///MA, 05 de julio de 2018.-
VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: YSUR ENERGIA ARGENTINA S.R.L., e YPF S.A. S/ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (Art. 1° de la Ordenanza de Fondo N° 571 CDM/17- MUNICIPALIDAD DE FERNANDEZ ORO" (Expte. N° 29380 /17-STJ-), puestas a despacho para resolver, y:
CONSIDERANDO:
El señor Juez doctor Ricardo A. APCARIÁN dijo:
ANTECEDENTES DE LA CAUSA
Que a fs. 55/81 el Dr. Jorge René Bertín, en carácter de apoderado de YSUR ENERGIA ARGENTINA S.R.L. e YPF S.A., con el patrocinio letrado de la Dra. Patricia Falca, promueve acción de inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 571-CDM/17 del Concejo Deliberante de la localidad de General Fernández Oro (Boletín Oficial Municipal N° 338/17 del 15/06/2017) en cuanto prohíbe la actividad extractiva no convencional mediante el método de fractura hidráulica en áreas urbanas, sub-urbanas, rurales y en tierras productivas bajo riego en la ciudad (art. 1).
Arguye que la norma impugnada impacta de manera directa y concreta sobre los derechos adquiridos que emanan de las concesiones de exploración y explotación del área hidrocarburífera Estación Fernández Oro, cuya titularidad ostenta de manera clara e incontestable su poderdante.
En lo sustancial alega que dicha normativa lesiona el régimen federal y provincial; interfiere en el ejercicio de las competencias de la Provincia en lo relativo a los planes de exploración y explotación de hidrocarburos; interfiere de modo grave sobre el ejercicio de los derechos subjetivos nacidos del acuerdo de renegociación de la concesión de explotación del área de Fernández Oro, que fuera aprobado por Decreto 1709/14 - ratificado luego mediante la ley 5027 (art. 11)- y resulta incompatible con los artículos 41, 121 y 124 de la Constitución Nacional; 78, 79 de la Constitución Provincial; 2 de la ley federal 26197; 27, 27 bis de la ley 17319; 1 de la ley 26741; 4 y 5 de la ley 27007; 11 de la ley 5027 y 28 de la ley provincial M 3266.
Menciona que se trata de un supuesto previsto en el art. 795 del C.P.C.C. constituyendo la acción un modo de ejercitar la tutela judicial preventiva, exceptuada del plazo de treinta días que fija el art. 794 del código de rito.
Expresa que su mandante es titular de la concesión otorgada por la Provincia en el área Estación Fernández Oro (cf. Decreto 1709/14, ratificado por Ley 5027, art. 11) y la notificación ordenada en el art. 4 de la Ordenanza impugnada aún no ha sido practicada.
No obstante, destaca que el art. 7 de la Ordenanza Municipal ordena su publicación, diligencia cumplimentada en el Boletín Oficial Municipal N° 338/17 de fecha 15/06/17, verificándose la observancia de las condiciones de temporalidad de la presentación.
Precisa que mediante Resolución 035/SAYDS/2017 la autoridad provincial competente en materia ambiental (Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable) aprobó el Estudio de Impacto Ambiental correspondiente al proyecto de pozo exploratorio a ejecutar por YSUR en el área Estación Fernández Oro, lo cual evidencia -a su entender- que los derechos subjetivos adquiridos por su mandante en el área concesionada por Ley 5027 (art. 11) se encuentran en cumplimiento.
Cita el precedente "Provincia de Río Negro C/ Municipalidad de Allen S/ Conflicto de Poderes (Ordenanza Municipal N° 046/2013)", Expte. N° 26731/13 del STJ que considera aplicable al caso y solicita que se ordene la protección cautelar del objeto del proceso disponiéndose como medida de no innovar la suspensión provisional de los efectos del art. 1 de la Ordenanza de Fondo N° 571-CDM/17.
A fs. 82 y vta. por Presidencia se hace lugar a la cautelar peticionada, ordenando a la Municipalidad de General Fernández Oro la suspensión de los efectos del art. 1 de la Ordenanza 571/CDM/17 hasta tanto se resuelva en definitiva en la presente causa, expresando que en el caso concurre la verosimilitud del derecho en razón de que este Tribunal en el precedente Provincia de Río Negro (Se. 135/13) declaró que la Provincia de Río Negro tiene competencia exclusiva para legislar en materia hidrocarburíferas (arts.121 y 124 de la Constitución Nacional; arts. 79, 84, 85, 225 y 229 inc. 15 y 16 de la Constitución Provincial).
