[CIJur] Centro de Información Jurídica

Ministerio Público
Provincia de Buenos Aires

Cuaderno Temático de Dictámenes 2020

# DERECHO AMBIENTAL

Cuaderno Temático de Dictámenes 2020

# DERECHO AMBIENTAL

# Presentación

Los dictámenes que emite la Procuración General ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires constituyen un corpus iuris integrado a partir de una elaboración jurídica propia realizada en el marco de las normas que habilitan la intervención del Organismo en los casos ventilados ante el aludido Tribunal.

En esta tarea, a más de la doctrina de los autores, son incorporadas diversas fuentes jurisprudenciales; entre ellas cobran especial protagonismo, la doctrina judicial emanada de la Suprema Corte de Justicia provincial, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y también, por cierto, lineamientos o estándares originados en precedentes de tribunales internacionales, particularmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cabe hacer notar el tenor dinámico que exhibe este corpus en tanto la Procuración General, al atender al interés público de la sociedad, debe ser permeable a las exigencias siempre actuales del bien común y propiciar los cambios jurisprudenciales que estas y los acontecimientos justifiquen. Ello sobre la base del respeto a un principio inmutable y primordial cual es la dignidad de la persona y los derechos humanos fundamentales.

En la Provincia de Buenos Aires, una especial mirada y perspectiva integral trasunta la estructura del Ministerio Público, como cuerpo de Fiscales, Defensores, Asesores de Menores e Incapaces y Curadores que, encabezado por el Procurador General, actúa en defensa de los intereses de la sociedad y persigue un eficaz equilibrio en la prestación de justicia respetando los valores consagrados en las disposiciones constitucionales.

La aludida estructura permite la unidad de acción y facilita la gestión de la protección del interés público de un modo cooperativo y solidario, con sustento en una sana dialéctica.

Elementales razones de transparencia y seguridad jurídica reclaman que los dictámenes que emite la Procuración a través de sus diversas áreas de especialización sean sistematizados, publicados y difundidos. Y también, rectamente inteligidos.

De tal suerte, los letrados que participan en su elaboración son quienes en una virtual interpretación auténtica intervienen en la selección y organización del material de los cuadernos que edita el Centro de Información Jurídica del MPBA.

En los Cuadernos se ponen de relieve temáticas transversales a las distintas ramas del derecho, primordialmente de orden constitucional y procesal. No cabe duda, asimismo, que las áreas especiales que sustantivizan las Salas de Relatoría (penal; civil, comercial y laboral; constitucional y administrativo; y tutelar) también proyectan su particular impronta y fisonomía respecto de la solución que se propicia para el remedio extraordinario implicado.

Los Cuadernos Temáticos del CIJur representan así un esfuerzo institucional en pro de un mejor servicio a los operadores del derecho y a la comunidad en general, que arrima y facilita el conocimiento de las soluciones de justicia a las personas, en beneficio de la transparencia.

Con toda expectativa los ponemos a disposición.

DR. JULIO CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

# [ Índice ]

**DERECHO AMBIENTAL**

**1. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL**

1.1. Enajenación de inmuebles de dominio público municipal. Reserva fiscal sin cumplimiento con la normativa específica de reparación ambiental. Reglas para la autoridad reglamentaria. Derecho al ambiente. Protección. Debida participación. Derechos colectivos de la humanidad

Causa A 76.170-2, "Sociedad de Fomento Rincón del Cielo c/ Municipalidad de Junín s/ pretensión anulatoria", fecha: 06/10/2020 ..... 13

1.2. Medio ambiente. Legitimación. Acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales. Protección. Evaluación del impacto ambiental. Fumigaciones. Principio de progresividad en materia ambiental. Medidas cautelares

Causa I 75.708, "Mendoza Enrique Ramón y Otros c/ Provincia de Bs. As. s/ inconstitucionalidad res. 246 (MRIO. AGRIC.)", fecha: 27/02/2019 ..... 41

**2. DERECHO Y DEBER A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL**

2.1. Acción originaria de inconstitucionalidad. Derecho ambiental. Legitimación. Principio de prevención. Evaluación de impacto ambiental. Proceso de renovación urbana. Enajenación de inmueble dominio público. Participación. Daño ambiental colectivo. Principio precautorio. Declaración de Río. Preservación del patrimonio cultural histórico arquitectónico y urbanístico. Derecho a la información y a la comunicación

Causa I 72.267, "Mitchell, Mary Idelba Loris y otros c/ Municipalidad de Junín s/ inconstitucionalidad ordenanza N.° 6187/12", fecha: 29/12/2015 ..... 45

**3. CUESTIONES DE COMPETENCIA AMBIENTAL**

3.1. Defensa del ambiente: Ordenamiento ambiental argentino. Poder de policía ambiental de los municipios. Representación promiscua del Ministerio Público. Interés superior del niño. Derechos del adulto mayor. Tutela judicial efectiva. Derechos sociales. Derecho a la salud. Derecho a la vida. Principio de progresividad. Participación. Deber del estado. Coordinación. Política en materia ambiental. Registro público de procesos de incidencia colectiva

Causa A 75.051, “Goycochea Rosa Margarita c/ Griguoli de Campana María I. s/ amparo”, fecha: 27/08/2019 ..... 75

3.2. Acción de inconstitucionalidad. Legitimación. Ordenanza municipal. Venta de pirotecnia. Principio de prevención. Prohibición de molestias. Presunción de constitucionalidad de las leyes. Prueba

Causa I 74.078, “Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales c/ Municipalidad de General Alvarado s/ inconstitucionalidad ordenanza N.° 220/2015”, fecha: 23/11/2017 ..... 111

3.3. Acción declarativa de certeza. Suficiencia. Habilitación nacional ley N.° 24.051. Autorización para efectuar el tratamiento de los residuos peligrosos sujeto a transporte interprovincial. Competencias. Principio precautorio. Potestad reglamentaria

Causa A 74.595, “ECOBLEND SA c/ Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible s/ pretensión declarativa de certeza”, fecha: 11/10/2017 ..... 129

3.4. Conflicto de poderes. Admisibilidad. Objeto. Competencia. Poder de policía municipal. El aseguramiento constitucional del régimen municipal. El debate del constituyente nacional. El régimen federal argentino. Zona portuaria. El artículo 75 inciso 30 de la Constitución argentina. El federalismo de concertación. Policía de seguridad e higiene. Medio ambiente

Causa B 74.083, “Municipalidad de San Nicolás c/ Provincia de Bs. As. (Ministerio de la Producción -Subsecretaría Actividades Portuarias- Puerto de San Nicolás) s/ conflicto de poderes art. 196 constitución provincial”, fecha: 17/05/2017 ..... 153

3.5. Conflicto de poderes. Admisibilidad. Régimen de falta. La competencia. El OCABA. Defensa del consumidor. Servicio público. Derecho al agua. Competencia provincial. Ministerio Público. Medida precautoria. Mantenimiento

Causa B 74.380, “Fiscal de Estado c/ Juzgado de Faltas N.° 2 de Defensa del Consumidor en autos “Vecinos de Manuel B. Gonnet s/ Denuncia c/ ABSA”, fecha: 23/11/2016 ..... 189

3.6. Derecho a la salud. Derecho ambiental. Zona de fumigación aérea. Modificación de ordenanzas que disminuye la zona de protección. Preservar el medio ambiente y la salud y el bienestar de quienes directa e indirectamente están relacionados con el control químico de plagas. Intervención del organismo provincial para el desarrollo sustentable. Legislación apropiada. Sistema federal ambiental de fiscalización de agroquímicos y biológicos. La ley N.° 10.699 de la provincia de Buenos Aires. Medida cautelar. Compromiso del estado argentino. La FAO. La OMS, obligaciones de hacer de la municipalices

3.6.1. Causa I 72.669, “Picorelli Jorge O. y Ots. c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ inconstitucionalidad ordenanza N.° 21.296”, fecha: 26/12/2016 ..... 203

3.6.2. Causa I 72.669, “Picorelli Jorge O. y Ots. c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ inconstitucionalidad ordenanza N.° 21.296”, fecha: 29/10/2013 ..... 213

3.7. Acción inconstitucionalidad. Ordenanza. Policía municipal. Urbanización. Radicación industrial. Granos agroquímicos, fertilizantes. Ley N.° 12.605 de la provincia de Buenos Aires. Competencia municipal. Zonificación. Desarrollo económico. Salud pública. Ambiente sano. Razonabilidad

Causa I 70.164, “Agroservicios Pampeanos SA c/ Municipalidad de San Antonio de Areco s/ inconstitucionalidad de la ordenanza N.° 3420/09”, fecha: 03/05/2016 ..... 231

3.8. La persona humana. Garantías. Inconstitucionalidad de oficio. Debido proceso y derecho a ser oído. Tratados internacionales. Declaración de inconstitucionalidad. Ultima ratio. Poder de policía. Municipalidad. Urbanismo. Habilitación municipal

Causa A 73.382, “Lanusse Pedro Pablo c/ Municipalidad de San Isidro s/ pretensión anulatoria”, fecha: 21/03/2016 ..... 243

**4. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LEGITIMACIÓN ACTIVA**

4.1. Plazo para demandar. Invocación de derechos de incidencia colectiva artículo 685 del CPCC. Legitimación ad causam. Interés para demandar. Parte interesada. Agravio. Existencia de causa acción popular. Proceso colectivo. Código de ordenamiento urbano municipal. Urbanizaciones cerradas. Conjuntos mobiliarios. Viviendas unifamiliares agrupadas

Causa I 75.278-1, “Asociación para la Protección de Consumidores del Mercado Común de Sur (Proconsumer) c/ Municipalidad de San Isidro s/ inconstitucionalidad decreto 401/2017”, fecha: 30/07/2020 ..... 263

**5. MEDIDAS CAUTELARES**

5.1. Riesgo ambiental. Menores, intervención del Ministerio Público previo al dictado de la medida cautelar. Principios ambientales. Principio preventivo. Principio precautorio. Declaración de impacto ambiental. Derecho a la información. Participación. Prueba pericial, bilateralidad. Industria. Zona residencial. Debido proceso. Cuestión de orden público

5.1.1. Causa A 74.310-3, “Vela, Darío René y Otros c/ Massuh SA s/ Legajo de Apelación - incidente epidemiológico”, fecha: 25/06/2020 ..... 287

5.1.2. Causa I 70.771, “Rotella Nélida Mercedes y Otros c/ Municipalidad de Pergamino s/ inconstitucionalidad ordenanza N.° 7082/09”, fecha: 20/03/2019 ..... 299

## 6. AMPARO AMBIENTAL

6.1. Acción amparo colectivo. Legitimación. Intereses difusos. Ampliación de la teoría de los status. Los derechos sociales y los derechos fundamentales. Acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento. Derecho humano al agua. Derecho humano básico. Derecho a la vida. Compromisos internacionales en lo que se refiere a la prestación del servicio al agua potable. Defensa al consumidor. Intervención imperativa del Ministerio Público. Defensa de intereses colectivo. Protección del orden público y de la ley. Ley N.° 11.820. Contexto histórico. Derecho a la salud. Principio preventivo. Derecho al ambiente saludable. Los objetivos de desarrollo del milenio. La OMS. Justiciabilidad plena. Efectos de la sentencia. El servicio. la facturación. Control de razonabilidad. La ley N.° 25.688. Interpretación. Principio más favorable. Código alimentario argentino. Orden público

Causa A 74.951, "Pereyra German y otros c/ Aguas Bonaerense SA -ABSA- s/ amparo colectivo", fecha: 13/02/2019 ..... 311

6.1.2. Derecho a la vida. Derecho a la salud. Potestad reglamentaria. Derecho humano al agua

Causa A 76.096, "Caselles, Ezequiel P. y Otros c/ Aguas Bonaerenses SA s/ amparo", fecha: 20/11/2019 ..... 369

6.2. Declaración de impacto ambiental. Supuestos en los que resulta imperativa. Umbral previsto en el art. 10 de la ley N.° 11.723. Acción de amparo

Causa A 75.414, "Mancuso Antonio Fortunato c/ Municipalidad de San Antonio de Areco s/ amparo", fecha: 01/03/2019 ..... 379

## 7. CARÁCTER COLECTIVO DE LA PRESTACIÓN. PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA

7.1. Servicio Público. Tutela colectiva del derecho de acceso al agua potable. Corte de servicios. Alcance del daño

Causa A 74.060, "Abal, María Cristina y otros c/ 'Aguas Bonaerenses Sociedad Anónima' –ABSA- s/ pretensión indemnizatoria", fecha: 15/08/2016 ..... 399

## 8. EXPROPIACIÓN INVERSA

8.1 Expropiación y cumplimiento de normativa ambiental. Reemplazo de reservas fiscales que están destinadas a objeto ambiental

Causa A 76.427-1, "Taquima SA c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ expropiación inversa - otros juicios", fecha: 15/07/2020 ..... 409

Los textos editados corresponden al contenido de los dictámenes.

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 76.170-2

**“Sociedad de Fomento Rincón del Cielo c/ Municipalidad de Junín s/ pretensión anulatoria”, fecha: 06/10/2020**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

**A-76170-2**

"Sociedad de Fomento Rincón del Cielo c/ Municipalidad de Junín s/ Pretensión anulatoria".
**A 76170**

**Suprema Corte de Justicia:**

Vienen las presentes actuaciones a la Procuración General en vista, a tenor de la competencia discernida por el artículo 27 de la ley 13133, respecto del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte actora, ante la sentencia dictada por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial San Nicolás (v. fs. 703/720 y 779/820).

**I.-**

Se desprende de los antecedentes de la causa que la parte actora promueve demanda contra la Municipalidad de Junín reclamando obtener la nulidad de la ordenanza 6446/2013 sancionada por el Concejo Deliberante del Municipio de Junín el día 5 de diciembre del año 2013 junto a su decreto de promulgación 3635 de fecha 9 de diciembre de 2013 y de la Licitación Pública dispuesta por el Departamento Ejecutivo mediante el decreto 08/2014 que dispuso y ejecutó parcialmente "*la enajenación de inmuebles de domino público*" municipal adjudicados al Sr. Ángel Luis Milone, tercero coadyuvante, conforme el decreto 281 del día 15 de julio del año 2014 (v. fs. 87 vta.)

Sostiene que dichos lotes fueron registrados como reserva fiscal conforme plano especial de subdivisión aprobado por la Dirección de Geodesia de la Provincia de Buenos Aires.

Expone que los vecinos del Barrio Rincón del Cielo pretenden preservar los predios por tratarse de áreas verdes libres públicas, bajo el régimen del artículo 60 del decreto ley 8912/1977 (t. o. ley 13127).

Señala la promoción de la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto, concedida y confirmada en ambas instancias. Al ampliar la demanda manifiesta la vigencia -al promulgarse la ordenanza 6446/2013 de la ordenanza 4603/2004- que expresa en el artículo primero en el título cesión para espacios verdes y reservas de uso público: "*en todo parcelamiento del Área Urbana, será obligatoria la cesión de los espacios destinados a áreas verdes públicas y las reservas para la localización de equipamiento comunitario de uso público, de acuerdo a las siguientes disposiciones:// La superficie destinada a espacios verdes públicos será un 10 % de la superficie neta del parcelamiento, excluyendo la superficie destinada a vía pública // La superficie destinada a reserva de uso público será un 5% de la superficie neta del parcelamiento, excluyendo la superficie destinada a vía pública // En los parcelamientos de las Áreas Complementarias y Rurales será obligatoria la cesión de superficies destinadas a espacios circulatorios, verdes y libres públicos y reservas para equipamiento comunitario según lo establecido en el Artículo 56 de la ley 8912 // En todos los casos se deberán cumplir los mínimos establecidos en el Artículo 56 de la ley 8912*".

*Para continuar*: "*…..que establece con carácter de orden público (art. 103) que al crearse o ampliar núcleos urbanos, áreas y zonas, los propietarios de los predios involucrados deberán ceder gratuitamente al estado Provincial las superficies destinadas a espacios circulatorios, verdes, libres y públicos y a reservas para la localización de equipamiento comunitario de uso público, de acuerdo con los mínimos que a continuación se indican: Hasta 60.000 habitantes debe destinarse para ´área verde´ el mínimo de 6m 2/hab., y para reserva de uso público 3 m2/hab.*".

Denuncia que "[…] *el Municipio al tomar la decisión de enajenar los lotes que fueron adjudicados al Sr. Ángel Milone, omitió cumplir con su deber de preservación de ´áreas verdes´ no obstante la exigüidad de la misma con respecto a las pautas que establecía la normativa vigente* […]" (v. fs. 105).

En su oportunidad, el juez de grado hace lugar a la pretensión incoada (v. fs. 549/561).

Contra dicho acto apela la demandada y el tercero coadyuvante (v. fs. 633 y vta.).

A su turno, la Cámara de Apelación por mayoría hace lugar a los recursos de apelación interpuestos, revoca la decisión de grado y rechaza la pretensión anulatoria.

**II.-**

Para así decidir luego de analizar las circunstancias de la causa, el magistrado que emite su voto en primer término y conformara mayoría, al analizar el recurso de forma preliminar considera "[...] *que existen agravios fundados que ser tratados, por lo que corresponde rechazar el planteo de falta de crítica razonada y concreta realizado por la parte actora*" (v. fs. 711).

Siguiendo el análisis resalta que la oposición a la agregación de la documentación proporcionada en la audiencia carece de relevancia no obstante las vicisitudes del planteo de reposición al no coadyuvar a mejorar el conocimiento o apreciación de los hechos.

Advierte -en cuanto a la calidad dominial de las parcelas- que al realizarse el fraccionamiento original se les asigna el carácter de reserva fiscal por lo que no se encuentran sometidas al régimen jurídico de domino público debido a que su uso es potencial, pendiente de la urbanización proyectada, con detalle de la normativa y doctrina referida a la materia (v. fs. 711vta.).

Enfoca así el objeto de la pretensión dentro del proceso licitatorio, su adjudicación y boleto de compraventa, donde por un lado se ataca la irregularidad de la venta, por otro la resistencia amparada en que no se encontraban afectados al uso público; mientras el tercero adquirente plantea su buena fe y ausencia impugnativa en el proceso licitatorio.

Con esta base previene que la decisión de la transferencia fue adoptada por el Concejo Deliberante y adjudicada en un procedimiento de selección mediante licitación pública (v. fs. 713 y vta.).

Así se estima que los terrenos son reservas fiscales cedidas al Estado como consecuencia de un fraccionamiento, enajenables, previa imposibilidad de asignarles el destino previsto e indicación del correspondiente a los fondos, exigencias que constar en el acto que dispone transferir los inmuebles conforme el artículo 55 de la Ley Orgánica Municipal (v. fs. 714).

Evalúa que el tipo de zona de las reservas fiscales no tenía un destino asignado, no encuentra fundamento suficiente en sostener el interés de generaciones futuras o del medio ambiente en forma genérica, no obstante que el perito observó que el asentamiento poblacional "Barrio Rincón del Cielo" se encuentra en una zona rural intensiva, que debería tener otra calificación -señalada como residencial extraurbano 1°- (v. fs. 487/88, 714 vta.).

Concluye que la Municipalidad no cumplió con lo exigido por el artículo 7° del decreto ley 8912/1977; si bien puede subsanar la disposición del bien a través del mismo mecanismo institucional utilizado para disponer su venta, artículo 55 decreto ley 6769/1958 (v. fs. 715 vta.). Considera que la realidad no se ajusta al diseño formal normativo, tampoco se cuenta con una afectación concreta originariamente potencial que permita definir el destino de las parcelas vendidas, cuyo parcelamiento data hace más de cincuenta años, con anterioridad a la normativa rectora dominical, ordenamiento urbano municipal y usos de suelos provinciales.

Concluye que no se ha demostrado el defecto de motivación de la ordenanza con un vicio esencial, desde que la fundamentación exigida lo debe ser respecto de una reserva fiscal que no tiene un uso originariamente definido y se encuentra en una zona urbanística que no corresponde.

En ese rumbo se atiende a que no se habría acreditado el perjuicio potencial o actual de los vecinos frente a la desafectación de la reserva fiscal.

Justiprecia que el acto posee vicios, pero no afectan gravemente todos o alguno de sus elementos esenciales, configura una nulidad

relativa sujeta a subsanación, y sin demostrarse el perjuicio potencial o actual para el asentamiento poblacional representado, conforme doctrina autoral y de V.E. (v. fs. 716).

**III.-**

A continuación, trataré los agravios expuestos que residen en la violación de fundar la sentencia, de modo de percibir su curso al denunciar el desvío notorio de la aplicación del raciocinio por la arbitrariedad de su entidad autocontradictoria y sin razón valorativa entre las principales irregularidades, conforme doctrina y jurisprudencia que cita (v. fs. 794 vta./795).

Así esgrime que el voto de la mayoría parte de la premisa que los lotes objeto de los actos administrativos constituyen una reserva fiscal, es decir un espacio cedido al Estado para destinarlo a futuro a una finalidad de uso comunitario, que podrá ser enajenada ante la imposibilidad o inconveniencia de asignarle el destino previsto según dispone el artículo 7° del decreto ley 9533/1980.

Puntualiza que la mayoría sienta erróneamente que mientras el bien de dominio público es indisponible, a la vez la reserva fiscal sería susceptible de un acto de disposición con los condicionamientos del artículo 7 mencionado, justificando la imposibilidad o inconveniencia de asignarles el destino previsto u otro compatible, y empleando los fondos para la adquisición de otros bienes para servicios comunitarios o espacios libres o verdes (v. fs. 795 vta.).

Así se llega a sostener que la exigencia legal de la mentada norma debe estar reflejada en la motivación o fundamentación de la ordenanza del Concejo Deliberante que dispone transferir los inmuebles, como dispone el artículo 55 del decreto ley 6769/1958, que transcribe.

Afirma que se admite que el Municipio no cumple con dicha exigencia, e interpreta la posibilidad de subsanar la disposición del bien con una nueva ordenanza para disponer la venta, como expusiera el "*a quo*" (v. fs. 796).

Asimismo manifiesta que el resolutorio considera que ese defecto de motivación de la ordenanza no constituye un vicio esencial porque la reserva fiscal transmitida no tiene un uso originariamente definido y se encuentra en una zona calificada de Rural intensiva, cuando le corresponde Residencial extraurbano 1°, o sea constituiría un supuesto de nulidad relativa subsanable, sin haberse demostrado por la parte actora el perjuicio actual o potencial que representaría para el asentamiento poblacional, con cita de jurisprudencia, que no se ajustaría al caso (v. fs. 796 y vta.).

A continuación, expone que es absurda la afirmación respecto a que la reserva fiscal materia de juicio no tenga un uso originariamente definido, en cuanto necesariamente desde su origen, por más de cincuenta años está destinada al uso público.

Considera que sería indudable que tenía destino de espacio verde o espacio libre público, y agrega que con mayor razón es necesario preservarla sustentado en la pericia obrante a fs. 487 y vta.

En este rumbo señala que el incumplimiento de la normativa vigente respecto a su desafectación como bienes del dominio público constituye un supuesto de nulidad absoluta; a continuación, cita los artículos 60 del decreto ley 8912/1977, 7° y 9° del decreto ley 9533/1980 (v. fs.797).

Luego, reafirma que la nulidad de los actos citados deviene insalvable.

Posteriormente adiciona que es erróneo aplicar al derecho administrativo las categorías de nulidad absoluta y relativa del derecho civil, con cita de doctrina.

Así también discrimina entre los vicios que afectan gravemente los elementos esenciales del acto y los que no lo hacen severamente, distinción empleada por V.E. para vedar la potestad de anulación *ex oficio* en sede administrativa con base en la causa "*Mazzuca*", que considera no se ajusta al presente caso.

Asevera que la alzada atribuye a la ordenanza impugnada falta de motivación en punto a los extremos que exige el artículo 7° del decreto ley 9533/1980 y ello acarrearía la nulidad a secas, sin admisión de categorización alguna, con cita de jurisprudencia (v. fs. 798).

Con esta perspectiva concibe el vicio manifiesto del voto mayoritario por violar el principio de no contradicción, al establecer que el acto carece de la motivación exigida y que el vicio, si bien convalidable no habría sido subsanado contraviniéndose el artículo 108 de la Ordenanza General 267/1980, y doctrina de V.E. por consagrar una solución contraria (v. fs. 798 vta.).

Así remarca que "*...el vicio de nulidad relativa para ser válido necesitaba ser subsanado mediante un acto jurídico que lo convalidara purgando el vicio nulificante*", para añadir: "*Dicho acto no existió por parte de la Municipalidad de Junín; no obstante ello, el tribunal a quo, contradiciendo sus propios argumentos, lo considera válido...*"; por lo que la autocontradicción resultaría palmaria.

En otro aspecto entiende que es inexacta la afirmación del voto mayoritario en cuanto a que no se ha demostrado el perjuicio actual o potencial derivado de la enajenación de los inmuebles, dado que las parcelas resultarían encuadradas en el artículo 2° del decreto ley 9533/1980 e incorporadas al dominio de la Municipalidad mediante la Disposición 2059 del 23 de setiembre de 1994, de la Dirección Provincial de Catastro Territorial, por lo que no advierte otro destino que el uso público, espacio verde o espacio libre público, en tanto no obraría ningún registro objetivo que señale lo contrario u otro fin diferente (v. fs. 799).

Resalta que la preservación de los espacios verdes tiene la misma importancia en los parcelamientos existentes o a crearse, conforme el principio de no regresión, que relaciona con el derecho al ambiente sano como un derecho individual de incidencia en los colectivos homogéneos, establecido por la Ley General del Ambiente de conformidad con los artículos 2°, 3°, 4°, 6°, y concordantes; 2°, 7° y 9° del decreto ley 9533/1980 y 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, con cita de doctrina (v. fs.799 y vta.).

Concibe como consecuencia la descalificación del fallo en cuanto a que no se ha podido demostrar el perjuicio concreto, actual o potencial, que como vecinos supondría la desafectación de la reserva fiscal, al tratarse de la enajenación de espacios libres públicos relacionados con el derecho al ambiente sano.

En función de ello señala al ambiente como derecho humano hacia la naturaleza como obligación individual y colectiva, abarcador de su territorio y su contenido urbanístico, ecológico (v. fs. 800).

Acentúa la necesidad de preservación de los espacios verdes conforme a la Ley General del Ambiente, que contiene carácter imperativo a favor de las generaciones futuras, perfil demostrativo del daño potencial que generaría la enajenación por la Municipalidad de las parcelas que forman la reserva fiscal.

Finalmente considera que el fallo viola la protección establecida por el artículo 13 del CCA por el daño ambiental ocasionado a intereses tutelados por el artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y los artículos 2, 4 y 6 de la ley 25675.

Concluye afirmando el absurdo manifiesto en el razonamiento sin sustento en la causa, la errónea aplicación de la ley, con violación de la doctrina autoral y jurisprudencial.

**IV.-**

Recibidas las presentes actuaciones en vista del remedio procesal deducido -que tiende a proteger como vía idónea el derecho al ambiente- me encuentro en condiciones de sostener que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley podría ser atendido.

