

///MA, 16 de mayo de 2017.-

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: "FISCAL DE ESTADO DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD (ORDENANZA N° 4683 MUNICIPALIDAD DE SAN ANTONIO OESTE)" (Expte.N°28129/15-STJ-), puestas a despacho para resolver, y:

CONSIDERANDO:

El señor Juez doctor Enrique J. MANSILLA dijo:

ANTECEDENTES DE LA CAUSA

A fs. 197/215 los representantes de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro interponen una demanda de inconstitucionalidad en los términos de los artículos 793, cc y ss del Código Procesal Civil y Comercial contra la Ordenanza n° 4683 de la Municipalidad de la ciudad de San Antonio Oeste de fecha 23 de diciembre de 2014, por considerar que es contraria a los artículos 41, 75 inciso 12, 121 y 124 de la Constitución Nacional, a los artículos 70, 74, 84, 85, 225 y 229 incisos 12, 15 y 16 de la Constitución Provincial y a las leyes n° 25.675, 25.688 y 25.916.

Argumentan que la Provincia de Río Negro representada en el juicio por la Fiscalía de Estado posee legitimación suficiente para articular el presente requerimiento en tanto se encuentra comprometida en el ejercicio de sus facultades regulatorias en materia ambiental como producto del proceder municipal que da lugar al diferendo (cf. art. 190 de la Constitución Provincial, arts. 1, 2, 3, cc y ss de la ley K n° 88 y art. 688 bis, cc y ss del CPCC).

Sostienen que es competente el Superior Tribunal de Justicia en función de lo establecido en el artículo 207 inciso 1° y 2° de la Constitución Provincial, toda vez que en el caso se discute la constitucionalidad de una norma municipal que regula o avanza sobre materias regidas por la Constitución Nacional y Provincial en lo referido a la garantía a un ambiente sano y en cuanto a presupuestos mínimos como la conservación y aprovechamiento de los recursos naturales (art. 70 CP), el ordenamiento territorial (art. 74 CP), el derecho de todo habitante a gozar de un ambiente sano (art. 84 CP) y la custodia de los ecosistemas naturales (art. 85 CP).

Agregan que no resulta de aplicación el plazo de treinta (30) días fijado por el artículo 794 del CPCC dado que el caso se enmarca dentro de las excepciones previstas en el artículo 795 del mismo plexo ritual al ser la norma cuestionada una ordenanza de carácter institucional que genera una afectación de derechos de la personalidad no patrimoniales (a la salud, a gozar de un ambiente sano y equilibrado apto para el

desarrollo humano) y revela implícitamente la existencia de un conflicto de poderes entre el Estado Provincial y la Municipalidad de San Antonio Oeste.

Reseñan que el día 23 de diciembre de 2014 el Concejo Deliberante de la ciudad de San Antonio Oeste sancionó la Ordenanza Municipal n° 4683 que aprobó un nuevo código de ordenamiento territorial (COT 2015) y un nuevo código de edificación para dicho Municipio (arts. 1° y 2° respectivamente).

Precisan que la Ordenanza Municipal n° 4683 entró en vigencia en los primeros meses del año 2015 (COT 2015), luego de transcurridos ocho (8) días desde su publicación en el Boletín Oficial (cf. los arts. 69, 70 y cc de la Carta Orgánica Municipal) y advierten que en su texto -incluidos sus anexos- no se hace mención alguna del Plan de Manejo para el Área Natural Protegida Bahía San Antonio -ANPBSA- aprobado por Decreto n° 398/2014 -ocho (8) meses antes del dictado de la Ordenanza cuestionada-.

Aclaran que el ANPBSA fue creada por la ley M 2670 y sus límites determinados por el Decreto M 1003/2008, subrayando que se encuentra comprendida íntegramente dentro del ejido municipal de San Antonio Oeste, situación que obliga a considerar la normativa medioambiental aplicable dentro del ámbito territorial municipal.

Afirman que la competencia ambiental fue delegada a la órbita federal sólo en lo referido a los presupuestos mínimos de protección y en lo demás las provincias conservaron atribuciones para complementar y extender el resguardo ambiental, sin que las normas municipales puedan oponerse, por el contrario el bloque protectorio mínimo del medio ambiente sólo puede ser ampliado por los Municipios dentro de su ámbito de competencia

pero nunca disminuido.

Puntualizan que la ley M 2669 resguarda los recursos naturales contenidos y/o comprendidos dentro de las áreas naturales protegidas y que dicho sistema contempla y garantiza la amplia participación de los actores involucrados en la preservación del medio

ambiente, en especial de los municipios inmediatos al área protegida, creando para ello la figura de las “Autoridades Locales de Conservación” (cf. art. 22 de la norma aludida) y en el caso del ANPBSA se encuentra funcionando desde el año 2015.

Remarcan que la Carta Orgánica Municipal de San Antonio Oeste contempla la cuestión ambiental dentro de las bases existenciales del Municipio (preámbulo y arts. 16, 18 y 19, entre otros), sin que dicha regulación haya sido respetada al dictarse la Ordenanza n° 4683.

Observan que en el informe de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Río Negro claramente surge que la Ordenanza cuestionada colisiona con el Plan de Manejo del Área Natural Protegida Bahía de Antonio Oeste (Decreto n° 398//2014), afectando tanto el ambiente como el patrimonio cultural (fs.7/13).