A fs. 92/102 el apoderado de la Municipalidad de General Fernández Oro, Dr. Nicolás Martín Rebaliatti, expresa que la COM consagra a favor de ese municipio el derecho a regular el uso del suelo y por ello el Concejo Deliberante ha establecido mediante qué técnicas se autoriza la extracción de hidrocarburos dentro de su ejido.
Destaca que la fractura hidráulica como método de exploración y extracción de hidrocarburos genera una cantidad importante de desechos peligrosos y miles de litros de agua contaminada que se producirían diariamente, con lo cual, este procedimiento es incompatible con la previsión del art. 9 de la COM que prohíbe expresamente la producción y el ingreso a la localidad de residuos y desechos peligrosos.
Considera que en virtud de la amenaza a los derechos humanos consagrados constitucionalmente y la aludida prohibición de producir desechos peligrosos se debe rechazar la pretensión de las actoras, garantizando el derecho de las jurisdicciones municipales a proteger el medio ambiente conforme el art. 41 de nuestra Constitución Nacional y el art. 84 inc. 4 de la Carta Magna Provincial.
Afirma que la Ordenanza impugnada se basa en el principio precautorio. Agrega que es facultad concurrente de los municipios junto con la Provincia legislar en materia ambiental.
Finalmente, plantea la nulidad de la Resolución 035/SAyDS atento a que no ha sido emitida según el procedimiento -intervención del municipio correspondiente- establecido en el art. 28 de la Ley Provincial M 3266 de Evaluación de Impacto Ambiental. A dicho planteo, por Presidencia se provee que ocurra por la vía que corresponda (fs. 105).
DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL
A fs. 121/126 el Sr. Procurador General, Dr. Jorge Oscar Crespo, dictamina que habida cuenta de los antecedentes existentes y la acreditación de la afectación a los preceptos constitucionales invocados, se debe declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal N° 571-CDM/17, sancionada por el Concejo Deliberante de la localidad de General Fernández Oro el 24 de mayo de 2017 (Boletín Oficial Municipal N° 338/17 del 15/06/2017).
Considera que ante la verosimilitud del derecho invocado que permitió la concesión de la medida cautelar de no innovar sin la citación de la Provincia, idéntico fundamento es dable aplicar para continuar con la tramitación de las presentes y proceder al dictado de la sentencia. Máxime, considerando la declaración de puro derecho de la cuestión que luce a fs. 107.
Observa que la presente acción guarda similitud con la cuestión ventilada en autos "PROVINCIA DE RÍO NEGRO C/ MUNICIPALIDAD DE ALLEN S/ CONFLICTO DE PODERES (ORDENANZA MUNICIPAL Nº 046/2013)", STJRNS4 Se. 135/13, tenido en cuenta por Presidencia del STJ al momento de conceder la medida cautelar solicitada por la parte actora (fs. 82 y vta.).
Mas allá que el precedente aludido tramitara como un conflicto de poderes estima conveniente remitir en lo pertinente, a lo expresado por el Sr. Procurador General Subrogante, emitido en aquellas actuaciones y a lo allí resuelto por ese Superior Tribunal en la aludida sentencia.
Señala que la decisión adoptada en aquella oportunidad referida a que la Provincia de Río Negro tiene competencia exclusiva para legislar en materia hidrocarburífera (cf. arts. 121 y 124 de la Constitución Nacional; arts. 79, 84, 85, 225 y 229 inc. 15 y 16 de la Constitución Provincial) resulta plenamente aplicable a estos obrados, en el entendimiento de que la ordenanza municipal que prohíbe la utilización del fracking en la localidad de General Fernández Oro colisiona con las claras previsiones establecidas por la Constitución Provincial, de ahí la declaración de inconstitucionalidad que propicia.
Afirma que la normativa atacada avanza sobre la competencia de la Provincia para legislar en materia hidrocarburífera, a la vez que traspasa el interés específicamente municipal impactando en una actividad de carácter interjurisdiccional. Ello, toda vez que las áreas carburíferas afectadas traspasan la competencia territorial del Municipio de General Fernández Oro abarcando zonas pertenecientes a otros municipios (v. art. 1° Acuerdo de Renegociación, fs. 40 vta.).
