido proceso en sede administrativa (Fallos 233:74, 236:271, 237:193 y 777, 244:598) y un retorno a aquella primera posición en que muestra un poco de ambos (Fallos 247:52, 253:229 y 247:7224, 252:120).- Más modernamente se observa en su jurisprudencia la aplicación de la teoría (vg. Fallos 301:410, 303:1596, 306:467), pero también decisiones nulificantes por incumplimiento de procedimientos ///especiales como la dada en "Adidas..." el 21/5/02 (ED – Suplemento Administrativo L. L. – 28/6/02).----------

------ En tal oportunidad, sin dejar de advertir aquella consecuencia a la que alude MAIRAL (trabajo citado) cuando sostiene que de la subsanación puede devenir la generalización del "descuido" de los funcionarios, siendo deseable una mayor firmeza en la exigencia de los recaudos del debido proceso, me pronuncié a favor de la subsanación por entender que las circunstancias concretas de la causa, aconsejaban esta solución, como también lo hice en otros fallos, en que consideré que las normas de rito exigidas para la sustanciación del procedimiento sumarial administrativo habían sido acatadas (S.D. Nº 01, 02, 03/SCA/10 y 01/SCA/11 ya mencionada), o sus irregularidades no eran lo suficientemente trascendentes ni groseras.- En otros decisorios también, haciendo mérito siempre de las particularidades del caso concreto.---------

------ El debatido en el sub-lite -prevengo- expone un actuar administrativo desentendido de las normas aplicables, arbitrario, que no dio oportunidad ninguna de defensa y prueba, con el agravante de que es sancionador, punitivo, de impacto patrimonial, y que el efecto devolutivo del art. 138 de Ley XI Nº 35 -que la parte tildó inconstitucional- así como un "solve et repete" administrativo más que cuestionable (me remito a lo dicho en 1.1) le obliga a pagar – o ser ejecutado.----------

///

///--- Si bien la accionante no reposa en su incumplimiento el vicio de forma que endilga al acto, he indicado en el punto IV.2 “in fine” –“iuria novit curia”- que el Código Ambiental fue reglamentado por Dto. Nº 1282/08, previendo un procedimiento sumarial “mediante el cual el Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo sustentable ***investigará*** la comisión de presuntas infracciones contra los regímenes legales….de los que es Autoridad de Aplicación, adoptará las medidas preventivas que resulten necesarias, ***determinará el o los responsables y aplicará las sanciones previstas en la normativa pertinente***” (art.1) remitiendo para su interpretación y aplicación al Dto.Ley Nº 920 y 1510 (ambos que integran en Digesto la Ley I Nº 18), fijando reglas específicas.----------

------ Se prevén actuaciones previas, y luego, naturalmente, un período de instrucción, prueba y defensa.- No he de transcribir las normas, baste la lectura de la preceptiva.----------

------ Soslayando estas previsiones -tal como da cuenta el Expediente Administrativo relatado en el punto III- previas Inspecciones, se gira una Nota a T. (Nº 885/08 – fs. 29) pidiendo un informe…que la actora contestó (fs. 56/59) convenientemente, para luego ser remitidos los actuados a un Director de Personal y Despacho (fs.60) dictaminando -por decirlo de algún modo- un Depto. Control de Hidrocarburos (fs.61/62) que manifiesta *“es criterio de este Departamento sancionar a la empresa por Daño Ambiental”*, lo cual es compartido por el área legal (fs.63/64) que adjunta un modelo de disposición sancionatoria.- Todo ello sin análisis detallado o fundado acabadamente, que consultara o controvirtiera el informe de la empresa, o explicara cuáles debieron ser ///las medidas preventivas eficaces que debieron adoptarse -y dice no se tomaron- para la mitigación o el saneamiento ambiental.----------

------ Por cierto, los Recursos le fueron denegados…”solve et repete”.----

------ Tengo que adherir en el caso concreto -al menos al análisis- de fallo dado por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín (Buenos Aires -del 05/08/2010 publicado en elDial AA63F3).- Allí el Juez Dr. Jorge Augusto Saulquin, con adhesión de los restantes, expresa: “En primer lugar, cabe apuntar que, cuando se

advierte la inobservancia o el quebrantamiento de trámites esenciales del procedimiento administrativo, la invalidez consecuente de la decisión no resulta -en principio- susceptible de ser saneada ante el ejercicio eventual de una pretensión anulatoria judicial por parte del afectado.- No se trata de sostener que cualquier irregularidad en el procedimiento, por intrascendente que fuere, debería proyectar inexorablemente sus consecuencias invalidatorias, sino que debe examinarse si la ausencia de aquella irregularidad hubiese sido apta para modificar el resultado final de la tramitación administrativa; si el vicio afectó severamente el procedimiento previo a la emisión del acto o, en su caso, ha constituido un atentado grave al derecho de defensa en sede administrativa (conf. SCBA, B 59986 "Caselli" del 16/2/2005, voto del Dr. Soria; B 62.840 "A.,R.A. C: Banco Provincia" del 27/3/2008 y B 60.161 "C.I c. Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires. Coadyuvantes: G.; D.M. y G., L.M. Demanda contencioso ///administrativa" del 27/2/2008 y CCASM en la causa Nº 1276/08, caratulada "Czysezon, Pablo c/ Municipalidad de Vicente López s/ proceso sumario de ilegitimidad adm. medida cautelar" del 8/09/09)”.----

------ “En ese contexto, y de acuerdo a los antecedentes reseñados…no se observa que haya mediado un requerimiento por parte de la autoridad actuante al efecto que la actora pudiera efectuar, con carácter previo a la imposición de la multa, el descargo pertinente.- En efecto, no surge del expediente

///

administrativo donde tramitó la sanción, que el … antes de notificar la resolución sancionatoria, hubiera imputado a la actora en términos concretos y expresos una violación al art. …de la ley … (infracción que sustenta lo decidido en las Resoluciones ….) … Todo ello, insisto, en orden a que, previo a la emisión del acto administrativo sancionatorio, el actor pudiera efectuar su defensa a modo de descargo".-

------ "Entiendo que la omisión… apuntada configura un atentado grave al derecho defensa y, en consecuencia, un vicio sustancial en el procedimiento administrativo que no puede ser subsanado en instancias posteriores" (.) "A mi criterio, la posibilidad de efectuar una defensa por vía de descargo, en terreno sancionatorio, como sucede en la especie, constituye una garantía del particular que no puede ser desconocida por la administración…En efecto, el derecho a ser oído tiene raigambre constitucional (cfr. art. 18 Constitución Nacional y art. Constitución Provincial)…. "La violación al derecho de defensa configura una

///

irregularidad que hace a la forma esencial del acto (cfr. … CNACAF, SALA IV ""Hsien Yuzh S.A. (T.F. 9852-A) c/ D.G.A." Causa: 20.050/99, del 19/11/99; "Castaño Juan Carlos c/E.N. -Mº del Interior- ///Policía Federal Arg. s/retiro militar y fuerzas de seguridad" [elDial.com - AH25A6) Causa: 11.135/94, del 18/02/99, Uromar S. A. c. Dirección Gral. de Aduanas, DJ 2000-3, 257 del 30/12/1999) y resulta consustancial a la tutela del particular en sede administrativa (cfr. art. 15 CP y CSJN "Astorga Bracht, Sergio y otro c. Comité Federal de Radiodifusión" [Fallo en extenso: elDial.com - AA267D), del 14/10/04, LA LEY 06/04/2005, 06/04/2005, 5 - LA LEY 2005-B, 674 - DJ 2005-1, 736 - Fallos 327:4185)…".----------

------ "En ese contexto, observo que el actor recién tuvo conocimiento del ejercicio efectivo de la potestad sancionatoria…al momento de ser notificado de la aplicación de la multa por la Res….".----------

///

------ Téngase presente -como pauta interpretativa- que la SCBA, ha dicho que: "si la Comuna no hizo saber por escrito al interesado la falta que se le imputaba, indicando la disposición legal presuntamente infringida, ni le notificó para que pudiera formular su defensa y ofrecer y producir prueba (art…. del Código de Faltas…) ha violado trámites esenciales del procedimiento considerando esenciales e inexcusable de los trámites omitidos" (SCBA, B 48695 S 14-12-1984, Juez NEGRI (SD) CARATULA: Zirmer, Esteban c/ Municipalidad de Lomas de Zamora s/ Demanda Contencioso Administrativa, AyS 1984-II, 574 [elDial.com - W1241])".----------

///--- "Adicionalmente, la revocatoria articulada por el actor contra la Res. … –en la que esgrimió, además de la violación de su derecho defensa por incumplimiento de trámites esenciales, una crítica hacia la motivación o el fondo del acto- no puede ocupar

///

válidamente la posición del descargo, cuya posibilidad de concretarse negó el proceder del…”.----

------ “A mi criterio, no es asimilable, en materia sancionatoria, la posición del particular que ejerce su defensa ante la imputación de una falta administrativa, en un primer estadío, con la de aquél que, en un momento naturalmente posterior del trámite, recurre por revocatoria un acto sancionatorio, que cuenta con presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria (cfr art… Dec Ley….- Ello es así toda vez que: "el recurso es una impugnación de un acto administrativo ante un órgano de ese carácter que obviamente se interpone a posteriori de la imposición de la sanción. … Nada tiene que ver con el debido proceso que procura tutelar una garantía constitucional clarificando la comisión de los hechos y la determinación de las responsabilidades. Su omisión significaría colocar al imputado en una evidente situación de indefensión, puesto que le privaría la posibilidad de destruir en el momento oportuno la eventualidad de una falsa acusación o la pérdida del

derecho a oponer una causa de justificación que le acuerda la ley, convirtiendo de esa forma en ilusorias las garantías de acierto y ecuanimidad de la sanción a dictarse" (cfr. Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Cont. Adm. Fecha: 05/06/2007 Partes: Ardanaz, Gabriela I. v. Provincia de Córdoba[Fallo en extenso: elDial.com - AA4129] Publicado: SJA 5/12/2007. JA 2007 IV 145, con comentario de Canda, Fabián O., Doctrina de la subsanación ///versus sana doctrina: el Tribunal Superior cordobés y la dimensión procedimental de los derechos constitucionales).----------

---

------ “No menos relevante, es considerar que en un Estado de Derecho, el principio de legalidad impone a las administraciones públicas obrar de acuerdo al ordenamiento jurídico (doctr. causas B. 56.364, "Guardiola" y B. 54.852, "Pérez", ambas sents. del 10-V-2000; B. 55.010, "Chaina", sent. del 2-VIII-2000, entre muchas otras); y que en especial, en el ordenamiento provincial, el adecuado cumplimiento del procedimiento configura un elemento

///

inherente a la legitimidad del acto administrativo (conf. art…, Dec. Ley…)”.----------

------ “Por último, en ésta línea de fundamentos, téngase en consideración que la SCBA, en materia disciplinaria, ha considerado como un vicio invalidante en el procedimiento la falta de cumplimiento de uno de los requisitos previos de la responsabilidad administrativa de todo agente, cual es la clara imputación de una falta de esa naturaleza (confr. B. 58.459, sent. del 25-X-2000, "Bravo Almonacid" [elDial.com - W134F2]; B. 53.979, sent. del 17-II-1998, "Di Lorenzo"; B. 56.626 "Suárez" del 17-XII-03)”.----------

------ Por cierto, la Cámara declaró la nulidad del acto sólo por este motivo.----------

///

///--- Pero si bien el obrar administrativo ha sido deleznable y así lo considero, me asalta algún prurito derivado siempre de la posibilidad que tuvo la accionante, de subsanar en esta sede la indefensión de la que en aquélla fue objeto.- Subsanación que sólo ha cubierto con alegaciones relativas a la motivación del acto, que arguye omisiva, y a la causa que esgrime, es ilegal y falsa.----------

------ 4.2.- Lo cual, en definitiva también afecta la garantía de defensa en orden al derecho a una resolución fundada que, como ante he indicado, lo integra, lo que me impulsa a sondear en estos elementos.----------

------ El examen de la causa -constituida por las circunstancias de hecho y de derecho que justifican la decisión- me lleva a insistir en que ésta constituye el ejercicio de policía ambiental, policía administrativa que reposa -o debe reposar- en la norma que la autoriza.----------

------ 4.2.1.-En mi voto en la S.D. N° 8/SCA/06 (in re “P…”), me ocupé del poder sancionador de la Administración Pública, opinión en la que

///

me reitero en lo que resulta aplicable al sub-lite: "…la Policía, el Poder de Policía, sus límites y características del Derecho Disciplinario o Sancionador… coincide en la aplicación -con ciertos matices- de los principios inspiradores del Derecho Penal al campo del Derecho Disciplinario, lo que de algún modo suple -dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ con citas del Tribunal Supremo de España- la "inmensa laguna" que supone la ausencia de un cuadro normativo general que defina los principios generales de funcionamiento de estas sanciones (Curso de Derecho Administrativo –Civitas- Tomo II ///– pág. 168). Describen los autores, el ***principio de legalidad*** -nullum crimen, nulla poena sine lege"- indicando la necesidad de que la Ley formal regule este ius puniendi del Estado. ***La definición de la conducta y las sanciones, deben estar previstas en la Ley***, sin perjuicio de la posibilidad de la Administración de reglamentarla de manera subordinada. Esta exigencia… se conecta con el ***principio de tipicidad***- que se aplica a la infracción, entendida tal como la descripción legal de la conducta específica a la que se conecta la sanción administrativa. Esta especificidad de la conducta a tipificar deviene de una doble exigencia: del principio general de libertad (art. 19 CN) que impone que las sancionables sean excepción al mismo, y de la correlativa exigencia de seguridad jurídica que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos.- En consecuencia, no hay cláusulas genéricas o indeterminadas de infracción, y no se permite al órgano de aplicación actuar con excesivo arbitrio y no con el prudente y razonable que permite la especificación normativa".----------

///

------ Agregaba, aplicando la doctrina clásica en la materia, que “en orden a la ***culpabilidad***, estos doctrinarios critican las tesis de responsabilidad objetiva que no requerían dolo o culpa en la conducta sancionable.- Relatan que la jurisprudencia condenó estos criterios desde fines de los sesenta, estimando que inclusive el error de derecho puede justificarse con una interpretación “razonable” y no claramente absurda o temeraria”.- A resultas -decía- *la responsabilidad subjetiva viene siendo ///requisito para la sanción por hechos que constituyen infracción administrativa*, opinión que en el país ha sido receptada por la Corte Suprema…y seguida por los tribunales inferiores (vg. in re “Gocatolli...” – CNFCA – Sala IV – LL 1995-D-319)”.----------

------ Así -reitero- en la doctrina clásica, por que no en vano señalé al comenzar este análisis la particularidad de la materia ambiental, que justamente en este punto de imputabilidad subjetiva, suele apartarse de estos criterios para sustentar justamente el contrario de responsabilidad objetiva por el riesgo creado, por extensión de los criterios civilistas dados en redor de las situaciones jurídicas ambientales.- Así, al menos inicialmente, dejando la posibilidad de excusación -según cierta doctrina- o exculpación -en otras-.----------