**1.-** De manera preliminar adelanto en cuanto las cargas procesales la pieza recursiva abastece la suficiencia del embate al fracturar la conclusión decisiva de segundo nivel, por advertir del error en la aplicación de la ley en la concreta impugnación de las motivaciones del fallo al demostrar la violación

de los preceptos en que se sustenta (SCJBA, conf. A. 71980, "M., D.", sent., 06-04-2016; A. 70.029, "*Comas*", sent., 15-12-2010; A. 69.983, "*Maglione*", sent., 10-03-2011; A. 70.211, "G., M.", sent., 18-05-2011; A 72.831, "*Abadie*", sent., 06-12-2017; A 75.191, "*Bais*", res., 07-08-2019; A 74.114, "*Massalín Particulares* SA", sent., 20-11-2019, e. o).

De ello se desagrega que el resolutorio no valora el contexto de la situación en el marco de una adecuada e integral justipreciación del caso, a tenor de la sana crítica (conf. art. 384, CPCC).

En definitiva, se ha cumplido con la carga impuesta por el artículo 279 del Código Procesal Civil y Comercial, que estructura mediante la impugnación un criterio que denota la característica de la suficiencia recursiva.

Desde que el derecho al ambiente se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida y desde el punto de vista normativo, con los artículos 19 y 41 de la Constitución Nacional; 28 apartado 3ro. y 5to de la Constitución Provincial, siendo extensivo no sólo como derecho y obligación individual, sino también colectiva.

En tal sentido, el derecho al ambiente de los habitantes (art. 28 apartados primero y quinto, Constitución de la Provincia de Buenos Aires) implica que la actividad estatal -o en su caso la privada- no genere situaciones que le pongan en peligro genérico, sin olvidar que el Estado debe garantizar la preservación de dicha prerrogativa con acciones positivas.

Es aquí que el principio de razonabilidad se enlaza con el debido proceso formal al suministrar la noción que nadie puede ser privado judicialmente de sus derechos sino por un razonable respeto a los valores superiores de los bienes constitucionalmente protegidos.

Los derechos fundamentales gozan de una posición preferente en el ordenamiento jurídico.

Desde una perspectiva estrictamente formal, ello se deriva de su ubicación dentro del texto constitucional y, desde una perspectiva material, en la instrumentalidad del ordenamiento en pos de su respeto.

La condición de esenciales o fundamentales de los derechos en el Estado Constitucional implica la prevalencia de ellos sobre toda norma anterior o sobrevenida, en la medida que tales derechos constituyen un límite al ejercicio de las competencias obligando a todos los poderes estatales como establecen los artículos 41 de la Constitución Argentina y 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (Asimismo, art. 75 incisos 22 y 23, párrafo primero de la Carta Argentina, pudiendo ser aplicados directamente ya que constituyen parte de la Constitución).

La tercera generación de derechos humanos son los llamados derechos colectivos de la humanidad entera, lo conforman el derecho al desarrollo, el derecho a un ambiente sano y el derecho a la paz (Antonio Augusto Cançado Trindade, "*Derechos Humanos, Desarrollo sustentable y Medio Ambiente*", IIDH/BID, San José de Costa Rica/Brasilia, 1992; UN CENTER FOR HUMAN RIGHTS: The realization of the right to development, HR/PUB/ 91/2, Naciones Unidas, New York, 1991; Pedro Niken, "*El Derecho Internacional de los Humanos*", Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, vol. 57, 2013, pp. 19 y 41, ss. y "*El concepto de Derechos Humanos*", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Estudios de Derechos Humanos, Tomo I p. 21).

**2.-** Dicho lineamiento inaugural encuentra justificación probatoria en el expediente N° 4059-232-2012 iniciado por la Municipalidad de Junín (agregado en copia), mediante el trámite de incorporación a su dominio de inmuebles fiscales a través de la Disposición 2059 del día 23 de diciembre del año 1994 (v. fs. 19/20).

Que también da cuenta de la resolución 679/80 del Ministerio de Economía de la Provincia de Buenos Aires de fecha 8 de octubre de 1980, por la que se gestiona la implementación de una norma legal, que permita cumplir con los términos de la ley 9533, con el fin de *lograr* " [...] *el procedimiento que permita mayor agilidad en el desenvolvimiento estatal y que el proceso de fortalecimiento de las instituciones municipales -que constituyen uno de los basamentos del accionar del gobierno provincial- quede claramente ratificado con*

*las decisiones de política legislativa que contiene // Que ello exigirá el responsable ejercicio de las atribuciones consiguientes ya sea para reservar el destino de los espacios verdes públicos, como así también en lo referido a la adopción de medidas adecuadas* [...]".

Asimismo persigue la reserva del destino de los espacios verdes y públicos "[...] *en una primera etapa de cumplimentación de las referidas disposiciones, se ha confeccionado un registro que cuenta con una cantidad de predios que se presentan en condiciones de ser incorporados a las comunas* [...] *mediante la entrega de la posesión ...en el estado ocupacional que se encuentren,* [...] *que por la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad, se concrete una toma de razón marginal o asiento en la matrícula, según corresponda, donde conste, a) que el bien corresponde al Dominio Municipal - Ley 9533*" (v. copia expte. N° 4059-232-2012, fs. 29/31, 50/51 y 53/54).

En este recorrido reglamentario a partir de la decisión autorizada el día 5 de diciembre del año 2013, por el Concejo Deliberante de la Municipalidad de Junín, promulgada por decreto del Departamento Ejecutivo el día 9 de diciembre de igual año, se dispuso desafectar las reservas fiscales designadas como Circ. IV - Sec. B – Fracc. 4 – Parcelas 1 y 2 – Partidas 35406 y 35407.

Posteriormente mediante la intervención del Departamento Ejecutivo se produce su enajenación mediante el procedimiento de subasta pública definido en los artículos 77, 78, 108 inciso 2°, 159, 225 y 226 inciso 4° del decreto ley 6769/1958; 2°, 3°, 7°, 9°, 19, 25 inciso "c" y 39 inciso "b" del decreto ley 9533/1980.

En este orden, por un lado, la ordenanza refleja la nulidad del procedimiento al desconocer la ley de ordenamiento territorial y normas de derecho ambiental en la venta de bienes municipales con cometidos públicos (arts. 2°, 7° del decreto ley 8912/1977; 1°, 2° incs. "c y d" y 8 apartado "b" de la ley 11723; 14, inciso "b" *in fine*, "*La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general*", conf. art. 7° del Código Civil y Comercial; Rafael

Bielsa "*Derecho Administrativo*", 7ma edición actualizada por Roberto Enrique Luqui, Thomson Reuters- La Ley, 2017, T III, págs. 1687, 1696.

Por otro lado, coexiste el boleto de compraventa de fecha 22 de julio del año 2014 y el trámite de regularización e incorporación al dominio municipal mediante la inscripción de los inmuebles provinciales de los que el decreto ley 9533/1980 consagra a la Municipalidad su titularidad dominical en la condición de reserva fiscal por Disposición 2059/1994 (v. fs. 19/20).

Mientras, asimismo, las referencias registrales y las concernientes al entorno de los bienes, junto a la terminología de la ordenanza cuestionada, comprueban de manera indubitada, esencialmente un destino que refleja su utilización en pos del interés público como "Reserva Fiscal".

A su vez, paralelamente el Concejo Deliberante de la Municipalidad de Junín dispone desafectar como reserva fiscal, entre otros bienes las parcelas referenciadas, facultando al Departamento Ejecutivo a proceder a su enajenación, bajo el procedimiento de subasta pública (v. Ordenanza 4603/2004: "*La localización de los espacios verdes y las reservas para uso público serán determinadas por la autoridad de aplicación, la que podrá decidir su agrupamiento a fin de conformar ámbitos significativos de uso público en la estructuración del espacio urbano. Asimismo, la autoridad de aplicación podrá proponer la permuta de reservas fiscales, una vez desafectada de su destino original, por inmuebles de propiedad particular cuando se persiga la conformación de reservas de mayor dimensión que las preexistentes o ubicadas en mejor situación para satisfacer el interés público // La autoridad de aplicación podrá exigir la forestación de los espacios destinados a las áreas verdes de uso público*", fs. 103 vta. y Ordenanza 6446, 05-12-2013 promulgada por decreto 3635 del 09-12-2013, fs. 72/73).

Sin embargo las parcelas citadas registran una afectación con origen en la cesión que operó para la fundación de los pueblos mediante la ley 3487 y el decreto 5626/1966, por ello ha de entenderse que se recurre a desafectar los bienes inapropiadamente; cuestión por la que no se puede pretender calificarles como pertenecientes al dominio privado, clasificación

jurídica que envuelve "[...] *una situación sistemática compleja, en la cual una norma derivada de una norma implícita prevalece sobre una norma derivada de una norma explicita*".

Para continuar: "*Desde nuestra perspectiva, la situación estándar de la derrotabilidad jurídica debe ser reconstruida* [...] *nadie se puede beneficiar de su propio ilícito* [...]" (conf. Giovanni Batista Ratti, "*Lógica de las normas, coherencia y metodología jurídica*", Ed. Olejnik, 2017, pp. 59 y 66).

Del mismo modo, la exigencia de la constancia en la matrícula y minuta de inscripción de la situación de los bienes como "Reserva Fiscal" -conforme la ordenanza 6537- señala la orientación del sistema enderezado a cubrir el interés general, que explica el consentimiento de la demandada al confeccionar y diligenciar la documentación tendiente a producir la inscripción definitiva durante el período octubre del año 2013 hasta diciembre del año 2014 (v. fs. 81/101 y correspondencia de fs. 98/99 del expte. adm., acto de fecha 27-05-2014: "*Artículo 1°: Acéptase la incorporación al dominio municipal de los inmuebles provinciales que el decreto ley 9533/80 le atribuye* [...]").

En suma, el carácter de reserva fiscal en los datos de inscripción requeridos y complementados, destacan el patrón en cuya virtud los inmuebles fueron incorporados al uso y goce de la comunidad (v. pericia, fs. 488 punto quinto y 516/518; conf. Miguel Santiago Marienhoff, "*Tratado de Derecho Administrativo*", T. V, Ed. Abeledo Perrot, 2011. pp. 145, 162 letra e), 177 y vta.; arts. 9° y 12 de la ley 3487; 1°, decreto 5626/1966; 7° inc. "f", 60, 61 y 63 del decreto ley 8912/1977).

Por otra parte, no surge de los antecedentes que se haya concretado antes de iniciarse los trámites para la transferencia de los inmuebles el procedimiento de depuración de la situación jurídica de los bienes inscribiéndose en el Registro de la Propiedad Inmueble, cuya constancia a esa altura evolutiva se identifica con la reserva fiscal de ambos lotes bajo un acto complejo imperfecto (conf. Fernando Garrido Falla, "*Tratado de Derecho Administrativo*", Ed. Tecnos, 1992, Vol. II. p. 482 letra b).

Desde este punto de vista advierto que la provincia dispone a favor de la Municipalidad los bienes en litigio con un destino de utilidad comunitaria como traduce el expediente en copia 4059-232-2012, la cual no logra perfeccionarse y que, conforme al origen, a la normativa aplicable, a la decisión provincial y municipal quedan en su identificación -en estas condiciones- fuera de su consideración del ámbito privado (v. fs. 61/63 del expte. adm., D.T.R.1°/1982, arts. 2°: "*Toda vez que se ruegue la toma de razón de inmuebles a favor de las Municipalidades en consideración a lo establecido por los artículos 1°, 2° y 4° de la Ley 9.533, será título suficiente la Ordenanza de donde surja el origen determinante del dominio municipal sobre el inmueble, la que contemplara además la Disposición emanada del Director Provincial de Catastro Territorial conforme lo preceptúa la Resolución 591/80. Dicha Ordenanza deberá ser acompañada por una minuta de inscripción -confeccionada al efecto por la respectiva Municipalidad- la que contendrá los requisitos exigidos en el artículo 1° de la presente*" y artículo 3°: "*Las inscripciones originarias a favor de las Municipalidades deberán ajustarse a lo que establece el artículo 2° de la presente y además por lo que a continuación se detalla: a) Copia auténtica de la Ordenanza o Decreto del Departamento Ejecutivo de la Comuna de donde surja el origen determinante del dominio municipal sobre el inmueble (Ley de Ejidos, Ley de Creación del Partido, Ley 9533, etc.). b) Certificación de la Dirección Provincial de Catastro Territorial sobre la no existencia de multiplicidad de inscripciones. c) Plano de ubicación o mención del folio donde se encuentra protocolizado en el Registro de la Propiedad, según lo prescripto por el Decreto Reglamentario de fecha 26 de setiembre de 1913, entelado y con la aprobación de la Dirección de Geodesia en su faz perimetral*").

Es decir, los bienes en cuestión son atribuidos por la Provincia de Buenos Aires al dominio municipal - ley 3487 y decreto 5626/1966- y en atención a la naturaleza y finalidad de la reserva fiscal dispuesta, permitiría su consideración como bien inalienable.

Así expresa el decreto ley 9533/1980 en particular:

Artículo 2°: "*Constituyen bienes del dominio municipal las reservas fiscales de uso público que se hubieren cedido a la Provincia en cumplimiento de normas sobre fraccionamiento y creación de los pueblos como también las que se constituyan para equipamiento comunitario de acuerdo a la Ley 8912*"; y el artículo 7° segundo párrafo:

"*Las reservas fiscales cedidas al Estado en cumplimiento de normas sobre fraccionamiento solo podrán ser enajenadas en caso de justificarse la imposibilidad o inconveniencia de asignarles el destino previsto u otro compatible. En el supuesto de disponerse su venta, los fondos que se obtengan deberán aplicarse prioritariamente a la adquisición de fracciones destinadas a obras o servicios de equipamiento comunitario o para espacios libres o verdes públicos*".

En este sendero la ordenanza tampoco expresa de acuerdo a la disposición del artículo 7° del decreto ley 9533/1980 la imputación a realizarse con el producido de los fondos, por lo que no menciona en concreto la utilización de los mismos.

Subrayo que los bienes pertenecen al dominio municipal, y a una finalidad pública, gobernados por los decretos leyes 9533/1980 y 8912/1977, y también cubiertos por aquellas normas de contenido ambiental (v. Jerzy Wróblewski, "*Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*", Ed. Olejnik, 2018, p. 87, cap. "*Instituciones y funciones de la interpretación constitucional*").

Conforme la doctrina autoral dicha afectación para el uso común dejaría de existir por la desafectación (conf. Carlos Francisco Balbín, "*Manual de Derecho Administrativo*", Ed. Thomson Reuters La Ley, Ed. 2015, p. 353) y tal acto no ha ocurrido de acuerdo al artículo 60 del decreto ley 8912/1977, no obstante, de igual modo se enajenaron los bienes públicos (v. art. 9° del decreto ley 9533/1980). Así se vislumbra que no se habrían cumplido los requisitos determinados en la ley de ordenamiento territorial y uso del suelo, al culminar con la venta en subasta de un inmueble con destino calificado aún cuando haya podido ser desafectado.

"[…] *Desafectar un bien significa sustraerlo de su destino al uso público, haciéndolo salir, por lo tanto, del dominio público para ingresar al dominio privado, sea del Estado o de los administrados* […]" (v. Marienhoff, T. V., ob. cit. p. 169).

Así también el mismo autor expresa: "[…] *pero existen ciertos actos estatales, cuya verdadera trascendencia o significado, en lo atinente a la desafectación, ofrecen dudas. Es lo que ocurre con la venta directa de bienes dominicales, es decir sin desafectación previa* […] *ya que los bienes que están fuera del comercio de derecho privado no pueden ser objeto de enajenaciones o ventas* […]" (Marienhoff, T. V, ob. cit. p. 192).

**3.-** Con motivo de la ocurrencia de los hechos expuestos la recurrente ejercita la actividad previsora ante los riesgos de situaciones desventajosas en la zona de compromiso ambiental frente a la responsabilidad de la autorización en la orden municipal fundada en la inexistencia de la autonomía de la actividad privada,

Situación que ha desencadenado inseguridad al no proveerse lo necesario en relación a la cualidad de los bienes dominicales, ante la desafectación irregular por inaplicación de las normas en su conjunto. El acto del poder comunal que lesiona la efectividad del contenido del derecho al medio ambiente resume la indisponibilidad en el quehacer inmobiliario.

Síntesis que explica, por un lado, la procedencia de su protección condicionada a la aplicación directa, como indican la ejecución inmediata de las normas constitucionales, presumiéndose la autosuficiencia basada en el carácter líquido y cierto de su contenido, de su sentido, el cual pone al ambiente sustentable como derecho humano de preferente elección.

El carácter de universal e intransmisible del derecho al medio ambiente impone interpretar y aplicar las normas jurídicas y cualquier acto jurídico en general, de la forma más favorable para la efectividad y maximización de su contenido (v. Juan Carlos Cassagne "*Curso de Derecho Administrativo*",

11ª. Ed. actualizada, 2016, Thomson Reuters- La Ley, pp. 330 final y 334 primer párrafo).

Justificación que luce adecuada al comprobar que no se han tomado las precauciones para respetar los derechos fundamentales junto a la deficiente racionalidad que se atribuye al procedimiento que no se apega a las postulaciones del cuerpo jurídico.

Desde que perseguir un fin que no es protegido por la primacía constitucional es ilegitimo (v. Fernando Osvaldo Rozas, Gustavo Alfredo Horacio Ferrari, "*Constitución de la Provincia de Buenos Aires*", Scotti Editora-Zavalía, 2016, art. 195: "*Todos los actos y contratos emanados de autoridades municipales que no estén constituidas en la forma que prescribe esta Constitución, serán de ningún valor*", p. 335, párrafo final).

Aquí puntualizo que el artículo 60 del decreto ley 8912/1977 (texto según ley 13127), establece: "*Por ninguna razón podrá modificarse el destino de las áreas verdes o libres públicas, pues constituyen bienes del dominio público del Estado, ni desafectarse para su transferencia a entidades o personas de existencia visible o personas jurídicas públicas o privadas, ni aún para cualquier tipo de edificación, aunque sea de dominio público, que altere su destino. Todo ello salvo el caso de permuta por otros bienes de similares características que permitan satisfacer de mejor forma el destino establecido*".

**4.-** Se advierte que la comuna no ha utilizado un instrumento que implique ese reconocimiento inherente a los bienes estatales que se le han adjudicado en virtud de la entrega efectuada por la Provincia de Buenos Aires respecto de una reserva fiscal de interés socio ambiental.

En cuanto a la racionalidad de la ponderación respecto de la disposición de los bienes y atendiendo también, a las exigencias de los artículos 2° y 7° del decreto ley 9533/1980 la ordenanza tampoco ilustra sobre las necesidades económicas del municipio para proceder a su desprendimiento (v. también, arts. 55, 158 y 159, decreto ley 6769/1958).

Luego se colige que los inmuebles emplazados a subasta no están en el entorno jurídico permisivo de su disposición al no haberse satisfecho los postulados señalados por el sistema vigente, colisión que denota la violación a la regulación legal existente que impone asegurar su vigencia efectiva al ser intrínsecamente injusto desconocer "[...] *los valores jurídicos armoniosamente combinados entre sí* [...]" (v. Eduardo Juan Couture, "*Obras. I. Fundamentos del Derecho Procesal Civil*", Edit. La Ley, 2010, p. 434, tercer párrafo; "Obras. II. *La Constitución y el Proceso Civil*, Ed. La Ley, 2010, p. 166 último párrafo; Pierluigi Chiassoni, "*Técnicas de interpretación jurídica*", Ed. Marcial Pons. 2011, p. 174, y nota 173, destaca en lo que es de interés, la ponderación de los intereses y el juicio de razonabilidad sobre las leyes).

Estas eventualidades, referidas a los bienes de uso público desde su origen, reservas fiscales, indican que estos se encuentran sujetos a controles precisos y restricciones procedimentales que impiden considerar viable su enajenación por una simple conveniencia o sin justificación sustentable. Así el Código de Ordenamiento Urbano y Ambiental para el Partido de Junín, capítulo I, en cuanto la integración urbana de los barrios existentes -con respecto al tratamiento del espacio público- impulsa la caracterización y jerarquización de los espacios verdes a nivel barrial que promociona y facilita la disponibilidad del suelo para la estructuración de dicho espacio, que conforman las dimensiones del mejoramiento para la protección de los ambientes naturales y la forestación.

Atiende a los procedimientos de nivel local para el resguardo y promoción de la calidad ambiental, entre los cuales se destaca el de Evaluación de Impacto Urbano Ambiental, cuestión esta ausente en las parcelas producto del proceso de subdivisión de tierras que diera origen a la conformación de la Reserva Fiscal de una superficie mayor a siete mil metros cuadrados cada una.

A su vez prevé para las aéreas de expansión urbana las cesiones de espacios públicos para espacios verdes y equipamiento social que aporten a la identidad de los barrios.

Regula en el capítulo noveno la preservación ambiental para la rehabilitación y defensa de la flora, fauna y equilibrio ecológico, preservación del arbolado y la forestación, y reitera la necesidad de evaluación del impacto ambiental de los emprendimientos encuadrados en las competencias municipales.

No puedo dejar de destacar el derecho a un ambiente sano, saludable y sostenible de los habitantes del barrio sobre los espacios libres existentes, que ya gozaban de una añeja forestación y ello merece ser valorado en forma independiente del desarrollo urbanístico y paisajístico dada la especial trascendencia para las generaciones futuras (v. arts. 41, Constitución de la Nación Argentina; 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 2, 4 y 6 de la ley 25675; v. Plano de Dirección de Geodesia, N° 54-75-56 obrante a fs. 20, 439 y 471).

En este camino la jerarquía ambiental, la trascendencia por el contraste perjudicial en la utilidad social verifican la ausencia de un procedimiento justo actuado sobre la naturaleza de un derecho fundamental que en el ordenamiento goza de una fuerza normativa de mayor preferencia (v. Jürgen Habermas, "*Facticidad y Validez*", Ed. Trotta, 2010, p. 281; "[...] *la coherencia es una medida de la validez de un enunciado, que es más débil que la verdad analítica asegurada mediante deducción lógica, pero más fuerte que el criterio de ausencia de contradicción* [...]").

En la cuestión planteada, resulta de particular importancia la aplicación del control de razonabilidad por el balance de los riesgos y beneficios de las autorizaciones (v. María Angélica Gelli, "*Constitución de la Nación Argentina*", Edit. Thomson Reuters-La Ley, 2018. T.I., p. 752, segundo párrafo, art. 41 de la Constitución Argentina: "*Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley // Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional*

*de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales* [...]"). En este marco, la ley nacional 25675 (BONA 28-11-2002) establece los presupuestos mínimos para una gestión sustentable y adecuada del ambiente, las obligaciones a cargo de todos los organismos del Estado Argentino, la legitimación de sus habitantes de gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, con el deber consiguiente de conservarlo y protegerlo (v. arts. 2, aps. a/c, 3, 4, 5, 9, 32 y 33; arts. 41 y 43 de la Constitución Argentina; art. 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

En igual sentido la Provincia de Buenos Aires mediante el régimen de la ley 11723 (BOBue, 22-12-1995) establece la protección del ambiente en general, la participación en los procesos en que esté involucrado el manejo de los recursos naturales, la *protección, conservación, mejoramiento y restauración del ambiente, y el derecho de solicitar a las autoridades la adopción de medidas tendientes al logro del objeto de la ley y su aplicación, así especialmente: "En lo referente a la localización y regulación de los asentamientos humanos" (v. arts. 1, 2 incs. "c" y "d", y 8 apartado "b"; v. Claudio Raffaele Luzzati, "El principio de autoridad y la autoridad de los principios", Edit. Marcial Pons, 2013, p. 51).*

**5.-** *De tal manera se comprueba la censura sobre los fundamentos expuestos por el Tribunal de Alzada.*

*Se encuentra verificada la desproporción entre los medios empleados, tal como lo expone el recurrente en cuanto a la ausencia de aplicación efectiva de la ley 25675 como cuestión prioritaria la tutela del derecho ambiental y del artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires al garantizar el derecho al ambiente sano y su preservación para generaciones futuras; como así también, en el tratamiento de la enajenación de espacios libres públicos en el amparo de los artículos 2° y 7° del decreto ley 9533/1980 (v. Vittorio Benito Frosini, "La letra y el espíritu de la ley", Ed. Olejnik, 2017, pp. 123 y ss.).*

*Al respecto, el Tribunal interviniente considera que la pretensión anulatoria de la ordenanza N° 6446/2013 de la Municipalidad de Junín,*

*y de la licitación pública N° 08/2014, sobre cuya base se dispuso la enajenación de las parcelas calificadas como reservas fiscales, por no tener un destino asignado, es pasible de una nulidad relativa subsanable.*

*Al detenerse en el destino, descalifica la cuestión ambiental de la cual no se hizo cargo la autoridad municipal quedando lo resuelto como mero consejo del Tribunal (conf. Néstor Pedro Sagüés, "La interpretación judicial de la Constitución", Ed. Lexis Nexis, 2006, p. 10)*

Advierto, asimismo que, por el contrario, la nulidad luce insalvable por su falta de motivación con relación al derecho ambiental como derecho humano de incidencia colectiva por conducir la acción municipal a la desafectación en perjuicio del interés comunitario (conf. Carlos Santiago Nino, "*Un país fuera de la ley*", Ed. Ariel, 2019, p. 41).

Existe un mandato objetivo en la estructura jurídica que impone -a causa de la violación de los límites y vinculaciones trazadas por el contenido esencial de los derechos- su reconocimiento.

Ello implica la prohibición de no adoptar ningún medio idóneo para lograr el fin que preexiste en las disposiciones fundamentales a nivel provincial o nacional (conf. Antonio Manuel Peña Freire, "*La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*", Ed. Trotta, 1997, pp. 114 y 222, espec. en cuanto a la supremacía y a la prohibición de fragmentar la Constitución). Dicha desatención evidente del fin abiertamente encaminado a perjudicar la prescripción profunda e imperativa constitucional, no debe ceder ante ninguna otra razón como la invocada en su contra, es irrestringible (v. José Juan Moreso Mateos, "*La Indeterminación del Derecho y la Interpretación de la Constitución*", Ed. Palestra, 2014, p. 144 y nota 2, con cita de Ernesto Garzón Valdés, "*Instituciones Suicidas*", en Isegorría/9, 1994, p. 93; 3.1.: "*La limitación del poder soberano*", "[…] *Y si en lo que he jurado o parte de ello, lo contrario hiciere, no debo ser obedecido; antes aquello en que contraviniere, sea nulo y de ningún valor* […]", Constitución de Cádiz 1812, art. 173, Juramento del Rey).

De tal manera parece poco plausible entender que los bienes protegidos pudieran quedar sin cobertura por la actividad municipal toda vez que menoscabar los fines enarbolados en la Constitución y en las normas de aplicación cobijaría un quebranto palmario a los intereses públicos garantizados por ellas, habitantes y hábitat en el derecho a un ambiente sustentable.

Esta dimensión se entiende como un deber colectivo -en el que todos estamos obligados- y en ayuda mutua, que, en el caso, la disposición de las parcelas omite toda consideración y límites, deviniendo la solución impugnada ajena a toda validez.