Reiteran que la Ordenanza n° 4683 violenta todos los principios básicos de la Ley General del Ambiente (ley n° 25.675). Señalan que el COT 2015 contiene una zonificación propia que no tiene nada que ver con la efectuada por el Plan de Manejo aprobado con el Decreto n° 398/14, debiendo ser resuelto el planteo privilegiándose el principio precautorio “in dubio pro Gaia”.

Advierten la incompetencia municipal para dictar una ordenanza en materia de ordenamiento territorial sin la participación provincial que además indirectamente avanza sobre la protección del medio ambiente en exceso de su propia jurisdicción, interfiriendo la Ordenanza n° 4683 con las competencias constitucionales de la Provincia de Río Negro (cf. art, 74 CP).

Consideran que se debe respetar la distribución de competencias entre la Provincia y el Municipio (arts 121 y 124 de la Constitución Nacional y arts. 84, 85, 225, 227, 228 y 229 incisos 15 y 16 de la Constitución Provincial), sin que se encuentre controvertido en el caso la facultad de las autoridades locales de dictar códigos de ordenamiento territorial y/o edificación en el ámbito de sus facultades, destacando la necesidad de que la regulación del medio ambiente y del ordenamiento territorial sean uniformes.

Por último, solicitan como medida cautelar la suspensión de la ordenanza n° 4683 y de las obras en ejecución y de todo trámite administrativo iniciados al amparo de dicha norma (cf. principio precautorio).

A fs. 216 luce agregada la providencia de la Presidencia de este Cuerpo que tiene por promovida la acción de inconstitucionalidad planteada, ordena que se corra traslado al Municipio de San Antonio Oeste y no hace lugar a la medida cautelar solicitada.

A fs. 243/254 los representantes de la Municipalidad de San Antonio Oeste contestan la demanda incoada, desconociendo -en general y en particular- los hechos expuestos en el escrito de inicio y la totalidad de la documental acompañada.

Realizan un repaso de las atribuciones del Intendente Municipal y de la autonomía municipal (arts. 83 y 132 de la COM y 225 de la CP) sosteniendo que el día 23 de diciembre de 2014 el Concejo Deliberante de la ciudad de San Antonio Oeste mediante la Ordenanza Municipal n° 4683 aprobó un nuevo Código de Ordenamiento Territorial, el que fue puesto en vigencia con su promulgación el día 19 de enero de 2015,

generando derechos subjetivos que se están cumpliendo desde entonces.

Precisan que desde la vigencia de la ordenanza atacada no se han recepcionado denuncias relacionadas con las posibles consecuencias negativas por la implementación del nuevo Código de Ordenamiento Territorial -COT 2015-, salvo aquellos planteos esgrimidos en la nota recibida el día 28 de abril del 2015 que fue remitida por asociaciones ambientalistas y que planteaba una supuesta superposición jurisdiccional del nuevo COT 2015 con los límites físicos del “Area Natural Protegida Bahía San Antonio” (ANPBSA), entendiéndose que tal situación en la realidad no existe, máxime cuando los representantes de la Provincia de Río Negro han contribuido a la redacción del COT 2015 junto a una consultora contratada a través de un crédito del BID.

Destacan que si bien no desconocen la potestad nacional y provincial en materia ambiental, es clara la facultad de los municipios de “auto-normarse”, dictando sus propias ordenanzas dentro de las cuales se encuentra la atacada por la Provincia.

Alegan que el Municipio no contradice con su ordenanza el bloque constitucional ambiental reseñado por la Provincia, dado que la norma permite la construcción pasada la línea desde la isóbata de veinte (20) metros de profundidad hasta una distancia aproximada de

quinientos (500) metros tierra adentro contados a partir de la línea de altas mareas normales (art. 4º de la ley Q n° 2951).

Aclaran que la costa de San Antonio Oeste tiene marismas y que por ese motivo es difícil poder establecer una línea de ribera que sea recta -ni siquiera respecto de la marea-, extremos que deben acreditarse con la prueba pericial, destacando que si esta línea que crea la ley toca 500 metros de tierra adentro, allí no se puede edificar.

Enfatizan que la capacidad de regular la propiedad privada es ámbito de reserva de los poderes legislativos (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional) y que un decreto no tiene capacidad regulatoria de derechos constitucionales (cf. fallos CSJN “PROMENADE SRL C/ MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO” y “JULLIERAT MILTO C/ MUNICIPALIDAD DE LA CAPITAL”) destacando que el Concejo Deliberante tiene tal capacidad regulatoria reconocida y que por eso la zonificación cuestionada es válida (cf. Poder de Policía Municipal).

A fs. 265 por Presidencia se dispone la apertura a prueba de la causa.

A fs. 354/355 el apoderado de la Fiscalía de Estado acompaña informe remitido por la Dirección General de Catastro con un mapa que detalla los límites correspondientes al ANPBSA y al ejido municipal.

A fs. 406/407 luce agregada acta del día 21 de octubre de 2016, donde se da cuenta de las diligencias realizadas por personal del Juzgado de Paz de San Antonio Oeste junto con el fotógrafo Néstor Martínez y personal policial en la zona denominada Saco Viejo-Puerto de San Antonio Este. A fs. 420/447 se agregan las fotografías tomadas en dicha oportunidad.