------ 4.2.2.- Destaca HUTCHINSON, siguiendo a CONDE PUMPIDO, que este tipo de responsabilidad se apoya en cuatro reglas fundamentales: inversión de la carga de la prueba, que se traduce en una presunción de “culpa” del causante del daño; la consideración de que la adopción de las medidas de precaución usuales o reglamentarias no es suficiente para exonerar de responsabilidad, pues la producción del daño revela que

faltaba algo por prevenir; apreciación de la prueba conforme al principio “pro perjudicado”, es decir, en beneficio del más débil y elevación del nivel de diligencia exigible, que da lugar a la regla del agotamiento de la diligencia, que exige haber agotado las medidas de diligencias posibles y socialmente adecuadas. (Conc.: Ob. Cit. Tomo II pág. 60/61). Esto debe ser así -subraya- porque continuar afirmando una responsabilidad por culpa supone, en cierta medida, fomentar los desastres ecológicos... ///Mientras el agente que lleva a cabo una actividad peligrosa o de riesgo no se vea obligado directamente, salvo casos fortuitos o de fuerza mayor, a reparar los daños que en su desarrollo ha producido al ambiente, continuará sin adoptar las medidas necesarias para la prevención y evitación de los perjuicios, confiando probabilísticamente en su exoneración dado que, o bien será el sujeto que haya sufrido el perjuicio quien tenga a su cargo la prueba de la negligencia del operador-contaminador o bien se llevará a cargo una inversión de la carga de la prueba, en cuyo caso el agente contaminador deberá probar que puso toda la diligencia exigible en prever o evitar el evento dañoso. Y esto conduce inevitablemente a sostener la efectiva objetivación de la responsabilidad porque, ambas posturas, la objetivista y la subjetiva de la inversión de la carga de la prueba sostienen el mismo sistema de responsabilidad. Si se acoge la objetivación absoluta de su responsabilidad, de tal manera que automáticamente sea considerado responsable del daño ambiental causado, *sin que le quepa más posibilidad de exoneración que probar que se trató de un suceso imprevisible o que previsto fue inevitable*, se verá obligado a adoptarlas, porque en este caso el sistema se invierte: de ello dependerá su exoneración. La responsabilidad objetiva -agrega- no debe ser contemplada como sinónimo de responsabilidad absoluta, iuris

///

et de iure, sino como un medio de distribución equitativo de los daños que se producen como consecuencia del desarrollo de actividades peligrosas para el ambiente" (Conc.: Ob. y autor citados, pág. 20/21).-----

///--- Y sintetiza, la responsabilidad del operador abarca no sólo el daño sino también el mismo riesgo de la cosa o actividad. Que el riesgo es una potencia de daño; que el daño es en gran medida evitable, y el riesgo minimizable. La prevención consiste en minimizar el riesgo para que el daño no se produzca. Para el Derecho Ambiental lo previsible es también evitable, y lo evitable ha sido previamente analizado, o sea que ha sido previsto. Los actuales conocimientos científicos hacen previsible una gran lluvia, terremotos y huracanes y estas previsiones hacen que el daño sea evitable, ya sea absteniéndose de realizar cierta actividad, o no realizándola en determinado lugar o tomando las medidas del caso si se decidiera realizar la actividad en cuestión. (Ob. y autor cit.: pág. 71/72).--

------ Agregará que hay actividades que conllevan un significativo riesgo de daño, que no hay posibilidad de eliminar el riesgo aún adoptando una conducta diligente, que de cualquier modo son actividades últiles a la comunidad, y si la responsabilidad ambiental no fuera objetiva, y se fundara en la culpa, quedarían quienes las desarrollan como inculpables; de allí que se ha considerado que existe responsabilidad objetiva en materia civil, ***y en la esfera pública debe partirse del mismo principio*** (Ob. cit. – pág. 81).- Y más adelante al referirse específicamente a la pena ambiental aludirá a la "responsabilidad sanción", afirmando que para ella la intencionalidad como la ausencia de error es irrelevante; la infracción debe presumirse voluntaria, aunque puede considerarse para

///

valorar las sanciones (Ob.cit. pág. 283/297).- Y sólo puede exonerarse –lo dijo antes y lo he citado- cuando pruebe que se trató de *"un suceso imprevisible o que previsto fue inevitable…"*.----------

///--- Caso fortuito que en autos sostiene acaeció el accionante.----------

------ 4.2.3.- Pero tal como lo adelantara en 4.2.1, por aplicación de los principios de legalidad y tipicidad, es la Ley aplicable de la que habrá de inferirse la naturaleza de la responsabilidad administrativa a los efectos de la represión que se haya previsto.- El apartamiento de las clásicas pautas de ejercicio de la policía administrativa, especialmente en orden a la aplicación de sanciones -esto es, la represión- ha de ser estipulado por la Ley.- Derivará de sus previsiones y hermenéutica el determinar si la norma ha adherido al criterio de imputación subjetiva, o simplemente a la objetiva por riesgo.- En este sentido la Ley General del Ambiente N° 25.675 (BO 26/11/02) se inclina por la segunda (arts. 28 y 29), en lo que a responsabiidad civil respecta (al igual que la de Residuos Peligrosos N° 24.051).- Debe decirse además, que admite no sólo exoneración (caso fortuito, fuerza mayor) sino exculpación (por haber adoptado todas las medidas tendientes a evitarlo o culpa de la víctima o de terceros).- Estas previsiones, podrían inducir a una interpretación de ese tipo en el orden penal disciplinario, aunque la Ley se ocupa de deslindar ambas (art. 29) y poca jurisprudencia se encuentra en los anales y bases de datos.----------

------ Mas no veo que el Código Ambiental de la Provincia se incline en ese sentido; mas bien al contrario.- Y creo además que adolece de una seria laguna, analizado bajo la égida de la situación de la actora, que si

///

bien no advierte la circunstancia a que me referiré, su ataque a la causa del acto -que involucra los antecedentes de derecho, aplicados a la ///supuesta falta cuando asevera que los hechos que *legalmente* autorizarían el nacimiento del acto están ausentes- me habilita a examinar.----------

------ 4.2.4.- He transcripto las normas aplicadas por la Disposición Nº 127/08 en el punto IV.2 -y resaltado algunos términos.- He reseñado el acto en el punto III.----------

------ Se dice que con la conducta denunciada e inspeccionada, que en verdad la Provincia no ha demostrado quizás por aquéllo de la inversión de la carga probatoria y la influencia de las concepciones sobre responsabilidad objetiva citadas (ya que en el responde argumenta que *"la tipicidad de la sanción debe ser interpretada conforme el análisis global de la normativa ambiental"*) a más de incurrir en el art. 109 CP, claro, transgredió los arts. 38 y 41 de la Ley XI Nº 35 (5439) y la prohibición contenida en el art. 47 inc. g) que veda los vertidos al mar de hidrocarburos…- Pero la Autoridad de Aplicación no consideró las definiciones de la norma del art. 49 del mismo Capítulo de este Título, que al definir la expresión "***vertidos***" y ***"a los fines de la presente ley"*** dice " evacuación ***deliberada*** al mar…" . Ni más ni menos que imputación subjetiva… y hasta dolosa.- *Si la Provincia pretende un sistema distinto, mas apropiado a los principios de protección y precaución, de responsabilidad administrativa objetiva, deberá legislarlo.*----------

///

------ La expresión por ahora es tan clara, que no puede ser motivo de hermenéutica distinta; deliberado es intencional, voluntario, ///premeditado… Y el art. 146 cuando prevé la sanción de multa, lo es para "*la persona responsable de efectuar* ***vertidos*** *prohibidos…*".- No menciona la "evacuación", que es la conducta que tipifica el art. 41, definida por el 40, ni el incumplimiento de la obligación a que alude el 38 de adoptar medidas necesarias para la preservación…..- Estas han quedado -debo decir que lamentablemente- sin represión.----------

------ Sería un exceso acudir a la Filosofía del Derecho y teorías normológicas, que bien se aplican al caso.- Diré solamente que el complemento natural e inseparable del ejercicio del poder de policía es la facultad de establecer penas por contravención.- No basta que la Administración compruebe la existencia de infracciones … es necesario que se le den los medios para reprimir esas faltas…sin aquéllos el poder se policía no se hace efectivo (MARIENHOFF – Tratado de Derecho Administrativo- Tomo V –pág. 616/617).----------

------ Tal la laguna de la Ley XI Nº 35 (5439), que para estas "faltas" o "contravenciones" no ha previsto sanción.----------

------ Esto es, aunque en verdad la conducta de T. fuera "culpable" porque de su monoboya cayeron líquidos degradantes al mar a causa de negligencia, aunque hubiera podido tomar precauciones para evitar el hecho -lo que reitero, no está comprobado pues la Provincia no produce al respecto informes técnicos serios- y no hubiera adoptado las medidas tendientes a la recomposición de la afectación producida en las ///aguas

de un modo suficiente por desidia, sólo de ser deliberada -que no es precisamente la imputación de la Provincia de estar a los obrados- pudo ser sancionada.----------

------ El “artilugio” -como califica la demandada el planteo de T.- se encuentra en su propio comportamiento cuando, apartándose del proceso debido y aludiendo a constancias de la causa poco claras sobre la responsabilidad, endilga una falta que no es tal (art. 47 inc. g) conc. 49 del Código Ambiental), y aplica indebidamente, una sanción no prevista.-

------ Si la Provincia pretende una política ambiental efectiva, dentro de modernos cánones, asegurando el principio precautorio, se impone -a mas de cumplir con los procedimientos reglados- la adecuación del Código.- Y ello en instancia previa a la imposición de cualquier penalidad; Código que -da cuenta el debate parlamentario (Proyecto de Ley Nº 216/04)- fue sancionado a libro cerrado, aún con oposición de la autora del proyecto por encontrarse “errores”.----------

------ 4.2.5.- En cuanto a los antecedentes de hecho, tal como lo esgrime la actora y como lo he venido diciendo, no han sido acreditados suficientemente.- El principio de tipicidad propio del Poder de Policía exige la demostración acabada de -mínimamente- la ilicitud, la “configuración” de la falta.- Lo único establecido sin duda ninguna, es que medió una evacuación de petróleo (sigo los arts. 40 y 41 CA); mas el porqué la autoridad administrativa considera que no se tomaron las medidas de preservación adecuadas, primero, y de recomposición

///

///después (porque las hubo), sin siquiera molestarse en exponer cuáles debieron ser las primeras ni las segundas, no está ni mencionado.----------

------ Para culminar, es cierto que el derrame de petróleo sucedió y con él la afectación del ambiente. Fue posible visualizar la mancha del crudo flotando en el mar y posteriormente con su arribo a la zona ribereña se observó incrustado ese material en la superficie y rocas del lugar. Así lo demuestra la compulsa del expediente administrativo en el que se encuentran agregadas muestras fotográficas, actas de inspección realizadas en la zona costera afectada que merecieron distintas tareas de limpieza desplegadas por personal de T. con el fin de restaurar las cosas a su estado anterior.- El porqué lo hecho no fue suficiente… el porqué T. es “responsable” del derrame, no ha merecido constatación oficial.- La “razonabilidad” de imputación de la falta, está ausente.----------
---

------ Todo ello evidencia vicio en la causa que se trasmite indefectiblemente a la motivación y al objeto y conduce -de consuno con la afectación del debido proceso- irremisiblemente a la nulidad del acto atacado.----------

------ Así dejo propuesto al Acuerdo se declare, estimando inoficioso ya el tratamiento de la falta de proporcionalidad en la sanción que también integró la pretensión.----------

///--- A la misma cuestión el Dr. ROYER dijo: ----------

///

------ 1.- Con diversos argumentos la empresa T. M. P. S.A. procura convencer a esta Sala de la ilicitud de la sanción de multa que, por Disposición N° 127/08 le impuso la Subsecretaría de Regulación y Control Ambiental de la Provincia del Chubut al considerarla responsable del impacto ambiental acaecido por un derrame de petróleo de una monoboya de su propiedad en aguas de Caleta Córdova, achacándole no haber adoptado medidas preventivas y eficaces para la prevención, y mitigación o saneamiento ambiental. Estimó la Autoridad de Aplicación que quien ahora acciona, violentó la prohibición de ***vertidos*** en el mar en jurisdicción provincial y resolvió según lo normado en el art. 146 inc. a) del Código Ambiental (numeración de Ley XI Nº 35). Frente a dicha penalidad, la accionante dedujo recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio y rechazados éstos, Recurso Directo, remedios que fueron desestimados porque la quejosa no efectivizó, en forma previa a la interposición de aquéllos, el pago de la multa conforme lo impone el plexo normativo aludido. Ante el acuse de inconstitucionalidad del principio “solve et repete”, la Administración advirtió que el tratamiento de esa cuestión es competencia de este Poder y desechó el agravio.----------

------ Así viene a esta Sede T., esgrimiendo que al ser multada, la Administración no cumplió con el procedimiento administrativo. Porque -según expone- no tuvo oportunidad de ser oída y de ofrecer pruebas violentando ello el principio de audiencia de parte consagrado en el art. 26° del Dto. Ley N° 920. Señala asimismo que el acto sancionatorio es ///nulo, de nulidad absoluta, por falta de motivación, alegando que “la Subsecretaría hace caso omiso a su deber legal de fundar sus actos…”

///

(fs. 14 vta.). A más, acusa que la Disposición opugnada no tiene causa ó la misma es falsa porque “los hechos que legalmente autorizarían o justificarían el nacimiento de aquél (la Disposición) se encuentran absolutamente ausentes en el caso” (fs. 15).- Y agrega que contiene un exceso de punición mencionando que la infracción de los arts. 38°, 41° y 47° inciso g) de la Ley N° 5439 (en Digesto XI N° 35 – Código Ambiental) que se le endilga se fijó “casi el máximo que establece la norma” (fs. 17).----------

------ Reitera ante esta jurisdicción, el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 137° y 138° del Código Ambiental provincial (136° y 137° en Ley N° 5439), que fija la necesidad del previo pago íntegro de la multa para atender el recurso administrativo o judicial contra las decisiones de los organismos de contralor -“solve et repete”- esgrimiendo que ello importa una flagrante violación al derecho de defensa garantizado por la Constitución Nacional y va a contrapelo de la moderna tendencia doctrinaria y jurisprudencial que, una vez incorporados los Tratados internacionales se ha inclinado por la inconstitucionalidad del principio.