Por lo que no puede existir una disposición municipal contraria a las normas legales y fundamentales.

Vale decir que la intervención del poder público local no ha observado las exigencias de protección eficiente del derecho fundamental al no favorecer su realización en la mejor medida posible.

En conclusión, luce una norma municipal que no protege el derecho al medio ambiente en forma óptima dado el favorecimiento decretado, que en sentido estricto es inferior al grado en que se realiza el derecho fundamental en función de la prohibición de la protección deficiente (v. María Laura Clérico, "*El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*", Ed. Eudeba, 2016, p. 360).

6.- A partir de esta esencial base previa e impuesto del contenido del voto emitido por mayoría se deriva que la sentencia es sustancialmente incorrecta por el desajuste denunciado en el desarrollo impugnativo demostrativo de los errores que se atribuyen.

En este sentido V.E. ha expresado que existe error jurídico que justifica la tarea casatoria cuando el pronunciamiento recurrido revela una inteligencia restrictiva y parcializada de las normas aplicables al caso, desvirtuándolas o tornándolas inoperantes (SCJBA doct. Ac. 83.114, "*Cooperativa de Agua Potable y otros Servicios de Verónica*", sent., 13-04-2005; A 68272, "*Pérez,*

*E. P.*", sent., 06-05- 2009; A 70716, "*Diaz*", sent., 04-12-2013, del voto del Señor Juez Soria).

Con este lineamiento, luce suficiente el embate deducido, por hacerse cargo del verdadero contenido de los desarrollos realizados por el voto mayoritario, respecto de los fundamentos de hecho y de derecho (SCJBA, doct. L 118219, "*Pozzo*", sent., 04-05-2016, L 120025, "*Callejas Alarcón*", sent., 16-10-2019, sus citas, e. o.).

En función de ello, la motivación de la sentencia, no posee la conexión lógica relativa a los hechos expresados a través de la existencia de las pruebas acompañadas que debilitan la aproximación a cada hipótesis de subsunción del contexto y contenido del proceso (SCJBA, doct. C 121912, "*Cos*", sent., 26-12-2019, voto del Señor Juez de Lázzari y sus citas).

En relación a este tópico la solución definida con esta lógica no ha alcanzado el equilibrio del conflicto a través de la relación de las disposiciones con las circunstancias específicas y valores comprometidos en el caso (SCJBA, doct. Ac. 74.809, "*García, Hermenegildo Justino*", sent., 16-08-2000; L 88058, "*Jakowzuk*", sent., 12-03-2008, e. o.).

Ello a partir de la réplica adecuada a las motivaciones esenciales del pronunciamiento impugnado por cuanto el desarrollo argumental se refiere directa y concretamente a los conceptos sobre los se ha asentado su decisión.

La crítica denota en su plataforma una reflexión acerca del modo en que debieron apreciarse las distintas constancias de la causa.

Con este perfil, se detecta la quiebra de la normativa adjetiva y sustancial, cuestión que evidencia la autosuficiencia recursiva.

V.E. dijo que el escrito con que se interpone y funda el recurso de inaplicabilidad de ley debe cumplir con la misión que le asigna el artículo 279 del Código Procesal Civil y Comercial, es decir, demostrar la existencia de violación o error en la aplicación de la ley, de modo tal que los argumentos

que en él se formulen  referirse directa y concretamente a los conceptos que estructuran la construcción jurídica en que se asienta la sentencia (SCJBA, Ac. 79.513, "*Di Benedetto*", sent., 23-12-2002; Ac. 80.763, "*Melo*", sent., 02-04-2003; C106300, "*Banco de la Provincia de Buenos Aires*", sent., 12-03-2014; *C* 104195, "*Lede*", sent., 21-02-2018, e. o.).

7.- Sucede que, si bien el entorno natural se halla formalmente situado fuera del hombre, éste lo siente y defiende como propio, como parte de sí mismo, como un valor interior sobre el que no puede detentar una relación de dominio.

En virtud de su continua e íntima conexión con la supervivencia y bienestar humano, el ambiente es jurídicamente un atributo fundamental de los individuos.

SP Francisco en la Carta Encíclica "*Laudato sí*", Sobre el cuidado de la casa común nos recuerda: "*El medio ambiente es un bien colectivo, patrimonio de toda la humanidad y responsabilidad de todos. Quien se apropia algo es sólo para administrarlo en bien de todos. Si no lo hacemos, cargamos sobre la conciencia el peso de negar la existencia de los otros*", núm. 95).

Para afirmar: "*Entonces no podemos pensar que los proyectos políticos o la fuerza de la ley serán suficientes para evitar los comportamientos que afectan al ambiente, porque, cuando es la cultura la que se corrompe y ya no se reconoce alguna verdad objetiva o unos principios universalmente válidos, las leyes sólo se entenderán como imposiciones arbitrarias y como obstáculos a evitar*" (núm. 123).

"*La ley general 11.723 garantiza con claridad a todos los habitantes de la provincia el derecho a participar en los procesos en que esté involucrada la protección, mejoramiento y restauración del ambiente en general (art. 2 inc. "c"), derecho que el Estado provincial y los municipios  acatar (art. 5, primer párrafo) reglamentando un procedimiento de autorización de obras que rinda tributo a los principios que la ley protectora del medio ambiente enfatiza*" (SCJBA, A 72844, "*Estivariz, Carlos A. y ot.*" sent., 17-06-2015, con cita de la causa Ac. 90.941, "*Sociedad de Fomento Cariló*", sent., 08-03-2006, voto de la Señora Jueza Kogan).

Asimismo, se sostiene que la aludida participación que también tiene base normativa en los artículos 19, 20 y 21 de la ley 25.675, reconoce su raíz en la garantía que plasma el artículo 28 de la Carta local, en cuanto consagra el deber del Estado de garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales (conf. causa cit. "*Estivariz*").

Lo expuesto no quita a que, en base a las reglas de la autoridad reglamentaria, el poder administrador lleve adelante la competencia para innovar e instituir las condiciones o requisitos limitantes que, aun cuando no hayan sido contemplados por el legislador de una manera expresa, sean congruentes con el "*espíritu*" de los nuevos principios constitucionales, que contribuyen, prudentemente, a la finalidad esencial a la que aquélla se dirige (v. Carlos Libardo Bernal Pulido, "*El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*", Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 114, 138 y 147).

Por ende, la faz impugnativa reafirma la vigencia y operatividad normativa que reconduce por la descripción reclamada el acompañamiento de la ley superior y no desvirtúa el marco regulador.

**V.-**

Por lo antes expuesto, podría V.E. hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley impetrado (art. 283, CPCC).

La Plata, 6 de octubre de 2020.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

*Sumario* ⬆

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: I 75.708

**“Mendoza Enrique Ramón y Otros c/ Provincia de Bs. As. s/ inconstitucionalidad res. 246 (MRIO. AGRIC.)”, fecha: 27/02/2019**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Mendoza Enrique Ramón y Otros C/ Provincia de Bs. As. S/ Inconstitucionalidad Res. 246 (MRIO. AGRIC.)"
**I 75.708**

**Suprema Corte de Justicia:**

V.E. dispone la intervención en autos de esta Procuración General a tenor de lo dispuesto por el artículo 21 inciso 7º de la ley 14.442.

**1.-** Quienes demandan lo hacen contra la Provincia de Buenos Aires con motivo del dictado de la Resolución 246 -MAGP-18 (BOBue del 17 y 28-12-2018) del Ministro de Agroindustria que tramitara en expediente Nº 22500-4727/18.

Solicitan se declare la inconstitucionalidad de los artículos pertinentes (1° a 5°) de dicha resolución, se ordene mantener la zona de seguridad de 1000 metros en el partido de General Pueyrredón y no remplazarla por zona de amortiguamiento dentro de la cual se podrían realizar fumigaciones por violentar el principio de progresividad, el derecho a la salud y medio ambiente sano consagrado en la constitución provincial.

**2.-** Dicho acto invoca ser la resultante del Grupo de Trabajo Interministerial sobre Buenas Prácticas Agropecuarias (BPA) en materia de aplicaciones de fitosanitarios y regula sobre las zonas de amortiguamiento que, conforme expresa, permitan mejorar la gestión de los factores que condicionan las aplicaciones de fitosanitarios y la convivencia del interés de la comunidad con los valores productivos y ambientales.

**3.-** Por Resolución 2019-24-GDEBA-MAGP (BOBue, 18-02-2019) se modifica uno de los artículos de la mencionada Resolución 246, se

suspende su vigencia (v. art. 2°) por el término de un año y se crea un equipo de trabajo con el objeto de elaborar un protocolo específico de aplicación en zona de amortiguamiento, en el marco de las Buenas Prácticas Agropecuarias de aplicación de Fitosanitarios (v. art 3° y 4°).

**4.-** En consecuencia, estimo que por lo pronto parece prematuro emitir opinión sobre la cuestión de fondo y ello sin perjuicio de lo que V.E. mejor estime resolver.

La Plata, 27 de febrero de 2019.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

*Sumario* ⬆

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: I 72.267

**“Mitchell, Mary Idelba Loris y otros c/ Municipalidad de Junín s/ inconstitucionalidad ordenanza N.° 6187/12”, fecha: 29/12/2015**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Mitchell, Mary Idelba Loris y otros c/ Municipalidad de Junín s/ Inconstitucionalidad Ordenanza 6187/12"
**I 72.267**

**Suprema Corte de Justicia:**

La Sra. Mary Idelba Loris Mitchell y los Sres. Ricardo Ernesto Biasella y Osvaldo J. Acerbo promueven demanda en los términos de los artículos, 161 inciso 1ro. de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 683 y 685 último párrafo y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial, con la finalidad de que V.E. declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 6187/2012 aprobada por el Honorable Concejo Deliberante de la Municipalidad de Junín y Decreto de Promulgación N° 1783 de fecha 13 de agosto de 2012. Ello, por considerar que la normativa señalada infringe la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en sus artículos 11, 12 inciso 4, 28, 38, 44, 193 incisos 5 y 7, siguientes y concordantes (Fs. 93/100 vta.).

Amplían demanda invocando la inconstitucionalidad de la Ordenanza Nro. 6210/2012 Decreto de Promulgación N° 2209, por encontrarse en relación directa e inescindible con la Ordenanza N° 6187/2012, que motivara la demanda original (Fs. 127/130 vta.).

**I.-**

Los actores sostienen, que se encuentran legitimados para promover la presente demanda, "sustentándose en su condición de VECINOS de la CIUDAD de JUNIN (B), titulares del derecho a su AMBIENTE sano, con interés legítimo subjetivo e individual en su preservación, de incidencia en los colectivos y homogéneos de sus habitantes, de igual naturaleza en materia ambiental, de los que también resultan co-titulares con referencia al uso del suelo y tierras de dominio municipal" (Fs. 93 vta.).

Señalan, con cita del artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Bs. As., que el mismo, "en cuanto establece la garantía de derechos individuales sobre el "AMBIENTE" que nos rodea y envuelve -desde lo "urbanístico de la Ciudad" y sobre el uso de "su suelo"-, otorga a la calidad de vecinos, la legitimación de parte interesada, para recibir la debida INFORMACION y proceder, a través de la participación en calidad de ciudadanos, a requerirla -cuando les sea negada u omitida-, por todos los medios legales reconocidos exigiendo, fundamentalmente con ello, ser oídos por el Municipio, como la única alternativa legítima, para que el proceso de renovación urbana se lleve a cabo, cuidando y preservando la calidad del medio ambiente de la que somos consumidores, respetando los derechos emergentes, contemplados expresamente por la normativa aplicable" (Citan los artículos 2°, inciso "a", "d", "e" y "f" de la Ley 8.912 (t.o) y 38 de la Constitución de la Provincia de Bs.As.) (Fs. 94).

Expresan que "... la impugnación formulada, encuentra su justificación en la carencia de motivación de la Ordenanza Nº 6187/2012, toda vez que ésta no consigna ni la justificación de la autorización concedida para la enajenación del inmueble de dominio Municipal (Texto de s/único art. 1º) ni el destino a otorgarse al predio en cuestión, en incumplimiento manifiesto de lo dispuesto por los artículos 1; 11 primer párrafo; 12, inciso 4º; 28; 38; 44; 193 incisos 5º y 7º y concordantes de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, defectos que resultan de suficiente gravedad, como para declarar su nulidad, atento que violentan claramente el Sistema Republicano, consagrado por la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en concordancia con lo dispuesto por la Constitución Nacional, tomando arbitraria la norma dictada" (Fs. 95 vta.).

Entienden que la Ordenanza cuestionada, violenta y pone en riesgo derechos individuales subjetivos v de interés legítimo de los actores, que resultan de incidencia sobre los colectivos v homogéneos de igual naturaleza, como lo son los derechos ambientales de los habitantes de la Ciudad de Junín, garantizados desde lo individual y los derechos participativos preventivos, de riesgos sobre el ambiente sano, social y ecológico (artículo

161, inc. 1º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y arts. 683; 685, último párrafo y ccs., del Código Procesal Civil y Comercial) (Fs. citada).

Denuncian que "... las CONDICIONES de INFORMACION PÚBLICA de los estudios técnicos y dictámenes, emitidos por los Organismos específicamente determinados por la normativa legal, acorde con las constitucionales y la participación ineludible de los habitantes e integrantes de la comunidad, a través de las AUDIENCIAS y/o CONSULTAS PUBLICAS, cuando de alteraciones urbanísticas incidentes sobre la calidad del ambiente de la Ciudad se trata, como es el caso de la Ordenanza impugnada (arts.28; 11; 12 inc. d"; 15; 44 Constitución de la Provincia de Bs.), DEVIENEN DE IMPERATIVO CUMPLIMIENTO por parte del Municipio, porque así lo exige la normativa vigente, de rango superior en la materia (Ordenanza N° 4516/2003, artículo 2°; Código de Ordenamiento Urbano y Ambiental de la Municipalidad de Junín (B); Ley N° 8.912, de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo (t. o.), artículo 2° y concordantes)" (Fs. 95 vta./96).

Por tanto, cuando como en el caso, se autoriza la ENAJENACION de uno de los inmuebles de dominio Municipal de mayor VALOR (exclúyase la tentación de interpretarlo como sinónimo de "precio"), tanto por su ubicación de privilegio, como por su integración a un entorno edilicio preservado, legal y socialmente durante años, con el objeto de mantener la armonía arquitectónica y paisajista del sector y por la representatividad, casi como ningún otro, de la identidad de la Ciudad de Junín... -tal vez el último existente con tales características-, se está alterando la conformación del "medio ambiente" que contiene y que forma parte de las "circunstancias" de sus habitantes, conjuntamente con el uso del suelo de la Ciudad y de su valor estético, cultural e histórico, en forma ilegítima e injustificable,...por cuya razón, el planteo formulado se encuentra di-rectamente relacionado con los derechos individuales "de goce y preservación del ambiente sano", de naturaleza individual y participativa. (conc. artículo 28 de la Constitución Nacional)" (Fs. 96).

Adunan que, a través de la Ordenanza en crisis, se estaría autorizando la enajenación de un inmueble, vinculado a un presunto propósito

no explícito, de construir un megaemprendimiento edilicio de doscientos departamentos en torre y anexos comerciales (conf. a e/declaraciones formuladas a medios locales, entre otros, por el Sr. Secretario de Gobierno, Dr. Mauro Gorer) (Fs. citada).

Manifiestan que el Proyecto de Ordenanza (Expediente N° 4059-4043/ 2012), venido desde el Departamento Ejecutivo-s/Secretaría de Obras y Servicios Públicos-, ha sido tramitado, frente a la inexistencia de estudios previos del Consejo Asesor y/o dictamen sobre el impacto ambiental (denominado "impacto negativo"), que ocasionaría el traslado propiamente dicho, ambos elementos insoslayables para poder otorgar legalidad a su eventual autorización. Asentada sobre esos "olvidos", fue sancionada la Ordenanza N° 6817/2012, impugnada por esta demanda (Fs. citada).

Explican que "… aún cuando, con objeciones, podríamos aceptar tratar la hipótesis de la conveniencia del traslado de la Terminal, el Proyecto suma nuevos "olvidos", en cuanto a la obligación de fundar, con estudios y/u opiniones responsables, las razones de su URGENCIA, y de otorgarles su máxima publicidad, manteniendo sobre el particular, un silencio inaceptable frente a la Comunidad, violentando una vez más, el procedimiento y sus responsabilidades legales (Fs. Citada)

Resaltan la gravedad "… que adquiere la confirmación de la existencia de RIESGO AMBIENTAL, presente y latente, vinculado con la autorización de enajenación, sancionada por la Ordenanza N° 6187/2012, a través de un único artículo, respecto del inmueble identificado por la Nomenclatura Catastral: Circunscripción 1, Sección K, Manzana 64a; Partida inmobiliaria N° 5892; delimitado por las calles Winter, Belgrano, Avda. San Martín y Rivadavia) (Art 1 ° del Proyecto de Ordenanza, remitido al Honorable Concejo Deliberante, por el Departamento. Ejecutivo-Secretaría de Obras Publicas-, Expediente. N° 4059-4043/2012. Y así resulta, ya que esa autorización de enajenación, fue sancionada sin tener el Proyecto del Ejecutivo, reunidas las condiciones establecidos por el Código de Ordenamiento Urbano de la Municipalidad de Junín (B), al carecer de todo

dictamen proveniente del Consejo Asesor y/o de estudios de impacto ambiental para, "supuesta mente", afectarlo a la construcción de "viviendas multifamiliares", en línea con las autorizadas para esa zona y acorde con los factores de ocupación exigibles (conc. artículo 2º, Ordenanza N° 4516/2003) (Fs. 97).

Explicitan que "Es por tales razones que en el caso, la sanción de la Ordenanza Nº6187/2012, queda vacía de las condiciones urbanísticas nece¬sarias para la preservación del "medio ambiente", ante el reconocimiento objetivo y pleno, de que "necesitaba como CONDICION previa no cumplida", la posible -o no-, "modificación" de los factores de ocupación total (F.O.T.) y del suelo (F.O.S.) del terreno en cuestión. Recién entonces se habría encontrado legalmente habilitado para su afectación al emprendimiento inmobiliario, presuntamente pretendido por la iniciativa privada, circunstancia que le quita toda validez (artículo 528 del Código Civil), ya que el Proyecto v/o la excepción, no podrán afectar el INTERES GENERAL de la comunidad (Ordenanza Nº 5131/2006; Decreto N° 9.533/80, artículo 9; Ley Provincial N° 8.912 (t.o); Ley de Ordenamiento Territorial y Urbanístico, artículos. 4, 102, 103 y concordantes), de Orden Público y obligado cumplimiento, tanto para las personas privadas como públicas, todo lo cual se encuentra bajo la protección de Normas de fondo y Constitucionales que le son inexcusablemente aplicables (Protección ambiental, artículo.22 del Código Civil; artículos 27 y concordantes de la Constitución de la Provincia de Bs. As. y artículos 5 y 31 de la Constitución Nacional)" (Fs. 97 vta.).

Argumentan que "En el caso del Municipio de Junín (B), si bien le son reconocidas atribuciones para enajenar inmuebles de dominio municipal (art.1 93, incisos 5 Y 7 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y artículos 55 y concordantes de la Ley Orgánica de Municipalidades), su poder de policía municipal sobre esos bienes, "es de naturaleza pública", por lo cual está sometido, entre otras, a las "limitaciones" de las normas de Ordenamiento Urbano y Ambiental, tanto Municipal como Provincial. Dicha limitación impone que al tiempo de sancionar Ordenanzas, éstas cumplir con las normativas generales vigentes en materia urbanística y ambiental, sean Municipales y/o Provinciales. (Ordenanza Municipal Nº 4516/03; Código

de Ordenamiento Urbano Ambiental, de la Municipalidad de Junín (B); Ley Provincial n" 8.912 (t.o.) (Fs. citada).

Ofrecen prueba y solicitan medida cautelar de prohibición de innovar.

A fs. 127/130 vta. presentan una ampliación de la demanda.

Señalan que con fecha 11 de octubre de 2012, el Honorable Concejo Deliberante de la Municipalidad de Junín sanciona la Ordenanza Nº 6210, la cual es promulgada por el Departamento Ejecutivo mediante el Decreto Nº 2209 (Fs. 127 vta.).

Establecen que "A través de dicho procedimiento, el Municipio de Junín (B), MODIFICÓ los INDICADORES URBANISTICOS (factores de ocupación total (F.O.T) y de suelo (.F.O.S)), llevando los máximos permitidos por los artículos 45 y 47 de la Ley provincial Nº 8.912, referidos en la Ordenanza Nº 4516/2003 (Código de Ordenamiento Urbano y Ambiental de la Municipalidad de Junín), a límites extremos e injustificables, en forma de EXCEPCION PARTICULARIZADA, sólo para el predio identificado por la Nomenclatura Catastral: Circunscripción 1 .Sección K; Manzana 64a; Partida 054-5892, que no es otro que el inmueble de dominio municipal, cuya enajenación ya había sido autorizada por la Ordenanza Nº 6.187/2012, objeto de la demanda de inconstitucionalidad a la que remiten. Para tener idea de la dimensión de lo resuelto, basta decir que 1a modificación concretada, elevó el FACTOR de OCUPACION (F.O.T) al máximo de 2.5 permitido a 6.5 y el DE OCUPACIÓN DE SUELO (F.O.S.),de 2000 A 30000 habitantes (artículo 45, Ley 8912 (Uso Residencial)-Ley de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo)". (Fs. citada).

Especifican que el destino del uso del inmueble establecido por la Ordenanza en cuestión, es el de "vivienda multifamiliar", Área Centro (AC) y Estacionamiento: i modulo por "departamento" (Fs. 127 vta./128).

Esgrimen que “las modificaciones introducidas, importan un expreso y franco reconocimiento al único objetivo al cual responden: La concreción del negocio inmobiliario de construcción en ese inmueble, de un mega edificio de aproximadamente de doscientos departamentos, distribuidos en cuatro torres que constituye el anunciado proyecto de iniciativa privada (Empresa “EDEL WEISS S.A.”), desconocido absolutamente en sus detalles por la comunidad, tal como fue analizado en la demanda promovida, aludido en todos los casos, a través de “versiones mediáticas” sin confirmación Institucional, ni información técnica, ni estudios sobre impacto y riesgo ambiental, etc., tal como se encontraran legalmente obligados” (Fs. 128).

Indican que “En orden a lo específicamente dispuesto por la Ley 891, las modificaciones de los indicadores urbanísticos que realicen los Municipios -excediendo los permitidos por ley y, en el caso de autos, expresamente aplicados al inmueble de dominio municipal, afectado hasta hoy al uso e interés publico del servicio de la Estación de Ómnibus de Junín-, se encuentran inexcusablemente sometidas al control provincial de ordenamiento territorial y USO del SUELO. Por lo tanto aquellos obligatoriamente elevar, previo a su aprobación, el proyecto modificatorio al Poder Ejecutivo Provincial, “CON LOS ESTUDIOS que lo FUNDAMENTEN” (Ordenanza preparatoria), siendo éste quien deberá resolver, Decreto mediante, las modificaciones de los indicadores propuestas por el Municipio (artículo102 y concordantes, Ley 8.912) “ (Fs. citada).

Apontocan que “la modificación extrema de los indicadores urbanísticos, fue acogida favorablemente por la Ordenanza N° 6210/2012, omitiendo expresamente la CONDICIÓN DE ELEVACIÓN PREVIA del PROYECTO al Poder Ejecutivo Provincial, conjuntamente con los “estudios” que así lo fundamenten. En consecuencia, resultando el requisito omitido, necesario e ineludible para la “configuración legal y legítima” de la modificación de esos indicadores Urbanísticos, los aprobados por la Ordenanza N° 6210, lo han sido “contra legem” v SIN LOS FUNDAMENTOS que garantizan la seguridad jurídica, respecto al uso del suelo” (Fs. 128 vta.).

Manifiestan que ha quedado así objetiva y fácticamente establecido, como cierto e incontrastable, el riesgo ambiental y urbanístico prevenido en la demanda, alegado también por el Consejo Asesor en el Dictamen que integra el Expediente N° 8483 (dentro del cual se sancionó la Ordenanza cuestionada), como fundamento para negar su aval a las modificaciones de los indicadores urbanísticos aprobadas, excediendo todo límite y/o razonabilidad (Fs. citada).

Concluyen que el Consejo Asesor, en su carácter de Órgano Consultivo (artículo 2, Ordenanza N°4516/2003, Código Urbano y Ambiental de Junín), en el Dictamen referido, tampoco avaló el mencionado "... destino único para vivienda multifamiliar... ", resuelto para el inmueble de dominio municipal en cuestión, haciendo expresa recomendación" ... de un mayor e integral ANÁLISIS, para EVITAR UN IMPACTO URBANÍSTICO NO APROPIADO Y para EVITAR UN IMPACTO AMBIENTAL NEGATIVO" (Fs. citada).

Adunan que la respuesta obtenida frente a las opiniones adversas vertidas, fue la aprobación lisa y llana de la Ordenanza N° 6210/2012, modificando hasta límites absolutos los indicadores urbanísticos, a través de una clara y contundente muestra del avasallamiento a los elementos fácticos, técnicos, documentales y legales (Dictamen; artículo 102, Ley 8912) referenciados y de los derechos ciudadanos invocados (Fs. 128 vta/129).

Finalizan argumentando que la promulgación de esta nueva Ordenanza, que lleva los indicadores urbanísticos a topes injustificables que vulneran de manera insostenible el objetivo de protección de la zona soporte -origen de su aprobación, otorga certeza definitiva al riesgo ambiental inicialmente denunciado (Fs. 129).

Ofrecen prueba.

**II.-**

El Sr. Intendente del Municipio de Junín contesta, por apoderado, el traslado de la demanda, en presentación obrante a fs. 163/175.

Por imperativo procesal, comienza negando todos y cada uno de los hechos y demás circunstancias fácticas y/o jurídicas expuestos en la demanda incoada, que no resulten objeto de reconocimiento expreso a través de su responde (Fs. 163 vta./164 vta.).

Liminalmente, plantea la falta de legitimación de la parte accionante, sosteniendo que ". En el caso concreto de/autos, los actores asumen la promoción de esta acción; sustentándose en su condición de Vecinos de 'la Ciudad de Junín (B), titulares del derecho de su ambiente sano, con interés legítimo subjetivo e individual en su preservación, de incidencia en los colectivos y homogéneos de sus habitantes, de igual naturaleza en materia ambiental, de los que también resultan co-titulares con referencia al uso del suelo y tierras de dominio municipal" (Fs. 167).

Añade que, planteada la cuestión en estos términos, surge que los derechos que alegan los accionantes se encuentran encuadrados en la categoría de los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y no en la categoría de los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos como erróneamente pretenden los actores (fs. 167/167 vta.).

Establece que "En consecuencia y por los fundamentos teóricos expuestos..., los actores carecen de legitimación en los presentes actuados ya que el ejercicio de los mismos recae en el Defensor del Pueblo, las asociaciones que concentren el interés colectivo y el afectado ( artículo 43 de la Constitución Nacional y concordantes)" (Fs. 167 vta.).

Afirma que "...aún para el hipotético caso que VE encuadre la legitimación conforme lo peticionado- es decir la subsuma en la Categoría Tercera, los actores se arrogan el ejercicio de los derechos en nombre y representación de "otros vecinos" sin acreditar la idoneidad y representación que invocan como así tampoco acreditan los daños que alegan como derivados de la aplicación de la Ordenanza atacada"(Fs. citada).

Agrega que lo dicho torna las manifestaciones vertidas en meras suposiciones que de darse una acogida favorable se legitimaría la introducción al debate judicial de contiendas de naturaleza netamente política (Fs. citada).

Cuestiona que se, se advierte que la actora hace una referencia genérica a "derechos individuales sobre el ambiente" y a "recibir la información", sin especificar -ni intentar probar- cuál es la afectación concreta de los derechos constitucionales, ni cuál fue la acción u omisión del Municipio que le ha provocado la supuesta lesión, siendo que tanto el proyecto de Iniciativa Privada como el posterior de Licitación Pública, fueron debidamente publicitados y ajustados al procedimiento que regulan las leyes en la materia (Fs. 168).

Asimismo, estima que corresponde la exclusión del juzgamiento por la vía elegida por la actora de la cuestión planteada.

Al respecto señala que "La demanda que convoca a V.E. a su análisis y decisión pretende la declaración de inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 6187, de su Decreto de promulgación N° 1783 de fecha 13 de agosto de 2012, Ordenanza N° 6210 y del llamado a Licitación Pública, por encontrarse en relación directa e inescindible con la Ordenanza N° 6187/12 (Fs. 168 vta.).

Expresa que de la simple lectura de la pieza en traslado se advierte que los actores no fundan la demanda en una pugna del contenido de la Ordenanza N° 6187 con la norma superior -Constitución Provincial- sino que el cuestionamiento se refiere específicamente a la relación de la Ordenanza 6187 con el artículo 2° incisos e), f), g) de la Ley 8912 y los artículos 1 ° y 2º del Código de Ordenamiento Urbano de Junín (Ordenanza N° 4516/03) (Fs. citada).

Concluye que el planteo actoral entonces aparecería como un caso de inconstitucionalidad compleja indirecta o refleja que no puede ser materia de este tipo de acción y debió ser encausada por otra vía (Fs. 169).

Con relación a la denunciada ausencia de motivación de la Ordenanza impugnada, al no consignar la justificación de la autorización

para la enajenación ni el destino a otorgarse al predio, manifiesta que la Ordenanza 6187/12 fue sancionada en el marco de las competencias, atribuciones y deberes propios de las Municipalidades con sustento exclusivo en la Autonomía Municipal, establecida en el arto 5 de la Constitución Nacional , corroborado por el actual artículo 123 de la Constitución Nacional, que por el principio de supremacía del artículo 31 de la Constitución Nacional, la Autonomía Municipal, tiene plena vigencia en todo el país y ninguna Constitución o autoridad provincial puede desconocerla o suprimirla, amén de los artículos 190, 192 inciso 4º de la Carta Magna provincial y Capítulo II; artículos 54, 55 y 159 de la Ley Orgánica de las Municipalidades (Fs. 169 vta./170 vta.).

Especifica que en cuanto a la Ordenanza Nº 6187/12, surge que la misma fue dictada dentro de las atribuciones legales del Concejo Deliberante (artículos 192; Constitución provincial, 24, 25, 26, 29 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, artículo 10 ley 7438) (Fs. 170 vta.).

Aduna que como queda acreditado con las copias del expediente 4059- 4043/12 del Informe emanado de la Secretaria de Obras y Servicios Públicos surge la conveniencia y beneficios del Traslado de la Terminal de Ómnibus y por ende de la venta del inmueble donde se encuentra actualmente emplazada la Terminal (Fs. 171).

Seguidamente, examina las violaciones a diversos principios constitucionales denunciados por los actores.

- Con referencia al impacto ambiental, previsto por el artículo 28 de la Constitución de la Provincia, contesta que el “impacto ambiental activo” alegado por los actores como fundamento de la pretensión carece de sustento fáctico y jurídico (Fs. 171 vta.).

Agrega que “De la letra del Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación Pública Nro. 20/2012 surge claramente que la venta del inmueble se hace con cargo de construcción de un complejo habitacional, comercial y

con espacio librado al Uso Público, hechos que se evidencian diametralmente opuestos a lo plasmado en demanda…" (Fs. citada).

Enfatiza que la conveniencia del traslado de la terminal a una zona más alejada del microcentro -donde hoy se encuentra emplazada- es evidente y sus fundamentos quedaron plasmados en el Informe suministrado por la Secretaria de Obras y Servicios Públicos de la Municipalidad en la elevación del Proyecto de Ordenanza N° 6187 (Fs.172).

Respecto del derecho a la información y a la comunicación, estatuido por el artículo 12 inciso 4° de la Carta Magna local, refuta el planteo de la actora que denuncia que el derecho mencionado se encuentra violentado con el dictado de la Ordenanza que autoriza la enajenación del inmueble donde se encuentra la Terminal, vinculándola directamente a un presunto propósito no explícito de construir un megaemprendimiento edilicio, explicando que de los propios dichos vertidos por la actora y del expediente 4059 4043/12, surge que el Gobierno Local siempre hizo público su interés en la problemática del ordenamiento urbano imponiéndose como objetivo -entre otros- el traslado de la Terminal de Ómnibus desde el centro de la ciudad hacia un lugar más alejado que favorezca la fluidez del ingreso y salida de los micros de larga y corta distancia, a través de distintos medios de comunicación (Fs. 172/172 vta.).

Agrega que dicho interés también quedó plasmado en el informe suministrado por la Secretaria de Obras y Servicios Públicos al elevar el proyecto de Ordenanza al Departamento Ejecutivo para la posterior intervención del Honorable Concejo Deliberante (Fs. 172 vta.).

En lo atinente al derecho al consumidor, plasmado en el artículo 38 de la Constitución provincial, explica que dicha norma no es de aplicación al caso, ya que no se encuentra presente la relación de consumo que aparece como requisito inescindible para su invocación (Fs. 173).

En cuanto a la preservación del patrimonio cultural, histórico y arquitectónico, establecido en el artículo 44 de la Constitución de

la Provincia, sostiene que los fundamentos vertidos por la parte actora carecen de sentido y aparecen como una negación por la negación misma poniendo en evidencia un desconocimiento de las necesidades y expectativas reales de la población, olvidando que la ciudad es una creación del hombre en permanente transformación y que, en consecuencia mal pueden los demandantes pretender la declaración de inconstitucionalidad de la Ordenanza Nro 6187/12 por violación al artículo 44 de la Constitución Provincial (Fs. 174).

Aduna que lo que realmente pretenden los accionantes es cercenar la potestad del Municipio que posee en materia de ordenamiento territorial, y que, expresamente, le es concedida por el Decreto Ley Nº 8912/77 (Fs. citada).

Ofrece prueba y formula reserva del caso federal.

**III.-**

Mediante resolución dictada a fs. 290/297, V.E. dispuso hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la actora, manteniendo dicho pronunciamiento cautelar mediante resolución obrante a fs. 410/413 vta.

A fs. se dispuso la apertura de la causa a prueba por el término de ley. Vencido dicho plazo, y habiéndose formado cuaderno sólo de la actora, fueron puestas las actuaciones a disposición de las partes a los fines de alegar por el plazo y en el orden establecido por ley, habiendo hecho uso de ese derecho sólo la parte actora.

Vencido el término, y no habiendo hecho uso de ese derecho ninguna de las partes; V.E. resuelve oír a esta Procuración General (Fs. 440).

**IV.-**

Voy a propiciar el acogimiento parcial de la demanda entablada.

En cuanto a la admisibilidad de la acción incoada, entraré a considerar, en primer término, el planteo formulado por el apoderado

del Municipio de Junín en el escrito de responde, donde se alza alegando la falta de legitimación de la accionante (Fs. 163/175), ampliando dicho planteo en la contestación del traslado conferido a fs. 176 (Fs. 180/184 vta.).

Estimo que la legitimación de la actora se advierte claramente en autos.

Ese máximo Tribunal de Justicia Provincial ha reiterado en numerosas ocasiones que para que la acción originaria de inconstitucionalidad resulte formalmente procedente es menester que quien la promueva revista la calidad de parte interesada, lo que significa que los accionantes deberán acreditar, al momento de promoverla, la titularidad de un interés legítimo, cualidad que ha de ser particular y directo, lesionado por las normas que se impugnan, o que el ejercicio de alguno de sus derechos constitucionales se haya afectado debido a la aplicación de una ley, decreto, ordenanza o reglamento cuya constitucionalidad, justamente se controvierta (Conf. S.C.J.B.A, I 1506, "Orruma, Francisco s/ Inconstitucionalidad dec. 6277", Resolución del 26-II-1991; I 1553, "Procuración General de la Suprema Corte de Justicia s/ Inconstitucionalidad de los arts. 13 y 44 de la ley Nro.11.148 y de las leyes Nros., 11.195, 11.196 y 11.197", Resolución del 11-II-92; I 1594, "Procuración General de la Suprema Corte s/ Inconstitucionalidad art. 16 ley Nro. 6.982 (Texto según art. 2do. ley Nro. 10.595)", Resolución del 9-III-93; I 2211, "Flores, Emilio Amaro c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad art. 32 inc. 1° del decreto ley 9020/78", Sentencia del 14-V-2008, entre otras).

En el caso en análisis, quienes se presentan, revisten la condición de vecinos habitantes de la ciudad de Junín, parte interesada en los aspectos ambientales del ámbito donde residen, encontrándose por ende cubierta la exigencia que a este respecto impone el artículo 161 inciso 1º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Ello demuestra que subsiste el interés de la accionante en un pronunciamiento judicial sobre los efectos jurídicos que produce el acto en crisis (SCJBA, I 2339, "Auchan Argentina S.A.", Sentencia de 14-XI-2007; I 2340, "Aguas Argentinas S.A.", Sentencia de 5-III-2008).

Tiene dicho al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo M.291.XL, "Recurso de Hecho, Ministerio de Salud y/o Gobernación s/acción de amparo", Sentencia del 31/X/2006): "Que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión si la pretensión concierne a derechos individuales, a derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, o a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un "caso" es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos: 326:3007, considerandos 6° y 7°; 311:2580, considerando 3°; y 310:2342, considerando 7°, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el "caso" tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de las pretensiones, como se verá en los considerandos siguientes. También es relevante determinar si la controversia en cada uno de esos supuestos se refiere a una afectación actual o se trata de la amenaza de una lesión futura causalmente previsible. ...Que la Constitución Nacional admite una tercera categoría, conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos, cuando hace alusión, en su art. 43, a los derechos de los consumidores y a la no discriminación. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva al legislador a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño. Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe

existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos. Frente a esa falta de regulación -la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido-, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492). La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (doctrina de Fallos: 211:1056 y 215:357). En la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige. Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que, en ausencia de un ejercicio colectivo, habría una afectación grave del acceso a la justicia. El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. El

segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. El tercer elemento está dado por la constatación de una clara afectación del acceso a la justicia, en uno de sus aspectos, vinculado a las denominadas acciones de clase, cual es la existencia de un interés individual que, considerado aisladamente, no justifica la promoción de una demanda. En efecto, se trata de un grupo de personas para las cuales la defensa aislada de sus derechos no es eficaz, debido a que la medida de la lesión, individualmente considerada, es menos relevante que el costo de litigar por sí mismo (Fallos:322:3008, considerando 14, disidencia del juez Petracchi)... Que la pretensión de las asociaciones demandantes se refiere tanto a los bienes de incidencia colectiva como a intereses individuales homogéneos afectados por un obstáculo a la satisfacción de un derecho fundamental, lo que habilita su legitimación... Conforme con lo expuesto, la legitimación de los actores surge clara y corresponde que así sea declarado".

En otro orden de ideas, es necesario recordar la especial naturaleza en que transita el proceso a la luz del cual debe decidirse acerca de la inconstitucionalidad de una norma legal.

Así, ha sostenido reiteradamente V.E. que: "el análisis sobre constitucionalidad de una norma es una de las facultades más delicada del ejercicio de la jurisdicción que, por su gravedad, debe estimarse como la última ratio del orden jurídico, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos que la constitución prevé gozan de presunción de legitimidad y sólo son susceptibles de ser cuestionadas en su constitucionalidad cuando ellas resultan manifiestamente irrazonables o consagran una inequidad ostensible" (Conf. S.C.B.A., B1403799, "NINFA SRL c/ Parafita Héctor Ricardo y otra s/ ejecución", Sentencia del 25-VI-2002; por mayoría, B 60663Galván S 16-12-2009B 60687Suárez Acosta, Juan Carlos S 29-12-2009).

Del análisis de las constancias correspondientes al procedimiento de formación y sanción de la Ordenanza Nro. 6210/12, se advierte que en ese trámite no se ha seguido el establecido por el Decreto Ley Nro. 8912/77 (artículos 83, 102 y concordantes.) correspondiente a la revisión o modificación de reglas de ordenación urbanística que impliquen cambios sustanciales en la organización del territorio, el parcelamiento y la subdivisión, los usos y ocupación del suelo, así como cualquier otro que determine una alteración de sus bases fundamentales.

Asimismo, de las actuaciones administrativas además, se desprende que el dictado de la normativa en crisis no estuvo precedido por una instancia de información y consulta pública, ni por un estudio de impacto ambiental en miras a un adecuado cumplimiento de los principios que resultan de los artículos 12 inciso 4° y 28 de la Constitución Provincial en vista de la excepcionalidad y la envergadura del proyecto en cuestión (en concordancia con los artículos. 20 de la Ley Nro. 25.675, 18 in fine de la Ley Nro. 11.723). Por lo tanto, resultan atendibles las objeciones formuladas respecto a las Ordenanzas Nro. 6817/12 y 6210/12 y sus Decretos de promulgación Nro. 1783/12 y 2209/12 respectivamente.

La Evaluación de Impacto Ambiental es una institución del Derecho Ambiental. La ley general del ambiente 25.675, aplicable en todo el territorio nacional y cuyas disposiciones resultan de orden público y operativas (art. 3), determina que: "Toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución" (art. 11). Por su parte, en el ámbito provincial, la Ley 11.723 dispone que tanto el Poder Ejecutivo provincial como los municipios deberán garantizar, en la ejecución de las políticas de gobierno, la observancia de los principios de política ambiental, entre los que se encuentra el siguiente: "Todo emprendimiento que implique acciones u obras que sean susceptibles de producir efectos negativos sobre el ambiente y/o sus elementos debe contar con una evaluación de impacto ambiental previa, (art. 5 inc. b).

Cafferatta se pregunta, ¿Qué características tiene el daño ambiental, que no posee el daño clásico? ¿Cuáles son las notas típicas del mismo o cuál es su esencia?, y para responder dicho cuestionamiento toma como referencia a Matilde Zavala De González que afirma que "hay daños colectivos cuando se lesiona un interés de esa naturaleza, el que tiene autonomía, y puede concurrir o no con los daños individuales, lo que revela una realidad grupal. A su vez el daño grupal es calificable como difuso cuando el goce de un interés se muestra extendido, difundido, dilatado; es decir se propaga o diluye entre los miembros del conjunto sea que éste se encuentre o no organizado y compacto", y a Alterini que opina que, "el daño clásicamente fue un episodio discreto de conflicto privado; el daño ambiental es un episodio de interés general que abarca a todos, a ricos y a pobres, a fuertes y débiles, a gobernantes y gobernados a los habitantes de hoy, y a sus hijos y a sus nietos". Además, Cafferatta, sostiene que "el daño ambiental se trata de un daño supraindividual, que no consiste en la suma de daños individuales. Ni en un per-juicio de bienes propios y particulares de los individuos, sino una lesión actual y concreta, sólo desde el punto de vista de la entera colectividad que los sufre. El daño colectivo, el daño difuso afecta simultánea y coincidentemente al grupo. Cada miembro es titular de un fragmento del interés lesionado, y se trata de un mismo y único daño. El daño a resarcir entonces no configura una suma de porciones identificables; es un daño colectivo como tal, que resulta aprehensible y experimentable desde un punto de vista global. Luego de lo cual se concluye que: daño colectivo es el que surge a raíz de la lesión a un interés de esta naturaleza. Y colectivo es la calidad que "tiene la virtud de re-coger o reunir", por consiguiente, se trata de un factor aglutinante, que permite reconocer un daño que se podría considerar único intrínsecamente, en el cual el elemento afectado es de sustancia comunitaria o grupal, y que llega a los sujetos individuales "de rebote" e indivisiblemente, por la inserción en el conjunto" (Cafferatta, Néstor A. (2004) "Principio precautorio y derecho ambiental", Revista La Ley 2004-A, 1202, Bs. As).

El mencionado autor en un trabajo denominado "Breves Reflexiones sobre la Naturaleza del daño Ambiental Colectivo", dice "que nuestra

Constitución Nacional contempla y ampara bienes de naturaleza extrapatrimonial y de incidencia colectiva, en cuanto interesan a la comunidad toda, como sucede con el "medio ambiente", en sus artículos 41 y 43: Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales" (...); acordándose "acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares".

A su vez, nuestro Máximo Tribunal ha sostenido en el fallo "Mendoza" que "el Artículo 27 de la Ley 25.675 diferencia el daño ambiental per se del daño a los individuos a través del ambiente; y que, en consecuencia, el juez debe meritar los daños perpetrados y adoptar la medidas, que también solicitan, teniendo en cuenta si el daño ambiental ocasionado es irreversible o no.

De esa distinción se extraen diversas consecuencias, tales como que, en el caso de los bienes colectivos cuya situación pueda revertirse, se fije una indemnización destinada a crear un fondo común de recomposición, o patrimonio de afectación, para solventar los gastos que irrogue llevar adelante los mecanismos antrópicos de recomposición del ecosistema,(...) En cuanto a los bienes dañados en forma irreversible, requieren que se fije una indemnización en concepto de daño moral colectivo para reparar la minoración en el goce que la comunidad obtenía del bien dañado, a través de una compensación que deberá establecer el Tribunal dada la laguna legislativa existente al respecto, y que no tendrá un beneficiario en particular sino la comunidad vecinal toda. Los interesados piden a la Corte que, una vez constituido el fondo, su administración no quede a cargo de los estados demandados, ya que, según manifiestan, han sido ellos los que han omitido proteger el bien colectivo y de esa manera han

contribuido a la afectación por la que reclaman" (CSJN "MENDOZA, Beatriz Silvia y Otros C/ ESTADO NACIONAL y Otros S/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza -Riachuelo)". Considerando 4 del voto de los Ministros Enrique Santiago Petracchi - Elena I. Highton de Nolasco - Juan Carlos Maqueda - Ricardo Luis Lorenzetti - Carmen M. Argibay).

En materia de impacto ambiental, es dable destacar que el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable; en cambio 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. No debe confundirse este principio con el de prevención. En efecto, la prevención es una conducta racional frente a un mal que la ciencia puede objetivar y mensurar, o sea que se mueve dentro de las certidumbres de la ciencia. La precaución -por el contrario- enfrenta a otra naturaleza de la incertidumbre, la incertidumbre de los saberes científicos en si mismos. Agrega el autor que "El riesgo potencial caracteriza el ámbito de aplicación del principio precautorio, en tanto el riesgo real, efectivo y concreto, el ámbito propio del principio preventivo" Cafferatta, Néstor A. (2004) "Principio precautorio y derecho ambiental", Revista La Ley 2004-A, 1202, Bs. As).

En la década del 70 fue acuñado el principio de precaución y desarrollado en distintos instrumentos internacionales, cuya formulación más conocida es la contenida en el Principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la cual expresa que: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación en el medio ambiente" (Declaración De Río De Janeiro De 1992 Sobre Medio Ambiente y Desarrollo. http://www2.medioambiente.gov.ar/acuerdos/convenciones/rio92/declaracion.htm

Afirma Iribarren que, “se presenta un problema dado que la Administración no posee el deber de fundar un acto omisivo, es decir, la inacción, salvo que se responda a una pretensión particular, como ser una solicitud de una ONG a una autoridad para que se adopten medidas de alcance general para prevenir daños; por el contrario la obligación de fundar su accionar corresponden a actos administrativos emanados positivamente, por los cuales se crea, altera, modifica restringe o prohíbe una situación jurídica preexistente. Desde esta perspectiva, el principio precautorio, tal como se encuentra en la ley consistiría en una obligación de no hacer limitada a circunstancias fácticas y jurídicamente infrecuentes. No puede sostenerse que la redacción de éste principio imponga per se al sujeto pasivo la obligación de adoptar medidas para prevenir daños ambientales (de hecho, la ley no lo expresa) sino que simplemente le impone de abstenerse de utilizar una causal para justificar el incumplimiento de una supuesta obligación, obligación que no existe en el texto de la ley”. Tampoco impide la existencia de otras razones, a excepción de la falta de certeza científica, para posponer la aplicación de éstas medidas. Contrario sensu si bajo ninguna circunstancia se pudiesen posponer la adopción de medidas de protección ambiental eficaces, ¿Qué sentido posee describir una circunstancia en particular para afirmar ello? Este razonamiento permite concluir que el texto de la ley en relación con el criterio de precaución no sigue el razonamiento sencillo de la Declaración de Río y posee los siguientes efectos y carencias:

- No impone a las autoridades la obligación de adoptar reservas o cautela para prevenir daños ambientales.

- No obliga a las autoridades a adoptar medidas eficaces para prevenir daños, quedando ambos ítems librados a los contenidos de las leyes sectoriales.

- No impiden que se utilicen otras razones para postergar la adopción de medidas eficaces.

- Solamente indica abstenerse de postergar la adopción de las medidas mencionadas utilizando como justificación la falta de

certeza científica" (Iribarren, Federico, (2005) Op. Cit. Págs. 93 y 94, "El principio preventivo y precautorio"; 33 Iribarren, Federico; (2005) "La Inclusión del Principio Precautorio en la Ley General de Ambiente", Revista de Derecho Ambiental, N 1, Enero/Marzo 2005, Pág. 89.Lexis Nexis. Buenos Aires). Es importante destacar que el principio precautorio ha sido estudiado por la doctrina jurídica, estableciendo características que permiten diferenciarlo de otros principios rectores. Sostiene Facciano que, "El principio de precaución implica un cambio en la lógica jurídica. Con razón se ha dicho que éste demanda un ejercicio activo de la duda. La lógica de la precaución no mira al riesgo sino que se amplía a la incertidumbre, es decir, aquello que se puede temer sin poder ser evaluado en forma absoluta. La incertidumbre no exonera de responsabilidad, al contrario, ella la refuerza al crear un deber de prudencia" (Facciano Luis A., (2001) "La Agricultura Transgénica y las regulaciones sobre bioseguridad en la Argentina y en el orden internacional. Protocolo de Cartagena de 2000"III Encuentro del Colegio Abogados sobre temas de Derecho Agrario, Instituto de Derecho agrario del Colegio de Abogados de Rosario, 2001, p. 247 y sgtes).

Explica Bergel, que uno de los aportes principales del principio precautorio es el de la definición colectiva de la aceptabilidad del riesgo que no puede ser determinado por las formas habituales de pericias, pues los conocimientos de los expertos se desdibujan para poner en juego las relaciones sociales en la construcción de las diferentes categorías de riesgos. Por tanto, se trata de un tema político que debe ser resuelto mediante consenso social.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el Fallo Asociación de Superficiarios de la Patagonia v. YPF S.A. y otros, del 13 de julio del 2004, se pronuncia sobre el principio de Precaución ambiental. El Tribunal, (Enrique S. Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Ricardo L. Lorenzetti, Carmen M. Argibay. En disidencia: Juan C. Maqueda y E. Raúl Zaffaroni) hizo lugar a la excepción de defecto legal deducida por las demandadas fijando el plazo de cuarenta días a partir de la notificación para que la actora lo subsanara de acuerdo con las pautas suministradas. Prorrogó, el tratamiento de las demás cuestiones propuestas hasta la subsanación del defecto legal. Los disidentes

hicieron presente que: “la ley 25.675 contempla, asimismo, la peculiaridad de las demandas promovidas para la protección del medio ambiente en tanto se basa en una moderna concepción del desarrollo sustentable en la que se armonicen los intereses por la naturaleza del bien protegido sin que por ello quede afectado, naturalmente, el ejercicio de los derechos concedidos a los demandados. Esta distinción no sólo se refiere a la concepción sustancial de la protección del medio ambiente sino que también alcanza a efectos procesales de la sentencia a dictar en este tipo de procesos que son oponibles erga omnes”.

Los Magistrados recordaron que la ley 25.675 estaba dirigida a la protección de un “ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano”, con lo que debía tenerse en cuenta que la demanda se refería a la custodia del medio ambiente localizado en la cuenca hidrocarburífera neuquina y, en particular, a la recomposición integral de los daños colectivos ambientales supuestamente causados por la actividad que desarrollaban las demandadas y que se habría producido en las aguas superficiales y subterráneas, en el suelo y en el aire. Más aún, señalaron que la cosa demandada había sido denunciada con precisión en el caso, hasta tal punto que eran los mismos demandados los que destacaban reiteradamente un acabado conocimiento de la localización de los daños que eran imputados en la causa. Además, hicieron presente que la demanda atendía a la custodia del medio ambiente como un todo y no una parte de cada uno de los daños localizados dentro del ámbito exclusivo de las propiedades de los demandados.

Los Jueces Maqueda y Zaffaroni hicieron referencia a diversos artículos de la Ley 25.675 (2, 6, 10, 22, 27). Sobre el Art.4 (principio de precaución) expresaron: (...) “el legislador ordinario, en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 41CN., dictó la ley 25.675 que, en lo que aquí interesa, determinó los principios a los que debe ajustarse toda política ambiental y los cuales impregnan la interpretación y la aplicación de la norma en cuestión. Entre ellos, merece destacarse el principio precautorio que dispone: “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» (art. 4). A su vez, al reglar la demanda de daño ambiental en el marco de normas procesales adaptadas a la especificidad de los derechos e intereses en juego establece: "Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable" (Art. 31 ley 25.675). Asimismo, el Art. 32 de la ley establece que "...el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general...". (...) En consecuencia, los Magistrados disidentes entendieron que se debía rechazar las excepciones de defecto legal y de falta de legitimación activa interpuestas (Conf. CSJN: "Asociación Superficiarios de la Patagonia (ASSUPA) c/ YPF S.A. y otros s/ recomposición del medio ambiente". Fallos: 327:2967).

El 26 de mayo de 2010, en la causa "Recurso de hecho deducido por Ricardo Hugo Schkop en la causa Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica"36, el Máximo Tribunal debate el tema del principio precautorio en materia ambiental y como encausarlo por las vías procesales adecuadas. Lo que interesa resaltar aquí es que la aplicación de este principio requiere de una argumentación fuerte. No puede ser receptado acríticamente, porque el mismo conmueve algunas de las bases sobre las que se construyen nuestros sistemas jurídicos. En éste fallo, tres jueces más la Procuradora Fiscal entienden que la doctrina de la Corte respecto de la no admisión de medidas cautelares -por no ser sentencias definitivas a la luz de la ley 48- no se conmueven por tratarse de materia ambiental. Los otros cuatro jueces restantes, creen que sí, Lorenzetti adopta una postura bisagra. Reconoce la especificidad del Derecho Ambiental pero considera que en este caso no alcanza para admitir la medida

cautelar. Su argumento, va por estos carriles: la actora había interpuesto una acción declarativa a efectos de que se establezca si la CNEA debe adecuar su accionar a los términos de la CN y la Ley General del Ambiente. En ese marco, se dictó la medida cautelar que se discute en el recurso. Haciendo simple un argumento complejo -con un análisis comparativo interesante de la naturaleza de las acciones declarativas y cautelares-, Lorenzetti concluye diciendo que la medida de no innovar dictada en primera instancia no tiene ninguna correlación con el objeto de la acción declarativa planteada. Además, deja varias exigencias para el futuro del derecho ambiental constitucional, por ejemplo, la noción de que las medidas dictadas en virtud del principio de precaución no entran por el carril de las medidas cautelares, sino son procesos urgentes autónomos y definitivos, razón por la cual, en este caso, si habría habido sentencia definitiva a los efectos del recurso extraordinario ( Recurso de hecho deducido por Ricardo Hugo Schkop en la causa "Asociación Multi-sectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica").

En otro fallo reciente, del 28 de septiembre de 2010 la Corte Suprema de la Nación en los autos "Alarcón Francisco y otros c/ Central Dock Sud S.A. y otro" se expide sobre una acción que promueven un grupo de vecinos de Dock Sud contra Edesur y la Central Dock Sud, solicitando el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la instalación de un electroducto de alta tensión. Cuatro miembros de la Corte, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay consideraron que la cautelar sancionada no era una medida definitiva ni equiparable a tal. Los tres restantes, Lorenzetti, Highton y Fayt consideraron lo contrario, insistiendo con la nueva doctrina que dice que la invocación del principio precautorio o de prevención torna a las cautelares en procesos urgentes, autónomos y definitivos, tomando como sustento lo decidido en la causa Mendoza. De tal modo, hay sentencia definitiva, a los efectos del recurso extraordinario, cuando se resuelven cuestiones relativas a la aplicación de los principios referidos, contemplados en la ley general del ambiente. Finalmente, respecto al tema que nos ocupa, la

Corte postula en el considerando 7 “que la aplicación del principio precautorio -el cual, como principio jurídico de derecho sustantivo, es una guía de conducta- establece que, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente (art. 4° de la ley 25.675)”( CSJN, 28/09/2010, “Alarcón, Francisco y otro c. Central Dock Sud S.A. y otro”).

Zlata Drnas de Clement, sostiene a modo de conclusión “que los jueces están recurriendo cada vez más al principio de precaución al fundamentar sus sentencias, pero el conocimiento y aplicación del mismo todavía es insuficiente en nuestro país” (Drnas de Clement, Zlata, (2008) “El Principio de Precaución ambiental. La Práctica Argentina”. pág. 302. Ed. Lerner).

Con relación a la invocada afectación al derecho al consumidor tutelado por el artículo 38 de la Carta Magna local, del estudio de los actuados no surge la existencia de la relación de consumo, necesaria para su alegación.

En otro orden de ideas, el examen de las actuaciones permite determinar la vulneración a la preservación del patrimonio cultural histórico, arquitectónico y urbanístico, receptado por el artículo 44 de la constitución provincial alegado por la actora en la demanda.

En tales condiciones, la pretensión deducida, tendiente a obtener una declaración general y directa de inconstitucionalidad de las Ordenanzas Nro. 6187/12 y 6210/12 y de los Decretos de Promulgación Nro. 1783/12 y 2209/12, constituye “causa” o “caso contencioso” que permita, desde mi óptica, la intervención del Poder Judicial de la Provincia.

Por lo tanto, habiéndose acreditado que la normativa en examen vulnera los derechos establecidos por los artículos 12 inciso 4°, 28 y 44 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, es que resulta viable la tacha de

inconstitucionalidad propugnada en autos.

Por las consideraciones vertidas, estimo que correspondería el acogimiento parcial de la demanda interpuesta.

Tal es mi dictamen.

La Plata, 29 de diciembre de 2015.

**DRA. MARÍA DEL CARMEN FALBO**

Procuradora General
de la Suprema Corte de Justicia

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 75.051

**“Goycochea Rosa Margarita c/ Griguoli de Campana María I. s/ amparo”, fecha: 27/08/2019**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Goycochea Rosa Margarita c/ Griguoli de Campana María I. s/ Amparo"
**A. 75.051**

**Suprema Corte de Justicia:**

Vienen las presentes actuaciones con el objeto de que se emita dictamen a tenor de lo establecido en el artículo 302 del Código Procesal Civil y Comercial respecto al recurso extraordinario de inconstitucionalidad, como así también, sea evacuada la vista en lo que se refiere al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en razón de lo dispuesto en los artículos 103 inciso "a" del Código Civil y Comercial y 21 inciso 7 de la Ley N° 14.442 (v. fs. 1037/1055 vta., 1060 y 1071).

**I.** En cuanto a los recursos extraordinarios:

**I.1.-** Sobre la cuestión de la admisibilidad, dice cumplir con todos y cada uno de los requisitos previstos en la ley adjetiva, a saber: temporalidad, toda vez que esgrime que fueron interpuestos dentro de los diez días contados a partir de la notificación de la cédula, tal como lo ordena el artículo 279 del Código Procesal Civil y Comercial y se trataría de una sentencia definitiva.

Finalmente considera que dicho acto se habría fundado en lo previsto en la Ordenanza Municipal N° 3150 del Partido de General Viamonte, la que, según su punto de vista, sería inconstitucional y violatoria de los derechos constitucionales reconocidos en los artículos 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional, 28 y 36 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, "*...en la medida que se interprete a la misma ... como única norma legal operativa en materia de protección ambiental en relación a las aplicaciones de 'fumigaciones' con pesticidas (en cantidades industriales y extensas superficies rurales)...*" (v. fs. 1039).

**I.2.** En el mismo escrito desarrolla ambos recursos.

Explica que por medio de la ordenanza cuestionada se habría negado "*…la vigencia y aplicación del resto del 'bloque de legalidad ambiental'… el cual se encuentra conformado por un plexo normativo ambiental de Leyes Nacionales de 'Presupuestos Mínimos Ambientales' y leyes provinciales complementarias…, con lo cual en la medida que dicha ordenanza contravenga el bloque de constitucionalidad ambiental, afecta gravemente derechos de incidencia colectiva, 'a la protección de la salud' a 'gozar de un ambiente sano', 'que las generaciones futuras reciban un ambiente apto para su desarrollo' …, los Principios generales del Derecho, ´de Legalidad' y 'Alterum Non Laedere', derecho a la indemnidad y a no ser dañados por terceros…*" (v. fs. 1039). Menciona los artículos 18, 19, 41, 42 y 43 de la Constitución Argentina, las leyes Nros. 25.675, 27.279, 11.723, 11.720 y 10.699, doctrina de ese Tribunal en la causa A 72.642, "ASHPA" (2015).

Sostiene en general, que las ordenanzas municipales deberían "*agiornarse*" a los estándares de protección ambiental establecidos por la ley nacional de Presupuestos Mínimos Ambientales, y demás leyes complementarias provinciales "*…pudiendo mejorarlo, pero nunca empeorarlo o disminuirlo bajo pena de inconstitucionalidad -conf. art. 41 CN-, como en el caso de autos*" (v. fs. 1039).

De allí, entiende que se encontraría justificado el "*reiterado y constante*" pedido de inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 3150.

Apunta que la citada ordenanza no debería autorizar una aplicación "*sin exigir los recaudos de 'seguridad ambiental' que las… normas exigen… bajo pena de incurrir en un proceder inconstitucional, por establecer un estándar ambiental inferior al establecido por el 'bloque de legalidad ambiental'…*" (v. fs.1039 vta.). Menciona los artículos 41 de la Constitución Argentina y 4 de la Ley N° 25.675.

Agrega que sería aún más grave la situación "*…dado que el campo de Griguoli linda zonas pobladas, una escuela de niños especiales, un*

*geriátrico y se encuentra sobre zonas de recarga de agua para consumo humano*" (v. fs. 1039 vta.).

También afirma que "*...el cambio de ordenanza nada tiene que ver con los hechos controvertidos y probanzas de autos, siendo una circunstancia carente de idoneidad capaz de devenir la cuestión en abstracto, dado que la pretensión actoral es solicitar el efectivo cumplimiento del 'bloque de legalidad ambiental' que no se está cumpliendo, y cuya vigencia continúa inalterable...*" (v. fs. 1039 vta.).

Recalca, por otra parte, que "*la ordenanza tampoco se cumple, con lo cual, la sentencia recaída... agravia a la parte actoral, en garantía a recibir una 'tutela judicial continua y eficiente`... ante la afectación de sus derechos constitucionales a gozar de un ambiente sano, y a la protección de la salud*" (v. fs. 1039 vta.).

Más adelante relata que la sentencia de la Cámara de Apelación había confirmado la de primera instancia por la que se declara abstracta a la presente causa, "*por haberse producido una modificación de la ordenanza municipal que regula la actividad con agroquímicos*" (v. fs. 1040 vta.).

Al respecto manifiesta que "*se ve severamente agraviada, porque el resolutorio ... inaplica todo el derecho ambiental vigente y se aparta de la doctrina legal sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Suprema Corte de Buenos Aires, en materia de protección a la salud y al ambiente, dejando subsistente la grave situación que motivó la acción...*" (v. fs. 1040 vta.).

A renglón seguido destaca que la acción fue iniciada debido a las continuas e ininterrumpidas aspersiones de agroquímicos tóxicos por parte de la Sra. Griguoli de Campana -codemandada-, cuyo campo se encontraría "*pegado*" al casco urbano, lindante al barrio Pueyrredón, a la escuela Especial N° 501 y a un geriátrico, de la ciudad de Los Toldos, Partido de General Viamonte.

Señala "*la falta de control por parte del Estado Provincial y Municipal del cumplimiento de los recaudos de prevención y protección establecidos*

*por la normativa vigente que resguarda los derechos a la salud y a gozar de un ambiente sano*". Con mención de las leyes Nros. 25.675, 11.723, 11.720, 10.699 y de la ordenanza N° 2642 modificada por la ordenanza N° 2785 (v. fs. 1040 vta.).

Luego efectúa una enumeración de distintos agravios que le habría producido la sentencia de la Cámara de Apelación.

Considera la parte recurrente que habría habido una supuesta "*valoración absurda y arbitraria de la prueba*" (v. fs. 1041); que determinados hechos estarían probados en la causa (v. fs. 1041 a 1042 vta.); que a tenor de la contestación de la demanda por parte de la Provincia de Buenos Aires y de la señora Griguoli de Campana se acreditarían incumplimientos de la función de control de legalidad, que detalla (v. fs. 1042 vta. a 1044).

También sostiene que habría quedado acreditado el uso de pesticidas y plaguicidas peligrosos y el incumplimiento de la Ordenanza 2642 de General Viamonte (v. fs. 1046).

Hace referencia a la respuesta dada por el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible en adelante: OPDS, la cual tacha de arbitraria e inconstitucional (v. fs. 1046 vta.).

Se agravia del fallo en cuanto no atendería al bloque de legalidad ambiental, a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia y de la Suprema Corte provincial sobre el tema. Señala jurisprudencia (v. fs. 1048 y vta.).

Afirma que -sin aplicar la normativa ambiental- no se hace cargo de la prevención ante una actividad susceptible de generar daños ambientales, como sería el uso masivo de pesticidas. Desarrolla argumentos al respecto y cita normas ambientales, especialmente el artículo 8 de la Ley Nº 25.675, que transcribe.

Extiende el principio de prevención en relación al uso masivo de "*biocidas*". Desarrolla la cuestión con apoyo de doctrina jurisprudencial (v. fs. 1050vta.).

Continúa expresando que en la sentencia se omite cumplir con los recaudos de seguridad ambiental establecidos en la Ley provincial Nº 11.720, transcribe lo pertinente y analiza lo dispuesto en la Ley Nº 10.699 en relación a la primera, a la Ley Nº 11.732 y al resto de normas ambientales. Analiza este aspecto partiendo de la Resolución Nº 40/2014 del OPDS en cuanto a la consideración de residuos especiales de los envases de agroquímicos.

En el tratamiento del agravio dirigido al planteamiento de inconstitucionalidad de la ordenanza N° 3150 del Partido de General Viamonte manifiesta que fijaría un estándar de protección ambiental inferior al establecido por el bloque de legalidad ambiental, el cual señala, y que ello arrojaría su inconstitucionalidad. Menciona los artículos 168 y 171 de la Constitución de la Provincia junto a las normativas constitucionales ambientales.

Argumenta que supuestamente violaría los derechos reconocidos en los artículos 41, 42, y 43 de la Constitución Nacional y artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Precisa que dicha ordenanza debería "***funcionar como norma reglamentaria de las leyes 25.675, 27.279, 11.723, 11.720, 10.699***, *elevando o manteniendo el estándar de protección de los derechos constitucionales de manera congruente al bloque de legalidad ambiental*" (v. fs. 1052 vta., el remarcado pertenece al original).

Expone: "*cuando el instrumento legal municipal se desentienda de la mencionada normativa, y … funcione con un reductor del estándar de protección emanada del 'bloque de legalidad ambiental' debe dictarse su inconstitucionalidad, por violar el Principio de Legalidad y de Congruencia*" (v. fs. 1052 vta.).

Subraya que la normativa violentaría los derechos reconocidos por los textos constitucionales y especialmente, en el derecho de "*gozar de un ambiente sano*" y "*a la protección frente a los riesgos para la salud*" (v. fs. 1052vta.).

Invoca el incumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuestión que habría sido puesta de manifiesto por el Ministerio Público y no habría sido atendida por los sentenciantes.

Afirma la falta de atención a doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia, a la que hace referencia, vinculada a procesos colectivos ambientales por la eventual violación al debido proceso ambiental.

Extiende los agravios a la desatención de doctrina jurisprudencial de los máximos tribunales, nacional y provincial, en cuanto a la evaluación de impacto ambiental.

Sostiene que la ordenanza debería exigir los recaudos de "*seguridad ambiental*" y un estándar acorde al establecido por el bloque de legalidad de la materia. Menciona el artículo 41 de la Constitución Argentina, el principio de congruencia y el artículo 4 de Ley N° 25.675.

Remarca la gravedad de la situación, dado que el campo de la Sra. Griguoli lindaría con zonas pobladas, con una escuela de niños especiales, con un geriátrico y se encontraría sobre zonas de recarga de agua para consumo humano.

Apunta que el cambio de ordenanza no alteraría los hechos controvertidos y las probanzas de autos por lo cual considera que la cuestión no se habría tornado abstracta.

A ello suma que la ordenanza tampoco se cumpliría, con lo cual, la sentencia le agravia en la garantía a recibir una "*tutela judicial continua y eficiente*". Cita los artículos 15, 27, 28 y 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, ante la afectación de sus derechos constitucionales a gozar de un ambiente sano, y a la protección de la salud.

En consecuencia, solicita se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 3150 del Partido Bonaerense de General Viamonte, con mención de los artículos 41 de la Constitución Argentina, 28 y 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (v. fs. 1055).

Plantea la cuestión constitucional federal.

**II.-**

Habiéndose concedido los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de ley (v. fs. 1056 y vta.), V.E. dispuso pasar las actuaciones a esta Procuración General a los efectos de tomar la intervención de ley (v. fs. 1060 y 1071).

**A.** Desde el punto de vista formal, el aquí recurrente cumpliría con los requisitos previstos en la ley adjetiva, más allá de que haya tratado en forma promiscua ambos remedios extraordinarios excepcionando el principio de especialidad de las vías recursivas.

He tenido en cuenta especialmente, la naturaleza y los intereses y derechos comprometidos, ambientales y de la salud (v. en su télesis, SCJBA, L 117.269, "*Fleyta*", sentencia, 14-10-2015 y su cita, voto del Señor Juez Genoud a la segunda cuestión, entre otros, permitiendo integrar la doctrina de la causa P 108.199, sentencia, 07-09-2012, considerando séptimo, punto "b", voto sin disidencia, del señor Juez Genoud).

De tal manera en el caso, considero que más allá de la defectuosa técnica que exhiben tales remedios, ello no impide deslindar los argumentos que motivan cada uno de ellos.

**B.** Respecto al recurso extraordinario de inconstitucionalidad, he de propiciar su rechazo, a tenor de los fundamentos que se desarrollarán en los párrafos siguientes.

**b.1.-** La parte recurrente considera que la Municipalidad de General Viamonte no posee competencia suficiente para dictar normas como las que tratan las Ordenanzas N° 3150 y 3158.

Así, en lo que se refiere a la competencia municipal sobre el tema que se está tratando, advierto que la sanción de la Ordenanza N° 3150, su anexo I, como también su similar N° 3158 -promulgada por medio del

Decreto N° 702/2015- por parte del Municipio de General Viamonte, constituyen un intento valioso por parte de dicho poder en pos de restringir la aplicación de agroquímicos.

**b.2.-** Sin perjuicio de ello advierto, que el reclamo efectuado por la recurrente no se encontraría aún satisfecho (v. fs. 803/818).

La sentencia del señor Juez de Primera Instancia luce a mi entender prematura, al disponer que luego de la modificación de la Ordenanza N° 3150, la pretensión se habría tornado abstracta.

También observo que la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, al "*declarar desierto el recurso*", en definitiva, terminó poniendo fin desde el punto de vista procesal a un pleito cuyo fondo no estaría resuelto, máxime cuando la *litis* involucra a una cuestión ambiental de carácter colectivo.

**b.3.-** Si bien el término "*autoridades*" que utilizó el constituyente nacional del año 1994 no hace ninguna distinción al respecto, debería considerarse que se refiere al Estado Nacional, provincial y municipal, y cada uno de ellos en sus tres ramas (administración, legislación y jurisdicción). Por tal razón, será el Estado *lato sensu* al que le corresponde proveer a la defensa del derecho de "*vivir en un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano…*".

Asimismo, el tercer párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional menciona a las facultades concurrentes que posee el Estado Nacional y las provincias, correspondiéndole al primero "*dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección*".

De allí que el Congreso de la Nación sancionara la Ley General del Ambiente N° 25.675, donde se expresa que les corresponde a las distintas provincias dictar las normas necesarias para "*complementar*" la mencionada ley.

Es decir, el sistema constitucional argentino establece que le corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos

mínimos de protección, reconociendo expresamente la competencia de carácter local que no puede ser alterada (CSJNA, "*Fallos*", "*Roca*", T. 318:992, considerando 7°, 1995; "*Verga, Ángela y otros*", T. 329:2280, 2006; "*Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte SA (EDENOR SA)*", T. 334:1113, 2011; "*La Pampa, Provincia*", T. 340:1645, 2017, entre otros).

Ahora bien, unas de las cuestiones más ampliamente debatidas tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, es precisamente establecer cuál es el "*limite*" o hasta donde alcanza o es posible ejercer ese "*Poder de Policía Ambiental*".

La Ley N° 25.675 establece en el artículo 4° los denominados "*Principios de la política ambiental*", por los que se explican determinados parámetros que deberán tenerse en cuenta al momento de analizar e interpretar la citada ley.

Allí determina que la interpretación y aplicación de la misma, como así también "*de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental*", estarán sujetas al cumplimiento, entre otros, del principio de "*congruencia*", de tal manera, la legislaciones provincial y municipal deberán ser adecuadas a los principios previstos en ella.

Por su parte el artículo 9 hace mención del llamado "*Ordenamiento ambiental*", desarrollado a través de la estructura de funcionamiento de la totalidad del territorio de la Nación, generado "*mediante la coordinación interjurisdiccional entre los municipios y las provincias, y de éstas y la ciudad de Buenos Aires con la Nación, a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA); el mismo deberá considerar la concertación de intereses de los distintos sectores de la sociedad entre sí, y de éstos con la administración pública*".

También prevé en su artículo 30, que en caso de suceder un **"***daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no*

*gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal…*".

Por último, el Anexo I, por el que se incluye al Acta Constitutiva del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA), creado como un órgano permanente para la concertación y elaboración de una política ambiental coordinada entre los Estados miembros, establece en su artículo 2° que tendrá dentro de sus objetivos: "*Promover el ordenamiento administrativo para la estrategia y gestión ambiental en la Nación, provincias y municipios*" (v. art. 2 inc. 6° del Anexo I de la Ley N° 25.675).

**b.4.-** Los Municipios detentan la competencia para gobernar y administrar "*los intereses públicos locales*" y tienen a su cargo, entre otras cuestiones "*la salubridad*" (v. art. 192 inc. 4 de la Constitución de la Provincia de Bs. As.).

De esta forma les corresponde adoptar las medidas que estimen pertinentes a los fines de su cumplimiento y en la medida que no se oponga a las normas que al respecto dicte la Provincia (v. arts. 25 y 27 incs. 9, 17 y 28 del Dec. Ley N° 6769/58), "*toda otra materia vinculada a los conceptos y estimaciones ... sanidad ... seguridad ... protección ... conservación...*" (SCJBA, B 60.653, "*Desinfectadora Buenos Aires*", sentencia, 04-05-2016).

La Corte Suprema de Justicia tiene dicho que "*corresponde reconocer a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido*" (CSJNA, "*Fallos*", "*Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte SA (EDENOR SA)*", T. 334:1113, "*Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas*", T. 334:1143, ambos del año 2011).

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia sostiene que el ordenamiento constitucional y legal de la Provincia de Buenos Aires confiere a los

municipios suficientes potestades para disciplinar variados aspectos referentes a las obras que se desarrollan en el espacio local, en bienes públicos o del dominio privado, en el interés urbano ambiental (entre otras causas, en B. 59.197, "*Cooperativa de Horticultores…*", sentencia, 27-09-2017, B 65.508, "*Cooperativa de Horticultores…*", sentencia, 27-12-2017).

Como es sabido, cuentan con potestades de raíz constitucional para expedir normas generales y obligatorias para todos, sobre las actividades de interés local desarrolladas o a desplegarse en la esfera de su competencia territorial (conf. doct. causa I. 2043, "*Masil*", sent., 15-03-2000, cit. en B. 64.293, "*Provincia de Buenos Aires*", sent. 18-03-2009, consid. segundo, punto tercero del voto del Señor Juez Soria)

La Ley N° 10.699 (BOBue, 17-11-1988, "*Regulando la utilización de productos químicos en la producción para la protección de la salud humana, recursos naturales y la producción agrícola -agroquímicos-*"), en el caso de las municipalidades expresamente hace referencia a ellas en el artículo 16: "*Facúltase al organismo de aplicación a coordinar el Poder de Policía en lo relativo a esta ley, con los Municipios que cuenten con la infraestructura necesaria*".

**b.5.-** Por ello, no advierto la inconstitucionalidad que se reclama, por lo que podría V.E. rechazar el recurso extraordinario de inconstitucionalidad (art. 302 del CCPC).

**C.** Otras son las razones que me llevan a propiciar el acogimiento del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

**c.1.-** La citada sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo confirma la decisión de primera instancia, que a su vez rechaza la demanda interpuesta.

En la demanda, en una extensa y muy documentada presentación, se solicita el cese del riesgo al ambiente y a la salud, provocado -siempre según los términos de la demanda- por el productor agropecuario co-demandado, quien esparciría "*grandes e indeterminadas cantidades de diversos*

*tipos de agroquímicos muy tóxicos al ambiente y a la salud, sobre zonas aledañas a zonas urbanas, escuelas y cursos de agua, dañando así al ambiente y poniendo en riesgo la salud de los accionantes (como la del resto de los ciudadanos de Los Toldos)…"* (v. fs. 34vta.).

En el escrito recursivo extraordinario por su parte expresa que el amparo ambiental fue motivado en "*las continuas e ininterrumpidas aspersiones de agroquímicos tóxicos, por parte de la Sra. Griguoli de Campana …, en su campo que se encuentra pegado al casco urbano, lindante al Barrio Pueyrredón, a la Escuela Especial N° 501 y un Geriátrico, de la ciudad de Los Toldos, Partido de Viamonte, Provincia de Buenos Aires, y la falta de control por parte del Estado Provincial y Municipal del cumplimiento de los recaudos de prevención y protección establecidos por la normativa vigente que resguarda los derechos a la salud y a gozar de un ambiente sano…*". Tiene en cuenta lo dispuesto por las leyes N° 25.675, 11.723, 11.720, 10.699 y por la Ordenanza N° 2642, según texto de la Ordenanza N° 2785 (v. fs. 1040 vta.).

Se aduna que esta supuesta situación de falta de control en el cumplimiento de la normativa ambiental en las fumigaciones, por parte del Estado Provincial, no se reduciría al campo de la Sra. Griguoli de Campana, sino que afectaría "*a todos los vecinos del partido Gral. Viamonte, y entre ellos, los actores, los vecinos del barrio General Pueyrredón, como así también los alumnos y personal de la escuela especial N° 501, ancianos del geriátrico lindante al campo y su personal, como el resto de la comunidad, que sufren las inclemencias de las fumigaciones con agroquímicos tóxicos sin que se cumplan los recaudos de prevención y precaución establecidos por el 'bloque legal ambiental'* " (v. fs. 1041).

Explica que en la demanda se había advertido acerca de las conductas consideradas violatorias de mandas constitucionales -obligación de resguardar el medio ambiente- por cuanto se llevarían a cabo en forma clandestina, es decir, careciendo de la denominada Evaluación de Impacto Ambiental (E.I.A.) y Declaración de Impacto Ambiental (D.I.A).

Sostiene que estas medidas de seguridad son de carácter obligatorio a la luz de lo dispuesto por los artículos 11 a 13 de la Ley Nacional N° 25.675, y por los artículos 10 a 23 de la Ley provincial N° 11.723, por las que se determina la realización de estos estudios previa a la realización de obras o actividades que produzcan o sean susceptibles de producir algún efecto negativo al ambiente (v. art. 10, Ley Nª 11.723).

También expresa que con el proceder denunciado "*se ven afectados, derechos de incidencia colectiva*" de los accionantes que se verían impedidos de gozar "*del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano*". Imperativo que deviene de nuestras Constituciones Nacional y Provincial, artículos 41 y 28, *respectivamente*, como del derecho a la protección de la salud, del derecho a la vida, conforme el mencionado artículo 41 y por los artículos 27, 36 y 38 de la Carta Magna bonaerense.

**c.2.-** Como se advierte de la simple lectura de la demanda, la recurrente efectúa una importante y concienzuda presentación, ampliamente fundamentada en las leyes nacionales y provinciales. En la oportunidad de demandar, aporta y produce amplia prueba pericial e informativa para respaldar la posición sobre la que se basa su pretensión.

No obstante, todo ese esfuerzo argumental, el señor Juez de Primera Instancia considera abstracto el planteo en los términos del artículo 163 inciso 6, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial (v. fs. 891/893).

Para fundar esa decisión, el magistrado sostiene que "*la Municipalidad de General Viamonte por intermedio de su apoderada arrima..., la sanción y promulgación de la modificación a la Ordenanza 3150 donde su nuevo art., 15.4 tendría efectos expansivos sobre el presente proceso ambiental...*" (v. fs. 891).

Luego de lo antes expuesto, manifiesta que "*ergo, resulta evidente que las circunstancias sobrevinientes puestas de manifiesto, importaron la*

*desaparición del conflicto ventilado en autos, inhabilitando, por ende, la actuación del órgano judicial*" (v. fs. 892).

Recurrida la sentencia, la Cámara de Apelación -por unanimidad- resuelve declarar desierto al recurso de apelación, en el entendimiento de que "*carece de una crítica razonada y concreta de las piezas específicas que le generan agravio, constituyéndose en un cuestionamiento al decisorio (o en los análisis y razonamientos expuestos por el iudex) en una serie de extensas consideraciones de disenso ante el criterio del Juez a quo*" (v. fs. 1034 vta.).

Lo así decidido lleva a la recurrente a fundar su pretensión en el hecho de que la sentencia de la Cámara de Apelación habría efectuado una valoración absurda y arbitraria de la prueba, además de haber supuestamente omitido el análisis de circunstancias fácticas y jurídicas del caso, por lo que no sería, según surge de los términos de la pieza recursiva, una consecuencia derivación y razonada del derecho vigente aplicable al caso, "*que la lleva a arribar a conclusiones fácticos jurídicas esquivas y abstractas*" (v. fs. 1037 vta.).

También afirma que la sentencia se habría basado en postulaciones carentes de sustento probatorio, causando un gravamen irreparable.

**c. 3.-** Entiendo que le asiste razón.

Para arribar a esa conclusión, he de afirmar que en todo lo concerniente a las cuestiones de carácter ambiental se encuentran en juego derechos reconocidos y consagrados en la Constitución de la Nación y también de la Provincia de Buenos Aires.

He de abusar de las menciones sobre derechos y garantías, de normas y jurisprudencia, sin pensar por cierto que el catálogo esté cerrado ante la posibilidad de engrosarlo en virtud del principio de progresividad (Art. 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Protocolo de San Salvador-, el cual requiere

de múltiples acciones estatales de carácter positivo para su protección y pleno goce por parte de todos sus titulares; v. tb. Observación general 3, "*La índole de las obligaciones de los Estados Partes*", párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, Quinto período de sesiones, 1990, U.N. Doc. E/1991/23).

**c.3.1.-** En autos se ha puesto en conocimiento la amenaza a derechos fundamentales, como lo son la preservación del ambiente, el derecho a la salud y a la vida, que van más allá de los que aquí figuran como actores, ya que indudablemente involucra también a aquellas personas que habitan en las proximidades de las áreas señaladas en la acción de amparo, todos resultan ser posibles afectados por el uso de elementos supuestamente tóxicos.

Este riesgo, pondría en alerta el goce efectivo de derechos individuales y colectivos, la calidad de vida y la salud de niños, adultos y adultos mayores, de especial resguardo por mandato constitucional, que involucran tanto aspectos ambientales, como a lo relacionado con la salud.

En autos se dio intervención a la Asesoría de Incapaces departamental, con el objeto de dar satisfacción a la asistencia y representación promiscua de niños que pudieran verse involucrados en esta causa. Y por esa misma lógica, fue pasada a esta Procuración General a los efectos de evacuar la vista conferida atento a la competencia general asignada en defensa de los intereses de la sociedad, y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales (Art. 103 del Código Civil y Comercial; 1, 2, 21 incs. 7 y 24 de la ley N° 14.442; en lo pertinente, SCJBA, L 64.499, "*Belofiglio*", sentencia, 05-07-2000; L 83.196, "*D. G., R. y o. c/P. S. y o. s/Cobro de pesos, accidente in itinere*", sentencia, 13-02-2008, C 117.505, "*M. N. del C. y otros contra 17 de Agosto S.A. y otro. Daños y perjuicios*", sentencia, 22-04-2015, voto del señor Juez de Lázzari).

Si bien como principio general al Ministerio Público se le otorga un rol de asistencia y contralor, debe tenerse en especial consideración que el artículo 103 del Código Civil y Comercial le confiere el carácter de representante promiscuo, en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción

voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, todo ello bajo pena de nulidad (cc. con lo sostenido, CSJN, "*Fallos*", T. 312:1580, "*Incidente tutelar de Romina Paola Siciliano*", 1989; T. 335:252, "Villegas, Marcela Alejandra", 2012; T. 340:29, "*Recurso Queja* Nº 3 - N., S.E. *y Otro*", 2017 y sus citas; T. 341:424, "Recurso *Queja* Nº 2 - T., A. A. *y Otro*", 2018, entre otros; SCJBA, causas Ac. 41.005, "*Orellano, Santos*", sentencia, 27-02-1990; C. 96.178, "A., M. A. *c/L., L. A. y o. s/ Daños y perjuicios*", sentencia, 05-11-2008, C 119.241, "O., F. N. s/ Abrigo s/ Recurso de queja por apelación denegada", sentencia, 22-12-2015, voto del señor Juez Pettigiani, entre otras).

Se torna necesario recordar lo que el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación ha dicho que "*la consideración primordial del interés de los menores, que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a éstos, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos*" (CSJNA, "*Fallos*", T. 324:122, "*Guckenheimer, Carolina Inés y otros*", 2001).

La propia Corte señala que cuando se deba resguardar el interés superior del niño, corresponde a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, evitando, por vías expeditivas que el rigor de las formas pueda llegar a frustrar los derechos tutelados desde el punto de vista constitucional ("*Fallos*", T. 324:122, cit., consid. octavo; T. 327:2413, "*Lifschitz, Graciela Beatriz* ", del dictamen del Procurador General al que se remitiera la Corte Suprema, 2004).

**c.3.2.-** De esta forma la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 15 de la Constitución Provincial impone el respeto y vigencia de múltiples derechos protegidos, que se desprenden de las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 11 (Principio de igualdad y no discriminación; derechos y garantías constitucionales; desarrollo integral de las personas y efectiva participación), 12 apartados 1º (Derecho a la vida) y 3 (Derecho al respeto de la dignidad-Integridad física, psíquica y moral), 15 (Derecho a la tutela judicial, continua y efectiva), 28 (Derecho a gozar de un ambiente sano),

36 apartados 1 (De la Familia), 2 (Derecho a la niñez), 6 (De la tercera Edad) y 8 (Derecho a la salud) de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Por su parte debe tenerse especial consideración lo previsto en la Constitución Nacional, a saber: artículos 18 (inviolabilidad de la defensa en juicio y derecho a acceder a un juez natural); 41 (protección del medio ambiente) 75 incisos 19 (Derecho al desarrollo humano), 22 (Incorporación de derechos y garantías aprobados por tratados internacionales enunciados) y 23 (Derecho a medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (Derecho a una justicia administrada bien, legalmente y en conformidad a la Constitución).

En lo que se refiere a instrumentos internacionales con jerarquía constitucional cabe destacar de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos: I (Derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona), VII (Derecho de todo niño, a su protección, cuidados y ayuda especiales), XI (Derecho a la preservación de la salud por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad), XVII (Derecho a ser reconocido como sujeto de derecho) y XVIII (Derecho a la justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 8 (Derecho a un recurso efectivo), 22 (Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a obtener, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.), 25 apartado 1 (Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar) y apartado 2 (Derecho de la infancia: Tienen derecho a cuidados, asistencia especial y protección social) de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 1 apartado 1 (Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté

sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social); 2 (Deber de Adoptar disposiciones de derecho interno); 4 (Derecho a la Vida) ; 5 apartado 1 (Derecho a la integridad personal); 8 (Garantías judiciales); 15 (Derecho de reunión para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás); 17 apartado 1 (La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado); 19 (Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado); 21 (Derecho a la Propiedad Privada), apartado 1 (Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes); 24 (Igualdad ante la ley); 25 (Protección judicial); 26 (Desarrollo progresivo de derechos económicos, sociales y culturales) y 32 (Correlación entre deberes y derechos), apartado 1 (Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 2 (Derechos del niño a igualdad de condiciones, y no discriminación); 3 (Atención en toda medida del interés superior del niño); 4 (Adopción de medidas efectivas a los derechos del niño); 6 (Derecho a la vida, máxima garantía de supervivencia y desarrollo); 24 (Derecho del niño al disfrute del más alto nivel de salud) y 27 (Derecho del niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo).

Del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los artículos: 3 (Compromiso de los Estados Partes a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados); 10 (El reconocimiento: apartado 1: A la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles y apartado 3: Adoptar las medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes); 11 (apartado 1: El reconocimiento del derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, y a una mejora continua de las condiciones de existencia y apartado 2 en cuanto: al derecho de toda persona a mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los

conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales) y 12 (apartados 1 y 2, en cuanto al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud y medidas apropiadas para su logro).

Por su parte el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) prevé las siguientes normas protectorias en los artículos: 4 (No admisión de restricciones); 10 (Derecho a la salud, apartado 1, toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, apartado 2: con el fin de hacer efectivo este derecho los Estados se comprometen a reconocerla como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizarla: a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano, apartado 1: Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos y apartado 2: La promoción de la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente); 15 (Derecho a la Protección de la Familia) y 16 (Derecho de la Niñez).

**c.3.3.-** La Constitución de la Provincia de Buenos Aires reconoce expresamente entre los derechos sociales los correspondientes a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos. Consagra, asimismo, el derecho a que la niñez reciba una protección integral por parte del Estado (v.

art. 36 incs. 2 y 8) y atiende al derecho a la tercera edad y la responsabilidad del Estado sobre las políticas asistenciales (art. 36 inc. 6).

El Superior Interés del Niño es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (SCJBA C. 114.497, "A., *E. y R., N. s/Abrigo. Incidente de apelación*", sentencia, 24-10-2012, voto del señor Juez de Lázzari).

La primera Declaración de los derechos de la vejez fue propuesta por la Argentina en 1948. El documento consideraba los derechos a la asistencia, la acomodación, los alimentos, el vestido, la salud física y mental, la salud moral, la recreación, el trabajo, la estabilidad y el respeto. La propuesta argentina fue presentada ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, que luego encomendó al Consejo Económico y Social su examen y la preparación de un informe al respecto (v. "*Los derechos de las personas mayores*", CEPAL, Sandra Huenchuan, nov. De 2013).

**c.3.4.-** En consonancia con ello, y en virtud de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional se ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud, comprendido dentro del derecho a la vida y expresando que existe en cabeza de las autoridades públicas una obligación impostergable de garantizarlos con acciones positivas (Arts. 41 y 75 inc. 23 de la Constitución Argentina y 36 inc. 8º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; CSJNA, "*Fallos*", "*Policlínica Privada de Medicina y Cirugía* S.A.", T. 321:1684, 1998; "*Campodónico de Beviacqua*", T. 323:3229, 2000; SCJBA, doct. causas B. 64.393, "*Falcón*", sentencial, 2-03-2005; B. 65.893, "*D., R. O.*", sentencia, 17-10-2007; entre otras).

En este sentido, el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y protegido constitucionalmente

a nivel local, nacional, e internacional, donde la persona es el centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- es inviolable, y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Conf. SCJBA, A. 70.247, "C. , H. M.", sentencia, 20-03-2013 y sus citas, voto del Señor Juez Negri a la segunda cuestión, consid. segundo, apartado "a").

Especialmente, en el caso de la niñez es un interés superior de todo el Estado Argentino (CIDH, "*Fornerón e hija Vs. Argentina*", sentencia de 27 de abril de 2012, párrafos 44 y 45).

Así entonces los niños y las niñas son titulares de derechos los cuales ser definidos según las circunstancias particulares de cada caso concreto (Cf. CIDH, "*Gelman Vs. Uruguay*", sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 121; "*Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*", sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 196).

Con igual orientación, conviene observar que para asegurar en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere cuidados especiales, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir medidas especiales de protección (El artículo 19 de la Convención Americana establece: "*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*").

Entendiéndose tal como lo preceptúa esta norma, que la adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece (Conf. CIDH, "*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*", Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 62; y "*Gelman Vs. Uruguay*", cit., párr. 121).

Asimismo, tanto apuntando a la niñez, como a la familia como a las personas mayores de la tercera edad, es responsabilidad del Estado

el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Conf. art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cit.).

La norma puntualmente establece: "1. *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad*" (v. UN, Consejo Económico y Social, "*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*", E/C.12/2000/4, Observación General N° 14, 11 de agosto de 2000, pp. 15: "*… la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas tales como radiaciones y sustancias químicas nocivas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos*" y 16: "*La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas*" que "*… exigen que se establezcan programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud …, y se promuevan los factores sociales determinantes de la buena salud, como la seguridad ambiental…*").

De tal manera, la existencia y reconocimiento del derecho a la salud tal como lo preceptúa el artículo 36 inciso 8° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y normas internacionales señaladas, se constituye en un requisito *sine qua non* para que niña/o, la tercera edad, la familia y, en definitiva, para que la *persona humana*, encuentren garantizado su goce en su mayor plenitud.

No se debe olvidar que desde el plano médico tanto la Organización Mundial de la Salud, como la Organización Panamericana de

la Salud, consideran que la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social y que el goce del grado máximo que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (Párrafos segundo y tercero de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud).

A los derechos expuestos, se suma el deber del Estado en lo ambiental, especialmente en atender a la utilización y manipulación de sustancias que al menos amenazan con un riesgo a la salud, a la vida de los vecinos aquí presentados.

Que las pretensiones de la parte actora involucran cuestiones que trascienden a las de la propia ordenanza.

Ello requiere sin duda que se adopten medidas en pos de garantizar sus derechos y alcanzar la seguridad de un vivir sin zozobras; que las despeje, las elimine y aparte todo riesgo probable para el logro de su desarrollo vital.

No puede predicarse como una cuestión devenida en abstracta, cuando se manifiesta presente y vigente la necesidad de proporcionar información a las personas vinculadas al uso y manejo de sustancias fitosanitarias, como herramienta de prevención y control/primeros auxilios. Además de la necesidad de buscar orientar y capacitar a los distintos actores del ámbito productivo, educativo, tecnológico, político, sanitario y de atención de emergencias sobre el uso correcto de los agroquímicos para prevenir daños a la salud y el ambiente (v. "*Manual de uso seguro y responsable de agroquímicos en cultivos frutihortícolas*", Ing. Agr. (M. Sc.) Roberto Matías Pacheco y Evelyn Itatí Barbona, Ministerio de Agroindustria, Presidencia de la Nación Argentina, INTA, ed., 2017, p. 7 y ss.).

**c.4.-** En cuanto a lo vinculado a la competencia de la Municipalidad para disponer sobre conceptos de seguridad derivados de la aplicación de sustancias peligrosas, y que en el caso nos convoca, se sanciona

la Ordenanza N° 3158 -promulgada por medio del Decreto N° 702/2015- del Municipio de General Viamonte, la cual modificó parcialmente a la Ordenanza N° 3150.

Por medio de aquélla ordenanza -que incluye al artículo 48 en la Ordenanza N° 3150- se establece que en "*aquellos predios dentro de los 300 metros lindantes a las zonas urbanas, considerada zona ecológica*", la autoridad de aplicación "*atendiendo a cada caso en particular, podrá permitir la aplicación de agroquímicos de acuerdo a las formas establecidas para las franjas comprendidas dentro de los 200 metros de zonas urbanas, hasta que culmine el ciclo agrícola y no pudiendo superar un plazo mayor a seis (6) meses a contar a partir de la sanción de la presente norma*" (v. fs. 818).

Al respecto entiendo tal como se motiva el rechazo al recurso extraordinario de inconstitucionalidad, que por medio de ellas se intenta limitar el uso de agroquímicos en lugares cercanos a centros poblados, lo que en definitiva es uno de los objetos de la pretensión actora.

Pero considero que dicha sanción, más allá de sus propósitos, de ninguna manera debería considerarse como la norma por la que se pusiera fin a la presente *litis*.

El intento de reglamentar estas cuestiones, por parte de la Municipalidad de General Viamonte no alcanza, teniendo en cuenta que se trata de una materia en la que debe de intervenir o coordinar con el Estado Provincial e incluso nacional, para acercar una posible resolución a la problemática poblacional planteada. Ella trasciende a un municipio e incluso a la provincia.

Es necesario realizar esfuerzos a los fines de provocar en todo caso, el ejercicio de acciones coordinadas de la Provincia con la debida participación de las autoridades diseñadas por el Sistema Federal Ambiental, del Programa Nacional de Prevención y Control de intoxicaciones por plaguicidas del Ministerio de Salud de la Nación, y del Sistema Federal de

Fiscalización de Agroquímicos y biológicos del Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria bajo la órbita del Ministerio de Agroindustria.

También debería cumplirse con la exigencia de la participación ciudadana y de que ella goce del total acceso a la información detallada de los establecimientos involucrados, sustancias aplicadas y formas de manipulación permitidas atendiendo a los parámetros internacionales a los que se conforma la República Argentina (Conf. arts. 1, 31, 41 y 75 inc. 19 de la Constitución Argentina; 1, 11, 28 y 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 27 incs. 1, 2, 6, 9, 10 y 14 del decreto ley N° 6769/58; 9, 11, 16, 19 a 21 y 23 de la ley N° 25.675; 1 del decreto nacional N° 21/09).

Cabe agregar que por medio de la Resolución N° 276/10 del Ministerio de Salud de la Nación, fue creado el Programa Nacional de prevención y control de intoxicaciones por plaguicidas en la órbita de la Secretaría de Determinantes de la Salud y Relaciones Sanitarias, por cuyo artículo 3° se establece que "*El Programa tendrá por objeto identificar y relevar los factores de riesgo para la población y vigilar las intoxicaciones por plaguicidas en todo el territorio nacional, con el fin de proponer y desarrollar mejoras en el sistema de prevención y control. A tal efecto se establecen los siguientes objetivos: Intensificar la vigilancia de las exposiciones e intoxicaciones por plaguicidas a través del Sistema Nacional de Vigilancia en Salud* (SNVS) *y crear Unidades y Sitios Centinela con la finalidad de identificar el perfil de severidad de los casos de intoxicaciones, su frecuencia, las circunstancias de exposición y las características del paciente asistido, así como las características y la forma de uso de cada plaguicida asociado a un caso de exposición o intoxicación*".

A su vez, por medio de la Resolución N° 500/2003 del Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA), se creó el "*Sistema Federal de Fiscalización de Agroquímicos y Biológicos* (SIFFAB)", por las que se estableció como objetivos el asegurar la inocuidad alimentaria humana y animal, "*por medio de la fiscalización de los insumos agroquímicos y biológicos destinados a la producción vegetal, en su comercialización y empleo*".

Además, dentro de sus propósitos está "*lograr un control eficaz tanto de los productos como de los equipos aplicadores y, de esta manera, velar por la salud poblacional y del cuidado del ambiente, es necesario instrumentar un sistema que permita controlar, fiscalizar y supervisar tales aspectos básicos, asegurando la trazabilidad de productos, el correcto funcionamiento de los equipos utilizados para su aplicación, un nivel de conocimiento adecuado por parte de usuarios y aplicadores, y una disposición final controlada de los residuos y envases resultantes de la utilización de agroquímicos*".

Por medio de la resolución antes citada del SENASA, se estableció un sistema de fiscalización de carácter federal, por el que se dispuso la coordinación entre la Nación y las provincias, por medio de sus propias leyes y reglamentaciones en materia de productos fitosanitarios y fertilizantes, por las que fueron establecidos los requisitos para la comercialización y utilización de los mismos en el territorio de cada provincia.

Asimismo, por Disposición N° 119/2007, modificatoria, se considera: "*Que las autoridades competentes provinciales y municipales aplican en sus respectivas jurisdicciones reglamentos propios que norman el control de las condiciones de almacenamiento, uso y correcta disposición final de residuos remanentes y envases de agroquímicos y biológicos, así como la fiscalización de equipos de aplicación y de aplicadores de tales productos*" y "*Que con el fin de optimizar la asignación de recursos, es preciso evitar la superposición de acciones, procediendo coordinada y concurrentemente a través de actividades implementadas por las autoridades de aplicación de las normas que regulan la elaboración, comercialización y uso de agroquímicos y biológicos en las distintas jurisdicciones y en el marco de sus respectivas competencias*" (v. sus considerandos).

Establece como "*Objetivos generales*": "*Controlar, fiscalizar y auditar los productos fitosanitarios, fertilizantes y enmiendas en el ámbito nacional y armonizar los procedimientos para la verificación, fiscalización y habilitación de los equipos de aplicación y para la acreditación de los operarios aplicadores. Preservar el patrimonio de terceros, de los daños que pudieran*

*ocasionarse por malas aplicaciones o por uso de productos no legítimos. Optimizar y preservar la calidad de los alimentos y materias primas de origen vegetal y contribuir al desarrollo sustentable y a la disminución del impacto ambiental derivado del uso de agroquímicos. Mejorar la salud humana y la protección del ambiente*".

El Poder Ejecutivo de la Nación, por medio del Decreto N° 21/09 creó la "*Comisión Nacional de Investigación, Prevención, Asistencia y Tratamiento*", en casos de intoxicaciones o que afecten de algún modo, la salud de la población y el ambiente con productos agroquímicos.

Se auspicia y promueve "*...el uso responsable de productos químicos y sustancias agroquímicas, de manera que sustenten las mejores condiciones posibles para promover la salud pública y la integridad del ambiente*" (tal como fuera recordado en la sentencia de V.E. en la causa C. 111.706, "D., *J. E. F.*", de 8 de agosto de 2012).

Así también, lo regulado por la Resolución N° 350/99 de la ex Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y Alimentación que aprobó el nuevo texto del "*Manual de procedimientos, criterio, alcances para el registro de productos fitosanitarios en la República Argentina*" que recoge la quinta edición y versión definitiva del "*Manual sobre el Desarrollo y Uso de las Especificaciones FAO en productos para la Protección de Cultivos*".

Por su parte el Decreto ley N° 20.418, había fijado la tolerancia y límites respecto a residuos de plaguicidas en productos y subproductos, que hacen al resultado de sus aplicaciones y el impacto en el sector alimentario, del que también surgen directivas a través del Código Alimentario Argentino. Y a nivel nacional, el Decreto Ley N° 20.284/73, regula lo propio de la contaminación atmosférica.

En la Provincia de Buenos Aires en virtud de la Ley N° 10.699 que fuera reglamentada por medio del Decreto N° 499/92, asigna al entonces Ministerio de Asuntos Agrarios y Pesca de la Provincia de Buenos Aires, -por intermedio de la Dirección de Agricultura y Sanidad Vegetal-, como organismo

de aplicación de sus disposiciones, actualmente ejercida por el Ministerio de Agroindustria de la Provincia de Buenos Aires con competencia específica en la materia (Véase también, el decreto N° 956/02: Incorporación a la reglamentación de la ley N° 10.699 la categorización como domisanitarios- agroquímicos).

El artículo 10, establece: "*Cuando el organismo de aplicación estimara desaconsejable el empleo de determinados agroquímicos por su alta toxicidad, prolongado efecto residual y/o por cualquier otra causa que hiciere peligroso su uso, gestionará ante la Subsecretaría de Estado de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación, su exclusión de la nómina de productos autorizados, sin perjuicio de adoptar en forma inmediata las medidas necesarias para el resguardo y preservación del medio ambiente, personas y bienes*".

Por su parte, el artículo 13 de la ley N° 11.723 (Integral del Medio Ambiente y los Recursos Naturales) impone la intervención del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible, para la determinación y cumplimiento de la obligatoriedad de contar la actividad generadora con el correspondiente certificado de impacto ambiental. La que se extiende a la actividad de las plantas acopiadoras de cereales (Estas alcanzadas por el marco de las leyes Nros. 11.459 -Sobre instalación de industrias- y 12.605 -Régimen para establecimientos dedicados a la actividad de almacenamiento, clasificación, acondicionamiento y conservación de granos, silos; acopio, cereal-).

En los fundamentos del entonces proyecto de lo que terminó siendo la citada Ley N° 10.699, se informa que "*… el presente… tiene como objeto la regulación de las distintas etapas que abarcan la elaboración hasta la aplicación de plaguicidas mediante una correcta y adecuada utilización de los mismos, con el fin de proteger la producción agropecuaria de prácticas irracionales, los recursos naturales renovables y la salud humana, minimizando la contaminación del medio ambiente. Las enfermedades y plagas de la agricultura constituyen un factor limitante de la expansión sectorial, afectando la productividad en escalas que llegan a disminuir significativamente sus niveles potenciales. Para evitar ese deterioro de la producción agropecuaria es necesario aplicar prácticas de control*

*debidamente probadas y bajo la responsabilidad de ingenieros agrónomos. Sabido es que entre los medios de control el más difundido es el uso de plaguicidas por sus resultados efectivos. Tal medio implica la utilización de productos de marcada acción biológica, tanto para la plaga a controlar como para los organismos útiles que integran el ecosistema, repercutiendo en forma indirecta como directa sobre el hombre. Tanto la necesidad de incrementar la producción agropecuaria como la de preservar el medio ambiente y la salud y el bienestar de quienes directa e indirectamente están relacionados con el control químico de plagas, exigen que el poder público establezca la legislación apropiada que asegure un manejo racional de los plaguicidas en el manipuleo y la utilización de los mismos, reglamentando su uso y reservándole la intervención a quienes el Estado considera idóneos para hacerlo, con la seguridad que de este modo estarán protegidos sus intereses. Consecuentemente, es fundamental establecer un ordenamiento para los plaguicidas en todas sus etapas, principalmente la última o sea la del usuario, tanto por la peligrosidad de su manejo, especialmente en la fase de la aplicación, como para prevenir la salud del consumidor de productos agrícolas mediante la restricción de su uso cuando el desarrollo del cultivo se encuentra muy avanzado, evitando así la presencia de residuos. Por todo ello resulta imprescindible que el empleo de plaguicidas cuente con un instrumento legal que cumpliría la finalidad de normar el adecuado control de las plagas que afectan a la agricultura, conforme a los avances técnicos y científicos en la materia, como también su expendio con el objeto de preservar la salud pública*".

Es un objetivo primordial de esta ley, conforme el artículo 1° "*...la protección de la salud humana, los recursos naturales y la producción agrícola a través de la correcta y racional utilización de los productos mencionados en el artículo siguiente, como así también evitar la contaminación de los alimentos y del medio ambiente*".

Por su parte, el artículo 2° expresa su ámbito de aplicación: "*...todo lo atinente a la elaboración, formulación, fraccionamiento, distribución, transporte, almacenamiento, comercialización o entrega gratuita, exhibición, aplicación y locación de aplicación de insecticidas, acaricidas,*

*nomatodicidas*, *fungicidas*, *bactericidas*, *antibiótico*, *mamalicidas*, *avicidas*, *feromonas*, *molusquicidas*, *defoliantes y/o desecantes*, *fitorreguladores*, *herbicidas*, *coadyuvantes*, *repelentes*, *atractivos*, *fertilizantes*, *inoculantes y todos aquellos otros productos de acción química y/o biológica no contemplados explícitamente en esta clasificación, pero que sean utilizados para la protección y desarrollo de la producción vegetal*".