Sin perjuicio de la solución propuesta y toda vez que el derecho ambiental requiere de una participación activa de la judicatura, que se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos, expresa que eventualmente, el Municipio podrá ejercer su rol proactivo en materia ambiental haciendo exigible el respeto por las disposiciones contenidas en las normas ambientales provinciales.
ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DEL CASO
Al ingresar al análisis de la cuestión de constitucionalidad traída a debate, es necesario reiterar 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 (CSJN C. 2705. XLI; REX, Consejo Profesional de Ingeniería Agronómica c/ Marini, C. A. s/ ejecución, sent. del 13-05-08).
En esa línea de razonamiento, se ha dicho que para decretar la invalidez de una norma deben mediar motivos reales que así lo impongan; una demostración concluyente de su discordancia sustancial con las mandas de la Constitución que se dicen vulneradas, lo cual acontece en el sub examine.
En autos, la cuestión ha quedado circunscripta a determinar si a través de la Ordenanza N° 571-CDM/17 del Concejo Deliberante de la localidad de General Fernández Oro, que prohíbe la actividad extractiva no convencional mediante el método de fractura hidráulica en áreas urbanas, sub-urbanas, rurales y en tierras productivas bajo riego en la ciudad (art. 1), se interfiere de modo directo e inmediato con el ejercicio de atribuciones exclusivas de la Provincia de Río Negro, en materia de administración y regulación de la actividad de explotación de los recursos naturales hidrocarburíferos existentes en el territorio provincial.
En dicho cometido es dable recordar que este Cuerpo en autos: "PROVINCIA DE RIO NEGRO C/MUNICIPALIDAD DE ALLEN S/CONFLICTO DE PODERES (ORDENANZA MUNICIPAL Nº 046/2013)" (STJRNS4 Se. 135/13) ya señaló que la Provincia de Río Negro tiene competencia exclusiva para legislar en materia hidrocarburífera (cf .arts.121 y 124 de la Constitución Nacional; arts. 79,84,85,225 y 229 inc.15 y 16 de la Constitución Provincial).
Precisamente en oportunidad de emitir mi voto en dicho precedente sostuve que el municipio se inserta en un ámbito de actuación más amplio que el delimitado a la Nación y a las Provincias. Por lo 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).
El Municipio, por su propia autonomía, tiene la facultad de dictar normas generales, pero siempre dentro del ámbito de sus competencias y coordinadas necesariamente con un orden jurídico superior que le fija los límites; en el caso, dados por la competencia propia del Estado Provincial en la materia respectiva.
Así, y en lo que aquí importa, la Provincia es competente para regular todo lo atinente a la explotación de los hidrocarburos (conforme los arts. 121 y 124 de la Constitución Nacional, art. 79 de la Constitución Provincial y la ley 26197). Corresponde a ella el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (art. 124 in fine de la Constitución Nacional).
Precisamente, la Ley 26197, en consonancia con el reconocimiento constitucional del pleno dominio provincial de los recursos hidrocarburíferos, estatuyó que las provincias asumirán en forma plena el ejercicio del dominio originario y la administración sobre los yacimientos de hidrocarburos que se encontraren en sus respectivos territorios (art. 2).
A su vez los artículos 78 y 79 de la Constitución Provincial, disponen que los yacimientos y minas son propiedad de la Provincia; y es ésta quien fomenta la prospección, exploración, explotación e industrialización en la región de origen así como quien reglamenta las condiciones de su explotación.
Además, la normativa ambiental, al definir los principios ambientales y la evaluación del estudio de impacto ambiental (Ley M N° 3266), así como lo Decretos Provinciales reglamentarios M Nº 1224/02 y M Nº 656/04 refuerzan la atribución provincial respecto a la actividad hidrocarburífera. En ejercicio de esta competencia, el Estado Provincial ha sancionado las Leyes Q Nº 3462, Q Nº 4637, Q Nº 2627, Q 4682, ejerciendo su jurisdicción exclusiva sobre la explotación del petróleo como recurso natural, teniendo en vista el principio precautorio y con el fin de preservar el ambiente en el marco de la actividad hidrocarburífera.