------ Al contestar la demanda, la Provincia accionada, defiende la legalidad de la decisión administrativa en crisis. Luego de desarrollar su propia versión de los hechos, destaca que quedó debidamente acreditado en las constancias del expediente administrativo que la multa impuesta a ///quien ahora acciona obedeció a un hecho grave hacia el ambiente, constitutivo de una infracción cometida por la empresa al Código Ambiental de la Provincia, aseverando que la multa guarda

correspondencia con la infracción y fue graduada -según explica- en menos de la mitad del monto previsto por la Ley.----------

------ Controvierte el planteo de inconstitucionalidad para la procedencia de la instancia revisora, con transcripción de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha admitido que la exigencia de los depósitos dinerarios no es contraria a los derechos de igualdad y de defensa en juicio, añadiendo que en el sub-lite la actora no ha acreditado la falta de solvencia económica, ni su imposibilidad de pago, tampoco -añade- el menoscabo de las garantías constitucionales que enumera. Comenta que, ejecutada la multa impuesta por la Disposición recurrida, la Sociedad accionante depositó el monto del capital reclamado en el mes de junio de 2010, por lo que pide se aplique la teoría de los actos propios, razonando además que esta cuestión objeto de la litis ha devenido en abstracta y solicita que así se declare.----------

------ 2.- En lo que refiere al planteo de inconstitucionalidad de las normas locales, en tanto establecen como requisito de admisibilidad para el cuestionamiento de decisiones administrativas, en esa Sede como por ante la Jurisdicción el previo pago, así como el carácter devolutivo del mismo, he de concordar con el Ministro preopinante.----------

------ a) Como escollo habilitante de los recursos administrativos que impiden al particular obtener una nueva y fundada decisión por parte de ///las autoridades que aplicaron una sanción, el Dr. CANEO ha inteligido y fundado convenientemente que el modo en que ha sido expuesto el Objeto de la demanda, consistente en una pretensión para que esta Sala

efectúe el control del obrar estatal, es decir, se adentre en el análisis de la existencia o no de los vicios que endilga la accionante al acto administrativo sancionatorio y se pronuncie al respecto, determina que toda consideración en torno a la constitucionalidad o no de la comentada regla y su aplicación en esa Sede se torne inoficiosa.----------

------ Ello así, aunque admito que en principio, no se ve saludable, por contraria a los principios generales del Derecho Administrativo, esta exigencia que priva a la parte de obtener la revisión administrativa -máxime de un acto punitivo ejecutorio por la vía del apremio- y diferente podría haber sido la conclusión atendiendo una pretensión que solicitara se ordene la devolución de los obrados a la autoridad administrativa para que, siempre en el campo de los supuestos, declarada la inconstitucionalidad del principio, analizara y resolviera los agravios contenidos en los escritos recursivos de la quejosa.----------

------ Mas insisto, ateniéndome a los extremos emergentes del escrito de inicio, y al contenido de la pretensión, la inoficiosidad es evidente.--------

------ b) Aplicado al acceso a la instancia judicial, sostengo idéntico criterio.- El tratamiento de la inconstitucionalidad del “solve et repete” es abstracto, pues obligada por el Tribunal a cumplir con la manda -///reservando el tratamiento para el fallo definitivo en estos autos, no cumple… espera.- Y cuando por efecto de la ejecutoriedad del acto que nulidice es sujeto pasivo de ejecución, obteniendo sentencia desfavorable y pagando, sigue luego con esta causa (fs. 44/45 y vta.).----------

///

------ Conviene aclarar, que la exigencia del Tribunal de dar cumplimiento a la Ley a fs. 29 -que la actora trató de recurrir extemporáneamente- se impuso en este estadio por una razón evidente: hasta tanto la inconstitucionalidad no fuera tratada -y declarada- la norma es obligatoria y debía ser cumplida; y la parte no intentó por un camino procesal adecuado se la eximiera -insisto, en este estadio del proceso- ni de su pago, ni de la ejecución.- Es más, la exigencia lo fue en su beneficio, pues de no haberse ordenado así, corría el riesgo de que el fallo definitivo desestimara su pretensión de inconstitucionalidad, y por no haber satisfecho el requisito, se rechazara la acción (vg. CNCAF – Sala II –elDial AA3837; CFSS – Sala III – elDial AA3380).----------

------ Indica el preponente que este resultado adverso al tratamiento constitucional, lo es como consecuencia de su comportamiento; y en efecto, cae víctima de su elección procesal, pues -fuere para cuestionar el efecto devolutivo y el “solve et repete” impuestos por el Código Ambiental para la sede administrativa o la judicial- yerra la accionante en las vías idóneas, bien delineadas por el voto del colega, alguna anticipada en párrafo que precede. Intenta esta acción con doble pretensión (inconstitucionalidad de la exigencia de previo pago – nulidad del acto que le aplica la multa)- y con ello se dificulta la satisfacción de la ///primera.- Es ejecutada, y entonces ya no hay agravio ni interés jurídico subsistente al momento de esta Definitiva.----------

------ c) Vengo diciendo desde la SD Nº 03/SCA/02 (“Sociedad Anónima Importadora y Exportadora…”) reiterada en SD Nº 1 y 2/SCA/06 entre

otras, que “La Corte Suprema de Justicia de la Nación, viene desde antiguo elaborando reglas, de tal suerte que el principio general es el que indica, que para que sea posible la emisión de un pronunciamiento, debe existir “causa” y además un “gravamen” -agravio, perjuicio, ofensa, ultraje- que produce en el derecho la cuestión en debate.- Ese gravamen, debe ser concreto, efectivo y *actual*.- Concreto, por suficientemente determinado y precisado, efectivo, por cierto y no aparente o supuesto, y ***actual por vigente al momento de resolver***.- (La cuestión abstracta o la ausencia de gravamen actual – Carlos SALVADORES DE ARZUAGA y Mario A. FORNACIARI -LL 13/9/00).----------

------ En Fallos 193:524 el Alto Tribunal expresaba “...donde no hay discusión real entre el actor o el demandado, ya porque el juicio es ficticio desde su comienzo, o porque a raíz de acontecimientos subsiguientes se ha extinguido la controversia o ha cesado de existir la causa de la acción; o donde las cuestiones a decidir no son concretas o los sucesos ocurridos han tornado imposible acordar una reparación efectiva, la causa se ha tornado abstracta”, y en otros numerosos y sucesivos decisorios insiste en que “Las sentencias de la Corte Suprema deben ///atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión...” (Fallos 298:33; 301:947; 302:721; 311: 870 y 1810); y que “es inoficiosa la intervención de la Corte si falta el gravamen derivado de la aplicación de las normas cuya constitucionalidad se cuestiona” (Fallos 300: 587; 273:61; 277:276; 279:322, entre otros)”.----------

///

------ “A esta Jurisprudencia ha adherido sin hesitaciones este Superior Tribunal, que ha expresado y fundado: “es pacífica y uniforme la jurisprudencia de los tribunales en el sentido de que no procede dictar fallo sobre asuntos que les son sometidos, cuando las circunstancias sobrevinientes tornan inoficiosa su intervención” y “.... no corresponde expedirse -al Tribunal- cuando el agravio que la fundamenta -a la pretensión- no subsiste en oportunidad del pronunciamiento” (SD Nº 31/SRE/99, 14/SRE/00, SI N° 8/94, 104/SCA/95 y otras)”.----------

------ Voto por ello en declarar abstracto el ataque de inconstitucionalidad aplicado a los art. 137 y 138 de Ley XI Nº 35 (antes Ley Nº 5439).--------

------ 4. Ingreso entonces al tratamiento del pedido de nulidad del acto administrativo que impone la multa a la accionante -Disposición N° 127/08, agregada a fs. 68/69 del Expte. N° 2374-08- MAyCDS- por considerarla responsable del “impacto ambiental” acaecido el 2 de diciembre de 2008 en el sector denominado “Barrancas Blancas” al norte de Caleta Córdova donde se constató la presencia de una mancha oleosa en el mar aproximándose a la costa (1er. Cons.).- Lo actuado en la sede administrativa, así como los términos del acto, han sido puntualizados ///por el prevotante a cuya relación me remito.- Sólo he de subrayar que según surge de los fundamentos del último, la Provincia estimó debidamente acreditado en la sustanciación del trámite administrativo iniciado a fin de deslindar las responsabilidades respectivas, el incumplimiento (por parte de T.) de la adopción de medidas preventivas y eficaces para la mitigación o saneamiento ambiental.--------

///

------ 5.- El mencionado Expediente, expone que efectuadas unas cuantas Inspecciones en las que se verificó el hecho -nunca negado- de que de la monoboya de propiedad de la actora se había derramado hidrocarburo que afectaba las playas de Caleta Córdova, y de la verificación de que aquélla se encontraba trabajando para minorar los efectos nocivos naturales derivados, surgen informes de dependientes del área ambiental -uno aparentemente técnico y otro legal- afirmando que se habían incumplido medidas preventivas, así como ulteriores de saneamiento eficaces, razón por la que se "aconseja" aplicar sanción de multa.----------

------ Así lo hace la Autoridad de Aplicación en el acto atacado, encuadrando la contravención en los arts. 38, 41 y 47 inc.g) de Ley XI Nº 35 (antes Ley Nº 5439) que prohibe los vertidos al mar de -entre otras sustancias- hidrocarburos, y la multa en el art. 146 inc. a) (en la Ley original 147).----------

------ Del Dto. Nº 1282/08, que regula el procedimiento a seguir en tales supuestos bajo la égida de Ley I Nº 18 (Dto. Ley 920 con más Dto. Ley ///1510), no hay noticias.- La firma recibió una nota que le pedía explicaciones sobre el hecho y las acciones que había desarrollado que respondió con detalle, y allí termina su participación en los actuados hasta que es notificada de la sanción.- Luego, solve et repete…no hay atención del recurso.----------

------ 5.1.- Es verdad que la accionante no se apoya, para fincar el ataque de forma, en estos preceptos; mas no es menos real que este Tribunal no puede ni debe soslayarlos.----------

///

------ En SD Nº 01/SCA/11 (“G…”) reiteraba -lo hago ahora- lo manifestado en otros decisorios (S.D. Nº 5/SCA/00 (“Las…”), 9/SCA/08 (“C.”…), 01 y 02/SCA/10 (“R…” y “J…”)), que la juridización del Derecho disciplinario moderno supera el antiguo y autoritario mando del jerarca, que imponía sanciones represivas en forma discrecional, y sin calificación normativa previa. Destacaba que hoy -aún aceptando la imposibilidad de tipificar la variedad de faltas disciplinarias posibles en las que se puede incurrir *(en estas causas citadas se trataba de agentes públicos, e igualmente lo dicho se aplica a los administrados en general)*- existe un derecho disciplinario sustancial que establece la escala de faltas a las que corresponden determinados rangos de sanciones, y un derecho disciplinario adjetivo o procesal, que regula la forma de comprobar, verificar, investigar el incumplimiento que ha provocado la falta del agente, con consagración expresa de las garantías de defensa del investigado o imputado, y la imparcialidad del órgano instructor. (Derecho Administrativo -Tomo I- pág. 843/846).----------

///--- Mencionaba que en S.D. Nº 01/SCA/10 (“R…”) reiterando lo votado en S.D. N° 2/SCA/04 (“F.”…), y siguiendo a Jesús GONZALEZ PÉREZ, que “el procedimiento …es la manifestación de la función y el acto, el resultado de la manifestación de la función (Comentario a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas…Civitas 1997), lo que la doctrina nacional suele traducir en proceso de formación de la voluntad administrativa y declaración de esa voluntad. De este modo el procedimiento *integra el elemento forma del acto resultado* y será determinante de su nulidad tal como surge del art. 33º inc. c del Dto Ley

///

Nº 920, o anulabilidad por comprenderse en el 34º *si adolece de vicios*. Destacando -en relación- con GARCIA DE ENTERRÍA “el carácter instrumental de las formas, de tal suerte que su trascendencia se mide con relación directa al acto final. En el marco del procedimiento -dice el autor- aún el concepto de indefensión es relativo, y su valoración exige colocarse en una perspectiva dinámica o funcional, que permita el procedimiento en su conjunto y el acto final como resultado de la integración de trámites y actuaciones de distinta clase y procedencia. *Adquirirá relieve el vicio procesal -en el marco del Derecho Administrativo- cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente su sentido, en perjuicio del administrado y de la propia Administración* (Curso de Derecho Administrativo – Civitas – Tomo I, pág. 618). “…la apreciación de si el quebrantamiento cometido entraña nulidad depende de la importancia que reviste, de las derivaciones que motive, de la situación o posición de ///los interesados en el expediente, y en fin de cuantas circunstancias concurran apreciadas en su verdadero significado y alcance para invalidar las consecuencias de los actos o mantenerlos… ponderando lo que hubiera podido variar el acto administrativo origen del recurso”.----------

------ Y destacaba que la herramienta mediante la cual se pone en marcha la potestad disciplinaria estatal, importa la tramitación de un Sumario Administrativo -tal lo que manda el Dto. Nº 1282/08 para el caso- caracterizado como un ***procedimiento de investigación que tiene por finalidad determinar objetivamente, con las acreditaciones idóneas y pertinentes, la real existencia de hechos que constituyen faltas***

///

disciplinarias y, además, la identidad de los autores.- Lo expresado -insisto- si aplicable al agente público que se encuentra en una relación de sujeción especial con la Administración de la que es dependiente, caracterizada incluso como contractual, también apropiada para los ciudadanos a quienes se impone el poder de policía administrativa, limitando sus derechos particulares.----------

------ Mucho antes, en SD Nº 08/SCA/00 (“K…”), reproducida en SD N° 02/SCA/11 (“N…”), daba cuenta de que la jurisprudencias es conteste con estos principios: “En materia de procedimiento administrativo, rige el derecho al “debido proceso adjetivo” sustentado en la garantía del art. 18 CN, el cual comprende el derecho a ser oído, el de ofrecer y producir pruebas, y el de obtener una decisión fundada” que haga expresa consideración de los principales argumentos y cuestiones que propuso (SCBA - LL 1996-D-233, CNac.Fral.Cont.Adm. Sala 5 - DJ 197-I1057, Sala 4 - LL1999-C-523, CNac.Seg.soc. DT 1999-A-937.- “El ///derecho esencial que asiste al administrado es el de obtener una decisión fundada, que el acto decisorio haga una expresa consideración de los principios, argumentos y cuestiones propuestas conducentes al caso” (CNAp.Fral.Rosario - Sala B - J 80-35) “.-…“El daño puede presumirse cuando de lo que se trata es de la restricción de audiencia o prueba, siendo a cargo de quien invoque que tal limitación defensiva no causa perjuicio, a quien corresponde su demostración” (CSSta.Fe - AyS T 136/352, 150/270)”.- Y uniéndome a lo que ya habían votado los restantes Ministros, afirmaba que en ese caso, no era aplicable el principio de subsanación, pues consideraba que la gruesa transgresión en

///

absoluta indiferencia del administrado, había arrasado con cualquier posibilidad de validar la decisión adoptada.----------

------ Traje -por coincidir- en el fallo primero citado, la opinión del Dr. TORREJÓN dada en el segundo, al señalar como “gravosa” la situación en que la Administración había colocado al actor, “cuando en las actuaciones que preceden a la emanación del acto, lo priva de la garantía del debido proceso legal, cuyo valor constitucional, extendido a toda situación asimilable a aquélla que originariamente puede haber dado lugar a su formulación, se constituye -como dice ESCOLA- casi en un principio general del derecho.- Esta garantía del administrado de un accionar adecuado de la administración, resulta de la regulación que se haya establecido para el procedimiento administrativo, constitutivo e impugnativo.- Y al administrado corresponde exigirla, no sólo por su situación subjetiva, jurídicamente amparada, sino por que en el campo ///del Derecho Administrativo se suma esa consideración a la de que el particular cumple por medio de esa prerrogativa, su rol de gestor indirecto del interés público (ESCOLA - con cita de GARRIDO FALLA - Tratado General de Procedimiento Administrativo - pág. 143). Luego de señalar la tríada esencial que conforma esa garantía: audiencia prueba y decisión, indicaba que *ello se traduce en la necesidad de notificar al administrado el procedimiento, permitirle el acceso a la información, considerar sus argumentos y razones al resolver, y referirse a ellas en la motivación*.- Lo cual -decía- “constituye un permanente desafío para quienes integran la administración con un claro sentido de su real función, y son responsables en mayor o menor grado de su accionar...(Obra y autor citado - p g. 150)”. Así para culminar “Nada de

///

ello se ha cumplido, la Administración ha desechado, desoído, soslayado, la obligación que le incumbe por el rito al que está sujeta..”.----------

------ 5.2.- Así ha ocurrido en autos, lo que me induce a descartar la aplicación de la subsanación.----------

------ Al respecto es ilustrativo el fallo de la Corte de la Provincia de Buenos Aires (del 30.06.2010 –publicado en La Ley online– AR/JUR/30604/2010) en el que el Ministro Dr. SORIA destacó que ese Tribunal desandaba el adoptar *como principio* la regla de la subsanación, que sólo cedía paso cuando la irregularidad en el trámite previo al acto administrativo configura un atentado irreparable al derecho de defensa.- Consideró que a partir del precedente "Caselli" (causa B. 59.986, sent. del 16/II/2005) para la mayoría del Tribunal, la aludida tesis no es aceptable como regla general de la materia. En primer lugar, por cuanto, ///en un Estado Constitucional de Derecho, el principio de legalidad impone a las administraciones públicas un obrar consistente con el ordenamiento jurídico (refiere a causas B. 56.364, "Guardiola" y B. 54.852, "Pérez", ambas sents. del 10/V/2000; B. 55.010, "Chaina", sent. del 2/VIII/2000, entre otras) y desde esa perspectiva, el adecuado cumplimiento del procedimiento configura un elemento inherente a la legitimidad del acto administrativo.- Sostuvo, que entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial no cabe predicar la existencia de una relación de continuidad, en la que la indefensión producida en el primero pueda solucionarse en el segundo; de tal suerte, es improcedente auspiciar, sin más, la posibilidad de minimizar los vicios graves acaecidos en el ámbito del actuar de la Administración por la

///

circunstancia de que exista luego una acción impugnativa en la esfera jurisdiccional.- Citó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no mantiene una postura uniforme, pues tanto ha aceptado la posibilidad de la subsanación (Fallos 290:293; 296:106; 311:56; 315:954) como la ha rechazado en otros casos (Fallos 295:726; 302:283).----------

------ Revertido el criterio -afirmó- cuando en el caso enjuiciado se advierta la inobservancia o el quebrantamiento por la Administración Pública de trámites esenciales, la invalidez consecuente de la decisión no resultará en principio susceptible de ser saneada, *si es que la anomalía resulta concretamente planteada en esos términos por el afectado* (conf. causa B. 59.986, cit.).- En el caso, consideró no obstante, que la subsanación debía aplicarse.----------
///--- No compartió esta posición el Ministro Dr. Hitters, quien estimó que no es factible fijar criterios rígidos en la materia, y -citando a TRIBIÑO- estimó que como materia de reflexión debe tenerse en cuenta que la anulación de un procedimiento por razones formales dilata la decisión del fondo de la cuestión.----------

------ Atendiendo a la doctrina de ese Tribunal, no estuvo de acuerdo en la reversión del principio que es aquélla que determina "*no procede la revisión judicial de vicios en el procedimiento administrativo, salvo circunstancias excepcionales que se configuran cuando ha mediado un claro atentado al derecho de defensa determinado, genéricamente, por la comprobación de deficiencias insusceptibles de corregirse en la oportunidad que el actor tiene de defenderse, probar y alegar en juicio pleno ante el Tribunal"* con cita de diversos precedentes.----------

///

------ Y aún cuando para el caso coincidió en la aplicación de la subsanación, remató *"Según mi criterio, la existencia de irregularidades en el desarrollo del trámite relacionados con la efectividad del debido proceso, no necesariamente debe llevar a la declaración de nulidad del acto administrativo, por cuanto la adopción de tal solución, de manera genérica, podría importar -paradójicamente-, otra violación a dicha garantía, al imponer una trascendente dilación temporal en la adopción definitiva de la decisión de fondo… (art. Const. bonaerense)…* atentando *"contra la celeridad y la seguridad, y por ende, contra la justicia del caso"*.----------

///--- Lo cual, dijo no debe significar *"un bill de inmunidad para que las autoridades administrativas violen las reglas del debido proceso"*.--------

------ Claro que éste que postula como principio, *"admite excepciones, dependiendo de la gravedad del vicio y de las circunstancias especiales de cada asunto"*.----------

------ Decisorio que demuestra la trascendencia de la cuestión, especialmente a la luz de los Pactos Internacionales (San José de Costa Rica – Convención Americana sobre Derechos Humanos).----------

------ Mas fuere como regla, o como excepción, lo cierto es que ***el caso concreto determinará o no la importancia de la violación de estas garantías***.- Y en éste -voy a reiterarme- frente a la violación abierta de la

///

defensa en que incurre la Provincia, de espaldas a sus propias normas específicas- no cabe subsanación ninguna.----------

------ Violación que queda expuesta en la motivación del acto, pues deriva del proceso mismo de formación de la voluntad administrativa.----

------ Pese a ello, no dejo de escuchar al Dr. HITTERS cuando con TRIBIÑO sostiene que la declaración de nulidad por esta causa, puede originar una dilación temporal en la decisión de fondo.- Y así es, porque -enseña Miguel Nathan LICHT- *si el Tribunal no se pronuncia sobre ella* -lo que fue pedido- *y se limita a declarar la nulidad por vicios del ///procedimiento, la administración podría reiniciar libremente el mismo o incoar otro similar, en tanto tratándose de Derecho Penal Administrativo a la actora no beneficiaría el "non bis in ídem"* (La Potestad Sancionadora de la Administración y su control judicial de cara a la realidad normativa – ED 193/2001 pág. 702/791).- Y recuerdo, que en esta tesitura en la SD N° 08/SCA/00 ("K…"), ya citada antes, pese a la violencia formal, me pronuncié sobre el objeto sustantivo de la pretensión.- Así lo hace el Dr. CANEO, y lo haré -la materia en debate lo merece- también en este caso.----------

------ 7.- Tal como señala el colega, la evolución del derecho al ambiente ha sido arrolladora desde su instauración en la Constitución Nacional de 1994. Hace tiempo ya, en S.D N° 14/SRE/01 ("Prima Klima…") siguiendo a Guido Santiago TAWIL y en consonancia con las modernas tendencias de protección del ambiente, comentaba el comienzo de la preocupación de la sociedad a partir de su creciente deterioro, ocasionado

///

por el obrar humano descontrolado que privilegia el desarrollo y crecimiento económico, lo que afectaba seriamente los mecanismos de autorregulación natural y equilibrio ecológico, abriendo paso a una nueva disciplina jurídica, el Derecho Ambiental, que encuentra consagración primero en el orden internacional, y luego en lo que a nuestro país refiere, en las reformas constitucionales de Nación y Provincias, y leyes complementarias.----------

------ Referí lo que eran por entonces diversas iniciativas …plasmadas a partir de 1972 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano celebrada en Estocolmo -Suecia- en Junio de ese año, ///también llamada “Conferencia del hombre y la biosfera”, en la Declaración de Estocolmo sobre el Entorno Humano y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente Humano (P.U.M.A.) que originó la creación en 1983 de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente Humano, los pronunciamientos de la Iglesia Católica reiterada con énfasis por Juan Pablo II, la suscripción de acuerdos internacionales de relevancia y la preocupación de la Comunidad Económica Europea, unidos a fenómenos tales como la disminución de la capa de ozono justamente en el sur de nuestro país, los fenómenos de la desforestación, erosión, salinización, lluvia ácida, uso exagerado de fertilizantes químicos, etc., que llevaron a otorgar en la Argentina a la dependencia con responsabilidad política en la materia el rango de Ministerio, y a considerar la reforma de la Constitución como una ocasión propicia para manifestar esa preocupación. Ya el Pacto Federal Ambiental del 5 de julio de 1993, tuvo en especial consideración esta materia aumentando

///

las obligaciones de las Provincias (LL 1995-B-1291 – “La cláusula ambiental en la Constitución Nacional”).”----------

------ Previne en el fallo comentado “no fue ajeno…el Chubut a esta preocupación, que consagra garantías para la comunidad y normas protectivas en su Constitución renovada -arts. 109 a 111-…”. A este mismo fallo, remití luego en la N° 26/SRE/01 (in re “G…”), primera oportunidad en la que resolví un Amparo en la materia.----------

///--- Ahora bien, evidentemente desde ese momento hasta nuestros días, este Derecho ha sido objeto de muy interesantes estudios, y diversas posiciones.- Y como menta Elena HIGHTON, luego de conceptuar el daño al ambiente y la “contaminación”, específicamente refiriéndose a las causas de polución de las aguas (de especial interés para el sub-judice), menciona que provienen de dos factores: el primero, el elevado grado de urbanización; el segundo, se relaciona con el desarrollo industrial que requieren más cantidad de agua y vierten múltiples productos químicos y desechos de sus actividades. Entre otros el derramamiento de hidrocarburos, detergentes sintéticos, fenoles y sales de diversos minerales, constituye el principal origen de este daño colectivo. (Conc.: “Reparación y Prevención del Daño al Medio Ambiente. ¿Conviene Dañar? ¿Hay Derecho a Dañar?” en “Derecho de Daños”, Segunda Parte, Edic. La Rocca, 1996, Pág.795 y ss.).----------

------ El objetivo entonces de un Derecho Ambiental como disciplina científica, será el de comprender las normas legales referentes al uso y conservación de todos los bienes, fenómenos y elementos naturales o

creados, en tanto influyan en la calidad del entorno desde el punto de vista del interés humano; la doctrina conducente a su formulación e interpretación; las decisiones jurisprudenciales, y los usos y costumbres correlativos. Todo ello con el propósito de ***condicionar la conducta humana respecto del disfrute, preservación y mejora del ambiente, introduciendo acciones y abstenciones a favor del bien común***.----------

------ Como disciplina jurídica diferenciada, se inspira en principios propios que la orientan e informan.- Como ilustra Luis KAMADA, ///citando a MOSSET ITURRASPE, el de realidad; de regulación jurídica integral; de responsabilidad compartida; de conjunción de aspectos colectivos e individuales; de nivel de acción más adecuados al espacio a proteger; de tratamiento de causas productoras y de los síntomas con puntualidad o premura y de unidad de gestión. (Conf.: “Daños punitivos y la prevención del daño material” en DJ 2007 –I, 173).----------

------ Tuve ocasión de manifestar en uno de los precedentes citados antes, “…siguiendo a BUSTAMANTE ALSINA, que el daño ambiental se configura cuando la degradación de los elementos que constituyen el medio ambiente o el entorno ecológico, adquieren cierta gravedad que exceden los niveles guía de calidad, estándares o parámetros que constituyen el límite de la tolerancia que impone necesariamente convivencia humana” (El daño ambiental y las vías procesales de acceso a la jurisdicción- JA Derecho Ambiental 9/10/96, pág. 27)…” (mi voto en S.D. N° 26/SRE/01).- Como sintetiza Jaime FERNANDEZ MADERO, ese daño se exterioriza en forma lenta y, consecuentemente, los efectos nocivos se evidencian luego de transcurridos largos períodos

///

de tiempo y suelen ser de gran magnitud, o propagarse a grandes distancias del lugar físico en que fueron ocasionados. Todo ello implica la dificultad de establecer la cuantía de los perjuicios e incluso que la percepción de la reparación se torne ilusoria, además de resultar dificultoso habitualmente determinar la relación de causalidad entre el daño ambiental y la conducta contaminante.- Considera que el perjuicio ocasionado a la sociedad a través de la afectación del medio ambiente ///***constituye per se una actividad contraria al orden normativo, vale decir antijurídica***, razones por las que se pronuncia por el criterio de responsabilidad objetiva para dirimir las cuestiones con él relacionadas. Y dice “ya sea con carácter preventivo o precautorio, lo esencial en materia de tutela ambiental es tener en cuenta la prevención del perjuicio como núcleo prioritario de la reparación, pues así se observa en la redacción del primer párrafo del art. 41° de la Carta Magna y más aún cuando impone el deber de preservarlo. (“Los daños al medio ambiente” en LL 2004-A, 1456 –destacado propio).----------

------ De lo dicho ya se deduce que la noción de “daño ambiental” es ambivalente, pues designa no sólo ***el que recae en el patrimonio ambiental que es común a un agrupamiento social*** -traducido como impacto ambiental- sino también a aquél que se causa al medio ambiente, pero “rebota” afectando los intereses de una persona física determinada.--

------ En este último caso, el componente de responsabilidad civil es indudable.- Pero ambos interesan al Derecho Público, pues además del perjuicio individual, el daño producido al ambiente afecta la calidad de

///

vida e intereses de los seres humanos en general a la sanidad, salubridad, a sus valores culturales, estéticos, recreativos.----------

------ La pena ambiental, debe coexistir con la perspectiva jurídica daño/responsabilidad, y contiene la respuesta que proporciona la sociedad, a través de las leyes o de los jueces, al fenómeno del hecho injuriante en general, atendiendo a una regla de preferencia de la prevención, antes que la curación, con un objeto disuasorio para el ///causante del daño u otras personas que puedan realizar similares actividades.- Pues como acota la Dra. KELMELMAJER , suelen ser agentes contaminadores, degradadores o explotadores del ambiente, los titulares de mayor poder económico, sin dejar de atender a que sus actividades -pese a su peligrosidad potencial- son necesarias a la comunidad.----------

------ 8.- En este contexto descripto la injerencia del Estado es trascendente, y la influencia del Derecho Público en el Ambiental, ostensible.- Y se produce a través del Poder de Policía.----------

------ Recuerdo que el art. 14° de la Constitución Nacional, en su primera parte, establece que: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio…”, en tanto que el art. 28°, dispone que “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. De la interrelación de esos artículos se construyó el aludido Poder considerado como “la facultad que emana del órgano legislativo, a fin de promover el

///

bienestar general, pudiendo de tal forma restringir o limitar derechos individuales contemplados en la Constitución Nacional, siempre que el bienestar general torne necesaria tal limitación". Para manifestarse válidamente requiere una ley formal, emanada del Honorable Congreso y debe reunir los siguientes caracteres: impersonal, general, abstracta y objetiva. (Conc. Javier BARRAZA y Fabiana SCHAFRIK "Actualidad ///en la jurisprudencia sobre el poder de policía en la Constitución Nacional" en LL 1998- F,1051).- Regulación que -reitero- atendiendo al principio protectorio, puede asumir -siguiendo la doctrina- caracteres específicos en materia ambiental, que no siempre se condicen con los clásicas propios de esta actividad.----------

------ La Provincia del Chubut ejerciendo tal poder, ha fijado para sí las pautas que habrán de ser consideradas por los habitantes como "*límites de tolerancia en pos del bien común*" sancionando para ello el Código Ambiental, cuyo objetivo, estipula el art. 1º es "la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente en la Provincia, estableciendo los principios rectores del desarrollo sustentable y propiciando las acciones a los fines de asegurar la dinámica de los ecosistemas existentes, la óptima calidad del ambiente, el sostenimiento de la diversidad biológica y los recursos escénicos para sus habitantes y las generaciones futuras".- Trató de fijar los estándares "de tolerancia" en la materia -señalados por los doctrinarios- tipificando aquéllas conductas que se consideran transgresoras. Se ocupó, muy cuidadosamente, de aportar definiciones para su interpretación (me remito a las transcripciones efectuadas por el Dr. CANEO). Pero así como "cuidó"

///

los aspectos ambientales, marró -como ha de verse luego- en los jurídicos.----------

------ 9.- Tradicionalmente, el Poder de Policía, reúne notas muy asentadas.- En mi voto, en S.D. Nº 8/SCA/06 (in re “P…”) siguiendo al autor español Alejandro NIETO -Derecho Administrativo Sancionador- me refería a ellas, en tanto el autor efectúa una serie de ///proposiciones para "una política represiva eficaz", derivada de las "matizaciones" que se imponen en este ámbito en razón de su especificidad, derivada de su objetivo, que -sostiene- no es sancionar sino justamente lo contrario, no sancionar, logrando que sólo con la amenaza se logre el cumplimiento efectivo de órdenes y prohibiciones. Las normas sancionadoras protegen intereses colectivos, generales y públicos y su pretensión es que el daño no se produzca para lo cual debe evitarse el riesgo. De tal modo, habrá infracción cuando por incumplir la norma se creó el riesgo, y esto sin considerar las consecuencias dañosas, aunque puedan ser valoradas para graduar pena (Tecnos - 2 Ed.- pág. 29/32, 35/37).----------

------ Indicaba que ***el principio de legalidad*** -lex previa -lex certa, exige la tipicidad suficiente de las conductas infractoras -elemento objetivo- que se desenvuelve en dos niveles: normativo, que exige predeterminación inteligible de la infracción, descripción de los elementos esenciales de un hecho sin cuyo incumplimiento -abstractamente considerado- no puede ser calificado de infracción, y de aplicación que exige que el hecho concreto imputado se corresponda exactamente con el previamente descripto, y la ***culpabilidad*** -o imputabilidad subjetiva- *por*

///

causa de dolo, culpa, negligencia grave, leve, o simple descuido o ligereza, y que involucra a personas físicas o jurídicas, constituyen los presupuestos de la sanción que también debe ser típica con determinación correlativa y proporcional a la infracción (Ob. y autor citado – págs. 199/202, 291/295, 310 a 314, 342 a 352).- El Tribunal Supremo de ///España -citado por el mismo doctrinario, decía- es gráfico cuando indica el camino a seguir: en el enjuiciamiento de una resolución administrativa que ultime un expediente correctivo o sancionador, se ha de partir del análisis del hecho o acto impugnado, de su naturaleza o alcance, para determinar y ver si el ilícito administrativo perseguido es -o no- subsumible en alguno de los supuestos tipos de infracción administrativa previstos por la norma que sirve de basamento para la estimación que se persigue y en su caso, sanciona; *enjuiciamiento que deberá hacerse con un carácter exclusivamente jurídico pues la calificación y sanción de una infracción administrativa no es facultad discrecional de la administración, viniendo condicionada su legalidad por la tipificación de la falta y la sanción y por la prueba inequívoca y concluyente de que el sancionado es responsable de aquélla* (fallos del 26/12/83 y 17/12/88 – pág. 345)".- La Corte Nacional sostuvo tal criterio afirmando que sólo puede ser reprimido quien sea culpable (Fallos 290:202).- Así lo apliqué, aunque reconozco que la cuestión de imputabilidad tiene sus matices en la Policía Administrativa, a partir de las normas que la autorizan.----------

------ No ahondaré aquí en la antigua y sostenida discusión sobre la diferencia entre falta o contravención y delito, o en la ponderada tanto como criticada aplicación al campo del Derecho Administrativo

///

Sancionador, de los principio del Derecho Penal.- Pero lo cierto es que éste conforma lo que GARCÍA PULLÉS llama “el régimen jurídico circundante” (La distinción entre delitos y faltas – El régimen jurídico circundante: una nueva y acertada doctrina de la Corte – Rev.JA – ///Supl. Der. Adm. 2006-III) , y de ellos derivan los antes mencionados.- Así es que el de legalidad se integra con cuatro subprincipios: ----------

-de reserva legal, según el cual no es posible la creación ni de infracción ni de sanción alguna sin una norma expresa que lo establezca;

-de tipificación, que determina que esa norma legal debe describir la conducta infractora y ***las características de la sanción*** que le corresponde;

-la prohibición de retroactividad de la ley *in peius*, y la obligación de admitir la retro o utra actividad de la ley mas benigna;

- la prohibición de la analogía *in peius*;

------ Se advertirá que la ***presunción de inocencia*** no está entre estos subprincipios, pues -opina el doctrinario- el mismo fue morigerado y hasta limitado por la jurisprudencia en materia administrativa, en cuyo ámbito campean la responsabilidad objetiva, la teoría del riesgo creado, la solidaridad, incompatibles con la culpabilidad típica del Derecho Penal.- Este principio además, en materia administrativa, se enfrenta con el de la presunción de legalidad de los actos, de modo que comprobada una infracción por la autoridad de aplicación, se invierte *el onus probandi* y debe acreditar el acusado su falta de responsabilidad (vg. infracciones de tránsito).- Y considera que afirmar que la presunción de inocencia se impone a aquella presunción de legitimidad, es desentenderse de la

///

realidad, bregando por la evolución en este aspecto en beneficio del ciudadano.----------

///--- Es justamente en este punto donde los ambientalistas se apartan del “régimen circundante” (penal), y en lugar de presumir inocencia presumen culpabilidad e inversión de las cargas probatorias.----------

------ 10.- Puedo estar o no de acuerdo en que ante el bien jurídico protegido, puede admitirse un criterio de responsabilidad objetiva, con inversión de la obligación de probar, como parece estimar la demandada proponiendo que la sanción se interprete “conforme el análisis global de la normativa ambiental”.- Ello no significa que el elemento subjetivo esté ausente, pues -en mi opinión- deberá quedar siempre abierta la posibilidad de probar excusación o exculpación.- Pero no veo, por una parte, que el Código Ambiental de la Provincia ni lo recepte ni lo induzca.- Al contrario, si debo aplicar -como lo dice el Dto. N° 1282/08 (olvidado por la Provincia)- los Dto. Ley N° 920 y 1510 (hoy Ley I N° 18), será el principio de verdad material e impulsión de oficio -art. 26 inc. 3 conc. 57 inc. 1 y 180- y el de valoración de prueba -art. 26 inc. 5- los que deben guiar la hermenéutica.- De sus términos también se infiere -por otra y como se verá- que se enrola en el tradicional criterio de imputabilidad subjetiva.----------

------ 10.1.- En orden al primer aspecto -que debió configurar la “causa” del acto para luego conformar “in aliunde” o integrar la “motivación”, la invalidez argumentada por la actora la encuentro evidenciada.----------

///

------ Acerca del vicio en el elemento causa del acto administrativo me he pronunciado en distintas oportunidades. En la S.D. N° 1/SCA/11 (in re G…"), reiterando la N° 13/93 ("P..."), 17/SCA/97 ///("P..."), N° 3/SCA/99 ("F..."), 6/SCA/06 "V..."), con cita de CASSAGNE y MARIENHOFF, dije que la ausencia de los antecedentes de hecho y derecho que preceden y justifican el dictado del acto administrativo determinan su nulidad absoluta (Derecho Administrativo - Tomo II -pág. 243 - Trat. de Der. Administrativo -Tomo II- págs. 26/27). Aduné también con cita de GORDILLO que "la arbitrariedad, constituye un vicio de la voluntad porque el administrador prescinde de la sujeción a la ley o a la prueba, o razona falsamente, con lo cual el acto se funda en su propia veleidad personal. Aún dentro del marco de discrecionalidad el Poder Administrador debe decidir las cuestiones propuestas, ateniéndose a los hechos acreditados en las actuaciones... y tener una fundamentación normativa seria. De lo contrario, se aparta de lo objetivamente determinado por la razón y el derecho, al no expresar fundamentos serios que expliciten adecuadamente los motivos de la decisión. El acto que prescinde de "fundamentación subjetiva seria", y se encuentra en discordancia con el ordenamiento jurídico que le sirve de sustento, es ilegítimo y expone una falacia de conclusión inatingente lo cual conduce a su nulidad (Tratado de Der. Adm. T.III, pag IX-29, 33, 34, 36).----------

------ También, en SD N° 4/SCA/01 ("F...") señalé que la causa "...es requisito intrínseco del acto, y se define como el elemento lógico que se integra con diversos datos materiales, que comprende el "por qué", y se compone de los antecedentes fácticos, circunstancias y normas que

///

concentran y evalúan su contenido de fuente creadora del mismo... una ///constelación de motivos determinantes... con su necesaria vinculación con el fin el "para qué"...La jurisprudencia tiene dicho, que "todo lo atinente a la efectiva existencia de los hechos o situaciones de hecho invocados para emitir el acto, caen o pueden caer bajo el poder de revisión de los jueces, para llegar a realizar un verdadero análisis de la existencia de los presuntos antecedentes, es decir, aquellos que constituyen su causa o motivo; por ello, el juzgador debe efectuar el control de legalidad de un acto administrativo, pero a su vez desentrañar los motivos y los hechos que le sirven de origen, valorando objetivamente los antecedentes que se encuentran en la causa y fueran la motivación de su dictado, para dar por sentado si corresponde o no la modificación de la decisión a que arribara el organismo en cuestión" (CN Apel. Cont. Adm. Fed. sala II en "Cervera c/A.N.A...." del 28/02/95 y la sala I en "Kohn Loncarica c/Poder Legislativo..." del 20/02/98, Bol.Jur. Cám. Nac. Apel. Cont. Adm.Fed. Cap. Fed.-ED-Año 1998 N°1)".---------

------ En cuanto a la motivación, me ocupé de este elemento esencial del acto administrativo en la Sentencia Definitiva N° 1/SCA/08 (in re “P…”) donde reiteré mi voto en S.D. N° 31/SRE/04, en la que citando a GARCIA DE ENTERRIA dije “...la motivación debe reconducir la decisión a una regla de derecho que la autoriza o de cuya aplicación surge; obliga a fijar los hechos de cuya consideración se parte, y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma...pero además a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto, y debe ser suficiente dando razón plena del proceso lógico y jurídico determinante de esa decisión (Curso de Derecho

///

Administrativo - Civitas - Tomo I - pág. 542, 543)". Previne, también allí ///siguiendo a ESCOLA, que "...el acto administrativo no puede aparecer caprichosamente, desvinculado de toda relación precedente sino que debe motivarse, debe reconocer como antecedente necesario, la existencia de circunstancias que se tuvieron en cuenta para dar origen al acto en sí mismo"... "*...en el caso de potestades regladas, la motivación permitirá controlar si se ha aplicado correctamente el ordenamiento jurídico y en caso de haber sido así, si tal aplicación lo ha sido a un caso que revista las características exigidas por el presupuesto fáctico de la norma. Los interesados tendrán así conocimiento de los supuestos de hecho y de derecho de la Resolución, lo que les permitirá apreciar si aquéllos se ajustan a la verdad y si éstos son legales.*" Citando a MAIRAL concluía "...Exigencia que se considera mayor aún si de actos discrecionales se trata...pues constituye el deber ser exigible al mismo". La jurisprudencia concuerda: "la motivación debe ser suficiente, es decir, debe mostrar el proceso lógico jurídico que ha determinado la decisión y esa suficiencia no puede desvincularse de la amplitud de la facultad ejercida ni del concreto caso en que los actos se emiten" (CNCAF -Sala III - 5/4/88, "Guarrochena Crespo...", Sala II - 10/10/01- "Parodi Juan C...")".----------

------ Tratándose en concreto del ejercicio de potestades sancionadoras -enseña LICHT- hay tres manifestaciones de ***actividad reglada***: la configuración de la conducta antijurídica y sus consecuencias; la imposición de la sanción; su ejecución.- Esta caracterización traduce *ab initio*, una limitación al obrar administrativo que deberá ceñirse a las normas y principios que informan ese derecho.- La primera, está ///indicando que la causa del acto deberá sustentarse en una norma

///

general y abstracta que defina la conducta objeto de reproche y la consecuencia derivada de su inobservancia.- En tanto importa una aserción acerca de la concurrencia de los extremos que posibilitan la imposición de una sanción, su defecto u omisión acarrea un impedimento para que el acto pueda proyectarse sobre la esfera de libertades del administrado.- La resolución se traduce así en un silogismo: la norma general y abstracta es la premisa mayor, las situaciones de hecho que han dado lugar al obrar administrativo la premisa menor, y la decisión es la consecuencia a que se arriba mediante la apreciación o subsunción de los hechos en relación con las normas jurídicas que regulan la actividad administrativa.- La motivación es el medio de exteriorización de este razonamiento.- Y el juez ha de poder verificar no sólo la corrección del enunciado final, sino de las premisas que la sustentan, ya que de un antecedente falso en buena consecuencia se sigue un resultado apócrifo o accidentalmente verdadero.- (Tbjo, citado antes).----------

------ La “tipicidad” dada por la premisa mayor, es bastante dificultosa en materia administrativa, mas debe decirse que el Código Ambiental -como lo señalé antes- en este aspecto se ha esmerado prodigando claras “definiciones”.----------

------ Aplicados estos conceptos, tengo que concluir en que la Disposición cuestionada, no respeta este silogismo.----------

------ 10.2.- Ya he me he referido a las falencias del procedimiento administrativo.- No es ocioso reiterar que de ningún modo se han ///establecido las circunstancias de hecho que justifican la decisión.- En

///

las fotografías (de paupérrima calidad por cierto) se observa la afectación de la costa, sedimentos, piedras, arena y restinga con manchas de crudo (fs. 15, 16, 17, 35, 40, 41 y 53). También los trabajos desplegados por personal de la empresa (fs. 38, 39, 44, 45, 48 y 55) para recomponer el estado de cosas, utilizando para ello lo elementos típicos a esos fines, como los booms, mantas impregnadas con hidrocarburo, realización de pileta para el acopio de los residuos provenientes de la limpieza de la playa, entre otras (fs. 34,53, 54 y 55) (todas del Expte. Administrativo N° 2734/08).----------

------ En síntesis, ***sólo sabemos que hay una mancha de petróleo que se derramó de la boya de propiedad de la actora; porqué la Provincia aseveró que así fue por no tomar precauciones…no ha sido detectado, ni sabemos cuáles debieron ser esas precauciones.- Porqué no fueron apropiados o suficientes los trabajos realizados por T. para recomponer, lo ignoramos.- Esta judicatura tanto como el actor.- E ignoramos cuáles debieron ser esas medidas -a juicio de la autoridad policial- apropiadas, para limitar o minorar el daño***.----------

------ Aunque se adoptase el criterio de responsabilidad objetiva, ante el hecho que constituye la falta (omisión de precaver, insuficiencia de recomponer) una razonable ***causalidad*** debe ser establecida, o tratar de establecerse al menos por informes técnicos serios, pese a la dificultad -que la doctrina unánimemente señala- sobre su prueba.- No se trata de ///cruzar un semáforo en rojo…véase que al menos allí el acta, constatará que así lo estaba…----------

///

------ Lamentablemente, no hallo en los obrados prueba alguna para ubicarme en alguno de esos supuestos que permiten endilgarle a la actora la responsabilidad que, en ejercicio del poder de policía “ambiental” le achaca como falta o contravención el acto administrativo cuestionado.- Tampoco a ello se refiere la motivación.----------

------ ¿Cómo puede haber defensa efectiva? ¿Cómo puede este Tribunal ante ello efectuar el “control judicial suficiente” de la actividad administrativa para validarla que manda la Corte Nacional?.----------

------ En términos más claros, no hay falta acreditada.- Por ende, bien dice la actora, la causa es falaz.- Así se ha sostenido que si “la sanción aplicada no responde a los antecedentes de la causa, …la resolución recurrida se encuentra viciada en sus elementos causa, motivación y finalidad, resultando nula de nulidad absoluta e insanable” (CNACAF – SALA II – 10/02/2011 –elDial AA6A25); “la sanción prevista en los artículos… es de naturaleza represiva, por lo que solo puede ser admitida en caso de que se demuestre cabalmente, y sin lugar a dudas, que se encuentran reunidos los elementos configurativos del tipo, circunstancia que en el caso no se verifica…” (CNACAF – SALA V – 23/06/2011 elDial AA6FD1).----------

------ 10.3.- Y en cuanto a antecedentes de derecho, tal como lo expone el voto del preponente, son ilegítimos.- Pues para estas conductas que el ///Código “prohibe” -aún si se aceptara que fueron “cometidas” por T. o “presumida” su comisión (lo que insisto, la norma no autoriza)- no se ha previsto sanción.----------

///

------ Se ha tipificado la falta, pero no la pena, que solamente aparece prevista para el “vertido deliberado” de este producto a las aguas del mar.- Deliberación que indica como presupuesto exigible imputación subjetiva, nunca demostrada, ni siquiera atisbada.----------

------ No me extenderé sobre este acápite suficientemente analizado por el preponente.- Pero afirmo contundentemente que de estar a lo verificado en el procedimiento de formación de la voluntad administrativa, no le fue aplicable a la conducta que la demandada detalla en el acto como falta, mas allá de indemostrada, ni el art. 47 inc. g) ni el 146 de Ley XI Nº 35 (147 Ley Nº 5439).----------

------ La razón de derecho es inexistente.----------

------ Por todos los motivos enunciados soy de la opinión, concordando con el criterio expuesto por el Ministro que me precedió con su voto, que corresponde admitir la demanda incoada por T., declarando la nulidad de la Disposición Nº 127/08 de la Subsecretaría de Regulación y Control Ambiental.- Así lo dejo propuesto al Acuerdo.----------

------ A la misma cuestión el Dr. PASUTTI dijo: ----------

///--- I.- Analizada esta causa, verificado el expediente administrativo que como prueba documental requirió la accionante y aportó la Provincia demandada y analizado el objeto de la controversia, no puedo sino coincidir con el finiquito que cabe dar al pleito según la propuesta de mis Colegas de la Sala que me precedieron con su opinión.----------

///

------ De todas maneras y en resguardo del mandato contenido en el art. 169° de la Constitución Provincial voy a exponer los argumentos fundantes de la decisión que propicio.----------

------ II. He de referirme por una cuestión de orden al planteo de inconstitucionalidad que contra los preceptos del Código Ambiental que instituye el principio del “solve et repete”, y el efecto devolutivo de los actos que aplican sanciones dedujo en el escrito de inicio T.------

------ Se agravia la accionante de la imposición normativa que determina la necesidad de dar cabal cumplimiento a la sanción administrativa; en el caso efectivizando el depósito del pago íntegro de la multa que cuestiona, como recaudo de admisibilidad para atender su cuestionamiento en sede administrativa y judicial. Justifica que ello vulnera el derecho de defensa al obstaculizar su revisión en ambas sedes, en franca contradicción -aduce- con la nueva corriente jurisprudencial y doctrinaria que se está instituyendo a partir de la incorporación, con rango constitucional, de los Tratados Internacionales.----------

------ Controvierte la Provincia demandada exponiendo que, la Sociedad actora interpuso la presente demanda el 23 de octubre de 2009, y sin ///embargo, a pesar de las disquisiciones contenidas en su Objeto y de los argumentos esgrimidos para justificar la estrategia de inconstitucionalidad contra el “solve et repete”, en el mes de Junio del año 2010, resuelta la ejecución fiscal y conforme ordenaba la Sentencia,

///

depositó sin más el Capital de la multa que viene a cuestionar en esta Sede. Hay acto propio -argumenta- y cuestión abstracta.----------

------ Comparto lo expuesto por mis prevotantes, respecto de este escollo impuesto en particular para la sede administrativa, pues el recurso no sólo integra el derecho de defensa del administrado sino que además, es poder-deber de autocontrol impuesto a la Administración, más tengo que coincidir con ellos en que la cuestión se tornó abstracta.- Impetrada esta acción y en orden a la pretensión deducida, el "solve" administrativo perdió sentido para el accionante.- Y en cuanto al judicial, si bien es cierto que al instarse este juicio se exigió el pago hasta tanto la Sala abordara en la Definitiva el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad contra el comentado principio, el depósito posterior del quantum de la sanción administrativa en otro pleito, el de la ejecución fiscal, convierte en vano e ineficaz el tratamiento de la vulneración a los derechos constitucionales que menciona. Con el mismo, esta instancia judicial, quedó habilitada.----------

------ En la Sentencia Definitiva N° 1/SCA/07 ("Lugli…) reiterando las SD Nº 3/SCA/02 ("S. I. y E. de la P. SA...", y 1 y 2/SCA/06 ("A..." y "L..."), siguiendo a BIDART ///CAMPOS (en "El derecho constitucional del poder" -Tº II, pág. 240/241), definí a la cuestión abstracta diciendo que es aquélla en que ha desaparecido el interés presente y actual que da razón a la Sentencia, o cuando no ha existido ni siquiera inicialmente. En suma, cada vez que la materia propia del juzgamiento judicial no existe o ha dejado de existir".-

///

------ Previne además, de conformidad con la jurisprudencia imperante, que “es menester... que exista un conflicto actual y verdadero en relación a derechos subjetivos o relaciones jurídicas que afecte particularmente a quienes se consideren sus titulares, de modo que quede excluido cualquier caso abstracto...” (TS Córdoba, en pleno, agosto 5-983, en “Banco Social de Córdoba c. Municipalidad de San Francisco...”, LLC, 1983, 241). “Si la cuestión se ha tornado abstracta, resulta inoficioso dictar un pronunciamiento al respecto” (Fallos 324-1:1775). Ello también, en virtud de que el pronunciamiento de los Tribunales judiciales debe atender a las circunstancias existentes al momento del fallo, aunque ellas hayan variado respecto de la iniciación de la acción; lo contrario importará efectuar en la Sentencia declaraciones abstractas, en lugar de resolver conforme a derecho, el caso contencioso”.----------

------ Destacaba “La jurisprudencia es concorde, y, a más de la Corte Nacional coinciden los Tribunales inferiores: “La existencia o inexistencia de interés en la actividad jurisdiccional, puede y debe ser examinada por los jueces aunque no se haya suscitado cuestión al respecto, porque en el supuesto de inexistencia, la admisión de pretensión importaría una declaración abstracta y los jueces no hacen declaraciones abstractas” (C.N. Civ. LL 1990-B-143, conc. ED 161-81, 170-574, CN ///Com. ED 119- 97 y 108, CNFral. Cont. Adm. ED 107-831)”. En SI Nº 11/SCA/02 (“Defensor General....”). Se citaba a la Suprema Corte de Buenos Aires en tanto ha fallado: "Aunque la causa de una pretensión haya podido presentarse inicialmente como concreta, es factible que, con posterioridad se torne abstracta como consecuencia de las condiciones constitutivas de la decisión jurisdiccional perseguida. En tales supuestos,

///

la cuestión articulada no constituye materia de decisión judicial al no subsistir las condiciones para que el Tribunal se pronuncie" (B 55409 - 1/8/95 "Montagut....").- Se mencionaba que este Tribunal se había pronunciado en sentido concordante en SD Nº 31/SRE/99 (Rosales..."), 14/SRE/00 (Barrientos...."), SI N° 8/SCA/94, 82/SCA/01 y otros.----------

------ Voto por ello por declarar abstractas las cuestiones constitucionales propuestas.----------

------ III.- La acción contencioso administrativa intentada por T. S.A. se aplica a la revisión de legitimidad de la Disposición N° 127/08 de la Subsecretaría de Regulación y Control Ambiental que la sancionó con una multa de PESOS DOSCIENTOS TREINTA MIL ($ 230.000) por infracción a los artículos 38°, 41° y 47° inciso g) del Código Ambiental de la Provincia. Justifican sus Considerandos, entre otros motivos, que se inició un "sumario administrativo" para investigar las causas y los responsables del impacto ambiental que consta en el Acta N° 278/08, la cual expone que el 2 de diciembre de 2008, en el sector de "B. B." ubicadas al norte del Barrio Caleta Córdova, se avizoró una ///mancha oleosa en el mar que impactó luego en la costa; también refiere el acto administrativo que "de las constancias… (del Expte. 2374/08 que se menciona en el Visto y estoy observando) *surge plenamente acreditado* el incumplimiento en la adopción de medidas preventivas, y de las medidas eficaces tendientes a la mitigación o saneamiento ambiental necesario…" (3er. Cons., subrayado propio) y "…si bien existen procedimientos de remediación de zonas afectadas, la infracción se

///

configura al momento del incumplimiento de las pautas normativas mencionadas".(4to. Cons.).----------

------ Desestimados que fueron los remedios deducidos por la actora en el ámbito administrativo, pretende de esta Jurisdicción la nulidad del acto sancionatorio, acusando que el procedimiento legal fue inobservado, que no pudo formular descargo ni ofrecer pruebas; que la Disposición en crisis carece de motivación, pues "no hay una explicación jurídica ni un relato de los hechos en los que se funda la decisión… se limita a afirmar que …ha cometido una infracción al "Código Ambiental…" omitiendo aportar fundamento alguno que le sirva de sustento" (fs. 14). En consecuencia, añade que la causa del acto es inexistente, remarcando que la invocada por la Administración es falsa. A más le endilga "exceso de punición" porque -según refiere- ante un derrame de petróleo, carente de entidad, la Subsecretaría le aplicó "casi el máximo de la multa prevista".-

------ Por su parte, en el responde la Provincia se limitó a defender la legalidad del referido acto administrativo.----------

///--- III.1. Pues bien, debo detenerme en el análisis de la alegada transgresión de las normas que rigen el debido proceso adjetivo, dada la expresa acusación de la actora que expone no haber podido efectuar un descargo en las actuaciones administrativas con alegaciones que hicieran a su derecho, ni producir prueba. Ello sin mencionar que, tal como surge de la lectura de aquéllas, los recursos administrativos intentados, fueron desestimados por cuestiones formales referidas al ya comentado recaudo de admisibilidad, por lo tanto, además de la defensa en juicio y del

debido proceso legal que acusa la accionante, es claro que también fue privada de obtener una decisión fundada de la Administración en función de autocontrol.----------

------ En síntesis, sostiene que se violentó inadmisiblemente su derecho de defensa. La importancia de esa cuestión y las consecuencias que de ella derivan, en caso de comprobarse tal extremo, hace necesario su pormenorizado tratamiento.----------

------ Me pronuncié acerca de este acápite en S.D. N° 8/SCA/00 (in re "K…") donde siguiendo a Carlos TRIBIÑO indiqué "que el principio contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, si bien alude en rigor a "juicios", doctrinaria y jurisprudencialmente ha sido extendida a todo proceso estrictamente estatal, sin faltar quien lo haya aplicado también a los procedimientos que se cumplen ante órganos jurídicos públicos no estatales (GORDILLO); e historia sobre esta extensión que comienza con la jurisprudencia, sigue con la legislación nacional, e incluso se ///constitucionaliza, por vía de los Tratados Internacionales que se incorporan a la Constitución de 1994. Cita como precedente más antiguo, el emanado de la Corte Suprema en 1932, en materia de expulsión de extranjeros. Sigue con la causa "Parri..." de 1942, en que un particular cuestionaba la aplicación de una multa, y el Alto Tribunal estableció, que en el ejercicio de sus facultades, la Administración está supeditada a que se posibilite al particular el ejercicio pleno de la defensa en juicio. De allí se traslada a las normas nacionales y locales que rigen los procedimientos administrativos, entre las que menciona la de la Provincia del Chubut, considerando que el principio está ínsito, aún cuando no escrito en toda

///

regulación sobre la materia. (Procedimiento Administrativo - Jornadas realizadas en la Universidad Austral en 1998 - Ed. Ciencias de la Administración - Exposición sobre “Procedimiento Administrativo y derecho de defensa” - pág. 573).----------

------ Advertí en esa oportunidad, refiriéndome a las normas del procedimiento administrativo de la Provincia por entonces Dto. Ley N° 920 (hoy Ley I N° 18) que “…El art. 26 inciso 4º, impone como regla del procedimiento la imprescindible audiencia de las partes o interesados, a fin de darles la posibilidad de alegar y probar sobre los hechos y circunstancias que crea pertinentes a su derecho... salvo los casos que autorice la Ley. El art. 73, inciso 1, indica que agotada la instrucción, los expedientes se pondrán -a los efectos indicados- de manifiesto a los interesados”. Recordé “DROMI, nos dice que la participación activa de los interesados en un procedimiento, la garantía de defensa, no está limitada a la audiencia sino que exige se le otorgue activa participación: vistas, traslados, alegaciones. (Procedimiento Administrativo - Instituto ///de Estudios de Administración Local - Madrid - 1986)…. Y CASSAGNE manifiesta “el equilibrio que debe presidir las situaciones subjetivas -activas y pasivas- que vinculan recíprocamente a la Administración Pública con los administrados, requiere que junto a la prerrogativa estatal, se configure un sistema de garantías que complemente de algún modo la situación de sujeción en que se halla el administrado frente a las potestades públicas. La garantía conforma un mecanismo que hace a la seguridad jurídica del administrado, y constituye en su esencia una potestad general, abstracta e irrenunciable cuyo ejercicio deviene en un derecho subjetivo o interés legítimo en la

///

relación que se entable entre el Estado (latu sensu) y los sujetos privados". Su fundamento agrega, es la realización de la justicia distributiva en cuanto la garantía asegura y permite realizar la distribución del bien común (libertad, propiedad, igualdad) entre los administrados y las relaciones que los ligan a la Administración. Y sistematiza el régimen de garantías en sustantivas y adjetivas, inscribiendo entre estas últimas, la del debido proceso adjetivo: audiencia previa, prueba, decisión fundada, recursos".----------

------ En S.D. N° 8/SCA/06 ("Puerta…") precedente al que aludieron también los Ministros preopinantes, sostuve "en materia de procedimiento administrativo rige el derecho al debido proceso sustentado en la garantía consignada en el art. 18 CN...(CS Fallos 314:1091)...que comprende la posibilidad de 1) exponer las razones de las pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a ///derechos subjetivos...2) de ofrecer prueba y que ella se produzca si fuera pertinente... 3) que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas en tanto conducentes para la solución del caso... No habiéndose respetado el derecho al debido proceso adjetivo... si se ha violado el derecho de defensa a no otorgarse al particular una razonable oportunidad de ejercerlo el acto está afectado de nulidad absoluta..." ("Turismo Parque SRL – CNFCA – Sala II –21/06/01 en causa por multas aplicadas por la Comisión Nacional de Regulación de Transporte, conc. " UOL – Sinectis..." -Cám. Ap. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Autónoma – Sala II – 7/10/04).----------

///

------ Conceptos éstos en los que voy a descansar para coincidir con los preopinantes en que, por las circunstancias fácticas y jurídicas de la causa que puntual y acertadamente detallaron en sus votos -a cuya lectura me remito y doy por reproducido *brevitatis causae*- es claro que en esta litis esa garantía ha sido violentada y junto con ella el principio de legalidad.-

------ Y así es, porque mediante Decreto N° 1282/08 se reglamentó el Título Décimo y Undécimo del Libro Segundo del Código Ambiental, estableciendo el *procedimiento sumarial* mediante el cual el Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable investiga la comisión de presuntas infracciones contra los regímenes legales, de los que es Autoridad de Aplicación, para adoptar las medidas preventivas que resulten necesarias, determinar el o los responsables y aplicar las sanciones previstas en la normativa pertinente.----------

///--- Dicho plexo normativo dispone además que será interpretado y se aplicará supletoriamente las disposiciones del Procedimiento Administrativo provincial (Dto. Ley N° 920) y de la Ley Sumarial (Dto. Ley N° 1510) ambos contenidos hoy en la Ley I N° 18. Ocupándose luego del modo en que corresponde instruir el sumario, la designación del Instructor y las obligaciones de éste, qué participación les cabe a los agentes en la realización de inspecciones y el contenido de las Actas que deben labrarse en esos casos; la remisión de las mismas a la Dirección General y la recepción de las actuaciones por ante el Subsecretario quien, conforme lo fija el art. 10°, “cuando hubiere mérito para el inicio del procedimiento sumarial, dictará el correspondiente acto administrativo”. El cual -art. 11°- “deberá contener la imputación y se notificará al

///

presunto infractor por medio fehaciente a fin de que, dentro de los 5 días hábiles posteriores, efectúe su descargo, ofrezca la prueba que estime haga a su derecho y constituya domicilio…". No quiero abrumar con los detalles de la sustanciación, pero es pertinente mencionar que, el art. 14° regla la apertura a prueba del trámite sumarial, concluida la cual -art. 15°- corresponde al Instructor dictar "*el auto de cierre*", que será notificado al presunto infractor, pudiendo alegar sobre el mérito de las pruebas producidas dentro de los cinco (5) días a partir de la notificación. Presentado el alegato o vencido el plazo para ello, el Instructor producirá un informe que deberá contener un análisis de la imputación, del descargo si hubiere, de las pruebas producidas y las conclusiones a las que arribara, individualizando los hechos acreditados y su encuadre jurídico. Posteriormente, conforme el Capítulo IV -"De la Conclusión del ///Sumario y de la Aplicación de Sanciones"- en un plazo de treinta (30) días hábiles administrativos, a contar desde el vencimiento del plazo para presentar alegatos, el Instructor debe elaborar un informe y elevar el proyecto de disposición al señor Subsecretario que resuelve el sumario, imputando o eximiendo de responsabilidad al infractor y estableciendo la sanción en caso de corresponder.----------

------ La atenta lectura de las constancias obrantes en el Expediente Administrativo 2374/08 MAyCDS, por el cual tramitó el "sumario administrativo" al cual remite la Disposición sancionatoria con la cual culminó el procedimiento, evidencia incontrastablemente que la Administración desdeñó en su sustanciación, dar cumplimiento a los recaudos y ajustarse a cada una de las etapas que fijó en la

///

reglamentación detallada. Ello, con vulneración de la garantía del debido proceso y la legalidad que su proceder debe atender.----------

------ III. 2- Los prevotantes han considerado que ante este basto proceder, no cabe para el sub-lite aplicar, como lo ha hecho esta Sala en otros precedentes, la teoría de la subsanación.----------

------ En S.D. Nº 5/SCA/03 (“Maderera del NO…”), admitiendo que muchas voces se alzan en contra de esta tesis, que inducida por LINARES (Vide "La garantía de la defensa de la Administración - LL 142-1137) encontró eco en la jurisprudencia, citaba a COMADIRA, que sobre ella expone, que traducida en la regla "no interesa la indefensión sucedida en sede prejudicial si el interesado pudo defenderse ante la justicia", ha sido aplicada no sólo a sanear vicios estrictamente ///procedimentales sino también para cubrir deficiencias en la motivación de los actos (TAWIL - MONTI - La motivación del acto administrativo -Bs. As. 1998- pág. 96/98).- Y cita precedentes en uno y otro sentido (Derecho Administrativo - Abeledo Perrot 1996 - pág. 135/138).- Y así se ve en sendos pronunciamientos publicados en ED - Suplemento

///

Administrativo 31/10/00- en que la SC Bs. As. hace aplicación de la misma ("Buján..." - 7/12/99), en tanto la Cámara Federal en lo Contencioso-Administrativo privilegia la defensa declarando la nulidad del acto (Sala I "G:R:A:..." 12/5/00).- A su vez, este Cuerpo también ha echado mano de ella (vg. SD 9/93, 8/SRE/96), prefiriendo en otros ingresar al tratamiento de las cuestiones propuestas" (.) "En definitiva, y sin soslayar la importancia de las formas, a la jurisdicción revisora cabe medir la trascendencia de su omisión en los casos concretos traídos a decisión -pues no otra cosa están demostrando los distintos precedentes en uno u otro sentido- y decidir sobre este posible "subsanamiento".- Así decía el voto del Dr. Buján en el fallo publicado en LL 1999-F-476 compartiendo la opinión de HUTCHINSON "para dictarse la nulidad...deben ponderarse en cada caso concreto las circunstancias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que ella efectivamente haya originado, y sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto origen del recurso o

///

acción si se hubiera observado el trámite omitido...".----------

---

------ Y concuerdo en el sub-lite con mis predecesores; aún cuando en esta sede T. no aportó prueba, sí produjo alegaciones serias, que ///merecieron ser verificadas y iusanalizadas por la autoridad decidente primero, y de control después.- Lo ostensible de la violación de la garantía de los derechos comentados, me permite soslayar aquella doctrina, afirmando que para el presente caso, los principios jurídicos en que descansa la aplicación de aquélla se tornan dudosos.----------

------ Y cuál es la consecuencia inmediata de ello? Lo expresaba claramente el voto del Dr. Torrejón en el primer fallo que cité (SD Nº 08/SCA/00) *"Tal entidad en la transgresión a las formas impuestas, sólo puede conducir -respecto del actor- a la nulidad del acto (BIELSA - Derecho Administativo - Tomo I -pág. 241/242)*", esto es, de la Disposición N° 127/08 que sanciona a T. S.A. con multa.----------

------ Sin embargo, tal como lo estimó el Tribunal en el precedente que vengo comentando y en S.D. Nº 08/SCA/06, fundar un fallo de nulidad sólo en el defecto formal, parece insuficiente.----------

------ IV.- Entonces, habré de avocarme a fundar la aplicabilidad -o no- a la Sociedad accionante de la norma de policía en que la decisión sancionatoria se apoya para desentrañar con ese estudio a cuál de las

///

partes le asiste razón en derecho, conforme la postura que cada una sostuvo.----------

------ Para ello, he de recordar lo más sucintamente posible -siguiendo a ALTAMIRA- que “para apreciar de acuerdo al Derecho el significado y límites de la “Policía”, ha de partirse del principio de que en el Estado de Derecho la presunción habla a favor de la libertad del individuo frente a ///la coacción del Estado. La Constitución consagra como dogma, la garantía de la libertad y la propiedad, por ello el ciudadano puede disponer libremente de su propiedad y obrar según su voluntad. Pero una actividad descontrolada de ambas conduce al “bellum omnium contra omnes” razón por la cual se concede con la condición de no estorbar el buen orden de la cosa pública. La “policía” se erige así en función administrativa que impone coactivamente a la libertad natural de la persona y a su propiedad, las restricciones necesarias para asegurar el mantenimiento del orden público, concepto éste que alude a un estado de hecho de amplia esfera, de delimitación circunstancial (Policía y Poder de Policía –Abeledo Perrot – pág. 21 y 36). Si antiguamente se decía que una clasificación de policía según la materia era dificultosa dada la complejidad de su contenido, postulándose la referencia a una “policía administrativa” con categoría general, como genus de otras species, normalmente acotadas a la seguridad, moralidad y salubridad (autor y ob.cit. pág, 199/200), con mayor razón esa dificultad se presenta hoy, en que las especies protegidas se amplían notablemente, extendiendo el concepto de orden público a materias como la economía o los negocios, el ambiente, el paisaje, el patrimonio natural y cultural, como en el caso. El valor social del bien jurídico protegido es misión que corresponde al

///

legislador, y esa valoración cambia con las épocas y los países. Mas cualquiera fuere la materia, en tanto la Policía actúa por vía de órdenes y prohibiciones que afectan la libertad y la propiedad del ciudadano, requerirá siempre en un Estado de Derecho de fundamento legal, teniendo en cuenta que no podrá exceder la medida que requiere el ///interés público representado por el orden jurídico: lo permitido no puede prohibirse so pretexto de facilitar la función policial. El sistema de órdenes y prohibiciones aludido conforma el Poder de Policía, función legislativa, ley formal cuya finalidad es realizar el deber que incumbe al ciudadano de no perturbar el orden público, y expresa una forma de actuar sobre las personas y las cosas por medio de la coacción y la obediencia. De allí que se haya dicho que la actividad policial es permanentemente preventiva para impedir la realización de la conducta perturbadora calificada como ilícita, mas cuando entra en el sector de la ilicitud, adquiere carácter represivo.- La legalidad constituye así la garantía primordial de los derechos del individuo. No importa -como expresa FIORINI- que un acto sea consecuencia directa de una ley legislativa, lo que interesa es que su ejecución mediata o inmediata sea siempre lógicamente referida a ella. Citando a LINARES QUINTANA dirá “La ley, aunque no expresa y directamente ejecutada, debe ser la razón suficiente y total de la validez jurídica del acto que se dicte” (Poder de Policía – Alfa – pág. 133). La coacción o coercitividad, -como expone Otto MAYER- está dada en la posibilidad de aplicar medios de fuerza para asegurar la ejecución del deber, y puede traducirse en pena, caso en el cual se impone al sujeto una carga adicional, no comprendida en la orden misma de obedecer. ***Si ya la coacción -como amenaza de pena- está supeditada a formas y procedimientos previamente normados y***

///

debe sujetarse al principio de legalidad, con mayor razón deberá estarlo la aplicación de la pena coercitiva, como nueva limitación de la libertad y la propiedad. De allí que el acto que la imponga debe encuadrarse en la autorización legal dada, darse según el procedimiento impuesto, con todos los límites y obligaciones que en el ///régimen de Derecho rodean y regulan la voluntad del Estado (ALTAMIRA – ob. cit. págs. 46 y ss.).- La legalidad, la indelegabilidad, el orden público, la razonabilidad, son las garantías de los derechos de los individuos frente a la función policial. Este estadio -de la represión- no es esencia de la policía; simplemente es labor administrativa. Otro estadio jurídico que exige una orden policial, la notificación de la infracción, y recién ante el silencio del obligado o el rechazo de su defensa, la sanción.- El conocimiento de la orden, la notificación, la defensa, adquieren indiscutible relevancia para legitimar la ejecución de la pena (FIORINI – Ob. Cit. pág. 232/233)" (tal mi voto en S.D. 8/SCA/06, el destacado lo añado ahora).----------

------ Destaqué además "dos reglas contundentes: una, la que indica que si bien puede admitirse que en la actividad de represión, la policía no busca tanto al culpable de la ilicitud, como pone su acento en que desaparezca la perturbación o que ésta no se repita, *el elemento subjetivo no puede excluirse*.- Si bien durante largo tiempo primó una tesis de calificación objetiva de la falta, donde la intención, la tentativa, la conducta dolosa no ocuparon el primer plano de la acción represiva, mirando más al interés colectivo como finalidad de custodia que a la persecución del culpable (FIORINI – ob.cit. pág. 228/229), se ha

///

impuesto ulteriormente la opinión de que ...“los extremos de razonabilidad y protección de bienes valiosos no implican la indefectible aplicación de una sanción por el sólo hecho de comprobarse un incumplimiento objetivo, pues cada caso deberá decidirse según las ///peculiaridades que ofrezca, las defensas y las pruebas que a su respecto pueda producir el inculpado, y las causales de exención si éstas cupieren.- Es que rigen en esta materia los *principios de culpabilidad y personalidad de la pena*. Obligaciones formales no significa responsabilidad objetiva.” (Cám. Fral. de San Martín – “EG3 s/Apelación multa..” Causa 3388/02 – 21/10/02 – elDial WS34D). Así lo resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación “...sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir aquél a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente” (Fallos 271:299 – en caso de multa aplicada a “S.A. Parafina del Plata”). Otra, la que determina que si la labor policial es esencialmente preventiva, la represión debe estar precedida de observación, y medidas tendientes a evitar o desviar la conducta perturbadora o motivante. No puede la policía imponer represión donde previamente no ha dispuesto su función preventiva. La sanción que no tiene el supuesto incumplimiento de medidas preventivas es arbitraria e ilegal (FIORINI – ob.cit. pág. 238)”.----------

------ Y detallé “La especificidad de la función represiva policial, ha dado lugar, en orden a estas particularidades, a un Derecho Penal Administrativo, Disciplinario o Sancionador -según denominan los autores- cuya legalidad se integra por garantías fundamentales, propias del Derecho Penal, pese al trabajo intelectivo que ha costado diferenciar las conductas antijurídicas e ilícitas en delitos -por una parte- y faltas y

///

contravenciones -por la otra.- De cualquier modo -evitando traer al juicio las controversias sobre el punto- habré de coincidir con FIORINI cuando afirmaba que si la actividad represiva de la administración puede crear una disciplina especial del derecho penal, esto no explica que sea ///actividad especial con prerrogativas y privilegios a favor de la administración pública" (FIORINI – ob. Cit. – pág. 245/246), criterio al que desde antiguo adhirió la Corte Suprema (Fallos 156:100, 184:162, 239:449, 267:457, 289:336, 290:202, 310:1797, LL 1994-A-223). ***Así se han erigido en principios que le acceden, los propios del derecho penal, como la de no penar más que por hechos previamente definidos por la Ley - nullum crimen sine previa lege- ni con otra pena que en la misma establecida, esto es, tipicidad de la falta y de la sanción***". (la negrita la agrego).----------

------ Tal criterio sostengo.----------

------ Pero, en materia ambiental, se trata de imponer otros.- Véase si no la opinión de Tomás HUTCHINSON que ha citado el Dr. CANEO, uno de los pocos administrativistas que se refieren a la responsabilidad administrativa ambiental, ya que la cuestión ha concitado mayoritariamente opiniones de expertos en responsabilidad civil.----------

------ V.- Advierto que no voy a sobreabundar acerca de los principios propios del Derecho Ambiental, pues es suficente lo expresado al respecto por mis colegas.- Solo he de proporcionar sintéticamente -atento el orden en que debo exponer mi criterio- sus lineamientos fundamentales que me permitirán luego discernir, cuál es la infracción al Código

///

Ambiental, cuál la conducta que ha sido vedada en razón del orden público comprometido, para tratar de concluir desde el análisis de los ///extremos fácticos emergentes de autos, si la responsabilidad administrativa que se le achaca a la Sociedad accionante es derivación lógica de ese plexo normativo.----------

------ 1.- Asevera la doctrina que el daño ambiental se configura a partir de una contaminación, la cual implica la incorporación a los cuerpos receptores de sustancias que van a alterar desfavorablemente las condiciones naturales de los mismos, de la que derivarán comúnmente otros tipos de daños; pero permanecerá uno residual por deterioro o menoscabo del entorno no sólo natural sino social, referido a lesiones de bienestar público. Esa “contaminación” sería el acto o resultado de la irrupción, vertimiento o introducción artificial en un medio dado de cualquier elemento o factor que altere negativamente las propiedades bióticas del mismo, superando provisoria o definitivamente, parcial o totalmente, la capacidad defensiva y regenerativa del sistema para digerir o reciclar elementos extraños…” (Conc. Isidoro GOLDENBERG y Néstor CAFFERATTA - “Daño Ambiental – Problemática de su determinación causal” Abeledo Perrot -págs. 7 a 9).----------

------ En ese contexto, dable es considerar que la Ley General del Ambiente define al daño ambiental como “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos” (art. 27°) y establece que “el que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no

///

sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente…(art. 28°, y completa “La exención de ///responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder…(art. 29°). Ante esta normativa, “existe un amplio consenso sobre el factor objetivo de la responsabilidad por daño ambiental: el riesgo. Consiste en una seria previsibilidad abstracta y genérica de causación y supone que quien es dueño de cosas o realiza actividades que agraven el peligro de dañar, debe responder por los daños que ellas originen… En materia ambiental, acreditar esa relación (de causalidad) es de suma complicación por el carácter expansivo del daño…y su complejidad. Pero esta dificultad no puede servir de excusa para que los contaminantes eludan su responsabilidad…”(Conf. Agustín ALVAREZ Y Victoria CORNET OLIVA “Responsabilidad Civil por Daño Ambiental”, publicado el 10/03/2009 en elDial.com DC1039).----------

------ En idéntico sentido, GOLDENBERG y CAFFERATTA comentan que la mayoría de los casos de daño ambiental son atrapados por la doctrina del riesgo creado. En el ámbito de la responsabilidad objetiva -explican- el nexo de causalidad cobra mayor importancia de la que tiene en la responsabilidad civil tradicional, subjetiva, donde debe “compartir” su relevancia con el elemento subjetivo de la culpabilidad. En la responsabilidad objetiva, en cambio, la prueba de la causa es suficiente para imputar responsabilidad. Hacen mención a las dificultades probatorias que encierra este tipo de daño, destacando que Augusto

///

///Mario MORELLO con su acostumbrada lucidez y anticipación los incluyó en los “casos de alta complejidad”, proponiendo para los casos de problemática ambiental un tratamiento diferente e innovador con flexibilización en el proceso de evaluación de las reglas de la sana crítica, como mecanismo intelectivo de apreciar la fuerza de convicción de los medios probatorios. Y luego de desandar el camino de diversas teorías (Preventivas, Precautorias) y la valoración proporcionada a la prueba de indicios en el derecho comparado, sintetizan “la extraordinaria complejidad de la prueba del daño ambiental, o de los procesos de contaminación, polución o deterioro ambiental, requieren de elastizar posturas rígidas, para allanar la labor judicial, dada la existencia de una realidad fluida, mutante, posibilitando mediante un proceder más libre y valioso en el acto sentencial, manipular y conducirse con prueba compuesta, indirecta u oblicua. Una red de indicios que se acoplen al comportamiento (la conducta de acción u omisión, es decir la falta de colaboración) de las partes durante el desarrollo de la controversia…es necesario adecuar los criterios de distribución de la carga de probar a tenor de las circunstancias especiales que caracterizan las problemáticas ambientales, adoptando una visión “solidarista” de colaboración procesal” (Conc. Ob. Cit. págs. 41, 46 y 78).----------

------ Así en el ámbito nacional, y, como puede advertirse dirigido a la responsabilidad civil, porque la norma del art. 29 se ocupará expresamente de deslindarla de la “responsabilidad administrativa”, no obstante lo cual -vuelvo a HUTCHINSON- se postula también una responsabilidad objetiva, por riesgo, con inversión probatoria en este orden.----------

///

///--- No obstante, oportuno resulta señalar que estas pautas, no pueden ser trasladadas al ámbito Local.----------

------ 2.- El Código Ambiental del Chubut -pese a la insinuación de la accionada en juicio- no parece seguir ese camino.- Por cierto que le está vedado reglar sobre responsabilidad civil pues ésa es materia delegada a la Nación, pero no ha “asido” para discernir la administrativa este criterio.----------

------ En su lugar, regla en el art. 38° como “medida protectiva” la obligatoriedad de adoptar medidas necesarias para la preservación de las condiciones naturales de las aguas superificales y subterráneas…aire..., en el 39º, ha dispuesto que ninguna persona puede “arrojar, abandonar, conservar o transportar” desechos que degraden el ambiente (el sub-lite no trata de “desechos”); el 40º aporta definiciones: efluente es todo líquido, sólido o gas que “se evacúa” fuera de las instalaciones donde se produce… evacuar es el acto de arrojar, descargar, volcar, o incorporar una cosa al medio: suelo, agua, atmósfera….; el 41º prohibe evacuar efluentes de cualquier origen… puntualizando luego, cuando se ocupa específicamente “De los Vertidos al Mar” (art. 47°) que *“se prohíbe el vertido en el mar…de las siguientes sustancias… g) petróleo crudo…”*. Lo cual debe razonarse armónicamente con el concepto que de esa acción proporciona el art. 49°, donde reza *“Se entenderá por* ***“vertido”*** *la* ***evacuación deliberada*** *en el mar de sustancias, materiales o cualquier forma de energía por medio o desde buques”*. (la negrita es propia).-------

///

///--- Se verá, que salvo el “vertido” definido como deliberado, en los demás casos no hace referencia a la subjetividad de las acciones.- Así la evacuación del art. 40º y 41º, podría entenderse derivada de culpa o negligencia… pero, objetiva?.----------

------ A más, como puede apreciarse de una simple lectura, no tipifica cuál es la coacción que han de sufrir quienes transgredan la prohibiciones de los arts. 38º, 39º, y 41º.- Cuando en el Título XI -arts. 139°/142°- se ocupa “*De las Sanciones*”- tipifica sólo una, la de multa.- *Pero no especifica allí cuáles de las conductas normadas en su articulado son las que quedan comprendidas*.- Únicamente prevé quién las aplica, el destino de los fondos que se recauden, que constituyen títulos ejecutivos a los efectos de su cobro judicial, que serán graduadas según la importancia de la contravención y la posibilidad de aplicarlas fraccionada y progresivamente; para indicar finalmente qué ocurre en caso de reincidencia del infractor. Reitero, no tipifica cuáles son las conductas punibles…ni ante cuales procede la aplicación de la multa como medida de coerción.----------

------ Esto va a ocurrir en el art. 146º, que establece que *“la persona responsable de efectuar vertidos prohibidos será sancionada con multa…”*. Ergo, si concatenamos ello con el art. 49º que para el Código define a “vertidos” como “evacuación deliberada”, no puedo sino colegir que la infracción punible es ***únicamente*** cuando el vertido de las sustancias indicadas en el art. 47º, entre ellas, hidrocarburos (inc. g)) se produce, acontece, sucede de manera dolosa en el mar jurisdiccional. Sin ///posibilidad de una inteligencia disímil porque los principios de

legalidad y tipicidad, se oponen.- ¿Laguna? Es posible, aunque la imprevisión no se supone en el legislador.----------

------ Ahora bien, puede achacarse tal responsabilidad administrativa como se ha legislado a la empresa accionante?.----------

------ De ningún modo; ni “deliberado” ni negligente o culpable.- Si bien está acreditado en autos que el derrame sucedió en una monoboya de su propiedad, no hay ningún elemento que me proporcione la certeza -ni haya podido proporcionarla a la autoridad de aplicación como lo dice- de que la “pérdida” de hidrocarburo tenga las características requeridas en la norma. No es factible inferir del defectuoso procedimiento sumarial que antecede a la pena administrativa impuesta, que la Empresa tuviera la intención de contaminar el mar jurisdiccional con el producto que comercializa. No logro discernir cómo pudo la Provincia, a partir de los magros elementos de prueba contenidos en ese trámite, razonar que la conducta de la actora estuvo intencionalmente direccionada a provocar o generar el daño ambiental objeto de reproche. Tampoco puedo establecer, por la especificidad de la materia en debate, cuáles son las medidas preventivas que está reclamando la autoridad de aplicación en el acto administrativo para posibilitar la mitigación o el saneamiento del evento dañoso que supuestamente debió adoptar T. para prevenir el siniestro. No las detalla la Provincia demandada, no incorporó a las actuaciones la opinión de expertos, no recurrió a informes técnicos, en ///fin, omitió establecer cómo es que surge “plenamente acreditada” la infracción que imputa.----------

///

------ No es posible revisar la conducta…no hay prevista sanción para la supuesta falta, entonces, con los elementos de autos, juzgo que la Provincia se desentendió del principio de legalidad en un orden adjetivo y sustantivo, para -arbitrariamente- imponer la sanción.----------

------ Se dice "…en algunos casos, la aplicación de la norma por parte de la Administración se reduce a una cuestión automática. Así las decisiones operan en un ámbito donde no hay margen alguno y la Administración debe ceñirse a lo previsto por la norma. Sin duda es en ejercicio de la potestad sancionadora o disciplinaria …donde se observan claramente los márgenes de ponderación que tiene la autoridad, salvo aquellos casos, donde a una conducta determinada se le aplica una sanción preestablecida, cuya aplicación es casi automática" (Conc. Susana PARÉS – "Incumbencias del Derecho Administrativo en la Cuestión Ambiental…" Rev. De Derecho Público 2010-I- Derecho Ambiental- III- Rubinzal-Culzoni, pág. 214/215).----------

------ Y en el sub-judice, se proporciona incontrastable que la Administración no se ha ceñido al mandato legal.----------

------ VI. Es de este modo acertada la postura de la accionante cuando se agravia de la falta de causa de la Disposición en crisis.----------

///--- Porque los actos administrativos que aplican sanciones, han de reunir para su validez -a más de los recaudos específicos enunciados- los mismos requisitos esenciales para la validez de todo acto administrativo

///

(Conf. Cam. Ap. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Autónoma Bs. As. – Sala I – 29/12/05 – “Swiss Medical...”).----------

------ Exponía, en S.D. Nº 6/SCA/06 (“Villarruel…”) “Mucho ha discurrido la doctrina sobre el término “causa”, sea en orden a su propia consideración como elemento esencial del acto administrativo, hasta sobre el concepto a adoptarse de ella.- Si para una concepción objetiva, está dada por los “motivos” del acto -su “porqué”- entendidos tales como los antecedentes de hecho y de derecho que justifican su dictado (MARIENHOFF – Tratado de Derecho Administrativo – Tomo II – 3º Ed. pág. 279 y ss), para otra -subjetiva- la constituyen no los hechos sino la apreciación que el sujeto hace de los hechos que puede no coincidir con la realidad (BOQUERA OLIVER -Estudios sobre el Acto Administrativo- pág. 76).- Así señalaba FIORINI, que “El acto administrativo es el producto de una organización compleja, reguladora de distintas situaciones normativas con distintos valores jurídicos: algunos de estos podrán destacarse como determinantes, otros complementarlos, y otros ser sus condicionantes... Todos elementos concurrentes que establecen como consecuencia la determinación de la causa y su encuadre legal. Estos a su vez, pueden producir un consecuente que no responda a la realidad, a la verdad de los hechos, sea porque se omitan algunos importantes, o se sumen los que no existen, o ///se los deforme en la realidad, o se acentúen hechos inexactos sobre hechos o conductas, es decir, la consecuencia expuesta no corresponde entonces al proceso de razón que justifica la causa ... no es la causa como objeto la que se presenta viciada en forma independiente, sino que son los elementos y el proceso previo para obtener el consecuente

///

determinante de la causa” ... (Derecho Administrativo – Tomo I pág. 499/500)”. Recordé que “Este Tribunal, en concordancia con la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, ha adherido a la primera. Así, es la situación objetiva de hecho y de derecho que existe en la base del acto, aquélla cuya constatación determinará la comprobación de la causa. Si los hechos fueron mal aprehendidos y razonados, serán falsos o inexistentes”.----------

------ Ya en la S.D. N° 33/90 el Tribunal decía "La causa o motivo constituye un elemento esencial del acto administrativo (ST Chaco 31/5/92 ED Rep. 17 pág. 62-Sum. 1)" y en SD N° 13/93 "La ausencia de los antecedentes de hecho o de derecho que preceden y justifican el dictado del acto así como la circunstancia de que los mismos fuesen falsos, determinan la nulidad absoluta del acto". “Si el administrador actúa sin que exista situación objetiva que justifique la decisión adoptada, o funde la decisión en otros hechos aparentes o falsos, o que carecen de relevancia para el caso … o se prescinde del orden jurídico sin dar razones plausibles, o si da como fundamentos preceptos o pautas de excesiva amplitud o remota lejanía en relación con el caso en sustitución de normas positivas inmediatamente aplicables... existe vicio en la causa determinante de la nulidad del acto.” (Conc. S.D. N° 49/SRE/92).---------

///--- En mérito de lo expuesto, la verificación del vicio en la causa del acto administrativo fulmina a éste con la declaración de nulidad respectiva y torna innecesario abordar los restantes extremos de la pretensión.----------

///

------ En suma, concuerdo en hacer lugar a la demanda impetrada por T. S.A. y declarar la nulidad de la Disposición en crisis. Así lo voto.----------
---

------ A la segunda cuestión dijo el Dr. CANEO: ----------

------ Según he votado la primera propongo al Acuerdo: 1) DECLARAR ABSTRACTO el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 137 y 138 de Ley XI N° 35 (antes arts. 138 y 139 de Ley N° 5439 – Código Ambiental de la Provincia del Chubut). 2) ACOGER FAVORABLEMENTE la demanda intentada por T. M. P. S. A. contra la Provincia del Chubut y en consecuencia DECLARAR LA NULIDAD de la Disposición N° 127/08 de la Subsecretaría de Regulación y Control Ambiental del Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable. 3) Las costas deben imponerse a la Provincia vencida (art. 69 Ley N° XIII-5 -antes art. 68 CPCC). 4) En cuanto a los honorarios, estimando que si bien se trata de una acción contencioso-administrativa cuyo objeto se agota en la declaración de nulidad, el interés comprometido en el pleito estuvo dado por el valor de la multa aplicada por el acto administrativo declarado ///nulo, y la cuestión fue declarada de puro derecho sin que mediara dúplica, considero fijarlos para los patrocinantes por la actora Dres. L. F. M. y P. J. F. T. en forma conjunta en el 6% (50% del 12%) del monto del proceso, y en el 30% de esta regulación para el Dr. J. M. F. de las C., de conformidad con los arts. 6°, 8°, 37° y 46° de la Ley XIII N° 15 (antes arts. 7°, 9°, 38° y 47° del Dto. Ley Nº 2200 TO Dto. Nº 138/99), valorados sus trabajos profesionales de acuerdo con los parámetros del art. 5° inc. a) a f) del mismo

///

ordenamiento, con más el IVA si correspondiera. En tanto, no corresponde regulación a los representantes procesales de la accionada por aplicación del art. 20° la Ley V N° 96 (antes Ley Nº 5.117).----------

------ A la misma cuestión dijo el Dr. ROYER : ----------

------ Tal como voté la primera cuestión concuerdo con la solución que propicia el Dr. CANEO.----------

------ A idéntica cuestión el Dr. PASUTTI dijo:----------

------ Según voté la primera, comparto lo resuelto para la segunda por los Dres. CANEO y ROYER----------

------ Con lo que se dio por finalizado el acto, quedando acordado dictar la siguiente: ----------

///---------- **S E N T E N C I A** ----------

------ **1º) DECLARAR ABSTRACTO** el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 137 y 138 de Ley XI N° 35 (antes arts. 138 y 139 de Ley N° 5439 – Código Ambiental de la Provincia del Chubut).----------

------ **2°) ACOGER FAVORABLEMENTE** la demanda intentada por T. M. P. S.A., declarando la nulidad de la Disposición N° 127/08 de la Subsecretaría de Regulación y Control Ambiental dependiente del

Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable de la Provincia del Chubut.----------

------ **3º) COSTAS** a la demandada (art. 69 Ley N° XIII-5 -antes art. 68 CPCC).----------

------ **4º) REGULAR** los honorarios Dres. L. F. M. y P. J. F. T. en forma conjunta en el 6% (50% del 12%) del monto comprometido en el proceso, y en el 30% de esta regulación para el Dr. J. M. F. de las C., de conformidad con los arts. 6°, 8°, 37° y 46° de la Ley XIII N° 15 (antes arts. 7°, 9°, 38° y 47° del Dto. Ley Nº 2200 TO Dto. Nº 138/99), valorados sus trabajos profesionales de acuerdo con los parámetros del art. 5° inc. a) a f) del mismo ordenamiento, con más el IVA si correspondiera.----------

///--- **5º) REGÍSTRESE** y notifíquese.----------

Fdo. Dres. PASUTTI, CANEO y ROYER.-

Recibida y registrada por Secretaria el 6/02/12 bajo el N° 1/SCA/12

///