Dicho precepto también actúa como autoridad para autorizar su ampliación: "*El organismo de aplicación podrá ampliar la lista anterior cada vez que surjan nuevas especialidades no contempladas en las nombradas y cuando razones de orden técnico así lo justifiquen*".

En el artículo 3° precisa: "*El Ministerio de Asuntos Agrarios será el organismo de aplicación de esta ley, debiendo coordinar su acción con el Ministerio de Salud y estará facultado para hacerlo con otras reparticiones estatales y adoptar las medidas conducentes a fin de cumplir con los objetivos de la misma. También podrá convenir con Universidades y entidades oficiales y privadas, programas de capacitación e investigación especialmente en el manejo y uso de agroquímicos, con el objetivo de aumentar la eficiencia de su aplicación, así como disminuir los riesgos de intoxicación y contaminación del medio ambiente*".

**c.5.-** La regulación del manejo de estas sustancias no se agota con una simple determinación de metros o distancias, el eje de la norma es la persona humana en su dimensión existencial, donde las actividades aún las más productivas para la Provincia o para el país, también están obligadas a respetar, atender y de ser necesario asumir responsablemente las consecuencias de ellas.

Es deber del Estado por medio de sus competencias constitucionales y legales asignadas el de actuar preventivamente.

De esta forma, la separación competencial en materia ambiental establecida por la Constitución Nacional entre la Nación y las provincias, no debe entenderse como una negación de la que sobre el particular tienen los municipios.

En este caso su actuación deberá encontrarse coordinada para completar la mayor satisfacción de las disposiciones constitucionales y legislativas en un ejercicio armónico de las pertinentes autonomías.

Esto último, también atendiendo a que los municipios poseen la suficiente inmediatez con la problemática local y con los distintos grupos que conforman la población del territorio sobre el que están asentados, por lo que considero que poseen la idoneidad suficiente para poder colaborar en la protección del medio ambiente, llevando adelante los registros de actividades -de productores y controles- cuya información debe estar disponible para la tranquilidad de la población viamontesa de la Provincia de Buenos Aires.

Sin embargo, en los casos como el presente en que la situación deviene común a los habitantes destacando la característica agroindustrial del país, en el que debe evitarse y prevenirse el riesgo real de producirse situaciones agresivas al medio ambiente o contaminantes que no solamente atañen al municipio en cuestión, sostengo que debería provocarse la intervención de un órgano con mayor esfera de acción desde el punto de vista territorial, sea éste provincial, regional o de la Nación, en un federalismo de concertación en pos de la coordinación deseada.

De tal manera, de conformidad a lo antes expresado, arribo a la conclusión de que la competencia ejercida por la Municipalidad a través de las ordenanzas sancionadas, no alcanzaría para satisfacer en su totalidad las pretensiones de la parte actora.

De esta forma, tal como lo decidiera la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "*Mendoza*", se debería dar intervención a todas las partes involucradas en esta problemática, para hacer honor al principio de economía procesal, y así evitar la duplicidad de pleitos, como el posible escándalo jurídico que podría producirse si se dictaran sentencias en las que se atendieran cuestiones similares, pero resueltas eventualmente de forma contradictoria (CSJN, M. 1569. XL. "*Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios -daños derivados de la*

*contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo*", sent. del 20-06-2006, T. 329:2316, consid. quince).

Tengo presente las cuestiones e intereses involucrados en la causa I 72.669, "*Picorelli Jorge O. y Ots. c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ Inconstitucionalidad Ordenanza* N° 21.296" y la medida cautelar confirmada, de fecha 23 de diciembre del año 2014, en trámite ante la Suprema Corte de Justicia y su vinculación con lo aquí debatido.

En las actuaciones se encuentran comprometidas cuestiones de carácter colectivo y se denuncian no sólo daños presentes, sino también la amenaza de daños futuros. En estos casos se involucra, asimismo, la tutela del ambiente, entre la que se incluye el cuidado de los cursos de agua, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes y de la atmósfera, entre otras cuestiones.

Surge claro el derecho de los habitantes a ambicionar disfrutar de un ambiente sano, no sólo para los actuales, sino también para las generaciones futuras, toda vez que: "*La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales*" (*in re* "*Mendoza, Beatriz*", fallo citado).

**D.** Solicito de no estarlo, registrar el presente caso en el "*Registro Público de Procesos de Incidencia Colectiva*", creado por la Suprema Corte de Justicia por medio de la Acordada 3660 del día 21 de agosto de 2013, a tenor de lo previsto en el artículo 21 de la Ley N° 13.928 (texto según Ley N° 14.192).

**III.-**

En consecuencia, estimo que correspondería el rechazo del recurso extraordinario de inconstitucionalidad y hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Dicho ello, atento a una posible situación de peligro de daño ambiental que podría afectar la salud de habitantes de General Viamonte, y en especial a población infantil, en los términos de lo establecido en el artículo 103 del Código Civil y Comercial, considero que deviene imperiosa la necesidad de profundizar la aplicación de los principios preventivo y precautorio ínsitos en la cláusula del artículo 28 de la Constitución Provincial, y consagrados en el artículo 4 de Ley N° 25.675 y que ameritan ser atendidos en definitiva a la hora de decidir la presente causa (Conf. arts. 41, 75 incs. 19, 22 y 23 primera parte, de la Constitución Argentina; 11, 28 y 36 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 1, 2, 21 incs. 7 y 24 de la Ley 14.442).

La Plata, agosto 27 de 2019.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: I 74.078

# “Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales c/ Municipalidad de General Alvarado s/ inconstitucionalidad ordenanza N.° 220/2015”, fecha: 23/11/2017

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales c/ Municipalidad de General Alvarados/Inconstitucionalidad Ordenanza N* 220/2015". 1 **74.078**

**Suprema Corte de Justicia:**

Los señores Mario R. Ruschin y Hernán P. Antonini en carácter de Presidente y Secretario respectivamente, de la Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales, con patrocinio letrado, promovieron la presente acción originaria de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte, en los términos del artículo 161 inciso 19 de la Constitución provincial, 683 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial, con el objeto de que V.E. declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza N* 220/15 de la Municipalidad de General Alvarado, sancionada el 9 de diciembre de 2015. Además solicitaron en forma previa a ser resuelta la presente, que le sea concedida una medida cautelar suspensiva de la citada ordenanza (fs. 58/82).

En su presentación aclaran que por el primer artículo de la citada ordenanza se dispuso la prohibición, en dicho partido de la fabricación, tenencia, guarda, acopio, depósito, venta o cualquier otra modalidad de comercialización mayorista o minorista y el uso particular de elementos de pirotecnia y cohetería, como así también lo propio respecto a la fabricación, venta, comercialización, entrega, utilización, encendido y suelta de globos aerostáticos luminosos.

**I.-**

Al demandar lo hacen argumentando a favor de la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, para ello esgrimen el cumplimiento

de los requisitos de admisibilidad para abordar luego las cuestiones de fondo y sostener la pretensión impugnatoria.

**I.1.-** Respecto a la admisibilidad formal de la presente, entienden cumplir con todos los requisitos, a saber:

**a.-** Legitimación activa, ya que, según los aquí denunciantes, los estatutos de la Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales los autorizaría a interponer este tipo de acciones, estando inscripta dicha Cámara en la Inspección General de Justicia, y que por la misma estarían "*representados decenas de fabricantes e importadores y distribuidores de fuegos artificiales, y ...dentro de sus objetivos básicos está la defensa de los intereses de los miembros... a través de las presentaciones que sean requeridas ante las autoridades competentes...*" (fs. 59).

**b.-** Respecto a la competencia, consideran que V.E. es el órgano indicado para entender en las presentes, a tenor de lo previsto en el artículo 161 inciso 1 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y artículos 683 y siguientes del CPCC (fs. 60).

**c.-** Finalmente en lo que respecta a los restantes requisitos de admisibilidad, sostienen que la demanda se "*promueve por parte interesada y legitimada*"; "*se funda en la violación de preceptos de la Constitución de la Provincia, e incluso explícitamente de la Nación*"; "*se individualizan las disposiciones legales que se reputan contrarias a la Constitución y se las confronta con los preceptos constitucionales que resultan palmariamente vulnerados*" (ts. 60 vta.).

**I.2.-** Respecto al fondo de la cuestión afirman que la ordenanza impugnada "colisiona contra el ordenamiento Jurídico argentino" (fs. 60 vta. in fine).

Expresan que la Ordenanza Municipal N* 220/2015 sería violatoria de la Ley Nacional de Armas y Explosivos No. 20.429 y su decreto reglamentario, afectando "*...eravemente derechos y garantías de raigambre*

*constitucional, en particular los artículos 9, 10, 11, 14, 17, 28, 33 y 75 inciso 13 de la CN como así también el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional de acuerdo a lo previsto en el artículo 75, inciso 22 de la* CN ("CADH"), *y a los arts. 11, 22, 27 y 31 de la Constitución de la Provincia de* Bs.As., *constituyendo un avasallamiento intolerable y violatorio del Estado de Derecho*".

Estiman que la normativa produce un quebrantamiento al principio de legalidad y reserva de ley, ya que constituiría una intromisión del Concejo Deliberante en la competencia del legislador nacional.

Para justificar dicha afirmación consideran lo establecido en el artículo 1° de la Ley Nacional de Armas N° 20,429 en cuanto regula lo concerniente a la adquisición, uso, tenencia, portación, transmisión, transporte, introducción al país e importación -entre otras actividades - de pólvoras, explosivos y afines, salvo las excepciones previstas en el artículo 2? relativo a las Fuerzas Armadas y armas blancas o contundentes.

También aclaran que el artículo 1° del Decreto N° 302/83 - reglamentario de la Ley N° 20.429- determinó lo que se entiende por pólvoras, explosivos y afines, en el sentido de ser **"... sustancias o mezclas de sustancias que en determinadas condiciones son susceptibles de una súbita liberación de energía mediante transformaciones químicas",** lo que incluiría a los fuegos artificiales que posean explosivos.

Agregan que el citado decreto establece también una clasificación de los "*artificios pirotécnicos como de (i) bajo riesgo a aquellos inocuos y no susceptibles de explotar en masa, razón por la cual son de venta libre; (ii) riesgo limitado, también de venta libre y (iii) los que pueden explotar en masa, son de fácil ignición o producen efectos lumínicos y fumígenos, por lo que algunos de ellos no son de venta libre*" (fs. 62).

Afirman que las empresas miembros de la Cámara, con el objeto de ejercer su actividad, "*...se encuentran debidamente inscriptas, tal como lo exige el artículo 4° del decreto N° 302/83 y sólo fabrican, importan, exportan*

*y comercializan fuegos artificiales debidamente autorizados y registrados ante el RENAR*"(fs. 62).

Por ello sostienen que la Ordenanza N° 220/15, sería inconstitucional; afectaría principios y derechos constitucionales de las empresas miembros de la Cámara y "*...por fomentar la actividad clandestina, poniendo en riesgo la salud de los usuarios que consumen productos inseguros*" (ís. 62 vta.).

Entre los fundamentos normativos esgrimidos por la parte actora, entienden que habría una violación al "*Principio de Legalidad y de Reserva de la Ley*", ya que la Ordenanza estaría en contra de lo establecido en los artículos 1 y 2 de la Ley Nacional N° 20,429, y vulneraría la exclusividad legislativa que establecería el artículo primero de la citada norma nacional (fs. 63).

Sobre esta cuestión afirman que la Ordenanza no sería aplicable pues invadiría el citado principio, y en consecuencia la Municipalidad no podría "*sancionar normas vinculadas a la materia que es propia de la Ley Nacional de Armas y sus Decretos Reglamentarios, salvo que previamente plantee la inconstitucionalidad de la Ley Nacional de Armas, obtengan una sentencia definitiva favorable o, en su caso, logren la derogación o modificación de la mencionada Ley mediante otra Ley de jerarquía similar y de fecha posterior*" (fs. 63 vta.).

También consideran que habria una violación del principio de libre circulación territorial prevista en los artículos 9, 10, 11 y 12 de la Constitución Nacional, en el entendimiento de que nuestro país constituye "*un solo espacio económico en todo el territorio nacional mediante el principio de la libre circulación interior y la existencia de aduanas exteriores nacionales*". Citan Jurisprudencia de la Corte y doctrina que consideran de aplicación al presente caso (fs. 64/66).

Por su parte alegan que produciría un "*ejercicio abusivo del Poder de Policía Municipal*" no previsto en las atribuciones contenidas en la Sección VII de la Constitución local, o en los artículos 25 y 27 de la Ley Orgánica de las Municipalidades (fs. 67 y siguientes).

Adunan que también habría un menoscaboal principio previsto en el artículo 28 de la Constitución Nacional, "*...el cual requiere que las normas derivadas del ejercicio del poder conferido a los órganos políticos sean razonables, de lo contrario, aquéllas se transforman en arbitrarias e inconstitucionales por contrariar los artículos 28 y 33 de la Constitución Nacional*". Transcriben jurisprudencia de la Corte Suprema (fs. 69).

Señalan que la Ordenanza N* 220/15 podría llegar a provocar que los usuarios finales adquieran productos inseguros, con el consecuente incremento de daños, y que "dicha irrazonabilidad se acentúa aún más al conculcar el derecho de comerciar y ejercer industria lícita (artículo 14 de la CN) por parte de las empresas miembros de la Cámara, con los perjuicios económicos que ello significa" (£s. 71).

Mencionan a su vez que la ordenanza generaría un menoscaboal derecho de comerciar, que comprenderia "*el ejercicio de la intermediación en la circulación e intercambio de bienes y servicios de cualquier tipo, ya sea en forma profesional o no*". Además recuerdan que le corresponde al Estado Federal "*dictar la legislación de fondo en la materia, así como reglamentar y gravar impositivamente el comercio internacional e interprovincial*", como así también "dentro del derecho de ejercer el comercio se encuentra implícito el derecho de contratar, el cual está 3 | expresamente consagrado en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Naciones Unidas"(fs 71).

Subrayan que la libertad de comercio y de ejercer industria lícita por parte de las empresas integrantes de la Cámara, estaría reconocida por el artículo 14 de la Constitución Nacional y 27 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y que dicha potestad estaría "*... absolutamente conculcada, pues es sabido que conforme el artículo 28 de la Carta Magnalos principios y garantías de los artículos que ella contiene, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio*" (ís. 71).

Indican que también se advertiría una violación al derecho de propiedad, ya que la prohibición de comercializar artículos legalmente

permitidos, sobre todo en el período de mayores ventas del año, supone un perjuicio económico que se traduce en una lesión al derecho de propiedad de las empresas miembros de la Cámara. Transcriben jurisprudencia del más alto Tribunal de la Nación (is. 72/73).

Para culminar, solicitan la concesión de una medida cautelar innovativa a los efectos de que V.E. suspendiera los efectos de la Ordenanza N° 220/2015 (fs. 73 vta./ 78), acompañan prueba documental, y ofrecen informativa; dejan planteado el caso federal (art. 14 de la Ley N° 48; fs. 81).

**II.-**

La concesión de la medida cautelar solicitada fue rechazada por V.E., por no configurarse en autos los presupuestos para su otorgamiento (fs. 88/91),

**III.-**

El apoderado legal de la Municipalidad de General Alvarado, se presentó a contestar la presente demanda originaria de inconstitucionalidad solicitando su total rechazo con costas (fs. 96/104).

Por imperativo legal niega todos y cada uno de los hechos esgrimidos por la actora que no sean objeto de expreso reconocimiento; así como también la autenticidad material e ideológica de la prueba documental acompañada.

En particular niega los hechos y desconocen los documentos que a continuación se detallan: "1. *Negamos y rechazamos que la actora tenga interés legítimo en la declaración de inconstitucionalidad de la Ordenanza No 220/2015 de Partido de General Alvarado. 2. Negamos que detenten legitimación alguna para incoar la presente acción de inconstitucionalidad.* 3. *Negamos y rechazamos que Ordenanza No 220/2015 de Partido de General Alvarado se encuentra en pugna con la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación.* 4. *Negamos y rechazamos que el Sr. Ruschin sea presidente de la Cámara Argentina de Empresas | de Fuegos Artificiales.* 5. *Negamos y rechazamos que el Sr.*

*Antonini sea secretario de la Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales. 6. Negamos que la actora y/o sus integrantes tenga actividad alguna en el Partido de General Alvarado y/o sus productos se comercialicen en el Partido. 7. Negamos por no constarnos que la actora y/o sus integrantes se encuentren inscriptos ante el* RENAR. *8. Negamos la autenticidad material e ideológica de la copia de estatuto de la Cámara e inscripción ante IGJ adjunta en el punto* X: PRUEBA: 1. *Documental. a*); *9. Negamos la autenticidad material e ideológica de la copia elección de miembros de la Comisión Directiva de la Cámara y Acta de Comisión Directiva* N° 144 *adjunta en el punto* X: PRUEBA: 1. *Documental. b*). *10. Negamos la autenticidad material e ideológica de Certificados de Inscripción ante el* RENAR *adjunta en el punto* X: PRUEBA: 1. *Documental*" (fs. 96/97; las palabras en letras mayúsculas corresponde al original).

Respecto a los hechos que resultan atribuidos a la Municipalidad reconoce la sanción de la Ordenanza N° 220/2015 y su Decreto Promulgatorio N° 2929/2015 de parte del Intendente del Partido de General Alvarado (fs. 97).

Considera que la parte actora "*carece de un interés legítimo o carácter de parte interesada en la declaración de inconstitucionalidad pretendida y por ende carece de legitimación para deducir esta pretensión de inconstitucionalidad*" (fs. 977).

Recalca al respecto que el artículo 161 inciso 1 de la Constitución de la Provincia determina la competencia originaria a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires para entender respecto de "*...la constitucionalidad o | inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada*" (fs. 97 vta.).

Arguye que a tenor de los antecedentes de V.E. para constituir la condición de parte interesada debería configurarse "*la necesidad de la existencia de un interés legítimo en quien deduce esta acción*". Por ello la ausencia de legitimación "*deriva del hecho que ninguna de las empresas asociadas*

*-ni la Cámara- actora desarrollan actividades en el Partido de General Alvarado ni comercializan sus productos en el mismo*" (fs. 97 vta.).

Destaca que la parte actora debió haber alegado y probado que sus productos se producirían, acopiarían o comercializaran en el Partido de General Alvarado, "*cualquiera sea la calidad de las relaciones comerciales que lo unan con terceros*" (fs. 97 vta.).

En este sentido indica que la actora debió haber demostrado "*alguna actividad en el Partido en cuestión sea de modo directo de algunas de las empresas de la Cámara o por relaciones con terceros cualquiera sea el tipo de relación*" (fs. 97 vta.).

Agrega que no existirían en el Partido de General Alvarado comercios habilitados para el depósito, fabricación o comercialización de pirotecnia, | y que la Municipalidad de General Alvarado no tendría constancia de ninguna actividad por parte de esas empresas O de terceros que se relacionen de cualquier modo con las mismas. De esta forma afirma que "*la actora (o sus representados) no | alegan ni demuestran de modo alguno como la norma que pretenden sea declarada inconstitucional les afecta...* ". Cita jurisprudencia de V.E. referida a la legitimación en este tipo de acciones (fs. 98/ 99).

En forma subsidiaria, plantea que la Ordenanza N° 220/2015 resultaría acorde a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y eventualmente | también de la Nación; por lo que la acción debería desestimarse con costas.

Explica que la actora anuncia la transgresión de la Constitución Provincial "*pero luego en su análisis y exposición de la demanda no lo indica ni lo comprueba*".

También cita doctrina de V.E. en el sentido de que "*el objeto normal de la acción originaria de inconstitucionalidad consiste en obtener una declaración judicial de inconstitucionalidad de normas provinciales o municipales controvertidas por parte interesada por reputarlas contrarias*

*a derechos 0 principios consagrados en la Constitución de la Provincia*". De allí deduce que "*por principio escapen a la esfera de conocimiento de ese proceso otro tipo de impugnaciones, como las que llevan a resolver la controversia contrastando el contenido, alcance y validez de una disposición legal o reglamentaria local en función de las normas de la Constitución de la Nación Argentina*" (fs. 100).

Enumera que el actor aduciría la transgresión del principio de legalidad; de libre circulación y de aduanas internas; de abuso del poder de policía Municipal; del principio de razonabilidad; del derecho de comerciar y ejercer industria y al derecho de propiedad (fs. 100).

En sentido opuesto al sostenido por la parte actora, considera que es constitucional la Ordenanza N° 220/2015. Así recuerda que se fundamenta en lo previsto en los artículos 5 y 123 de la Constitución Nacional, en los artículos 190 y 196 inciso 6 de la Constitución Provincial, y en los artículos 24, 25, 26 y los incisos 6, 7, 8 y 17 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Municipalidades. (fs. 101 vta.).

Destaca que dentro del sistema federal establecido por el constituyente de la Nación, y de la jerarquía reconocida a los municipios en general, "*son las provincias quienes detentan la autonomía y potestades suficientes a los efectos de delegar cometidos a las comunas*" (fs. 101 vta.).

Así advierte que la competencia del municipio surgiría de lo previsto en los artículos 190 y 192 de la Constitución Provincial y de la Ley Orgánica de las Municipalidades (Dec. Ley 6769/58), cuyo artículo 27 describe las competencias del Concejo Deliberante.

Esgrime que respetando la normativa anteriormente citada, el Concejo Deliberante del Partido de General Alvarado habría considerado para el territorio en el que se asienta el municipio que la utilización de pirotecnia "*afecta el interés público respecto de: la salubridad -en el caso sonora- de las personas que acceden a los sitios públicos y privados de acceso público (principalmente Hospitales y Clínicas), la protección de los animales que padecen un sufrimiento*

*por dichos productos, y la tranquilidad y comodidad de la población alvadarense* " y "*..en especial las de origen sonoro y lumínico, así como las trepidaciones...*".

Así advierte no encontrar motivo por el cual "*el órgano deliberativo local no puede ejercer las competencias que estas normas constitucionales y legales le otorgan*" (fs. 102 vta.).

Respecto a la posible violación de la Ley Nacional N° 20,429 por parte de la Ordenanza, el apoderado del Municipio demandado, niega que esto pudiera darse. Así afirma que la Ordenanza No 220/2015 no se inmiscuiría en ninguna facultad o competencia del RENAR, ya que, continúa "*no reglamenta condiciones de comercialización (art. 10 y concordantes del Decreto N° 302/83), ni establece registros al efecto (art. 20), ni excepciones (art. 21), ni condiciones de* 10 PROVINCIA DE BUENOS AIRES PROCURACIÓN GENERAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA *exportación e importación (art. 22), ni de transporte (art. 26 y 81 y siguientes del Decreto No 302/83), etc.* " (fs. 102 vta.).

Refiere que la Ley N° 20.429 no tendría por objeto reglamentar la salubridad de la población de General Alvarado ni de prevenir las actividades que afecten la tranquilidad de la población, ni tampoco considera la posibilidad de que por el contenido de la Ordenanza N° 220/2015 pudiera tornarse ilegal los productos que la Cámara o sus asociados fabricaran, importaran o comercializaran.

Expone que del contenido de la Ley 20.429 y su Decreto Reglamentario surgiría en forma evidente que dichas normas tendrían por objeto la protección de la seguridad de las personas en el uso de los elementos pirotécnicos, de | modo de excluir la comercialización clandestina de productos "*...que -claramente son potencialmente RIESGOSOS para la salud de las personas*", mientras que por su parte la Ordenanza N° 220/2015 tendría como objeto la protección de los animales y, principalmente, de la salubridad y tranquilidad pública, evitando de ese modo que el interés general se halle transgredido por trepidaciones y molestias de origen sonoro (fs. 103, la mayúscula en el original).

Para culminar entiende que la Ordenanza N° 220/2015 es constitucional y cumple con la manda del artículo 27 de la Constitución Provincial (libertad de trabajo, de comercio y de toda industria lícita), siendo que la potestad de reglamentar sobre actividades que pudieran perjudicar la salubridad pública "*ha sido conferida constitucionalmente a los órganos deliberativos de los municipios*" (fs. 103).

Ofrece prueba y plantea el caso federal (art. 14 de la Ley 48; fs. 104).

**IV.-**

La accionante contesta el traslado conferido sobre cuestiones de admisibilidad, y ratifica en todos sus términos la demanda interpuesta. Por otra parte rechaza las objeciones formales y sustanciales esgrimida por la Municipalidad demandada (fs. 116/118).

**V.-**

A fojas 121 se dispuso la apertura a prueba. Se produjo prueba informativa ofrecida por la actora. Concluido el período probatorio, se certificó la misma y fueron puestas las actuaciones a disposición de las partes a los fines de alegar por el plazo previsto en el artículo 480 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 173).

El derecho de alegar sólo fue ejercido por la parte actora. Luego de ello, fueron pasadas las presentes a esta Procuración General a los efectos previstos en el artículo 687 de la norma adjetiva (fs. 174/176; 178).

**VI.-**

He de propiciar el rechazado de la acción instaurada.

**VI.1.-** Respecto a la legitimación activa impugnada por el apoderado de la Municipalidad de General Alvarado, entiendo que debo hacer la siguiente distinción.

En primer lugar en lo que se refiere a la "*Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales*", considero que -a tenor de la prueba documental acompañada y la informativa producida-, dicha cámara empresarial posee legitimación suficiente para interponer acciones como la presente. En efecto, el Estatuto registrado en la Inspección General de Justicia, cuya copia obra a fojas 160, en forma clara prevé dentro de los cometidos y propósitos de la Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales "*defender los derechos e intereses gremiales y profesionales de las empresas asociadas*" (*inciso e) y* "*gestionar y asumir la representación de las empresas asociadas ante los poderes públicos y entidades privadas nacionales o extranjeras en todo cuanto haga a la relación con la actividad específica cuya protección y desarrollo es objeto de la actividad natural de la Cámara*"(inciso j).

No obstante lo expuesto, tal como lo pone de manifiesto el apoderado de la Municipalidad de General Alvarado, la Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales no poseería en dicho partido ningún local, ni fábrica, ni depósito de pirotecnia, por lo que no se advertiría en forma clara su condición de "*parte interesada*" prevista en el artículo 161 inciso 1° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Como lo recordara el Señor Juez de la Suprema Corte Daniel Soria, que en reiterada jurisprudencia sobre el punto, el Tribunal ha sostenido que el interés que califica a la "*parte*" -en la expresión del precepto constitucional citado debe, en principio, revestir la cualidad de ser "particular" y "directo" (doct. causas 1. 1427, "*Álvarez*", resol. de 30-V-1989; 1. 1553, "*Procuración General de la Suprema Corte*", resol. de 11-11-1992; I. 1594, "Procuración General de la Suprema Corte", resol. de 9-111-1993; en conc. causas: 1. 1457, "*González Bergez*", resol. de 13-I!I- |1990; L 1462, "*Gascón Cotti*", resol. de 17-IV-1990; IL 1467, "Aranda Lavarello", resol. de 5-VI-1990; I. 1488, "*Benítez*", resol. de 31-VII-1990; IL 2115, "*Zurano*", resol. de 16-XII-1997; I. 2153, "*Matoso*", resol. de 14-IX-1998; 1. 2194, "*Prada Errecart*", resol. de 17-XI-1999; entre muchas otras), situación que se configura cuando el ejercicio del derecho constitucional de quien deduce la acción se halla afectado -o ha de ser ineludiblemente lesionado, de intentarse la acción con carácter preventivo- por la

vigencia o la aplicación de la norma jurídica cuya constitucionalidad controvierte (conf. doct. 1: 1292, "*Colegio de Abogados de La Plata*", resol. de 31-I11-1987 y sus citas; 1. 1315, "*Donnarumma*", sent. de 3-XII- 1991; I. 1465, "Las Totoras S.R.L.", sent. de 1-VI-1993; I. 2194, citada; L 2297, "*Perrota*", resol. de 24-VI-2002; entre otras, cf, SCBA, I 2129, "*Asociación de Diseñadores Gráficos Nicoleños* (A.DIGRA.N.) *contra Municipalidad de San* 13 *Nicolás. Inconstitucionalidad arts.* 65 Y 70 *Ord. fiscal y tarif.* N° 4340/97", sentencia del 13-V11-2016).