A fs. 413/418 y vta. el Perito Biólogo Mauricio Failla presenta informe pericial explicando que el COT consigna como límites del ANPBSA los establecidos con carácter provisorio en la ley M 2670 de creación de dicha área -sancionada el 26/07/93- desconociendo los límites posteriormente fijados para el ANPBSA a través del Decreto Provincial n° 1003/2008. Puntualiza que en su artículo 2.2.4.1 “Zona Costera” el COT sólo reconoce como área natural protegida bajo la tutela de la autoridad provincial al sector comprendido desde la marea más alta habitual hasta cincuenta metros tierra adentro.

Destaca que aún cuando se prevé un sistema de protección ambiental, éste establece un piso protectorio comparativamente inferior que el previsto por el PDTO derogado y que el Plan de Manejo aprobado por Decreto n° 398/2014.

Contesta los puntos de pericia ofrecidos por la demandada e informa lo siguiente que el espacio geográfico objeto de la presente litis, entendida como el ANPBSA, incluye áreas definidas como urbana, rural y ambiental.

Agrega que la unidad de sensibilidad ambiental que regula el ANPBSA condiciona y limita las edificaciones en el artículo 2.2. y otros del COT.

Sostiene que detallar condiciones de edificabilidad para el espacio en conflicto sería prácticamente reproducir el COT, dado que el ANPBSA en la totalidad de su extensión, incluye las unidades ambientales, urbanas y rurales interiores a sus límites.

Señala que en el punto 2.2 del COT se regula el uso de las áreas ambientales protegidas que incluyen áreas de dominio público y otras de uso público no delimitadas ni identificadas como tales pero que esta regulación no está referida específicamente a su carácter público sino a sus condiciones ambientales, razón por la cual no se detallan. Sin embargo, señala que en el punto 2.3.3.8 UP SAE -usos públicos de San Antonio Este- se identifica como regulación sobre un espacio específicamente definido como de uso público.

Refiere que en el artículo 6.10 del COT está previsto un programa de protección de cordones dunares, cuyo plan particularizado de protección y restauración se encomendaría a la Secretaría de Producción y Medio Ambiente del Municipio para su

elaboración en un plazo de 180 días a partir de la aprobación del Código.

Señala que los puntos 1.5 y 1.6 del COT están referidos a la protección ambiental, conteniendo principios generales como la obligación de proteger el medio ambiente, objetivos generales y específicos, así como definiendo las formas de protección ambiental por medio de la creación de catorce unidades ambientales que territorialmente se reflejan en el anexo I del COT; agregando que el espacio en conflicto es el ANPBSA en su total extensión, por lo que incluye todas las unidades ambientales, las urbanas y rurales correspondientes.

Destaca que aún cuando se prevé un sistema de protección ambiental, éste establece un piso protectorio comparativamente inferior que el previsto por el PDTO derogado y que el Plan de Manejo aprobado por Decreto n° 398/2014.

A fs. 463/469 la Fundación Ambiente y Recursos Naturales se presenta en autos como *amicus curiae*.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

A fs. 473/480 y vta. la Sra. Procuradora General, Dra. Silvia Baquero Lazcano, dictamina que se debe decretar la inconstitucionalidad de la Ordenanza n 4683/14 dictada por

el Concejo Deliberante de San Antonio Oeste.

Sostiene que la cuestión que aquí se ventila resulta asimilable -*mutatis mutandi*- al precedente “PROVINCIA DE RIO NEGRO C/ MUNICIPALIDAD DE ALLEN S/ CONFLICTO DE PODERES (Ordenanza municipal n° 046/2013)”, resultando sus lineamientos aplicables al caso sub examine.

Expresa que los poderes de las Provincias son originarios e indefinidos (art. 121 de la Constitución Nacional) en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75 de la Constitución Nacional) y que dentro de ese marco las prerrogativas de los municipios derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen (arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional).

Agrega que la Constitución Provincial reconoce al Municipio su existencia como célula originaria y fundamental de la organización política y establece que la normativa municipal prevalece en el caso de contradicción o superposición de normas en materia específicamente comunal, subrayando que el texto constitucional le ha otorgado autonomía y le ha conferido todos los poderes necesarios para su cometido (cf. art. 225 de la Constitución Provincial).

Afirma que en lo atinente a los recursos naturales corresponde a las provincias el

dominio originario de aquellos existentes en su territorio (arts. 124 de la Constitución Nacional y 70 de la Constitución Provincial).

Destaca que en materia ambiental el artículo 41 de la Constitución Nacional y los artículos 84 y 85 de la Constitución Provincial regulan el derecho a un ambiente sano y a su protección.

Precisa que el artículo 74 de la Constitución Provincial (inc. 3º) indica que la Provincia con los municipios ordena el uso del suelo y regula el desarrollo urbano y rural, siendo las funciones fundamentales que deben cumplir las áreas urbanas para una mejor calidad de vida las que determinan la intensidad del uso y ocupación del suelo, distribución de la edificación, reglamentación de la subdivisión y determinación de las áreas libres.

A su vez puntualiza que el inciso 12 del artículo 229 de la Constitución Provincial al establecer las facultades y deberes del Municipio dispone que éste organiza y reglamente el uso del suelo de acuerdo a los principios de la Carta Marga Provincial.

Considera que en el caso surge de forma indubitable que la norma municipal en análisis violenta las claras previsiones constitucionales arriba mencionadas, toda vez que si la autoridad provincial, en ejercicio de su competencia, ha instituido en el ámbito continental, marítimo y aéreo de la Provincia de Río Negro el Sistema Provincial de Áreas Naturales Protegidas (ley M n° 2669) y en ese sentido la ley M n° 2670 creó luego el Área Natural Protegida Bahía de San Antonio (ANPBSA) estableciendo las normas que rigen su manejo (Plan de Manejo del ANPBSA- decreto n° 398/14) no puede el municipio de San Antonio Oeste avanzar sobre dichos preceptos legales dictando una ordenanza en sentido exactamente contrario sin que ello constituya una flagrante violación al orden constitucional.

Opina que el municipio demandado bajo el pretexto de “autonormarse” y ejercer su poder de policía, subvirtió el sistema, atribuyéndose facultades de las que sin duda carece, produciendo una norma viciada desde su mismo origen, atentando contra el medio ambiente de un Área Natural Protegida, tal como ha quedado demostrado con el resultado de las pruebas producidas en autos a partir del listado de las obras autorizadas en el marco del COT 2015.

Afirma que el informe del Perito Biólogo es contundente al remarcar, entre otras cosas, que el COT define una regulación urbanística que vulnera la regulación ambiental establecida para la conservación de sus recursos naturales de dominio del Estado Provincial (art. 4º de la ley M n° 2669), a través del Plan de Manejo aprobado por

decreto n° 398/2014, precisando que los sectores que resultan afectados por la regulación urbanística introducida por el COT son espacios vitales para garantizar el equilibrio y funcionamiento natural de estos ecosistemas marino-costeros de alto valor socio-económico-ambiental.

Reitera que la potestad para legislar en materia ambiental pertenece a la Provincia, sin que ello signifique que los municipios carezcan de potestades sobre estos mismos tópicos, sino que las detentan en un ámbito distinto, limitado, que evite superposiciones normativas inapropiadas, contrarias al reparto de competencias que viene impuesto por la Constitución y leyes locales, subrayando que el artículo 41 de la Constitución Nacional delegó al Congreso sólo la reglamentación de los presupuestos mínimos de protección y que en el resto las responsabilidades de las provincias son primarias y fundamentales, tanto para ampliar la protección como para aplicar la normativa legal.

Por último, entiende que se debe declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza 4683 en su totalidad puesto que mediante su articulado se aprueban dos Códigos que se hallan en pugna con la Carta Magna Provincial.

ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DEL CASO

Ingresando al análisis de la cuestión venida a resolver en autos es dable remarcar que la declaración de inconstitucionalidad constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia ya que configura un acto de suma gravedad o última ratio del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella, sino cuando una estricta necesidad lo requiera y no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio a la que cabe acudir en primer lugar” (Cf. dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema; C. 2705. XLI; REX, Consejo Profesional de Ingeniería Agronómica c/Marini, Carlos Alberto s/ejecución; 13/05/2008).

La acción de inconstitucionalidad prevista en el inciso 1° del artículo 207 de la Constitución Provincial y reglamentada por los artículos 793 a 799 del Código Procesal Civil, que habilita la competencia originaria de este Cuerpo, ha sido diseñada con particularidades que es necesario delimitar. Ello, atento el carácter restringido y excepcional de la intervención del Superior Tribunal de Justicia en instancia originaria y la extrema gravedad que significa la declaración de inconstitucionalidad de una norma.

Tal acción, excepcional y extraordinaria, conforme la legislación constitucional y procesal de la Provincia de Río Negro, de acuerdo a la jurisprudencia de este Cuerpo requiere la concurrencia de los siguientes extremos: 1.- Procede contra la ley, decreto,

ordenanza, resolución o reglamento que estatuya sobre materia regida por la Constitución de la Provincia; 2.- La demanda debe interponerse ante el Superior Tribunal de Justicia dentro del plazo de 30 -treinta- días, computados desde que la norma impugnada entre en vigencia; al vencimiento de dicho plazo se considera extinguida la competencia originaria del Superior Tribunal, sin perjuicio de la facultad del interesado para ocurrir a la jurisdicción ordinaria en defensa de los derechos patrimoniales que estime afectados; 3.- El citado plazo no rige cuando se trata de normas de carácter institucional o que afecte derechos de la personalidad no patrimoniales; 4.- el gravamen, el perjuicio, debe consistir en una significativa afectación a los derechos constitucionales, de tal gravedad que su declaración de inconstitucionalidad se presente como valla insalvable (Cf. STJRNS4 Se. 76/14 “PACHE”).

Tanto en el art. 207 de la Constitución Provincial como en las normas procesales contenidas en los artículos 793 y ss. CPCyC, la acción que se intenta recae exclusivamente respecto de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan de manera genérica sobre materia regida por aquélla. Es decir que hace referencia a normas generales e impersonales, por oposición a las individuales o particulares destinadas a regir en casos determinados (CAMPS, Carlos E., "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (anotado, comentado y concordado), Ed. LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2004).

Expuesto lo anterior corresponde analizar si el Municipio de San Antonio Oeste, al dictar la Ordenanza n° 4683, vulnera los artículos 41, 75 inciso 12, 121 y 124 de la Constitución Nacional, a los artículos 70, 74, 84, 85, 225 y 229 incisos 12, 15 y 16 de la Constitución Provincial y a las leyes n° 25.675, 25.688 y 25.916.

Es pertinente recordar que en las actuaciones caratuladas “PROVINCIA DE RIO NEGRO C/MUNICIPALIDAD DE ALLEN” (STJRNS4 Se.135/13) este Tribunal señaló que “En orden a facultades de los Municipios la Constitución Provincial reconoce su existencia como célula originaria y fundamental de la organización política y establece que la normativa municipal prevalece en caso de contradicción o superposición de normas en materia específicamente comunal. El texto constitucional le ha otorgado autonomía y le ha conferido todos los poderes necesarios para su cometido (conforme el art. 225 de la Constitución Provincial).

En tal sentido el Superior Tribunal de Justicia ha manifestado que “El municipio se inserta en un ámbito de actuación más amplio que el delimitado a la Nación y a las

Provincias. Por tanto si bien la autonomía municipal importa el reconocimiento de un "status" jurídico propio, ello no significa una equivalencia jerárquica, sino que sus posibilidades de actuación deben coordinarse y armonizarse con el reparto de competencias y atribuciones que efectúan la Constitución Nacional y Provincial respecto de cada uno de esos niveles de gobierno" (STJRNSC.: "FRIDEVI S.A.F.I.C." Se. Nº 15/05).

Las atribuciones propias del Municipio presentan dos dimensiones claramente delimitadas en la Constitución Provincial: una dimensión espacial (art. 227) y una dimensión material (arts. 228/229). La dimensión espacial está dada por la competencia territorial del municipio, determinada por la zona a beneficiarse con los servicios municipales (ejido municipal). La dimensión material regula la competencia en atención a la seguridad, planificación de desarrollo urbano, salubridad, higiene y moralidad; y ejercer cualquiera otra función o atribución de interés municipal que no esté prohibida por la Constitución y no sea incompatible con las funciones de los poderes del Estado (cf. STJRNSC.: "TARRUELLA" Se. Nº 93/06).

La autonomía, por su naturaleza, supone un poder limitado. Con ello se quiere significar que "autonomía" no es "soberanía", y ni siquiera esta última está exenta de límites. De allí que los municipios, aún cuando sean autónomos, se hallan insertos en una unidad dentro de la cual se desarrollan y adquieren su justo sentido. Ello no colisiona ni excluye la competencia que en razón de la materia pueden tener y ejercer la Provincia o la Nación.

A la luz de estos conceptos puede concluirse que "...las atribuciones conferidas a los municipios no pueden ser ejercidas extramuros del reparto constitucional de competencias entre las provincias y la Nación, establecido por el poder constituyente nacional y provincial, es decir que no pueden exceder los ámbitos en los que se desenvuelven análogos poderes de la autonomía provincial y de la Nación, en el marco de un estado federal, lo que impone una necesaria coordinación y armonización del ejercicio de esas atribuciones" (Cf. "TARRUELLA", ya citado).

El Municipio, por su propia autonomía, tiene competencia legislativa, es decir, facultad de dictar normas generales, pero coordinadas necesariamente con un orden jurídico superior que establece límites a esa facultad (ver López, Mario J., "Introducción a los estudios políticos", vol. II, 1983, Ed. Depalma, p. 224 y ss.).

En lo que ahora resulta pertinente, el art. 229 de la Constitución Provincial, establece que el Municipio tiene las siguientes facultades y deberes: "... 15.- Ejerce el poder de

policía e impone sanciones en materias de su competencia; 16.- Ejerce en los lugares transferidos por cualquier título al gobierno nacional o al provincial, las atribuciones que no obstaculicen el cumplimiento de los objetivos de utilidad nacional o provincial 17.- Las necesarias para poner en ejercicio las enumeradas y las referidas a su propia organización y funcionamiento”.

La vinculación entre la autonomía y el poder de policía radica, pues, en que las facultades que constituyen el contenido de esta prerrogativa son inherentes a las esferas de gobierno que la Constitución ha creado: Nación, Provincias y Municipios. Es que el poder de policía es consustancial al deber primigenio de todo gobierno en el marco de sus propias jurisdicciones, de proteger la vida, la propiedad, la seguridad, la moralidad y la salud, entre otros cometidos esenciales, de los habitantes comprendidos en el ámbito subjetivo y objetivo de actuación de esas potestades. Este poder, sin embargo, tiene limitaciones: las normas sustentadas en él serán antijurídicas si contradicen o desconocen a algún principio constitucional, o entran en colisión con el texto o el espíritu de la Constitución -Nacional o Provincial- o las leyes que en su consecuencia se dicten.

El principio de competencia se refiere al ámbito material de producción de normas válidas, distinguiendo las materias constitucionalmente atribuidas a cada nivel de gobierno, ya sea en forma exclusiva, reservada, delegada o concurrente (...)”.

Obviamente existe una concurrencia en materia de legislación ambiental, contando los municipios con potestades sobre estos mismos tópicos conforme el reparto de competencias que viene impuesto por la Constitución y leyes locales, sumado a que el artículo 41 de la Constitución Nacional delegó al Congreso la reglamentación de los presupuestos mínimos de protección y que, en lo demás, las responsabilidades de las Provincias son primarias y fundamentales, tanto para ampliar la protección como para aplicar la normativa legal.

Reseñado lo anterior considero que se debe respetar la distribución de competencias entre la Provincia y el Municipio (arts 121 y 124 de la Constitución Nacional y arts. 84, 85, 225, 227, 228 y 229 incisos 15 y 16 de la Constitución Provincial), sin que se encuentre controvertido en el caso la facultad de las autoridades locales de dictar códigos de ordenamiento territorial y/o edificación en el ámbito de sus facultades.

Ahora bien, cabe analizar si la normativa municipal que aprueba un Código de ordenamiento territorial y de edificación contradice el Plan de Manejo de un Área Natural Protegida y si interfiere directa e inmediatamente con el ejercicio de las

atribuciones de la Provincia, lo cual conllevaría a su invalidez.

En el caso de autos se encuentra en discusión si el Municipio de San Antonio Oeste al dictar el COT 2015 (Ordenanza N° 4683/20014) afectó las facultades regulatorias en materia ambiental de la Provincia de Río Negro. En tal sentido corresponde determinar si el esquema protectorio ambiental contenido en el COT es inferior, igual o superior al contenido en el marco jurídico anterior constituido por el Código Urbano y de Edificación Municipal y el PDOT.

Advierto que a través del Decreto 398/14 (BOP del 12 de junio de 2014) se aprobó el Plan de Manejo para el Área Natural Protegida Bahía San Antonio Oeste ANPBSA- que fuera creada mediante ley M 2670 a fin de proteger y conservar los ambientes de que dependen las localidades reproductivas, de descanso y alimentación de diversas aves, tanto residentes como migratorias.

El Decreto reglamentario de la ley citada es el M 1003/08 que fija como límites provisorios del ANPBSA la zona que se extiende desde la Baliza San Matías hacia el Oeste hasta el Paraje El Sótano, incluyendo la totalidad de la Bahía San Antonio y abarca el espacio comprendido entre la línea de más baja marea hasta 50 metros por encima de la mayor pleamar.

A la vez tengo presente la prueba colectada en autos, en especial lo informado por el Perito Biólogo Mauricio Failla (a fs. 413/418 y vta.) quien hace saber que el COT consigna como límites del ANPBSA los establecidos con carácter provisorio en la ley M 2670 de creación de dicha área -sancionada el 26/07/93, desconociendo los límites posteriormente fijados para el ANPBSA a través del Decreto Provincial n° 1003/2008.

Advierto que el Perito puntualiza que en su artículo 2.2.4.1 “Zona Costera” el COT sólo reconoce como área natural protegida bajo la tutela de la autoridad provincial al sector comprendido desde la marea más alta habitual hasta cincuenta metros tierra adentro.

Agrega que los límites tentativos de la ley M 2670 definían para el ANPBSA una superficie estimada oportunamente en 16.900 has. mientras que los límites fijados por el Decreto M 1003/2008 encierran una superficie aproximada de 81.200 has., de las cuales unas 20.300 has. corresponden a la parte continental, por ello, la porción del ANPBSA que el COT no reconoce como tal constituye la mayor parte de la superficie territorial del ANPBSA.

Precisa que en sectores que son parte del ANPBSA el COT define una regulación urbanística que vulnera la regulación ambiental establecida para la conservación de sus recursos naturales de dominio del Estado Provincial (art. 4° de la ley M 2669 (Sistema

provincial de Areas Naturales Protegidas) a través del Plan de Manejo aprobado por Decreto n° 398/2014 /que aprueba el Plan de manejo del Area Natural Protegida "Bahia de San Antonio").

Señala a modo de ejemplo la situación del sector costero ubicado al Norte de la planta urbana de Las Grutas y frente a uno de los sitios críticos de alimentación y descanso de aves playeras migratorias (principal objeto de conservación del ANPBSA), sector cuyo plan de manejo figura como “zona de uso restringido/ de transición/ de amortiguación”, destacando que el antiguo Plan de Ordenamiento Territorial (PDOT) admitía en el sector una urbanización restringida con parcelas de no menos de 10.000 m² de superficie y una ocupación del suelo máxima del 5 %; en cambio el nuevo COT clasificó el sector como “residencial de densidad media baja”, posibilitando la generación de parcelas mucho más pequeñas de hasta 450 m², de las cuales podría ocuparse con construcciones hasta el 50 % de la superficie, o sea diez veces más que lo aceptable por el Plan de Manejo, asimilando la urbanización de este sensible sector costero de alto valor turístico y ambiental a la de alguno de los sectores de las plantas urbanas que el Plan de manejo califica como “zonas de uso intensivos”.

Al respecto precisa el perito que con la regulación establecida por el COT el sector pierde el carácter que le asignó el Plan de Manejo y que sectores de la Península Villarino también clasificados por el Plan de Manejo del “ANPBSA” como “zona de uso restringido/ transición/amortiguación” definidos (en consonancia con el PDOT) como “no urbanizables”, fueron definidos ahora por el COT como sectores residenciales de densidad baja, admitiéndose la urbanización de parcelas de hasta 600 metros cuadrados, con una ocupación del 20 por ciento. Enfatiza que en estos casos el sector también pierde el carácter que le asignó el Plan de Manejo.

Sostiene que los sectores que resultan afectados por la regulación urbanística introducida en el COT son espacios vitales para garantizar el equilibrio y funcionamiento natural de estos ecosistemas marino-costeros de alto valor socio-económico-ambiental. Precisa que el COT genera una pérdida de superficie territorial destinada a la conservación de diversos ambientes costeros de alta sensibilidad ambiental.