Como corolario de lo hasta aquí expuesto, concluyo que la materia sobre la que legisla el Municipio, al prohibir un método de extracción de hidrocarburos invade competencia provincial en lo referente a política de recursos naturales (Artículos 124 de la Constitución Nacional y 70 a 81 de la Constitución Provincial). Ello así por cuanto no estamos en presencia de una materia comunal.
Se tiene entonces que siendo el fracking una técnica para posibilitar o aumentar la extracción de gas y petróleo del subsuelo, se trata de una actividad sobre cuya regulación tienen competencia para legislar los Estados nacional y provincial.
Ello así ya que el ordenamiento constitucional -tanto federal como local- atribuye a la autoridad provincial la competencia exclusiva en materia de regulación de la actividad hidrocarburífera (arts. 124 de la Constitución Nacional y 79 de la Constitución Provincial). 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 las esferas de competencias provinciales; de allí que prohibir en forma absoluta una práctica de explotación de hidrocarburos constituye una interferencia directa e inmediata con el ejercicio de las atribuciones constitucionales de la Provincia.
Sumado a lo anterior, la normativa impugnada traspasa el interés específicamente municipal e impacta en una actividad de carácter interjurisdiccional, toda vez que, como bien destaca la Procuración General, las áreas carburíferas afectadas exceden el marco de competencia territorial del Municipio de General Fernández Oro, abarcando zonas pertenecientes a otros municipios (v. art. 1 Acuerdo de renegociación, fs. 40 vta).
DECISIÓN
En virtud de lo dicho, corresponde hacer lugar a la demanda y declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 571-CDM/17 sancionada por el Concejo Deliberante del Municipio de Fernández Oro, el 24 de mayo de 2017 (Boletín Oficial Municipal N° 38/17 del 15/06/2017), por resultar violatoria de los artículos 121 y 124 de la Constitución Nacional, y artículos 78, 79, 80, 84, 85, 225 y 229 incs. 15 y 16 de la Constitución Provincial. Con costas (art.68 CPCC).
MI VOTO.
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.
Los señores Jueces doctores Enrique J. MANSILLA y Ariel GALLINGER, dijeron:
Atento la coincidencia de los señores jueces preopinantes, nos abstenemos de emitir opinión (art.39 L.O.).
NUESTRO VOTO.
Por ello,
EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA
R E S U E L V E:

Primero: Hacer lugar a la demanda interpuesta a fs. 55/81 por el apoderado de YSUR ENERGIA ARGENTINA S.R.L. e YPF S.A. y declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 571-CDM/17 sancionada por el Concejo Deliberante del Municipio de Fernández Oro, el 24 de mayo de 2017 (Boletín Oficial Municipal N° 38/17 del 15/06/2017), por resultar violatoria de los artículos 121 y 124 de la Constitución Nacional, y artículos 78, 79, 80, 84, 85, 225 y 229 incs. 15 y 16 de la Constitución Provincial. Con costas (art.68 CPCC).
Segundo: Regular los honorarios profesionales de la doctora Patricia Falca en la suma de CUARENTA (40) Jus, a los doctores María L.Segovia Greco y Alejandro D.Cataldi -en conjunto- en VEINTE (20) Jus; y al doctor Nicolás Martín Rebaliatti en la suma de TREINTA (30) JUS ( art. 6,7,8 y 35 y ccdtes. de la ley de Aranceles G Nº 2212). Notifíquese al Rte. de la Caja Forense y cúmplase con los aportes previstos por la Ley D N° 869.
Tercero: Regístrese, notifíquese y oportunamente, archívese.
Firmantes: APCARIÁN - PICCININI - ZARATIEGUI - MANSILLA (en abstención) - GALLINGER (en abstención) ANTE MI: EZEQUIEL LOZADA SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACIÓN: T° I Se. N° 70 F° 240/243 Sec. N° 4

Expte.Nº 29380/17-STJ-

CONSTANCIA: Que la sentencia dictada en autos se firmó con fecha 5 de julio de 2018 y se publica en la Lista de Despacho del día de la fecha (art. 133, últ. parte del CPCyC.). Pro-Secretaría, 6 de julio de 2018.

JORGE R. LENCHOURS
PRO-SECRETARIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICI