



## TRABAJO FINAL DE GRADUACION

**DERECHO AMBIENTAL:** Acerca del *fracking* en Vaca Muerta (Neuquén) y sus posibles daños al ambiente. La relevancia del principio de precaución.

**Fallo a analizar:** Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad. Expte 6840/17.

**Tribunal:** Tribunal Superior de Justicia.

**Fecha de la sentencia:** 22/12/2017.

**Nombre y apellido:** Evelyn Gaudio.

**Legajo:** VABG63706

**DNI:** 32113749

**Carrera:** Abogacía.

**Tema:** medio ambiente.

**Fecha de entrega:** 05/07/2020

**Tutora:** María Belén Gulli.

**Año2020**

## SUMARIO

I. Introducción. II. Plataforma fáctica. Historia procesal. Decisión del Tribunal. III. *ratio decidendi*. IV. Descripción del análisis y Antecedentes V. Postura de la autora. VI. Referencias.

### I. Introducción.

Con la reforma constitucional de 1994, se introduce específicamente la protección al medio ambiente, a través del Art. 41, el cual dispone las garantías necesarias para un ambiente sano y apto para el desarrollo humano, siendo nuestro deber, el preservarlo para generaciones futuras. Impone, además, obligaciones al Estado en pos de la protección de este derecho.

Por su parte, la Ley Nacional N° 25675- General del Ambiente- establece como política ambiental el cumplimiento de ciertos objetivos, uno de ellos, el promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales.

A su vez, a nivel internacional podemos mencionar algunos de los principales tratados ratificados por nuestro país para la protección ambiental, como son, el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (aprobado por Ley 24.295), el protocolo de Kioto (aprobado por Ley 25.438), el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur (aprobado por Ley 25.841) .

Habiendo hecho un repaso de la normativa nacional e internacional pasemos al tema que nos ocupa: la actividad hidrocarburífera en la Provincia del Neuquén. La misma es una de las principales fuente de ingresos económicos. Dentro de esa labor, se encuentra el descubrimiento de la formación de Vaca Muerta- siendo una de las reservas de *shale* más grandes del mundo.

Para su desarrollo masivo se requiere utilizar la técnica del **fracking**,(es una técnica de fracturación hidráulica para posibilitar o aumentar la extracción de gas y petróleo del subsuelo, mediante la perforación de un pozo, entubado y cementado, a más de 2500 metros de profundidad, en el cual se inyecta agua a muy alta presión para fracturar la roca y llegar al pozo, en una sección deseada de la formación contenedora del hidrocarburo).

En la causa que proponemos analizar en el presente trabajo, la Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén inició una acción de inconstitucionalidad contra la Municipalidad de Vista Alegre, en donde el Tribunal Superior de Justicia, declara la inconstitucionalidad de la Ordenanza municipal 783/16, (la cual prohibió la fractura

hidráulica o *fracking*, en todo su territorio municipal), por considerar que dicho Municipio no tenía competencia para regular sobre materia de hidrocarburos.

Hecho un análisis de la cuestión, se puede inferir la presencia de un problema jurídico de tipo axiológico, es decir, una colisión entre reglas y principios (ya sea por incompatibilidad de una propiedad relevante presente en una regla jurídica, por la ausencia de una propiedad relevante que debió haberse tenido en cuenta en la formulación de la regla para el cumplimiento de las exigencias de un principio jurídico superior, o entre principios jurídicos en la solución de un caso). (Alchourron C. y Bulygin E.).

En el caso que analizamos, esto se efectúa al declararse la inconstitucionalidad de dicha ordenanza, avalando de una forma u otra la explotación de la técnica de fractura hidráulica o *fracking* en el ejido comunal, sin haberse ponderado el principio de precaución, establecido en la Ley General del Ambiental.

Es de importancia destacar que los principios deben ser respetados ya que van más allá de lo económico o social, sino porque son imperativos de equidad, igualdad, honestidad o de otra dimensión moral. (Dworkin, 1989).

La relevancia de este análisis, surge claramente ya que no se ha ponderado el principio de precaución, teniendo los jueces un rol fundamental en materia ambiental, y como integrantes del medio ambiente, se encuentran obligados a protegerlo aún de oficio, a fin de evitar potenciales daños ambientales irreversibles.

A continuación, se procederá con el análisis de la causa en profundidad, iniciando con los hechos procesales hasta la decisión del TSJ, describiendo así sus argumentos jurídicos, que conforman la *ratio decidendi*.

Seguidamente se expondrán los antecedentes doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales sobre la materia en análisis. Por último, se aportará la opinión de la autora de este trabajo, para arribar a su conclusión.

## **II. Plataforma fáctica. Historia Procesal. Decisión del Tribunal.**

En cuanto a los hechos procesales, se inicia con la presentación efectuada por el Fiscal de la Provincia del Neuquén e interpone acción de inconstitucionalidad contra la Ordenanza N° 783/16 de la Municipalidad de Vista Alegre, la que prohibió todo tipo de métodos de exploración y/o explotación por fractura hidráulica o *fracking*.

Primeramente, solicita una medida precautelar para la suspensión de la vigencia de la Ordenanza atacada, la que se da lugar hasta que se sustancie la cautela peticionada.

La parte actora alega en su defensa que la Provincia del Neuquén tiene el dominio, y la regulación de todos sus recursos naturales en su territorio, (entre ellos se encuentran los hidrocarburos), con competencia exclusiva, según lo establecido por la Constitución Provincial, lo cual se encuentra afectado por dicha ordenanza, como también el destino de las utilidades provenientes de la explotación de hidrocarburo y la realización de obras productivas de beneficio tanto para la región de la extracción-en este caso la comuna de Vista Alegre- como para la Provincia del Neuquén en general.

Asimismo, funda su acción en artículos de la Constitución Provincial que considera vulnerados, mencionando expresamente a los arts. 8, 16, 24, 90/93, 95/99, 189 inc. 29 y 271, al igual que en la Ley Provincial 1875 y su decreto reglamentario 1483/12. A su vez cita precedentes de este Tribunal Superior de Justicia.

Corrido el pertinente traslado, la parte demandada sostiene que la Ordenanza Municipal fue dictada conforme a las competencias y facultades otorgadas por la Cámara Local.

Por ende, sostiene que estuvo motivada en la preocupación generalizada de los vecinos de la localidad por los movimientos de suelo, y por los potenciales daños ambientales a consecuencia de la práctica del *fracking* en el lugar.

Por tal motivo, apela al principio precautorio a fin de evitar daños ambientales y uno de los fundamentos de su reclamo lo encuentra en el art. 273 inc a de la Constitución Provincial (en el cual se le otorga la facultad para dictar normas que involucre el “uso de calles y del subsuelo” y la “salud pública”) y también en las disposiciones sobre ambiente, plasmadas tanto en la Constitución Nacional, especialmente en su art. 41, como en las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos previstas en el artículo 75 inc. 22 de la C.N.

Trabada la litis, se presenta el dictamen del Ministerio Público Fiscal, en el cual hace lugar a la demanda incoada y declara la inconstitucionalidad de la Ordenanza de Vista Alegre.

En consecuencia, venidos los autos para el dictado de sentencia, el TSJ por unanimidad, decide declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza N°783/16 de Vista Alegre.

### **III. *Ratio decidendi.***

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén declara la inconstitucionalidad de la Ordenanza de Vista Alegre, en cuanto a su entender transgrede el régimen de competencias establecido en la Constitución Provincial, como también omite las competencias reconocidas a las comunas en la gestión y protección del ambiente.

Sostienen que luego de realizar un análisis exhaustivo sobre la cuestión de competencia en materia ambiental de los municipios, cuyas conclusiones son aplicables a esta causa, observan y manifiestan que los aspectos ambientales que abarca la actividad hidrocarburífera están regulados exhaustivamente por la Provincia del Neuquén, por ende, resulta contradictorio que dicho municipio haya prohibido el uso de dicha técnica en el ejido de la comuna demandada.

Es por lo expuesto, que afirman que la constitución provincial para las competencias ambientales, diseña el federalismo de concertación, debiendo aplicar una política conjunta con los municipios para poder llevarse a cabo efectivamente y ante problemas ambientales que surjan en los mismos, su solución no puede ser mediante la oposición o confrontación normativa, sino a través del diálogo y el acuerdo de políticas conjuntas a fin de considerar las necesidades e intereses comunes de los ciudadanos.

### **IV. Descripción del análisis y antecedentes.**

Como comienzo de este análisis de estudio, el TSJ declara la inconstitucionalidad de la ordenanza de Vista Alegre que prohibió el *fracking* en su ejido comunal por falta de competencia en materia de hidrocarburos.

Es de importancia destacar, que la norma suprema en su artículo 124, establece que las provincias tienen el dominio originario de los Recursos Naturales existentes en su territorio.

De igual manera, ocurre en el precepto normativo del artículo 95 de la Constitución Provincial del Neuquén, en cual determina que tanto el espacio aéreo, los yacimientos mineros y todo que esté en el subsuelo del territorio del suelo neuquino, pertenecen a su jurisdicción y dominio.

Como se ha expresado precedentemente, la actividad hidrocarburífera desarrollada en la Provincia del Neuquén es uno de los principales motores de la economía regional, que representa aproximadamente el 50% de su ingreso.

A saber, existen dos tipos de yacimientos: los convencionales y los no convencionales, ambos son generadores de gas natural y petróleo. La diferencia se encuentra en la forma de almacenamiento y explotación.

Los convencionales, son explotados desde hace más de un siglo, y suelen encontrarse almacenados en una “roca sello” impermeable, que mediante la perforación en un punto, se logra canalizar el hidrocarburo hacia el pozo de explotación para así extraerlo.

En cambio, en los yacimientos no convencionales, la situación es distinta, partiendo de la idea que siempre que se habla de ellos, se pone énfasis a dos tipos de hidrocarburos específicos: los de las formaciones de “*shale*”, como Vaca Muerta, y los de las formaciones “*tight*”.

En este caso, el gas natural o petróleo se encuentra alojado en poros muy pequeños, por ello su extracción implica un verdadero desafío desde el punto de vista tecnológico. (Cauterucci, 2014).

Por ello se utiliza, la técnica de estimulación hidráulica, o *fracking* –desarrollada hace más de 80 años– que implica inyectar a presión un fluido formado por agua y arena, con la incorporación de algunos aditivos químicos, debidamente diluidos, siendo el método más rentable para la explotación.

Es de público conocimiento como este nuevo método de explotación ha ido aumentando las ganancias en la región, colocando a la Provincia del Neuquén en la principal provincia productora de hidrocarburos, reflejando un gran crecimiento económico tanto provincial como nacional, abriéndole las puertas al mundo con innumerables inversiones, incluso, dándole identidad a la misma.

Sin embargo, esta técnica de estimulación hidráulica o *fracking*, se critica por ser altamente contaminante, por sus enormes cantidades de agua que regresan a la superficie contaminados con los productos químicos que se emplearon. (Castillo, Argañaras, 2017).

Además se dice que los aditivos del fluido de *fracking* empleados para fracturar las formaciones rocosas, contienen numerosas sustancias que pueden afectar la salud humana y el ambiente especialmente si llegan a las fuentes de agua de las comunidades.

Como resulta evidente, esto implica grandes riesgos y daños ambientales, no solo en la actualidad sino también para un futuro, afectándose así a varias generaciones.

Es por ello, la necesidad de un cuidado especial y una fuerte regulación, atento a que en nuestro país no existe una regulación específica para el *fracking*, motivo por el cual su aplicación como su cumplimiento provoca serias dudas. (Cauterucci, 2014).

En relación a lo expuesto, en la causa de análisis, se observa que el TSJ cita precedentes, en donde también se han cuestionado los métodos preventivos para cuidado del medio ambiente, durante la exploración y explotación de hidrocarburos. Se trata de *Y.P.F. S.A. c/ Municipalidad De Rincón De Los Sauces s/ Acción de Inconstitucionalidad*".

En dicha causa, el Tribunal Superior de Justicia, rechaza la acción de inconstitucionalidad pretendida por la Actora (Y.P.F. S.A.) contra la Ordenanza Municipal de la Ciudad de Rincón de los Sauces (parte demandada), por ser la empresa quien infringió los límites impuestos para obrar en la Provincia del Neuquén, alegando su responsabilidad por los daños que causan tanto con dicha actividad en el medio ambiente, como también a los habitantes de las localidades vecinas.

En el mismo precedente, haciendo alusión al vínculo que une a la Provincia del Neuquén con los municipios en materia ambiental, es decir, esa protección del medio ambiente, en el cual ambos regímenes no se deben confrontar, se citó a "Etcheverry (Acuerdo 1532/08 del Registro de ésta Secretaría) en cuanto destacó que el "federalismo de concertación (receptado expresamente por la Convención Constituyente de 2006, en el artículo 8, ya transcrito) supone una fórmula separadora del clásico reparto de competencias propio del sistema federal; implica acentuar que el estado debe funcionar como un sistema articulado en diferentes niveles, pero que debe actuar mediante un proceso político concertado, flexible, abierto y democrático, posibilitando que se alcance un mismo fin, el bien común".

Como consecuencia de esta ausencia normativa específica en la exploración y explotación de hidrocarburos por la técnica de *fracking*, va a estar sujeto solo a las normas que rigen al ambiente en general y a las que regulan la materia de hidrocarburos y minería en algunos casos.(Castillo Argañarás, 2017).

En este sentido, es menester resaltar el aporte que nos dejó el profesor Mario, Valls sobre la importante que es contar con la existencia de personas especializadas, calificadas para estudiar y prever todos los daños que puedan recaer sobre la población y sobre todo con la presencia de un Estado activo en dicha materia: "El impacto

ambiental, como ya se ha señalado, suele ser imperceptible y oculto, por lo que la información a que él se refiere debe ser captada e interpretada por expertos, empezando muchas veces antes que la comunidad advierta su peligrosidad y auspicie la observación. Ello puede requerir una larga observación, avanzada tecnología y abundante recursos económicos, lo que explica que el sector científico sea el que primero advierta el peligro de un daño ambiental y que el sector público sea tan parco en asignar recursos para la observación e investigación ambiental”. (Valls, 2016, p. 16).

Es dable recordar que el derecho ambiental es relativamente nuevo, en auge de gran crecimiento y pleno desarrollo, pregonando uno de sus objetivos más importantes: el actuar antes que se produzca el daño, proveyendo ciertos mecanismos preventivos de gran valor.

De esta manera, la Ley General del Ambiente, regula exhaustivamente y específicamente las características principales de la cuestión ambiental, afianzando los objetivos y principios de la política ambiental, aplicable en todo el territorio de la Nación.

Con la misma finalidad, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto a la responsabilidad civil, genera un enorme avance en materia ambiental, siendo el deber de prevención del daño, establecido en el art 1710, de gran importancia para esta tutela ambiental.

Esto se refleja en que dicha norma establece que todos tenemos el deber de evitar causar un daño injustificado, tomando las medidas correctas para evitar su producción o disminuir su gravedad en caso de haberse producido.

En cuanto a los principios establecidos en la Ley General del Ambiente, el art 4 regula el de precaución, el cual reza así: “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”.

En ese contexto, es posible resaltar la mirada de Morello y Cafferatta, en razón de que "el principio precautorio introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre"(Morello y Cafferatta,2004, p. 77).

Al respecto la CSJN en la causa "Dino y otros c/ Provincia de Salta y otro", ha sostenido que:"el principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiestan. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios".(Cafferatta, 2017,p.5).

En asuntos relativos a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de la propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta como una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador (CSJN, Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo).

## **V. POSTURA DE LA AUTORA.**

Atento a lo expuesto oportunamente, si bien es cierto que la actividad hidrocarburífera en la Provincia del Neuquén, es su gran fuente de ingreso económico, no es menos cierto que se puedan eludir los efectos negativos en el medio ambiente que la técnica de fracturación hidráulica o *fracking* genera, no sólo a nivel mundial sino también en las zonas cercanas en donde se realiza la explotación de la formación de Vaca Muerta.

Lo manifestado, pone en evidencia de que algo no está funcionando correctamente, ya sea por la falta de control por parte del Estado o la ausencia de una regulación específica de dicha técnica o, por la falta de políticas en conjunto que lleven a un acuerdo entre las empresas que realizan esta actividad y los municipios, a fin de resguardar el medio ambiente y proteger a los ciudadanos que habitan en las zonas en cuestión.

Como se ha dicho anteriormente, el fallo de análisis presenta un problema jurídico axiológico, producto de la decisión del Tribunal Superior de Justicia que declara la inconstitucionalidad de la ordenanza municipal de Vista Alegre, apartándose de la trascendencia jurídica que tiene la ponderación del principio precautorio en materia ambiental.

En virtud de lo expresado, es oportuno poner en resalto lo que decía el maestro **Pigretti**, sobre el actuar de los jueces en materia ambiental: “Las nuevas cuestiones no le permiten al juez ser imparcial. Tendremos que crear un nivel distinto de consideración del problema, un conjunto de valores en los que el “juez es parte”, porque le interesa que el agua que beba siga siendo fresca, cristalina, pura; porque le interesa que el aire que respira mantenga esta condición, porque le interesa que determinada foresta no sea afectada”.(Pigretti, 2003 p.10).

Por lo tanto, considero que la resolución de los magistrados no fue la apropiada, ya que en cuestiones ambientales, los mismos cuentan con una ética ambiental, pudiendo ir más allá de la interpretación restrictiva de una norma o el análisis estricto de las competencias, y así velar por nuestro derecho constitucional de gozar un ambiente sano, equilibrado.

No obstante, cada vez que anulen ordenanzas como las de este fallo en cuestión, de no sólo causarán daños en el medio ambiente en la actualidad, sino que además sus consecuencias serán inevitables en el futuro e irreversibles, siendo imposible de repararse.

Del mismo modo, es dable resaltar, que el Estado en todos sus diferentes niveles, sea nacional, provincial, municipal, tiene la obligación de cumplir con el deber establecido en nuestra norma suprema, esto es, el de conservar el medio ambiente para generaciones presente y futuras, garantizando un hábitat adecuado para los habitantes de la nación.

Por esa razón, el Estado no puede ser parco, egoísta, obsoleto, ajeno a este cuidado, debiendo tomar un rol más activo en cuanto a la protección del medio ambiente en general.

Por lo expuesto hasta aquí, resulta necesario preguntarnos ante esta técnica de fracturación hidráulica o *fracking*:

¿Cuál es el costo que genera este crecimiento económico?.

¿Vale la pena ser una “provincia” cada vez más rica, cuando la población se ve afectada en su salud, cuando se afecta el agua, la cosecha regional, las viviendas debido a los movimientos sísmicos ocasionados en la zona de explotación?

Es dable llegar a la conclusión, que más allá del crecimiento económico que genera esta técnica hidráulica o *fracking* tanto para la Provincia del Neuquén como también a nivel nacional, debemos crear conciencia de las consecuencias dañosas que vamos a sufrir en un futuro no tan lejano, antes que las mismas sean irreversibles.

#### IV. Referencias

Alchourron, C.,y Bulygin, E. Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales. Astrea. Buenos Aires. 2012.

Atienza, Manuel y Manero Juan R. Sobre principios y reglas. Edición digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho.1991.

Cafferatta, Néstor A. Introducción al derecho ambiental. México.2004.

Cafferata, Néstor A. El ascenso de los principios de derecho ambiental.2017.

<https://idcar.com.ar/wp-content/uploads/2020/07/11.-CAFFERATTA-Principios-derecho-ambiental.pdf>

Cauterucci, Gabriel. Colisión de derechos en torno al *fracking*. El conflicto “Vaca Muerta” desde la constitución nacional. 2014. Consultado 06/09/2021

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/93/colision-de-derechos-en-torno-al-fracking-el-conflicto-vaca-muerta-desde-la-constitucion-nacional.pdf>

Castillo, Argañarás L. EL *fracking* en Argentina una visión jurídica. REPATS Revista de Estudio e pesquisas Avancadas do terceiro sector,IV(2)585-612.2017 Consultado el 05/09/2021 <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8691>

91

Dworkin, R. Los Derechos en serio. Ariel S.A. Barcelona. 1989.

Morello, Augusto M. y Caferatta, Néstor A. Visión procesal de cuestiones ambientales. Rubinzal-Culzoni.2004.

Pigretti, Eduardo A. Derecho Ambiental Profundizado. La Ley. Bs. As.2003. pág.10

Valls, Mario F. Derecho Ambiental. Abelado Perrot, 3° edición.2016.

CSJN, Salas, Dino y o/s c/ Provincia de Salta y Estado Nacional s/ amparo, 26/03/2009 - Fallos: 332:663.

CSJN, Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental Fecha: 11/7/2019.

TSJ: “YPF c/ Municipalidad de Rincón de los Sauces s/ acción de inconstitucionalidad”. Expte2713/09.

Constitución Nacional <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Constitución Provincial de Neuquén <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cp-neuquen.pdf>

Ley n°26.994. Código Civil y Comercial.2014.

Ley n°25.675.Política Ambiental Nacional- Ley General del Ambiente.2002.<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>

Ley n° 1.875. Régimen de Preservación, Conservación y Mejoramiento del Ambiente de la Provincia de Neuquén. 1990.<https://www.contadurianequen.gob.ar/ley-no-1875-1990-preservacion-defensa-y-mejoramiento-del-medio-ambiente/>

Ley n°2.130. Acción de Inconstitucionalidad. 1995.<http://200.70.33.130/index.php/normativas-provinciales/leyes-provinciales/1506>

Anexo: Fallo

**Voces:** Acción de inconstitucionalidad.

**Sumario:** ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ORDENANZA MUNICIPAL. CONCEJO DELIBERANTE. MEDIO AMBIENTE. PRINCIPIO DE PREVENCIÓN. HIDROCARBUROS. ACTIVIDAD HIDROCARBURÍFERA. RÉGIMEN FEDERAL. FEDERALISMO DE CONCERTACIÓN. CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. RÉGIMEN DE COMPETENCIAS.

1.- Corresponde declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza 783/16 emanada del Concejo Deliberante de la Municipalidad de Vista Alegre que declaró al Municipio como “Libre de métodos de exploración y/o explotación por fractura hidráulica o fracking” por considerar que ello atentaba contra el ambiente. Ello es así, pues la norma cuestionada vulnera las expresas formulaciones previstas en los artículos 92 y 189 inc. 29 de la Constitución Provincial, escapando a las competencias reconocidas a las comunas en la gestión y protección del ambiente. Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia en función de sus precedentes –“Etcheverry” Ac: 1532/08; “YPF c Municipalidad de Rincón de los Sauces” Ac: 20/10-, señala que la Ordenanza vulnera la pauta de concertación de competencias prevista en la Constitución Provincial, propia de un nuevo concepto de federalismo.

2.- Si la Provincia del Neuquén ha regulado exhaustivamente los aspectos ambientales que conlleva la práctica de la fractura hidráulica o estimulación hidráulica para la extracción y exploración de yacimientos no convencionales en el territorio provincial, aparece como contradictorio la prohibición de utilización de tal técnica en el ejido de la comuna demandada, sin que ello forme parte de una decisión concertada con la Provincia. A esta interpretación restrictiva de validez de las normativas dictadas fuera del marco de la concertación cabe sumarle que, en el caso, aun cuando la fundamentación de la prohibición se apoya en principios ambientales confluyen en ella aspectos de la actividad hidrocarburífera cuya regulación en principio corresponde a la Provincia, siendo una materia per se excluida de la jurisdicción comunal (art.124 C.N., arts. 95, 96, 97, 98 y 99 de la C.P., Ley 26.197, entre otras).[...]Esto no importa vaciar de contenido las facultades regulatorias que en materia ambiental tienen las comunas, sino resaltar que la búsqueda de soluciones a los problemas ambientales no puede realizarse mediante la oposición o confrontación normativa, sino a través del diálogo y el acuerdo de políticas conjuntas que atiendan las necesidades e intereses comunes a la ciudadanía.

**Contenido:**

ACUERDO N° 8. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintidós días del mes de diciembre del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia con la Presidencia de su titular Doctor ALFREDO ELOSU LARUMBE, integrado por los Sres. Vocales Doctores OSCAR E. MASSEI, EVALDO DARÍO MOYA y MARIA SOLEDAD GENNARI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora LUISA A. BERMUDEZ, para dictar sentencia en los autos caratulados: “FISCALIA DE ESTADO DE LA PROVINCIA DE NEUQUEN C/ MUNICIPALIDAD DE VISTA ALEGRE S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD”, Expte. N° 6840/2017, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme el orden de votación

oportunamente fijado, el Doctor EVALDO DARIO MOYA dijo: I.- A fojas 34/49 se presenta el Sr. Fiscal de Estado de la Provincia del Neuquén y, en los términos del artículo 241 inc. a) de la Constitución Provincial y la Ley 2130, promueve acción de inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 783/16, dictada por el Concejo Deliberante de la Municipalidad de Vista Alegre, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia N° 3562 el día 17 de febrero de 2017.

Luego de explayarse respecto a los requisitos de admisión, hace referencia a los preceptos de la Constitución Provincial que considera vulnerados, mencionando expresamente a los arts. 8, 16, 24, 90/93, 95/99, 189 inc. 29 y 271.

Considera que la Ordenanza 783/16 importa un exceso en el ejercicio de las facultades que la Constitución Provincial reconoce en cabeza de los Municipios, en especial, al intentar reglamentar el aprovechamiento de las fuentes de energía.

Transcribe los considerandos de la Ordenanza cuestionada, los que no comparte, en tanto dan por sentado que el método de extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica –o no convencional- es una actividad peligrosa para los individuos y las comunidades, siendo sus riesgos la existencia de terremotos, efectos nocivos en el agua, aire, agricultura, salud, seguridad pública, valor de los terrenos, estabilidad del clima y vitalidad de la economía.

Explica qué son los hidrocarburos, así como qué se entiende por yacimiento convencional y no convencional y cuáles son los métodos extractivos actualmente vigentes. Cita y transcribe un artículo publicado en la página web de YPF, suscripto por Ernesto Gallegos, titulado “Independencia energética”.

Continúa mencionando que conforme lo estipulado en los artículos 24, 95, 96, 97, 98 y 99 de la Címera local, todo lo concerniente al dominio, jurisdicción, regulación de todos los aspectos relacionado con los recursos naturales que se encuentran en territorio provincial –entre los cuales se encuentran los hidrocarburos- son de competencia exclusiva de la Provincia del Neuquén, no estando prevista la posibilidad de que los municipios legislen sobre el tópico.

Afirma que la Ordenanza en cuestión afecta el derecho de propiedad de la Provincia del Neuquén, ya que le impide disponer de su dominio exclusivo.

Señala que tampoco la Ley 53 –aplicable a los Municipios de segunda categoría como el demandado- les otorga la posibilidad de legislar en materia hidrocarburífera.

Refuta el argumento expresado en los considerandos de la Ordenanza 783/16 en la que refiere –como fundamento de la prohibición dispuesta- que el artículo 273 inc. a) de la Constitución Provincial reconoce a los Municipios la atribución de legislar sobre el “uso de calles y del subsuelo”, afirmando que dicho articulado sólo refiere al “uso” del subsuelo pero que el “dominio” y “jurisdicción” de los recursos naturales –entre ellos, los hidrocarburos- pertenece a la Provincia del Neuquén, conforme lo estipula el artículo 95 de la C.P.

Indica que la prohibición dispuesta por el Municipio demandado impide la realización del mandato constitucional previsto en el artículo 99, que determina que el destino de las utilidades provenientes de la explotación de hidrocarburos es la realización de obras productivas de beneficio permanente para la Provincia del Neuquén en general y que favorezcan en especial a la región de la extracción –para el caso, la comuna de Vista Alegre-.

A continuación desarrolla su argumentación desde el eje ambiental, para lo cual refiere al federalismo y su dinámica en la relación entre Provincia y Municipio.

Explica que la Carta Magna provincial regula el régimen municipal en sus artículos 270 a 299, previendo tres categorías de Municipios, perteneciendo la Comuna de Vista

Alegre a la segunda categoría y por ende, tal como lo dispone el artículo 281, se rige por la Ley Orgánica que dicte la Legislatura Provincial, que para el caso, es la Ley 53.

Advierte que, si bien el artículo 271 de la C.P. estipula que los municipios son autónomos en el ejercicio de sus atribuciones y sus resoluciones no pueden ser revocadas por otra autoridad, ello sólo tiene efecto mientras se encuentren dentro de la esfera de sus facultades, reconocidas y reglamentadas por la propia Constitución Provincial y la Ley Orgánica.

Dice que frente a ello, el artículo 273 de la C.P. prevé las atribuciones comunes a todos los municipios, entre las que se encuentra “darse su propia organización legal y libre funcionamiento administrativo y electoral”, pero siempre con arreglo a “sus cartas y leyes orgánicas”, lo que implica que no todos los municipios tienen similares prerrogativas.

**Concluye que**, en definitiva, las Provincias son las encargadas de diseñar los alcances y contenidos de la autonomía municipal teniendo en cuenta las particularidades locales propias y asegurando las facultades necesarias para su funcionamiento.

Manifiesta que una vez reglada la autonomía municipal en la Constitución Provincial y en las normas complementarias dictadas por la Legislatura Provincial, a los municipios sólo les cabe ejercerla sin injerencias avasallantes de la Provincia, pero respetando los límites impuestos por el principio de supremacía que ostentan las normas provinciales.

Señala que la Ordenanza atacada que pretende prohibir la utilización de la técnica de fractura hidráulica o fracking en la exploración o explotación de los yacimientos hidrocarburíferos por los posibles impactos ambientales que se producirían, **evidencia que el municipio cree que tiene injerencia exclusiva en materia ambiental dentro de su territorio.**

Ello importa, a su entender, un desconocimiento de las cláusulas constitucionales que se ocupan de la temática, tales como los artículos 90, 92, 93 y 189 inc. 29 que transcribe.

Dice que allí se evidencia que el constituyente ha querido que sea la Provincia del Neuquén la que en forma primaria dicte las normas tendientes a la protección del ambiente de aplicación en “todo su territorio”, reconociendo a los municipios también el dictado de aquellas que sean necesarias “de acuerdo a sus competencias”.

Prosigue afirmando que las Municipalidades no tienen competencia constitucional para legislar en materia de hidrocarburos, la que pertenece en forma exclusiva a la Provincia del Neuquén. De ello deduce que tampoco tienen competencia en lo referente a la cuestión ambiental-hidrocarburífera.

En esa línea de razonamiento, cuestiona que el artículo 4 de la Ordenanza designe como “autoridad de control y aplicación” a la Dirección de Producción, Turismo y Medio Ambiente de la Municipalidad de Vista Alegre” descalificando las competencias y facultades que en el tema ambiental hidrocarburífero se le asignó a la Subsecretaría de Ambiente -Ex Secretaría de Estado de Ambiente- de la Provincia del Neuquén, la que en su calidad de tal ha dictado diversas resoluciones y disposiciones relativas al control y fiscalización de la actividad hidrocarburífera.

En particular refiere a las normas que la Provincia ha dictado en protección del ambiente en general, y respecto de la exploración y explotación de los yacimientos convencionales y no convencionales, en particular.

Así alude a la Ley 1875 que regula la materia ambiental en general, donde se establecen los principios rectores para la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, con el fin de lograr y mantener una óptima calidad de vida de sus habitantes.

Menciona que la ley establece la obligatoriedad para todo proyecto y obra que por su envergadura o características pueda alterar el medio ambiente, de contar, previo a su

desarrollo, con la Declaración de Impacto Ambiental y su correspondiente Plan de Gestión Ambiental aprobado por la autoridad de aplicación.

Señala que el Decreto Reglamentario de la Ley 2656/99 –modificado por los Decretos 1483/12, 1485/12, 422/13 y 2263/15- contempla en sus Anexos las normas que reglamentan aspectos de la ley en general, y algunos de especial aplicación a la actividad hidrocarburífera. A modo de ejemplo, menciona que el Anexo I establece el procedimiento para la Evaluación de Impacto Ambiental; el Anexo II proporciona los Formularios guía utilizables para diferentes trámites, entre ellos, la presentación de proyecto, el que determina los contenidos mínimos del Informe Ambiental y los del Estudio Ambiental; los Anexos IV y V contienen los listados no taxativos de actividades –entre ellas, la hidrocarburífera- que deben presentar los Informes Ambientales o Estudios de Impacto Ambiental y la obtención de la correspondiente Licencia Ambiental de los proyectos presentados ante la autoridad de aplicación; el Anexo VII establece normas y procedimientos para regular la protección ambiental durante las operaciones de exploración y explotación de hidrocarburos; el Anexo XV establece la obligatoriedad, para las industrias, de contar con sistemas de tratamiento de efluentes industriales, que deberán ser aprobados por la Secretaría de Estado de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Indica que la Provincia ha dictado el Decreto 1483/12 incorporado como anexo XVI a la Ley 1875, que específicamente aprueba las “Normas y procedimientos para exploración y explotación de reservorios no convencionales”.

Relata que allí se prevé la obligatoriedad de la obtención de Licencia Ambiental (previa evaluación de los impactos ambientales) y faculta a la Autoridad de Aplicación a solicitar, cuando lo crea conveniente, un Análisis de Riesgo Ambiental. Fija el régimen de prohibiciones y la necesidad de autorización para el uso de agua acorde a la Ley 899 (Código de Aguas). Prohíbe la utilización de agua subterránea con aptitud para consumo humano e irrigación. Se establece la obligatoriedad de declarar la composición química de los fluidos utilizados, de analizar el agua de flowback, así como de tratar la totalidad de ésta, se prohíbe su vertido a cursos de agua superficiales y se autorizan sólo tres posibilidades de uso: re-uso en la actividad hidrocarburífera, en proyectos de riego asociados a proyectos productivos o de recomposición ambiental de las áreas intervenidas o inyección en pozos sumideros.

Asimismo, trae a colación lo prescripto por las Leyes específicas Nro. 2175 –emisiones gaseosas procedentes de la actividad hidrocarburífera-; 2183 –indemnizaciones a los superficiarios y constitución de servidumbres hidrocarburíferas-; 2600 –resguardo y protección ambiental en el ámbito de las actividades hidrocarburíferas-; 2615 –renegociación de las Concesiones Hidrocarburíferas; 2666 –implementación del sistema de locación seca, control de sólidos y tratamiento de lodos y cutting en plantas adecuadas para ello; y la Ley 2735, modificatoria de la Ley 2600.

En apoyo de su postura cita precedentes de este Tribunal Superior de Justicia, donde se analizaron cautelarmente las competencias ambientales de los Municipios en materia hidrocarburífera, resolviéndose la suspensión de la vigencia de una Ordenanza Municipal (R.I. 6981/09 in re “Petrobras”), así como también un fallo del Tribunal Superior de Río Negro, recaído en una causa análoga suscitada entre la Municipalidad de Allen y la Provincia, donde se resolvió la inconstitucionalidad de la Ordenanza Nro. 046/2013 que disponía la prohibición de utilización del método de fractura hidráulica o fracking y/o estimulación hidráulica en el ejido municipal, por ausencia de competencia. En el marco de esta acción, solicita el dictado de una medida precautelar, y hasta tanto se resuelva la cautelar de suspensión de la vigencia de la Ordenanza atacada, la que también peticiona.

Ofrece prueba, funda en derecho y formula petitorio.

**II.-** Mediante R.I. Nro. 4/2017 se decreta en forma precautelada la suspensión de la vigencia de la Ordenanza Nro. 783/16 hasta tanto se sustancie la cautela peticionada. Posteriormente, corrido el pertinente traslado y previo dictamen Fiscal (fs. 102/110), se confirma, con carácter cautelar, la suspensión dispuesta anteriormente, declarándose la admisión formal de la acción (cfr. R.I. Nro. 7/2017).

A fs. 137/141 se presentan Hugo Edgardo Olivera –Concejal de Vista Alegre- y Milton Elías López –vecino de Vista Alegre-, con patrocinio letrado, solicitando ser tenidos por parte y contestan demanda.

Sin embargo, intimados que fueron a adjuntar copias de traslado bajo apercibimiento previsto en el art. 120 del CPCyC, no dieron cumplimiento, por lo que se tuvo a la presentación de fs. 137/141 por no efectuada.

**III.-** Corrido el pertinente traslado de la acción intentada, a fs. 147/149 contesta demanda la Municipalidad de Vista Alegre, por apoderado.

Luego de realizar las negativas de rigor, defiende la legalidad de la Ordenanza Municipal.

Afirma que la normativa fue dictada dentro de la competencia y facultades otorgadas por la Carta Magna a la comuna, y que estuvo motivada en la inquietud evidenciada por los vecinos de la localidad con relación a los movimientos de suelo en la zona de Ruca Luhe, por potenciales daños ambientales a consecuencia de la práctica del fracking en el lugar.

Explica que frente a la preocupación de los habitantes de la comuna respecto a los eventuales daños ambientales que pudieran generarse como consecuencia de la explotación de los yacimientos no convencionales mediante la técnica de la fractura hidráulica, los concejales decidieron sancionar la Ordenanza hoy impugnada, basándose en estudios ambientales.

Alega que la prevención en que se funda la norma tiene su sustento no sólo en normas constitucionales, sino también convencionales receptadas en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Indica que es deber de los ediles propiciar un **desarrollo sustentable** en pos de las generaciones venideras, y ello motivó el dictado de la normativa, votada por unanimidad con la finalidad de evitar daños ambientales irreparables a futuro.

Insiste en la competencia de la comuna para sancionar esta legislación ya que, asegura, puede controlar toda industria lícita que se realice dentro del ejido municipal y más aún si la actividad conlleva riesgos ambientales.

Ofrece prueba y formula petitorio.

**IV.-** A fs. 151/162 obra dictamen Fiscal, el que propicia hacer lugar a la demanda declarando la inconstitucionalidad de la Ordenanza 783/16, con los efectos previstos en el artículo 16 de la Constitución Provincial, debiendo ordenar la pertinente publicación en el Boletín Oficial.

**V.-** A fs. 163 se dicta el llamado de autos, el que es suspendido a fs. 164 y reanudado a fs. 168. Encontrándose a la fecha firme y consentido, coloca a estas actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

**VI.-** De la lectura de los escritos constitutivos de la litis surge que, la cuestión constitucional planteada se circunscribe a determinar el alcance de las competencias que en materia ambiental tienen los municipios, específicamente cuando se refiere a la exploración y explotación de hidrocarburos dentro del ejido urbano.

En este sentido, el Sr. Fiscal de Estado estima que la Ordenanza 783/16 ha sido dictada por el Municipio de Vista Alegre en un claro exceso de las competencias que la Constitución Provincial y la Ley 53 (Ley Orgánica de las Municipalidades, art. 281

C.P.), acuerda a los Municipios en general y los de segunda categoría en especial (Art. 273 C.P.). Su postura se apoya, principalmente, en las previsiones constitucionales de los artículos 90, 92 y 189 inc. 29 de la C.P. que estima vulneradas. Interpreta que tales cláusulas reconocen exclusividad en la regulación de la temática a la Provincia lo que implica excluir a las comunas.

Por su parte, la comuna reivindica las facultades de regulación en materia ambiental respecto de aquellas actividades que se desarrollen en su ejido –para el 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 que involucre el “uso de calles y del subsuelo” y la “salud pública” (art. 273 inc. a de la C.P.), así como las disposiciones sobre 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).

**VII.-** Este Tribunal –aunque en distinta composición- ha tenido oportunidad de expedirse sobre el tópico en la causa: “Y.P.F. S.A. c/ Municipalidad De Rincón De Los Sauces s/ Acción de Inconstitucionalidad” Expte. N° 2713/09 (Ac. 2/14), donde también se debatió sobre el alcance de las facultades municipales para establecer métodos preventivos en el cuidado del ambiente durante las tareas de exploración y explotación de hidrocarburos, con un régimen sancionatorio especial en caso de infracciones, coincidente con aquél previsto por la autoridad de aplicación provincial, de suerte que nos enfrentábamos a una superposición normativa emanada de dos órdenes políticos diferentes y con dos autoridades de aplicación disímiles, la provincial y la municipal.

Allí este Cuerpo tuvo oportunidad de analizar exhaustivamente la compleja trama del diseño constitucional de competencias provinciales y municipales en materia ambiental y recursos naturales, por lo que sus conclusiones son plenamente aplicables a la especie. En particular, se expresó que “...la dinámica de la relación entre provincia y municipio en el marco del federalismo en la cual se encuentran insertas, proyecta sus efectos en la gestión de los intereses comunes a ambos centros de poder.

La existencia de competencias en ambos órdenes de gobierno y su distribución debe hallarse perfilada, en mayor o menor medida, en las constituciones provinciales, única fuente primigenia de prerrogativas municipales y que conforma la manera en que se consolidan las relaciones de subordinación y de unión de los diversos entes comunales que se integran en la realidad provincial.”

Con cita de Castorina de Tarquini se resaltó que: “Coordinar implica compartir la responsabilidad en el logro de objetivos que simultáneamente son provinciales o locales, y también en algunos casos, nacionales. Así, es a través de la coordinación que se logra hacer de los municipios eficaces instrumentos de gobierno local y provincial, teniendo para el cumplimiento de tales objetivos los siguientes mecanismos:

a) en primer lugar, citamos a los convenios como la “herramienta jurídica apropiada para tal fin cuando los textos constitucionales resultan insuficientes”. Así ha sido entendido modernamente, de ahí que en las últimas constituciones aparece como atribución municipal aunque con matices, la de suscribir convenios, en la esfera de su competencia, con entes municipales o provinciales, nacionales y en algunos casos extranjeros (...).

b) Además se destaca como otro mecanismo que favorece las relaciones de coordinación, la especial referencia que aparece en algunas constituciones provinciales a la cooperación (...). (aut. cit, opus cit.)

Es decir que, en estas relaciones provinciales-municipales se vislumbra una evolución similar a la existente a nivel nacional donde, al analizar la dinámica del régimen federal,

el acento no se pone en la asignación de competencias a cada centro de poder sino en la articulación de políticas que tiendan a dar respuesta a intereses comunes, a través de la concertación.”

En ese contexto, se citó el precedente “Etcheverry” (Acuerdo 1532/08 del Registro de esta Secretaría) en cuanto destacó que “el federalismo de concertación (receptado expresamente por la Convención Constituyente de 2006, en el artículo 8, ya transcripto) supone una fórmula superadora del clásico reparto de competencias propio del sistema federal; implica acentuar que el estado debe funcionar como un sistema articulado en diferentes niveles, pero que debe actuar mediante un proceso político concertado, flexible, abierto y democrático, posibilitando que se alcance un mismo fin, el bien común.

Para luego concluir que “...es en la gestión de las políticas ambientales en donde más se patentiza esta armonización de intereses entre los diversos entes de descentralización política. Como dice Gelli “En materia ambiental, las acciones deben coordinarse, necesariamente.” (cfr. Gelli, María Angélica, Competencia nacional, provincial y municipal en materia de poder de policía, en “Servicio Público, Policía y Fomento” Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Bs. As. Ed. Rap. 2003, pág. 652).”

Luego, se analizó el derecho público local donde se destacó que “... La mayor o menor amplitud de la autonomía municipal reconocida por la Provincia a nivel organizacional, proyecta sus efectos sobre las competencias que están llamados a ejercer los municipios en sus aspectos internos y sobre las relaciones que, en virtud del federalismo, surgen entre éstos y la Provincia a la cual pertenecen.

Y, si bien no existe una cláusula que defina con precisión y de manera general el criterio de distribución de las competencias entre la Provincia y los Municipios puede afirmarse que, en este punto, se opera una inversión del principio que rige en el orden nacional (art. 121 Constitución Nacional).

Esta diferencia fundamental se proyecta también sobre los alcances de las competencias de cada uno y sirve como pauta fundamental para encauzar la interpretación frente al conflicto o tensión existente entre ambos órdenes de poder, cuando los mecanismos de concertación, convergencia y coordinación hayan sido soslayados.”

Respecto a la cuestión en particular, se dijo que: “...la Constitución Provincial reconoce que: Los municipios son autónomos en el ejercicio de sus atribuciones y sus resoluciones –dentro de la esfera de sus facultades- no pueden ser revocadas por otra autoridad.” (art. 271 Constitución Provincial).

Asimismo, prevé un mecanismo propio del federalismo de concertación al atribuirles la facultad de “celebrar acuerdos con la Provincia, el Gobierno Federal u organismos descentralizados para el ejercicio coordinado de facultades concurrentes e intereses comunes” (art. 273 inc. m) Constitución Provincial).

Este mecanismo de cooperación y concertación es la clave para el ejercicio de las competencias ambientales, previstas constitucionalmente en el Título II, capítulo I “Ambiente y Recursos Naturales”, introducido en la reforma de 2006.

Allí, la Constitución Provincial, en su artículo 92 prevé: “Corresponde a la Provincia el dictado de normas ambientales complementarias de las nacionales y de protección ambiental, de aplicación a todo su territorio, pudiendo los municipios dictar normas pertinentes de acuerdo a sus competencias. (...)” (el subrayado me pertenece).

En el proyecto original del bloque del Movimiento Popular Neuquino, en la parte pertinente, decía: “Corresponde a la Provincia el dictado de normas de preservación del ambiente de aplicación a todo su territorio, pudiendo los municipios dictar normas de carácter complementario.(...)” (Convención Constituyente de 2006, versión taquigráfica

de la Comisión de Régimen Económico, Servicios Públicos, Recursos Naturales y Medio Ambiente, reunión 5, página 5).

Luego del debate en el seno de dicha Comisión, el despacho de mayoría, finalmente consignó: “Corresponde a la Provincia el dictado de normas ambientales complementarias de las nacionales, y de protección ambiental de aplicación a todo su territorio, pudiendo los municipios dictar normas pertinentes de acuerdo a sus competencias.” Cabe apuntar que sobre este artículo también se contaba con el apoyo de los demás Convencionales que integraron la Comisión.

La modificación en la redacción del artículo, si bien pudiera parecer sutil, no lo es: el proyecto original reproduce la cláusula constitucional nacional: supone que los presupuestos mínimos deben ser dictados por la Provincia y los de carácter complementario, por el Municipio. Es lo que se llama una “pluralidad jerárquica con complementación sustantiva”: cada escala de decisión tiene competencia para regular y controlar un sector o tramo específico del tema o actividad concernido, estableciéndose una jerarquía entre los sectores o tramos aludidos, uno normativamente de nivel básico y otro de nivel complementario que tiene como única limitación, respetar a aquél (cfr. Rosatti, Horacio, Tratado de derecho municipal, Tomo I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 315).

En cambio, la redacción final del artículo 92 Constitución Provincial aludido, importa que ambos entes (Provincia y Municipio) en ejercicio de sus competencias propias pueden legislar sobre el cuidado del medio ambiente, en forma sustantiva, dejando abierta múltiples formas de colaboración entre las partes.

Para su implementación deviene fundamental la coordinación de políticas, la convergencia legislativa y la concertación de las acciones ejecutivas que cada uno debe llevar a cabo.

Del juego armónico de los artículos citados se desprende que el espíritu del constituyente ha sido en pos de la participación de los municipios en la gestión ambiental, a través de su integración en la política de cuidado del ambiente y para ello, ha puesto a su disposición mecanismos de coordinación y concertación para facilitar el trabajo conjunto sobre el tópico.” (el destacado es propio).

Sobre estas bases, se principiará el análisis de la cuestión constitucional planteada.

**VIII.-** En cumplimiento de la cláusula ambiental de la Constitución Nacional, el Congreso Nacional sancionó la Ley General del Ambiente (L. 25.675) estableciendo los presupuestos mínimos de protección.

Por su parte, la Provincia del Neuquén dictó la Ley 1875 estableciendo los principios rectores para la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente en todo el territorio, la que fue modificada por las Leyes 1914, 2267 y 2863 y reglamentada por el Decreto 2656/99 –modificado por los Decretos 1483/12, 1485/12, 422/13 y 2263/15- contemplando en sus Anexos las normas que reglamentan aspectos generales de la Ley 1875, siendo algunos de ellos especialmente aplicables a la actividad hidrocarburífera.

Este plexo normativo se complementa –siempre en el plano local- con la Ley 2600 (Decreto Reglamentario 1905)- Ley de aptitud ambiental para la actividad hidrocarburífera, que implementó el “Certificado de Aptitud Ambiental”; la Ley 2735 –modificatoria de la Ley 2600- y la Ley 2666, que implementa la aplicación del sistema de locación seca, control de sólidos y el tratamiento de lodos y cutting en plantas adecuadas para ello, por las empresas que realicen perforaciones vinculadas con la actividad hidrocarburífera y la actividad minera.

A raíz de la existencia de yacimientos no convencionales y las nuevas tecnologías para la exploración y explotación de los mismos, el Poder Ejecutivo Provincial dictó con

fecha 13 de agosto de 2012, el Decreto 1483 estableciendo las “Normas y Procedimientos para exploración y explotación en yacimientos no convencionales”, que fuera agregado como Anexo XVI Decreto 2656/99.

En sus considerandos se aprecia la preocupación de las autoridades en reglamentar los aspectos ambientales que conlleva específicamente la actividad. Así refiere que “el resguardo y conservación de los recursos hídricos constituyen una responsabilidad del Estado, debiendo extremar todas las prevenciones y medidas tendientes a asegurar su aptitud para los seres humanos, el abastecimiento a las poblaciones, la irrigación de los desarrollos productivos y la naturaleza autóctona.”

Para ello establece que “con la presentación de los informes ambientales de las perforaciones de pozos en reservorios convencionales y no convencionales, las operadoras deben presentar las autorizaciones de uso de agua y de vertidos de efluentes, emitidas por la Autoridad de Aplicación de la Ley 899, como requisito previo a la emisión de Licencia Ambiental”;

Aclara que “las actividades que se desarrollan en una perforación no convencional, son similares a las convencionales, diferenciándose en las cantidades de uso de agua para la estimulación hidráulica de las formaciones de interés productivo;”

Continúa diciendo que “la Subsecretaría de Minería e Hidrocarburos o el organismo que institucionalmente le suceda, deberá tomar intervención de manera previa a la emisión de la Licencia Ambiental respectiva”; “Que para proteger el ambiente y tender a un desarrollo sostenible, es imprescindible que el agua de retorno de cada pozo no convencional sea tratada y acondicionada en su totalidad, para permitir su reutilización o disposición final” y; “Que todas las metodologías de tratamiento de agua de formación de perforaciones no convencionales (flowback), deberán ser aprobadas por la Autoridad Ambiental, antes de ser aplicadas;”

En este contexto, establece las normas y procedimientos para la exploración y explotación de reservorios no convencionales, que tienen por objeto prevenir, mitigar y minimizar los impactos ambientales que puedan producirse a partir de las perforaciones no convencionales en reservorios tipo de Shale Gas, Tight Gas, ShaleOil y TightOil. (art. 1)

También se prevé que todos los proyectos de exploración y explotación no convencionales deberán contar con Licencia Ambiental previa a su ejecución, y en aquellos casos que la Autoridad de Aplicación crea conveniente, podrá exigirse también un análisis de riesgo ambiental. (art. 3).

El artículo 4 fija los requisitos que deberán tener los informes ambientales, conforme el procedimiento establecido en el Anexo II, Capítulo I Artículo 6 del Decreto Reglamentario 2656/99. A su vez, el artículo 5° prescribe que cualquier modificación posterior a la emisión de la Licencia Ambiental deberá ser presentada a la Autoridad de Aplicación mediante addenda, y cumplir con el trámite establecido para la evaluación del Informe Ambiental.

Los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14 y 15 establecen las condiciones de uso, tratamiento y re-uso del agua subterránea y de aquella proveniente del retorno (flowback), disponiendo expresamente que no podrá utilizarse agua subterránea con aptitud para el abastecimiento de poblaciones ni para irrigación (art. 5° incs. a y b de la Ley 899 y su Decreto Reglamentario Nro. 790/99), así como tampoco el agua de retorno podrá ser vertida sobre cuerpos de agua superficiales o almacenada a cielo abierto.

Específicamente el artículo 12 prevé que los pozos no convencionales deberán ser diseñados de forma de optimizar la utilización de una locación apta para contener múltiples pozos, minimizando los impactos producidos por el movimiento de suelos de las mismas y de sus accesos.

A su vez, se recomienda que los permisionarios, concesionarios y/u operadores deberán minimizar el desarrollo de locación múltiple cerca de superficiarios. Si no fuera posible evitarlo se deberán minimizar los ruidos generados por las operaciones de perforación, en aquellos casos que se superen los 85 dB (decibelios) fuera de la locación.

Finalmente, establece la obligación de cada permisionario, concesionario y/u operador de presentar semestralmente ante la Subsecretaría de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Subsecretaría de Minería e Hidrocarburos –o el organismo que las reemplace-, la planificación de perforaciones no convencionales de cada área.

**IX.-** Como se advierte, los aspectos ambientales que conlleva la actividad de exploración y extracción de hidrocarburos no convencionales, a través de la técnica del fracking –fractura hidráulica-, han sido exhaustivamente regulados por la Provincia del Neuquén.

Como surge del precedente citado, el diseño constitucional de las competencias ambientales se inscribe claramente en el federalismo de concertación, ya que constituye una materia que es común a todos los órdenes de gobierno y necesita de una política conjunta para poder llevarse a cabo en forma efectiva.

Así lo ha postulado el constituyente nacional al introducir la cláusula ambiental de competencias concurrentes entre Nación y Provincias (art. 41 C.N.) previendo la gestión conjunta del ambiente, otorgando a la Nación la facultad de dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y reservando a las provincias el dictado de las normas necesarias para complementarlas, señalando expresamente que las normas nacionales no debían alterar las jurisdicciones locales.

Por su parte, el constituyente neuquino adoptó una fórmula similar en el artículo 92 –incorporado en la reforma de 2006- que prevé: “Corresponde a la Provincia el dictado de normas ambientales complementarias de las nacionales y de protección ambiental, de aplicación a todo su territorio, pudiendo lo municipios dictar normas pertinentes de acuerdo a sus competencias”.

Para la plena operatividad de esta cláusula debe considerarse su integración con aquella que concede como atribuciones de los Municipios, la facultad de “Celebrar acuerdos con la Provincia, el Gobierno Federal u organismos descentralizados para el ejercicio coordinado de facultades concurrentes e intereses comunes” (art. 273 inc. m) de la C.P.). Así lo ha reconocido este Tribunal en el precedente citado, donde se expresó que “... las normas del derecho público provincial y municipal han previsto un sistema compuesto por un conjunto de elementos que facilita la interrelación entre los órdenes nacionales, provinciales y municipales en todas las materias y, principalmente, en los aspectos relativos al medio ambiente o desarrollo sustentable, fomentando un verdadero federalismo de concertación que permita la coexistencia armónica de estos tres órdenes en pos del cumplimiento de cada una de sus competencias. Es indudable que el ejercicio de facultades concurrentes por parte de los sujetos involucrados impone la convergencia legislativa a fin de unificar las políticas y economizar las acciones, evitando los conflictos entre las diversas jurisdicciones y resguardando los derechos de los ciudadanos.” (Ac. 2/14)

Y si bien el ejercicio amplio de la competencia legislativa ambiental por parte de la Provincia no excluye de plano la posibilidad de que las comunas regulen algunos aspectos de la materia siempre que sea en el ámbito de sus competencias (art. 92 C.P.) - acordadas por la Constitución Provincial, sus Cartas Orgánicas o, la Ley Orgánica de Municipalidades (L. 53)-, debe procurarse la concertación de las políticas como forma de estructurar las soluciones a problemas comunes.

En este contexto, la regulación comunal de los aspectos ambientales puede estar referida al monitoreo y control de los aspectos delegados por la Provincia –como vgr. sucede en

los casos de adhesión a la Ley 2600-, como así también a aspectos sustanciales de la materia que hacen a la preservación, prevención, protección y conservación del ambiente, pero siempre formuladas en un espacio de diálogo y acuerdos conjuntos que fortalezcan la relación provincia-municipio en procura de una mejor y más amplia tutela del ambiente.

Pigretti destaca que la competencia para legislar en materia ambiental está depositada, de manera prioritaria, en los municipios y provincias. De allí que así como para las provincias los presupuestos mínimos nacionales son una norma “umbral” o “básica” también lo ha de ser para los municipios; es ésta la única manera de que el sistema cobre coherencia y unidad (cfr. Pigretti, Eduardo “Derecho Ambiental Profundizado” La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 31).

En igual línea se inscribe el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires in re “Copetro S.A. c/ Municipalidad de Ensenada” al expresar que: “Ahora las provincias pueden complementarla como, asimismo, según hemos visto los municipios y aun aumentar las condiciones impuestas por la Nación pero nunca deben ser menores ni oponerse a ellos” (Ac. 20/03/2002 BO, DJJ, Boletín 26/09/02, año LXI, T 163 Nro. 1304).

Por su parte Falbo explica que “la eficacia y aplicación de los PMA (presupuestos mínimos ambientales) nacionales no agota su eficacia en el plano provincial, no se reduce al ámbito de la provincia, también involucra a los municipios, donde operan plenamente en cada procedimiento administrativo municipal que contemple cuestiones ambientales” reconociendo que “los municipios se hallan habilitados para complementar esas normas nacionales” (Falbo, Anibal J. “Derecho Ambiental”, Librería Editora Platense, La Plata, 2009, pág. 121).

Demás está decir que esta convergencia legislativa propiciada por el constituyente para la gestión y protección del ambiente, debe propiciar la economía administrativa y legislativa, así como tender a la unidad de fines, para lo cual ni el orden local ni el provincial pueden comportarse como estructuras cerradas sino abiertas, de modo que confluyan a un logro común a ambos en beneficio de la ciudadanía.

Desde esta perspectiva, la Ordenanza 783/16 se inscribe en un sentido contrario a la propuesta de concertación de políticas comunes, aun cuando se fundamente en el principio de prevención (ver considerandos).

Si la Provincia del Neuquén ha regulado exhaustivamente los aspectos ambientales que conlleva la práctica de la fractura hidráulica o estimulación hidráulica para la extracción y exploración de yacimientos no convencionales en el territorio provincial, aparece como contradictorio la prohibición de utilización de tal técnica en el ejido de la comuna demandada, sin que ello forme parte de una decisión concertada con la Provincia.

A esta interpretación restrictiva de validez de las normativas dictadas fuera del marco de la concertación cabe sumarle que, en el caso, aun cuando la fundamentación de la prohibición se apoya en principios ambientales confluyen en ella aspectos de la actividad hidrocarburífera cuya regulación en principio corresponde a la Provincia, siendo una materia per se excluida de la jurisdicción comunal (art. 124 C.N., arts. 95, 96, 97, 98 y 99 de la C.P., Ley 26.197, entre otras).

Todas estas consideraciones confluyen en la inconstitucionalidad de la Ordenanza 783/16 atacada, en tanto vulnera las expresas formulaciones previstas en los artículos 92 y 189 inc. 29 de la Constitución Provincial, escapando a las competencias reconocidas a las comunas en la gestión y protección del ambiente.

Esto no importa vaciar de contenido las facultades regulatorias que en materia ambiental tienen las comunas, sino resaltar que la búsqueda de soluciones a los problemas ambientales no puede realizarse mediante la oposición o confrontación normativa, sino

a través del diálogo y el acuerdo de políticas conjuntas que atiendan las necesidades e intereses comunes a la ciudadanía.

Al respecto, este Tribunal ha expresado que: "... frente a la ausencia de utilización de los mecanismos de concertación previstos constitucionalmente, orientados a fomentar una adecuada participación de las comunas en la gestión conjunta de la materia ambiental, la coordinación de políticas afines y la promoción de la cooperación en la materia, cabe exhortar a los órganos legislativos provinciales y comunales, así como a los respectivos poderes Ejecutivos a recurrir a los mecanismos institucionalmente previstos en la Constitución Provincial y la Carta Orgánica citada para lograr la tan requerida convergencia propia de la dinámica federal.

No puede desconocerse que la propia naturaleza de la materia en discusión demanda la concertación de políticas afines y la ejecución conjunta de medidas de acción que tiendan a la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente.

Y en esta tarea los Municipios no pueden permanecer ajenos, ya que son directos involucrados en la gestión ambiental por la proximidad que presentan con los problemas que puedan suscitarse en su área inmediata, lo que permite una pronta detección frente al daño ambiental y una mayor eficacia en la ejecución y control de las medidas preventivas, conservatorias y reparadoras del ambiente." (Ac. 2/14).

En virtud de ello, corresponde acoger la pretensión de declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 783/16, en tanto transgrede el régimen de competencias de la Constitución Provincial (arts. 92 y 189 inc. 29 de la Constitución Provincial) y vulnera los principios que cimientan el régimen federal.

**X.-** En cuanto a las costas, estimo que la naturaleza de la cuestión debatida y lo complejo de su análisis pudieron dar lugar a ambos litigantes a creerse con derecho a sostener sus posturas, propongo que las mismas sean soportadas en el orden causado. **ASI VOTO.**

La Señora Vocal Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Moya, por lo que emito mi voto en idéntico sentido. **MI VOTO.**

El Señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: adhiero a la postura sustentada por el Señor Vocal que ha votado en primer término, por lo que emito mi voto en igual sentido. **MI VOTO.**

El Señor Presidente Doctor ALFREDO ELOSÚ LARUMBE dijo: por adherir al criterio del Dr. Moya es que voto del mismo modo. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, encontrándose ya integrado el Cuerpo con un número que satisface el mínimo legalmente exigido para fallar (cfr. R.I. Nro. 23/15), habiéndose dado intervención al señor Fiscal, por unanimidad, **SE RESUELVE:** 1°) DECLARAR la inconstitucionalidad, en los términos del segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución Provincial, de la Ordenanza N° 783/16, sancionada por el Honorable Concejo Deliberante de Vista Alegre, la cual quedará abrogada a partir de la publicación de la presente sentencia en el Boletín Oficial (artículo 10 de la Ley 2130); 2°) Determinar que las costas sean soportadas en el orden causado (artículo 68 segunda parte del CPCyC, de aplicación supletoria); 3°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE - Presidente. Dr. OSCAR E. MASSEI - Dr. EVALDO DARIO MOYA - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI  
Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