Enfatiza que el COT habilita desarrollos urbanísticos en sectores del ANPBSA en los que se constata la presencia de cordones dunares, amenazando su conservación, máxime por ser ambientes costeros muy frágiles de gran valor turístico, cultural y ambiental.

Puntualiza que en el ANPBSA fue demostrado científicamente que la eliminación de las

dunas favorece el derrumbe de los acantilados del Balneario Las Grutas.

Afirma que el COT implica un muy inferior nivel de resguardo ambiental que el que establece el PDOT, puesto que a pesar de los enunciados generales que parecen indicar interés en la conservación de los ecosistemas de la Bahía ello no se condice con la regulación establecida que resulta insuficiente para los objetivos de conservación.

En lo que respecta a la regulación establecida en el COT indica que resulta insuficiente para los objetivos de conservación y que implica un muy inferior de resguardo ambiental que el que establece el PDOT. A su entender éste último carece del “espíritu protectorio” del PDOT a favor del ambiente y del desarrollo sustentable, avasallando sus límites.

Subraya que además de las restricciones de uso y ocupación establecidos para los diferentes sectores territoriales el PDOT define una “faja de defensa costera” entre la línea más alta de marea y 100 metros tierra adentro como suelo de dominio público afectado al uso público, la cual no fue incorporada en el COT a pesar de que éste alude a la citada “faja” en el punto 1.8.3.5., la cual considera una transcripción descuidada del previo PDOT, única razón por la cual se deslizó en el COT la referencia a esta “faja” de la que no ha quedado otro vestigio.

A su entender ella era relevante puesto que prohibía las obras civiles de caminos o edificaciones, excepto ocasionales equipamientos de playa o de gestión ambiental de bajo impacto, además se establecía que dicha faja se ampliaría englobando el primer cordón de dunas o médanos o una playa, cuando su configuración fuera de clara constatación.

Repara en la importancia de evitar la fragmentación de hábitats y su consecuente pérdida de calidad ambiental, social y económica (servicios ambientales) y remarca que el COT propone diversos sectores para nuevos loteos residenciales de densidad media y baja, generando asentamientos que propician la fragmentación de ambientes costeros muy frágiles.

Opina que el PDOT es superior en cuanto a la protección ambiental para proteger las zonas costeras de mayor fragilidad siendo el COT una disminución de los estándares de protección de los acantilados de la costa, con implicancias negativas tanto sobre el ANPBSA como sobre la seguridad de los bañistas en las playas vecinas y de los bienes que podrían ser afectados por un desmoronamiento del acantilado, afirmando que el COT no solamente habilitó la ejecución de nuevas construcciones sino que duplicó la superficie que permitía edificar el anterior código urbano y de edificación municipal

coexistente con el PDOT.

Sostiene que a diferencia del PDOT y la legislación provincial, el COT desconoce lo pautado en el Plan de Manejo del ANPBSA que fuera consensuado durante su elaboración en diversos Talleres Participativos con intervención de la Municipalidad y el Concejo Deliberante, estamentos del Estado Provincial, entidades académicas, ONGs, representantes del sector turístico, pesquero, comercial e instituciones intermedias.

Agrega que la falta de consenso en la formulación del COT fue tal que según consta en los anexos de los talleres organizados por el Municipio de San Antonio Oeste no fue consultada ni invitada la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de Río Negro, autoridad de aplicación de la ley n° 2669 dentro del ANPBSA, ni tampoco se dio participación a la autoridad local de Conservación del ANPBSA de la cual es miembro la Municipalidad involucrada desde sus inicios, violando el art. 4 de la ley 2669.

Como corolario de la pericia realizada es dable afirmar que la Ordenanza n° 4683 desconoce los principios básicos de la Ley General del Ambiente (ley n° 25.675) en tanto el COT 2015 contiene una zonificación propia que no respeta la efectuada por el Plan de Manejo aprobado con el Decreto n° 398/14, debiendo privilegiarse el principio precautorio, resultando la incompetencia municipal para dictar la ordenanza impugnada en materia de ordenamiento territorial sin la participación provincial, avanzando sobre la protección del ambiente en exceso de su propia jurisdicción, interfiriendo con las competencias constitucionales de la Provincia de Río Negro (cf. art. 74 CP).

Los arts. 121 y 124 de la Constitución Nacional, el art.84 de la C. Provincial y la ley 25675 asignan a la autoridad provincial la capacidad de regular lo atinente a los recursos naturales y la preservación del medio ambiente, con la única excepción de no interferir en la reglamentación de los presupuestos mínimos en tanto competencia delegada al gobierno federal.

Como bien señala la Procuración General, el municipio de San Antonio Oeste en su ejercicio del poder de policía pretendió asumir facultades de las que carece, generando una norma que afecta el medio ambiente de un Área Natural Protegida, tal como ha quedado demostrado con el resultado de las pruebas producidas en autos a partir del listado de las obras autorizadas en el marco del COT 2015.

Efectivamente, el informe del Perito Biólogo enfatiza que el COT define una normativa urbanística que vulnera la regulación ambiental establecida para la conservación de los recursos naturales de dominio del Estado Provincial (art. 4° de la ley M n° 2669), a través del Plan de Manejo aprobado por decreto n° 398/2014, en tanto los sectores que

resultan afectados por la regulación urbanística introducida por el COT 2015 son espacios vitales para garantizar el equilibrio y funcionamiento natural de estos ecosistemas marino-costeros de alto valor socio-económico-ambiental-turístico .

Adviértase que el Artículo 4° de la Ley referida dispone que cuando concurren diferentes competencias en razón de leyes específicas sobre un Área Protegida, la Autoridad de Aplicación de la presente establece las pautas de uso racional y sostenido de los recursos, conviniendo con las otras autoridades de aplicación las modalidades de implementación de cada norma definiendo los ámbitos de acción que correspondan.

El COT 2015 colisiona con el Plan de Manejo del ANPBSA, generando un esquema protectorio ambiental a todas luces inferior, tanto al que establece el propio Plan de manejo como en contenido en el marco jurídico anterior constituido por el Código Urbano y de Edificación Municipal y el PDOT del año 2005, circunstancia que al reducir la protección pone en riesgo el equilibrio socio ambiental de la Bahía de San Antonio el cual depende de la preservación de los recursos naturales y servicios ambientales de esa región (cf. pericia de fs. 418).

El patrimonio natural y cultural del ANPBSA se encuentra detallado en el Plan de Manejo, donde se indican acciones de conservación que el COT 2015 desconoce, poniendo en riesgo el delicado equilibrio de estos frágiles ambientes que son el principal atractivo turístico de Bahía San Antonio y el refugio de su biodiversidad (cf. informe pericial de fs. 414 vta.).

Como corolario de lo hasta aquí expuesto, cabe afirmar que la materia sobre la que legisla el Municipio avanza sobre la protección del medio ambiente en exceso de su propia jurisdicción, interfiriendo con las competencias constitucionales de la Provincia de Río Negro, asistiéndole razón a la accionante en cuanto la normativa en crisis es contraria al piso protectorio dispuesto por la Provincia de Río Negro a través de la Constitución Provincial (artículos 70, 74, 84, 85) de las leyes M 2631, M 2669, M 2670, Q 2951) y en particular a partir de la aprobación del Plan de Manejo del ANPBSA (Decreto Provincial n° 398/14), la ley general del ambiente y art.41 de la Constitución Nacional, produciendo un retroceso del espacio destinado a la conservación de ciertos ambientes de alta sensibilidad ambiental.

Pues bien, atento lo expuesto hasta aquí, y si bien los municipios ejercen en su ámbito territorial las facultades de policía ambiental (arts. 225, 229 inc. 15 y 16 de la Constitución Provincial), deben hacerlo sin invadir la esfera de competencias provinciales, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza 4683 en su

totalidad puesto que mediante su articulado se aprueban dos Códigos que se hallan en pugna con la Carta Magna Provincial.

DECISORIO

Por todo ello, corresponderá: 1) declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza n 4683/14 dictada por el Concejo Deliberante de San Antonio Oeste. 2) Imponer las costas a la perdidosa (cf. art.68 CPCC) y 3) Regular los honorarios de los profesionales de la parte actora en 100 jus y los de la parte demandada en 70 jus, y a los peritos actuantes 10 y 20 jus.

MI VOTO.

El señor Juez doctor Sergio M. BAROTTO y las señoras Juezas doctoras Liliana L. PICCININI y Adriana C. ZARATIEGUI, dijeron:

Adherimos al voto y solución propuesta por el señor Juez preopinante.

ASI VOTAMOS.

El señor Juez doctor Ricardo A. APCARIÁN, dijo:

Atento la coincidencia de los señores Jueces preopinantes, me abstengo de emitir opinión (art. 39 L.O.).

MI VOTO.

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Hacer lugar a la acción planteada a fs.197/215 y declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza n° 4683/14 dictada por el Concejo Deliberante de la Municipalidad de San Antonio Oeste, por los fundamentos dados en los considerandos.

Segundo: Imponer las costas a la perdidosa (cf. art.68 Cód.Proc.Civ. y Com.).

Tercero: Regular los honorarios de los profesionales de los doctores Gustavo Bronzetti Nuñez y Julian H.Fernández Eguía -en conjunto- en la suma de Pesos NOVENTA Y SIETE MIL (\$97.000) (100 jus) y a los doctores Néstor I. Torres y César A. Arbuez -en conjunto- en la suma de Pesos SESENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS (\$ 67.900) (70 jus) (arts. arts. 6, incs. b, c, d, f; 9 y ccdtes. de la ley de Aranceles G N° 2212.) Notifíquese al Rte. de la Caja Forense y cúmplase con los aportes previstos por la Ley g n° 869. Regular los honorarios profesionales del perito fotógrafo Néstor Hugo Martinez en la suma de Pesos NUEVE MIL SETECIENTOS (\$9.700) (10 Jus) y los del Perito Biólogo Mauricio Failla en la suma de Pesos DIECINUEVE MIL CUATROCIENTOS

(\$19.400) (20 Jus) todo ello conforme lo normado por el art.19 de la Ley de honorarios Profesionales n° 5069.-

Cuarto: Regístrese, notifíquese y oportunamente, archívese.

Fdo.: MANSILLA - BAROTTO - PICCININI - ZARATIEGUI- APCARIÁN EN
ABSTENCION -ANTE MI: LOZADA SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTICIA

PROTOCOLIZACION: T° I SE.N° 62 F° 214/222 SEC.N° 4.-