



“Un análisis de la inconstitucionalidad de la Ordenanza 738/16 de Vista Alegre”

NOTA A FALLO

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, año 2017, autos caratulados “Fiscalía de Estado de la Provincia de Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ Acción de inconstitucionalidad” Expediente N° 6840.

Autora: Julieta Antonella Barzamello

LEGAJO: VABG66844

D.N.I.: 38.501.008

Prof. directora: Vanesa Descalzo

-CÓRDOBA 2020-

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Plataforma fáctica, historia procesal y decisión del tribunal. 3. *Ratio Decidendi*. 4. Análisis y comentarios. 4.1 Las competencias en materia ambiental. 4.2 El principio precautorio como fundamento de la pretensión de la demandada. 4.3 Postura de la autora. 5. Conclusión. 6. Bibliografía. 6.1 Legislación. 6.2 Jurisprudencia. 6.3 Doctrina.

1. Introducción

El Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Neuquén, donde se encuentra la ciudad de Vista Alegre, falla a favor de la parte actora, declarando la inconstitucionalidad de una ordenanza de este municipio por considerar que vulnera la atribución de competencias que la Constitución Provincial prevé -en materia de hidrocarburos- exclusivamente para la Provincia.

Este Tribunal consideró la importancia de preservar la vigencia de un régimen federal de concertación entre Provincia y Municipio, aun cuando ello pudiera significar sostener una actividad que podría generar impactos ambientales y sociales negativos. Si bien desde un punto vista puramente ambiental ello es negativo, lo cierto es que la inconstitucionalidad de la ordenanza planteada por el Fiscal requiere un análisis práctico valorativo a los fines de no vulnerar el sistema normativo impuesto por la Constitución Nacional Argentina y la Ley General de Ambiente (Ley 25.675) en materia de competencia legislativa ambiental.

Por tratarse de una zona de gran valor para la industria argentina y en aras de encontrar la armonía legislativa que logre los objetivos de protección del medio ambiente y a la vez que promocióne la sustentabilidad, este fallo marca un importante precedente en el tema, resultando de gran relevancia su análisis.

La relevancia jurídica radica en que se presenta un problema lógico-axiológico. Respecto al aspecto lógico, Alchourron y Bulygin (2012) explican que el problema surge cuando existe un sistema incoherente, con contradicciones y, como se puede apreciar en éste fallo, existe una contradicción entre la Ordenanza Municipal 738/16 cuya finalidad se centra en evitar daños ambientales, prohíbe el uso de la técnica de la fractura hidráulica o *fracking*, y los artículos 92 y 189 inciso 29 de la Constitución Provincial de Neuquén, respecto al dictado de las normas ambientales y, el Decreto Provincial 2656/99 que específicamente admite la posibilidad de utilización de tal técnica extractiva bajo los procedimientos y condiciones allí reguladas.

Respecto a lo axiológico-valorativo, el problema se presenta cuando se confrontan y superponen dos principios del mismo sistema jurídico. En el fallo ello sucede con el principio precautorio, en el que se apoya la Ordenanza del Municipio y, el Principio de supremacía constitucional, con el que respalda sus argumentos la parte actora.

Giuliani A., Fernández N., Hollmann M., Ricotta N. (2016) sostienen que la técnica del *fracking* es objeto de controversia e incluso ha sido prohibido en algunos países. Las críticas en este contexto apuntan principalmente, al peligro de contaminación de acuíferos o napas que atraviesan los pozos, al uso intensivo de agua y al riesgo de que se produzcan sismos.

Sin embargo, dentro del territorio argentino se han dictado normas que intentan regular el ejercicio de dicha actividad. Ahora bien, ¿Qué sucede cuando dentro de nuestro sistema jurídico existen dos normas que, regulando dicha actividad sobre un mismo territorio, resultan ser contradictorias? Al Superior Tribunal se le presenta un caso difícil donde debe ponderar las normas y evaluar los fundamentos del planteo de inconstitucionalidad.

Esta novedosa resolución del máximo tribunal neuquino pone en el centro de la escena las competencias del municipio para regular el uso de su suelo dentro del marco constitucional. El TSJ reconoce el problema y el eje en el que se va a desarrollar su labor, afirmando que: “La cuestión constitucional planteada se circunscribe a determinar el alcance de las competencias que en materia ambiental tienen los municipios...”¹.

2. Plataforma fáctica, historia procesal y decisión del tribunal

En Neuquén, el Tribunal Superior de Justicia Provincial es llamado a decidir sobre dar lugar o no, a la acción interpuesta por la Provincia, representada por su Fiscalía de Estado, solicitando primero, la suspensión de la vigencia la Ordenanza Nro. 738/16 del Concejo Deliberante de la Municipalidad de vista Alegre, Localidad de la Provincia de Neuquén, y posteriormente que se declare su inconstitucionalidad. Dicha Ordenanza prohibía la técnica de fractura hidráulica en todo el ejido municipal. Los fundamentos de la petición aseveran que el Municipio excede las facultades legislativas que le son reconocidas por la Constitución Provincial de Neuquén, y ello, quebranta el sistema federal establecido.

Entendiendo el Superior Tribunal con competencia originaria, debe atender primero la medida pre-cautelar planteada por el Fiscal de Estado en cuando a la suspensión de la vigencia de la Ordenanza tildada de inconstitucional, hace lugar al petitorio y, considerando la acreditación de la transgresión constitucional como objeto de la acción interpuesta, suspende la vigencia de la Ordenanza Nro. 783/16, y ordena correr traslado en los términos del art. 6 de la Ley 2130.

En segundo lugar, corrido el pertinente traslado, la parte demandada (la Municipalidad de Vista Alegre) contesta por apoderado, refutando los argumentos del

¹ TSJ de Neuquén, Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad, expte. 6840/2017, del 22/5/2017, cit., cons. VI.

Sr. Fiscal mientras defiende la legalidad de la Ordenanza Municipal, y afirma que las facultades ejercidas no exceden su competencia considerando que, es deber de los ediles propiciar un desarrollo sustentable en pos de las generaciones venideras, y ello motivó el dictado de la normativa municipal votada por unanimidad con la finalidad de evitar daños ambientales irreparables a futuro.

Empero, en fecha 22 de diciembre del año 2017, la Sala procesal Administrativa del Superior Tribunal de Justicia de Neuquén, reunida en Acuerdo N°8, declara la inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 783/16 considerando que transgrede el régimen de competencias de la Constitución Provincial (arts. 92 y 189 inc. 29) y vulnera los principios que cimientan el régimen federal.

El único voto al que el resto de los integrantes adhirió, lo hizo el Dr. Evaldo Moya. Por lo que la resolución fue unánime llevando la firma de los actuales cuatro vocales.

3. Ratio decidendi

Analizando la resolución del Tribunal Neuquino, que declara inconstitucional una Ordenanza que tiende a proteger y preservar el medio ambiente, podemos observar que, en primer lugar el vocal Evaldo Moya consideró los aspectos relevantes de los argumentos del Sr. Fiscal, quien realizó un análisis detallado de las normas referentes a la competencia de la Provincia, principalmente los artículos 90, 92 y 189 inc. 29 de la C.P. los cuales considera que han sido vulnerados por la Ordenanza cuestionada. Señala que si bien, el artículo 271 de la C.P. reconoce la autonomía de los municipios, advierte que deben ejercer sus facultades siempre con arreglo a “sus cartas y leyes orgánicas”. Con esto, entiende que los municipios deben ejercer su potestades respetando el

sistema federal establecido, y de ninguna manera, sus decisiones pueden ser contrarias a la Constitución Provincial y la Ley Orgánica Municipal N° 53.

El Tribunal consideró escudriñar las normas provinciales que regulan de manera exclusiva el sistema de hidrocarburos, a raíz de la existencia de yacimientos no convencionales y las nuevas tecnologías para la exploración y explotación de los mismos. Es así que hace mención del Decreto 1483 dictado por el Poder Ejecutivo Provincial en fecha 13 de agosto de 2012, el cual fue agregado como Anexo XVI del Decreto 2656/99 y fija las “Normas y Procedimientos para exploración y explotación en yacimientos no convencionales” estableciendo los mecanismos de prevención que deben llevarse a cabo, incluyendo la presentación de Licencias Ambientales e Informes Ambientales. Esto le permitió reconocer al Tribunal Supremo, que la base normativa provincial cumple con los fines de la Ley General del Ambiente (LGA).

A ello sumó que la actividad hidrocarburífera es materia excluida de la regulación comunal según la interpretación del art. 124 de nuestra Constitución Nacional; los arts. 95, 96, 97, 98 y 99 de la Constitución Provincial de Neuquén y la Ley 26.197, entre otras.

A raíz de ello, este Tribunal analizó sus precedentes en donde se cuestionó el reparto de competencias de regulación en materia de derecho ambiental. Tal es la causa: (TSJ Y.P.F. S.A. c/ Municipalidad De Rincón De Los Sauces s/ Acción de inconstitucionalidad. Acuerdo N° 2, 2018) en donde reconoce que el alcance y la distribución de las competencias provinciales y municipales deben hallarse perfiladas en la constitución provincial y, que la dinámica de la relación entre estos ordenes de gobierno debe ser en el marco del federalismo. Otro fallo relevante resultó ser: (Etcheverry Alberto Rubén c/ Provincia de Neuquén s/ Acción de inconstitucionalidad. Acuerdo N° 4, 2017) en el cual prevaleció la idea del federalismo de concertación como

un sistema articulado y una fórmula superadora del clásico reparto de competencias propio del sistema federal.

No obstante, el vocal Moya fortaleció la idea de concertación citando a Castorina de Tarquini (2003), cuando dice que “es a través de la coordinación que se logra hacer de los municipios eficaces instrumentos de gobierno local y provincial”.

En este contexto, el Tribunal resaltó la importancia de procurar “la concertación de las políticas como forma de estructura para solucionar problemas comunes” considerando que la regulación comunal en materia de medio ambiente, debe darse en “espacios de diálogo y acuerdos conjuntos que fortalezcan la relación provincia-municipio en procura de una mejor y más amplia tutela del ambiente”.²

Tal es así, que finalmente la unanimidad de los votos de los vocales declararon la inconstitucionalidad de la Ordenanza 783/16 por considerarla contraria a la propuesta de un gobierno de diálogo, articulación y concertación entre municipio y provincia, aun cuando se fundamente en el principio de prevención y protección del medio ambiente, ya que la provincia de Neuquén, habría regulado a través de decretos la utilización de la técnica de fractura hidráulica dentro de todo el territorio provincial.

4. Análisis y comentarios

4.1 Las competencias en materia ambiental

La regulación ambiental está establecida en un sistema normativo jerárquico en materia de competencias. Si bien los problemas ambientales se presentan en forma local y también, de acuerdo a la actividad desarrollada, en las diferentes regiones, la normativa de competencia requiere una coherencia a fines de que la ejecución de la

² . Tribunal Superior de Justicia del Neuquén, Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad, expte. 6840/2017 (originarias), del 22/12/2017, cit., cons. IX, párr. 8

misma a través de los distintos niveles del régimen federal puedan cumplir los objetivos marcados en la Constitución Nacional (Art. 41) y la LGA (Art.1).

Siguiendo el artículo 41 mencionado, en su tercer párrafo, constituye la disposición medular en materia de competencias ambientales, al disponer que "Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales". Esta norma deberá ser interpretada de acuerdo con los principios generales aplicables a la división de competencias entre la Nación y las provincias que surgen de los artículos 1º y 121 del texto constitucional nacional.

Siguiendo a López Alfonsín (2017) dicha distribución fijada en la Constitución Nacional, está encaminada a incluir en una legislación común los principios jurídicos de la materia ambiental, de manera uniforme en los denominados "presupuestos mínimos de protección".

Bidart Campos (1997) realiza su postura al respecto, y afirma que dicho paradigma implica que, las normas de presupuestos mínimos dictadas por la Nación son un piso al que las provincias quedan habilitadas para complementarlas en virtud de sus potestades de extender la protección ambiental en sus territorios.

El mecanismo descrito entre nación y provincia, se repite a la vez, entre provincia y municipio -como se observó en el análisis de la *ratio decidendi*-. En este caso, la Constitución Provincial de Neuquén en su art. 92, limita a los municipios en su potestad de dictar normas de acuerdo a "sus competencias". Así mismo, establece que los municipios tienen la facultad de "Celebrar acuerdos con la Provincia, el Gobierno Federal u organismos descentralizados para el ejercicio coordinado de facultades concurrentes e intereses comunes" (Constitución Provincial. art. 273 inc. m).

Fomentando a que los gobiernos ejerzan sus políticas de manera conjunta y bajo los mismos criterios.

Desde este punto, es importante reconocer que si el municipio establece a través de una Ordenanza (norma inferior) la “prohibición” del *fracking*, contradice completamente la regulación provincial (que permite tal técnica) e incumple la normativa ambiental que requiere la utilización de las herramientas denominadas por el TSJ de “diálogo”. Esas herramientas permiten la coordinación, la cooperación y la unión entre provincia y municipio para arribar a soluciones en convergencia legislativa y concertación de las acciones ejecutivas.

Pigretti (2003) destaca que, así como para las provincias los presupuestos mínimos nacionales son una norma “umbral” o “básica” también lo ha de ser para los municipios; pues, es ésta la única manera de que el sistema cobre coherencia y unidad.

De acuerdo a estas referencias, y siguiendo el enfoque del texto constitucional de la provincia, resulta con claridad entender que corresponde reconocer a las autoridades de la provincia, la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren necesarios para el resguardo de sus gobernados respecto al ambiente, y de este modo, valorar si la actividad que se está desarrollando o por desarrollar, tiene incidencia en cuanto al deterioro del entorno.

Esto último se logró en Neuquén a través del Decreto Provincial N° 1483 conforme lo establecido por la Constitución Provincial y, ello hace que la Ordenanza 783/16 se revista de inconstitucionalidad.

4.2 El principio precautorio como fundamento de pretensión de la demandada

La demandada asevera sus facultades de regulación en materia ambiental respecto de aquellas actividades que se desarrollen en su ejido (como lo es este caso: la

exploración y explotación de hidrocarburos no convencionales mediante la técnica del fracking), apelando al principio precautorio a fin de evitar daños ambientales y fundados en la atribución de dictar la legislación pertinente al “uso de calles y del subsuelo” y a la “salud pública” (art. 273 inc. a de la C.P.). Así mismo, se respalda en las disposiciones sobre medio ambiente existentes en la Constitución Nacional (art. 41) y las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos previstas en el artículo 75 inc. 22 de la C.N. (cfr. considerandos de la Ordenanza 783/16). Los cuales enfatizan en el deber de prevenir el daño ambiental y sostener un medio ambiente sano.

Para Lorenzetti (2008) el principio precautorio o principio de cautela (precaución) es un tema reciente dentro del área ambiental, pero el cual se ha logrado expandir en gran proporción. Por lo cual, hace que el principio precautorio sea un instrumento en defensa del medio ambiente con el propósito de impedir que se produzca un grave daño y a la vez definitivo. Por la misma razón de evitar dichos daños irreversibles se deben adoptar medidas de eficacia para evitar que el ambiente sufra diversas degradaciones.

Laiño (2019) señala que la precaución es un modo de actuar *a priori*, es decir, que si la autoridad pública conoce el riesgo que puede provocar el uso de cierta tecnología; debería impulsar la adopción de medidas para evitar daños irreversibles.

Ese principio precautorio se encuentra establecido en la Ley General del Ambiente (Ley 25.675, art 4, párr.3) la cual indica que “cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”.

El Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, no omite analizar dicho principio, sino que antes de ello deviene necesario delimitar si el municipio tiene o no competencia respecto a lo regulado en la Ordenanza cuestionada. En virtud de que la cuestión federal planteada afecta no solo intereses de competencia legislativa provincial, sino también nacional.

Además, si bien es cierto que la demandada defiende el derecho de incidencia colectiva y es responsable por la aplicación de las normas ambientales en su jurisdicción, también es cierto que la regulación de la precaución y la prevención respecto a la técnica de *fracking*, ya se encontraba establecida en Decretos provinciales, por lo cual, se entiende que la provincia, ha actuado en cumplimiento del principio precautorio.

4.3 Postura de la Autora

En cuanto a lo que resuelve el tribunal, es de gran valor su labor por fomentar el diálogo y el acuerdo de políticas conjuntas ante necesidades e intereses comunes. En cuanto a ello, acompaño a Bidart Campos (1998) cuando señala la importancia de comprender al federalismo como el modo adecuado de encarar los problemas de reparto de competencias, resaltando así, la coordinación y concertación para un mejor funcionamiento del gobierno del país.

Me adhiero a la postura de Palavecino, L (2019), entendiendo que, el aporte legislativo de la comuna no se adecua a las políticas de conceso normativo digno del federalismo de concertación que reza la Constitución Provincial y por ello, el Tribunal Supremo declara la inconstitucionalidad de la Ordenanza.

Además considero que sería una arbitrariedad fallar en sentido contrario exponiendo un régimen de regulación provincial incoherente y contradictorio, dejando un residuo legislativo sin sentido que ocasionaría más inconvenientes que soluciones.

Si de principio precautorio se trata, el mismo ya es custodiado en las normas provinciales que complementan a la Ley General del Ambiente y las leyes provinciales de presupuestos mínimos (Ley 1875 y modif.); La Ley 2600 (Decreto Reglamentario 1905); Ley de aptitud ambiental para la actividad hidrocarburífera, que implementó el “Certificado de Aptitud Ambiental” y el Decreto Provincial 1483/12 que establece las normas y procedimientos para prevenir, mitigar y minimizar los impactos ambientales que puedan producirse a partir de las perforaciones en reservorios tipo de Shale Gas, Tight Gas, Shale Oil y Tight Oil.

Por todo lo anterior, considero que es acertado el fallo del STJ. La declaración de inconstitucionalidad y su consecuente abrogación son justas y la comuna es debidamente exhortada a ejercer sus facultades en un margen de cooperación y diálogo, en busca de complementar las normativas provinciales previstas para la protección del medio ambiente, sin vulnerar el orden jerárquico establecido y en miras de lograr mayor eficacia en el ejercicio de sus funciones.

5. Conclusión

En el fallo se analizó el conflicto normativo (la superposición o contradicción de normas) que obceca el sistema de reparto de competencias entre el Estado Provincial y Municipal, propio de un problema jurídico lógico axiológico. Y la postura que toma el Tribunal apoyándose en la figura del federalismo de concertación para dar solución ante el problema jurídico presente es acertada.

El principio de primacía constitucional prevalece sobre el principio de precaución, entendiendo que en la causa realmente no se halla tal contradicción axiológica ya que las normas provinciales regulan el mecanismo precautorio que intenta prohibir la Ordenanza de la comuna.

Las normas provinciales en materia ambiental establecen la complementariedad de la LGA y, la comuna puede utilizar los mecanismos jurídicos como los convenios, los acuerdos intercomunales e institucionales a los fines de lograr la ejecución y efectividad de la normativa provincial. La inconstitucionalidad de la Ordenanza 783/16 deviene acertada resguardando el federalismo de concertación y la supremacía de la Constitución Nacional y la Constitución provincial.

6. Bibliografía

6.1 Legislación

- Constitución de la Nación Argentina (1994)
- Ley General de Ambiente N° 25.675
- Ley 17.319. “Ley de Hidrocarburos”
- Constitución de la Provincia del Neuquén (2006)
- Ley Provincial 1875
- Ley Provincial 2600
- Decreto N°1483 (13/08/2012). Recuperado de:
http://200.70.33.130/images2/Biblioteca/D_1483_2012.PDF.

6.2 Jurisprudencia

- **Tribunal Superior de Justicia (22 de Diciembre de 2017)** “Fiscalía de Estado de la Provincia de Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ Acción de Inconstitucionalidad, núm. 6840. Acuerdo N° 8” Recuperado de:
<http://200.41.231.85/cmoeext.nsf/8e075db5e6289737032576fe00491375/872079b7c9d605e20325822c003a4a89?OpenDocument>.
- **Tribunal Superior de Justicia (23 de Abril de 2018)** “Y.P.F. S.A. c/ Municipalidad de Rincón De Los Sauces s/Acción de Inconstitucionalidad”.

Acuerdo N° 2. Recuperado de:
<http://200.70.33.133/cmoeext.nsf/1f69a95ddfc04904032579df0055f4b6/0b38792b3f07d7220325829d004562e6?OpenDocument>

- **Tribunal Superior de Justicia (24 de Abril de 2017)** “Etcheverry Alberto Rubén c/ Provincia de Neuquén s/ Acción de Inconstitucionalidad” . Recuperado de
<http://200.41231.85/cmoeext.nsf/e60cedec095a9ecd032570a100494096/e56dade208821a270325812a005e1b73?OpenDocument>

6.3 Doctrina

- **Alchourron, C. y Bulygin, E.** (2012). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- **Bidart Campos, G. J.** (1997): *El artículo 41 de la Constitución y el reparto de competencia entre el Estado y las provincias*, Doctrina Judicial Dj, 1997-2-711.
- **Bidart Campos, G. J.** (1988) *Manual de la constitución reformada*, Tomo I, Buenos Aires: Ediar (p.469).
- **Giuliani, A. M., Fernandez, N., Hollmann, M. A., & Ricotta, N.** (2016). *La Explotación de Vaca Muerta y el impacto Socio-Económico en la Provincia de Neuquén. El Caso de Añelo. Efectos de la reforma de la Ley Nacional de Hidrocarburos (2014)*. Ciencias Administrativas, (7). Recuperado a partir de <https://revistas.unlp.edu.ar/CADM/article/view/2069>
- **Laiño, K. C.** (2019) “*El Fracking, y la posible colisión con principio precautorio Conflicto VACA MUERTA*”. Trabajo Final de Grado.
- **López Alfonsín, M.** (2017) Hidrocarburos. Las provincias no asumen su rol principal en el federalismo ambiental argentino. *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales* - Número 25 - Septiembre 2017.
- **Lorenzetti, R. L.** (2008). *Teoría del Derecho Ambiental*. México. Editorial Porrúa.
- **Palavecino L.** (2019) *Federalismo de concertación: Desde un punto de vista provincial y municipal en materia de legislación ambiental*. Trabajo Final de Grado. Recuperado de:

[https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/17993/PALAVEC
INO%20LAUTARO.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/17993/PALAVEC%20INO%20LAUTARO.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

- **Pigretti, E.** (2003) *Derecho Ambiental Profundizado*. Buenos Aires: La ley, p. 31.