Ahora bien, teniendo en consideración el principio pro actione previsto en el artículo 15 de la Constitución de la Provincia, soy de la opinión de que, más allá de no haberse acreditado fehacientemente la existencia de local, depósito o fábrica de pirotecnia o afines en el partido de General Alvarado, V.E. debería considerar a la Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales con la legitimación activa suficiente para ser actora en la presente causa ante la posibilidad de pretender alguna de sus asociadas, ejercer su actividad en el Municipio de General Alvarado. Por ello entiendo que podría proceder al rechazo de la excepción intentada por el apoderado de la comuna.

**VI.2.-** Despejada la cuestión de la legitimación activa, me ocuparé de la cuestión de fondo puesta en consideración por la parte actora. Al respecto, como adelantara, soy de la opinión de que V.E. debería rechazar la presente demanda originaria de inconstitucionalidad (art. 687 CPCC).

En efecto, la Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales interpuso la presente acción originaria con el objeto de que V.E. declare la inconstitucionalidad en forma originaria de la Ordenanza N° 220/15 de la Municipalidad de General Alvarado, sancionada el 9 de diciembre del año 2015, por cuyo artículo 1° se dispuso la prohibición en el ámbito territorial de dicho partido de la fabricación, tenencia, guarda, acopio, depósito, venta o cualquier otra modalidad de comercialización mayorista o minorista y el uso particular de elementos de pirotecnia y cohetería; al mismo tiempo que se vedó la fabricación, venta, comercialización, entrega, utilización, encendido y suelta de globos aeroestáticos luminosos.

Entiendo que la Municipalidad de General Alvarado obró a tenor de la autorización reconocida en el artículo 192 incisos 4° y 6°, de la Constitución de la Provincia. A su vez el decreto ley N° 6769/58 -Ley Orgánica de las Municipalidades-, claramente reconoce a los municipios lo relativo a la radicación, habilitación y funcionamiento de los establecimientos comerciales e industriales (art. 27 inc. 1° ), como así también la prevención y eliminación de las molestias que afecten la tranquilidad, el reposo y la comodidad de la población, en especial las de origen sonoro y lumínico (art. 27 inc. 17) y la imposición de restricciones y límites al dominio para la mejor urbanización de zonas industriales y residenciales del partido (art. 28 inc. 7).

Por otra parte el artículo 298 del Decreto N° 302/83 (reglamentario de la Ley N° 20.429), le daría también la razón a la Municipalidad demandada y la consiguiente compatibilidad constitucional de la Ordenanza N° 220/2015. Así el citado artículo dispone lo siguiente: "Empleo de artificios pirotécnicos... Artículo 298.- El uso de los artificios pirotécnicos hará de acuerdo a las ordenanzas municipales, edictos policiales o reglamentaciones locales, en los que se contemplarán los siguientes aspectos..." (Decreto 302/83, firmado el 8-11-1983; BO. 28-11-1983).

Así, entonces, se advierte del texto citado en lo pertinente, y por el otro lado, de las funciones que surgen de la Ley Orgánica de la Municipalidades que ponen en cabeza del Concejo Deliberante en sus artículos 25, 27 inciso 17 y artículo 28 del decreto ley N° 6769/58, lo concerniente al poder de policía en materia de tranquilidad y seguridad. Esto debe, a su vez ser relacionado e interpretado con lo vinculado a la habilitación y funcionamiento de establecimientos comerciales e industriales (art. 27 inc. 1°).

Por su parte, se deja sentado que al momento de ser firmado el presente dictamen, se encuentra con media sanción por parte de la Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires el proyecto de ley, cuyo artículo 12 establece: "*Queda prohibido en todo el territorio de la Provincia de Buenos Aires la tenencia, fabricación, comercialización, depósito, circulación y*

*venta al público, mayorista o minorista, así como la manipulación y uso particular de todo elemento 15 de pirotecnia y cohetería de tipo explosiva con efecto audible o sonoro cualquiera fuera su característica y naturaleza, sea éste de venta libre o no, y/o fabricación autorizada*"; a su vez por el artículo 2° se efectúan ciertas definiciones respecto a qué se entiende por pirotecnia (E.539/ 2016-2017, ver http://www.senadoba. gov.arfseclegbusquedaacypro detalle.aspx?expe=101537).

No puedo dejar de mencionar que en el seno de la Legislatura bonaerense fueron presentadas otras iniciativas con el objeto de prohibir la pirotecnia y sus derivados en el ámbito territorial de la Provincia de Buenos Aires. Así se advierte el proyecto presentado en su oportunidad por la diputada provincial Cecilia Moreau -expediente D-1147/11-12-, como así otro proyecto del entonces diputado Julio Garro -expediente D-1100/11-12-, y ambos proyectos obtuvieron media sanción por parte de este cuerpo pero no así por parte del Senado provincial. También fueron presentados los proyectos D-922/15-16 y D- 247/17-18, ambos en el ámbito de la Cámara de Diputados local.

Por su parte la Resolución del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires N° 2740/03, referida a normas de seguridad antisiniestral en confiterías bailables, discotecas, bares, clubes dispone en el artículo 12 que, "No se autorizará el uso de ninguna pirotecnia. Cuando circunstancias especiales lo prevean, se deberá presentar una memoria técnico-descriptiva del sistema a utilizar, para su evaluación y posterior aprobación de corresponder". Por su parte el artículo 13 de dicha resolución establece que "de autorizarse el uso de pirotecnia según el artículo anterior, se deberá contratar personal de esta Especialidad (Bomberos y Peritos en Explosivos)...".(cc. in re "Villarreal, Raúl Alcides y otros s/recurso de casación", sentencia de 21 de septiembre de 2015, de Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal).

Como se advierte desde mucho tiempo antes, en la Provincia de Buenos Aires se ha venido advirtiendo sobre el riesgo que implica el manejo de | material pirotécnico, con lo cual considero razonable la prohibición

establecida por medio de la Ordenanza N° 220/2015 en el ámbito territorial del partido de General Alvarado.

A modo de conclusión no advierto que la Ordenanza N° 220/2015 sancionada por el Concejo Deliberante de General Alvarado sea violatoria de las competencias asignadas a las municipalidades en los artículos 190 y siguientes de la Constitución y sus normas reglamentarias, ni tampoco a otras normas de la Carta Magna provincial. Tampoco, según mi parecer, ha sido demostrado que dicha ordenanza hubiera vulnerado preceptos nacionales sobre la materia. Recuerdo que en el ámbito de la acción originaria de inconstitucionalidad, la presunción de constitucionalidad de la que gozan las leyes, deber hacerse extensiva a las ordenanzas municipales (SCIBA 173.931, "*Peralta, Carlos Daniel c/ Municipalidad de Mar Chiquita s/ Inconstitucionalidad Ordenanza 67/12*", resolución de 6-IX- 2017).

Por las razones reseñadas, entiendo que podría V.E. disponer el rechazo de la presente demanda originaria de inconstitucionalidad (art. 687 CPCC).

La Plata, noviembre 23 de 2017.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

*Sumario* ⬆

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 74.595

# “ECOBLEND SA c/ Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible s/ pretensión declarativa de certeza”, fecha: 11/10/2017

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"ECOBLEND S.A. c/ Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible s/ Pretensión declarativa de certeza"
**A 74.595**

**Suprema Corte de Justicia:**

El Dr. Gonzalo V. Esses, en su carácter de apoderado de ECOBLEND S.A., y con patrocinio letrado, interpone recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad de ley contra la sentencia dictada por la Cámara en lo Contencioso Administrativa con asiento en la ciudad de La Plata, del día 29 de marzo de 2016 (fs. 415/422; 428/449).

Corresponde a esta Procuración General intervenir ante el recurso extraordinario de inconstitucionalidad que ha sido interpuesto por la parte actora (v. art. 302 del CPCC; fs.462).

**I.-**

**I.1.-** Respecto a la admisibilidad del presente recurso, explica que la sentencia es definitiva, en el sentido de que pone fin a la controversia en forma contraria a la pretensión de la parte aquí recurrente; fue presentado en el plazo determinado en el artículo 330 del Código de rito; el recurso fue interpuesto por escrito, en forma separada los fundamentos de los respectivos recursos extraordinarios; y por último –este constituye un requisito de admisibilidad del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley– efectuó el depósito previo previsto en el artículo 280 del mismo código (v. fs. 428 vta./229 vta.).

**I.2.-** En lo que se refiere a los hechos que motivaran el presente caso, expresa que la firma actora interpuso una demanda contencioso administrativa en los términos del artículo 12 inciso 4 del Código Procesal en lo Contencioso Administrativo y 322 del Código Procesal en lo Civil y Comercial

contra el Organismo Provincial para el Desarrollo Sustentable (OPDS) de la Provincia de Buenos Aires.

Explica que la firma ECOBLEND S.A. posee una habilitación nacional, otorgada en los términos de la Ley N° 24.051, que según el recurrente la autorizaría para efectuar el tratamiento de los residuos peligrosos generados en una Provincia pero destinados al transporte fuera de ella para su tratamiento y/o disposición final, a tenor de lo previsto en los artículos 1 y 5 de dicha ley.

Agrega que en la demanda hizo referencia a que la citada habilitación nacional autorizaría a la empresa a tratar en su planta ubicada en la Provincia de Córdoba los residuos peligrosos que se generen en la Provincia de Buenos, "que se encuentren sujetos a transporte interprovincial para su tratamiento, sin necesidad de obtener una "nueva" o "doble" habilitación o autorización de parte de la Provincia de Buenos Aires" (fs. 430).

Añade que al momento de demandar dejó planteado que en el hipotético caso en que se considerara que la inscripción a la que alude el artículo 7 del Decreto 806/97, respecto de los operadores y transportistas ubicados fuera del ámbito de la Provincia de Buenos Aires, detenta para dichos operadores y transportistas el carácter de una habilitación necesaria para operar respecto de residuos sujetos a tránsito interprovincial, se le solicitó al a quo que declare la inconstitucionalidad de dicho artículo, ya que interpretado de ese modo, el mismo resultaría contrario y violatorio de la Constitución Nacional (art. 75 inc.13 - cláusula de comercio- y arts. 14, 17 y 31 entre otros), amén de colisionar también con la Ley Nacional 24.051, y constituir un exceso reglamentario respecto de la Ley provincial N° 11.720 (v. fs. 431 vta.).

Respecto a los hechos, expresa que la empresa posee una planta en la Provincia de Córdoba, habilitada desde el año 2001 como "Operador" ante el Registro Nacional creado por la Ley N° 24.051. Agrega que dicha autorización nacional, la habilitaría "para recibir y tratar residuos peligrosos sujetos a transporte interprovincial" (fs. 430 vta.).

Manifiesta que por tratarse de “exigencias meramente formales”, constituyó domicilio en la Provincia de Buenos Aires, y desde el año 2001 “ ..periódicamente presentó en el expediente 2145 - 5568/01 copia de su habilitación nacional y de sus sucesivas renovaciones”(fs. 431 vta.).

Añade que en esas condiciones la firma recurrente habría operado, efectuando el tratamiento de los residuos especiales provenientes de la Provincia de Buenos Aires en otras provincias, “... habiendo aclarado expresamente la OPDS a fs. 88 del referido expediente que no correspondía el cobro de la tasa, ni otorgar Certificado de Habilitación, a operadores ubicados fuera de la Provincia de Buenos Aires” (lo subrayado se corresponde con el original, fs. 431 vta.).

Afirma que en el mes de marzo de 2011 el Órgano Provincial de Desarrollo Sustentable “en forma sorpresiva” envió cartas documento a las empresas clientes de ECOBLEND S.A. ubicadas en la Provincia de Buenos Aires (ESSO, PROLAC y Monsanto) por las que se las habría intimado a suspender el envío de residuos especiales generados en nuestra provincia a tratadores ubicados en extraña jurisdicción no habilitados por el Órgano Provincial de Desarrollo Sustentable.

Continúa relatando que, por los motivos antes expuestos, la empresa efectuó una presentación ante el órgano provincial, por el que la intimó a que se expidiera “... aclarando que ECOBLEND, al detentar la habilitación nacional, se encontraba debidamente habilitada para dar tratamiento a residuos generados en la Provincia, pero destinados al transporte fuera de ella para su tratamiento” (lo subrayado figura en el original, fs. 431).

Señala que ante el silencio por parte del órgano provincial, y por el estado de incertidumbre generado por las cartas documentos enviadas por dicho organismo provincial a sus clientes, es que “con fecha 2 de junio de 2011 ECOBLEND S.A, inició la presente acción declarativa de certeza” (fs. 431).

Explica que iniciada la presentación judicial, la parte demandada acompañó copia de la respuesta a la carta documento librada al Órgano

Provincial de Desarrollo Sostenible. En dicha respuesta se expresa que "...en el Certificado Ambiental Nacional N° 3901 (vigente entre el 23/5/2008 y el 23/5/2009) no se autorizaba a ECOBLEND a tratar residuos categorizados como Y4, y que con fechas octubre, noviembre y diciembre de 2008, ECOBLEND recibió residuos categorizados como Y4 de la empresa Monsanto". Que también se le respondía a la parte aquí recurrente que ECOBLEND no se encontraba habilitada por la Autoridad Nacional para tratar "esa categoría de residuos", concluyendo que "...no se encuentran reunidos los requisitos técnicos y legales para otorgar a la firma "Ecoblend" la renovación en el Registro provincial de Operadores y Transportistas de Residuos Especiales en carácter de Operador de otra jurisdicción" (fs. 431 y vta.).

Asevera que en su oportunidad se explicó que no era cierto que la firma no se encontrara autorizada para tratar residuos Y4. En sentido opuesto sostuvo que a tenor de la constancia de fs. 239, del expediente OPDS N° 2145- 5568/01, se acreditaría que se encontraba autorizada por la Autoridad Nacional con respecto a dicha categoría; a mayor abundamiento aduna que luego de esa fecha, dicho Certificado Nacional habría sido renovado en dos oportunidades por la Autoridad > Nacional "...incluyendo obviamente la categoría Y4...", estando el organismo provincial en perfecto conocimiento de estas circunstancias (fs. 431 vta.).

Manifiesta que con posterioridad al inicio de esta acción, en el Boletín Oficial se publicó el Decreto 650/11, por el que se modificó al artículo 7 del Decreto 806/97, a través del cual se comenzó a exigir a los operadores ubicados fuera de la Provincia de Buenos Aires, "...el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la ley provincial de residuos especiales a los operadores instalados en la Provincia de Buenos Aires, lo que incluye obtener un Certificado de Habilitación" (fs. 431 vta.).

Indica que esta modificación normativa "... acrecentó el estado de incertidumbre" sobre los alcances de su habilitación nacional otorgada por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación en los términos de la Ley N° 24.051 (fs. 431 vta.).

Continúa el recurrente exponiendo que por esa razón la firma amplió la demanda, oportunidad en la que solicitó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 7 del Decreto 806/07, modificado por el Decreto as 650/11. Fundó esta pretensión en el hecho de que "...la modificación normativa desconoce el valor del Certificado de Habilitación Nacional, invade competencias de la Nación (Art. 75 inc. 13 y Ley 24.051), y pretende el absurdo de que las Plantas de Tratamiento de Residuos ubicados fuera de la jurisdicción provincial, que operan con residuos sujeto a tráfico interprovincial) queden sujetas al cumplimiento de los mismos requisitos que la ley provincial" (v. fs. 432).

También entendió que era inconstitucional el Decreto 650/11, al generar una "*duplicación*" de exigencias administrativas, permisos, y de Tasas, lo que arrojaría una colisión normativa con la Ley Nacional 24.051, desnaturalizando, por otra parte a la Ley 11.720, "*que dice reglamentar*" (fs. 432; el subrayado corresponde al original).

De allí que, prosigue, "*...a partir del dictado del Decreto 650/11, el objeto de esta acción quedó circunscripto a que se despeje el estado de incertidumbre provocado por la existencia de dos regímenes normativos distintos y contradictorios sobre la misma situación jurídica y, en consecuencia, declare el derecho aplicable sosteniendo la suficiencia de la habilitación nacional prevista en la Ley 24.051 para que tratadores ubicados fuera de la Provincia de Buenos Aires, efectúen el tratamiento de residuos peligrosos sujetos a transporte interprovincial, sin necesidad de obtener una "nueva" o "doble" habilitación o autorización de parte de la Provincia de Buenos Aires; declarando, asimismo, la inconstitucionalidad del art. 7 del Decreto 806/07, modificado por el Decreto 650/11*" (fs. 432; el subrayado no me pertenece).

Continúa el recurrente señalando que la sentencia de primera instancia fue en sentido contrario a su pretensión, en el sentido de que el juez rechazó la acción meramente declarativa o de certeza interpuesta. Frente a esta decisión, interpuso recurso de apelación, solicitando la revocación de la sentencia.

Frente a este recurso de apelación en los términos del artículo 55 del Código Procesal en lo Contencioso Administrativo, la Cámara de Apelaciones interviniente rechazó el mismo, confirmando, por lo tanto, lo resuelto en la instancia anterior (fs. 435).

Contra esta sentencia, se alzó la firma ECOBLEND S.A., por medio de sendos recursos extraordinarios, de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad de ley. Explica que en oportunidad de ampliar la demanda a propósito de la entrada en vigencia del Decreto 650/11, el aquí recurrente planteó la inconstitucionalidad del artículo 7 de dicho decreto, por considerar que el mismo desnaturaliza a la Ley N° 11,720, "*que dice reglamentar*" (fs, 448).

Enuncia que el artículo primero de la Ley N° 11.720 dispone que "*La generación, manipulación almacenamiento, transporte, tratamiento y disposición final de residuos especiales en el territorio de la Provincia de Buenos Aires, quedan sujetos a las disposiciones de la presente Ley*" (subrayado en el original, fs. 448).

Afirma que la Ley N° 11.720 regula todas las actividades vinculadas a la gestión de los residuos especiales dentro del territorio de la Provincia de Buenos Aires y que por ello, según su parecer, no puede legalmente regular la gestión de estos residuos fuera del territorio provincial, ni tampoco los sujetos a transporte interprovincial.

Y al respecto alude que justamente el Decreto 650/11 interfiere en la Ley 11.720, toda vez que regularía el tratamiento de residuos especiales que tiene lugar fuera del territorio de la Provincia de Buenos Aires, "*... exigiendo habilitación provincial a establecimientos ubicados en otras provincias*", lo que considera como una pretensión "*absurda*", y que "*desnaturaliza*" a la Ley N° 11.720, lo que, según el apoderado de la parte recurrente, determinaría su inconstitucionalidad "*por exceso reglamentario*" (v. 1s. 448).

Manifiesta que la potestad reglamentaria en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires recae en el Poder Ejecutivo, debiendo realizar

esta competencia en los términos del artículo 144 inciso 2 de la Carta Magna local, es decir, sin desnaturalizar a la ley que viene a reglamentar. Cita jurisprudencia de V.E, que entiende aplicable al presente caso (fs. 448 vta.).

También asevera que "*...cualquier inspección que autoridades de la Provincia de Buenos Aires pretendieran efectuar en la Planta de Tratamiento de mi mandante ubicada en la Provincia de Córdoba, comportaría un acto administrativo nulo de nulidad absoluta...*", además de los hipotéticos conflictos interprovinciales o con el Estado Provincial que dicho obrar podría llegar a producir (fs. 448 vta.).

Para completar los fundamentos por los cuales, según el recurrente, V.E. debería hacer lugar al presente recurso extraordinario, refiere que el Decreto N° 650/11 contradice también al artículo 60 de la Ley 11.720 por el que se establece que la "*...Autoridad de Aplicación propiciará acuerdos con la Nación tendientes a la homologación del certificado de habilitación especial creado por el artículo 11° de la presente con el de aptitud ambiental (Ley 24.051) que otorga la Nación en el mismo sentido. Ásimismo procurará la celebración de los correspondientes acuerdos o convenios con la Nación, a los fines de evitar la superposición de jurisdicciones*" (fs. 448 vta.).

Para finalizar, solicita a V.E. dicte sentencia haciendo lugar a los recursos extraordinarios intentados, y en consecuencia reconozca "*...la suficiencia de la habilitación nacional prevista en la Ley 24.051 para que operadores ubicados fuera de la Provincia de Buenos Aires traten los residuos peligrosos sujetos a tránsito interprovincial, y declarando además la inconstitucionalidad del art, 7 del Decreto 650/11, con costas*". Hace expresa reserva del caso federal (fs. 449 y vta.).

**II.-**

La Cámara de Apelaciones interviniente resolvió conceder el presente recurso extraordinario de inconstitucionalidad (v. fs. 456/457). A fojas 462 se dispuso el pase a esta Procuración General (Art. 302 CPCC).

**III.-**

**III.1.-** En primer lugar trataré la admisibilidad del presente recurso extraordinario.

Desde el punto de vista formal entiendo que el presente recurso extraordinario es admisible.

En efecto, el recurso extraordinario de inconstitucionalidad establecido en el artículo 161 inciso 19 de la Constitución Provincial y artículo 299 del Código Procesal Civil y Comercial tiene como objeto el análisis de aquellos planteos que cumplen con determinados recaudos técnicos. Y ellos imponen que los argumentos recursivos contengan un explícito y concreto embate contra una norma provincial; que manifiesten en forma explícita su contraste con algún precepto de la Carta Local; demuestren, además, en forma nítida cómo se estaría violando esta última y finalmente, acrediten el perjuicio que tal postura acarrea al quejoso (Conf. SCIJBA, Ac. 32.929, "*Fisco de la Provincia de Buenos Aires*", sentencia de 30-X1-84; Ac. 38.455, "*Registro de contratos públicos número 4 localidad San Pedro...*", sentencia de 6-IX- 1988; P. 39.680, "M., M. s/ *Robo calificado*", sentencia de 12-11-1991; P. 53.961, "Y. O V., CN. s/ *Infracción art. 96, ley Nro. 8.031*", sentencia de 19-IV-1994; P. 56.147, "C., Y. s/ *Infracción ley Nro. 8.031*", sentencia de 25-X-1994, entre muchos otros).

Por otra parte, es procedente declararlo admisible toda vez que se alza contra una sentencia fundada en un decreto que la parte recurrente considera inconstitucional a tenor de lo establecido en el artículo 161 inciso 1° de Constitución provincial.

En efecto, ha dicho el máximo tribunal provincial que "*...el recurso deducido se abre en el único supuesto en que en la instancia ordinaria se haya controvertido y decidido la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos confrontados con normas de la Constitución local*" (conf. Ac. 55.865, "*Gómez*", sentencia de 20-XII-1994; L. 65.137, "*Cabral*", sentencia de 24-II1-1998; Ac. 75.910, "*Scharf...*", sentencia de

30-V-2001, entre otras). Tal es el caso bajo análisis.

En este orden de ideas, considero que el apoderado de la parte actora se alza contra una sentencia de la Cámara de Apelaciones por la que se dispuso el rechazo del recurso de apelación interpuesto por esa parte, fundada, entre otros argumentos, en el contenido del artículo 7 del Decreto 650/11. Esta última norma, según el aquí recurrente, estaría en colisión con una norma de jerarquía constitucional como es el artículo 166 de la Carta Magna de la Provincia de Buenos Aires.

De este modo, atento los alcances que la ley procesal bonaerense le confiere al recurso extraordinario de inconstitucionalidad y tal como lo recordara el entonces Subprocurador Señor Doctor Juan Martín Nolfi al dictaminar en la causa Ac. 60.684, "*Registro de Contratos Públicos nro. 14 de Chivilcoy...*" (dictamen del 13 de agosto de 1996) expuso: "*...claramente la doctrina ha indicado que "este medio extraordinario no tiene por objeto determinar si la ley ha sido bien o mal aplicada como en el recurso de inaplicabilidad de ley, ni si en la sentencia se han observado las normas constitucionales, como en el de nulidad, sino que lo impugnado es la ley misma, decreto, etc., cuya aplicación al caso concreto se considera repugnante a Constitución local*"; con cita de Jofré y García Quiroga.

A su vez, el recurso fue interpuesto dentro del plazo previsto en el ordenamiento ritual -arts. 279 y 302 del CPCC- y por el apoderado legal en uso de un mandato vigente (v. fs. 428/449),

**III.2.-** Despejada la admisibilidad del presente recurso, pasaré a referirme a la cuestión de fondo planteada.

Conviene recordar, en primer término, ciertos principios generales acuñados por la jurisprudencia del Alto Tribunal en materia de control de constitucionalidad.

En tal sentido, es conocida doctrina de la Corte Suprema que la declaración de inconstitucionalidad es una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma

gravedad, última ratio del orden jurídico, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (conf. Fallos 247:121 y sus citas; 324:3219). En tal comprobación los tribunales de justicia  imponerse la mayor mesura, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (conf. Fallos 327:5723). Además, cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución (conf. Fallos 300:1029; 305:1304).

En este mismo orden de ideas, se ha señalado que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 324:3219".

El Alto Tribunal ha tenido oportunidad de sostener que "... la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que  poner de manifiesto tal situación"; "... cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los ¡jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera"; y que "... la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es

de estricta necesidad" (conf. *in re* "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", Fallos 335:2333, consid. 13 y 14).

También se ha dicho que la declaración judicial de inconstitucionalidad no sólo requiere que la norma impugnada pueda causar un gravamen constitucional, sino que se haya afirmado y acreditado fehacientemente que ello ocurre en el caso concreto sometido a decisión (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 256:602; 258:255; 297:108; 299:368; 300:352; 301:410; 302:355, entre otros).

**III.3.-** Sentado ello, observo que en la ciudad de Santa Fe el constituyente de 1994, al sancionar el artículo 41, claramente reconoció a la materia medioambiental como una prioridad, estableciendo su concurrencia, del Estado Federal con las provincias. Así determinó la Constitución Nacional en el citado artículo que es competencia de la Nación "*...dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales*".

En esas condiciones, tanto las provincias provinciales como así el Estado Nacional están facultados por la Constitución Nacional para legislar en materia ambiental y ejercer atribuciones propias en tanto y en cuanto no invadan efectiva y concretamente los aspectos reglados por cada jurisdicción en su esfera de injerencia.

Al respecto, puntualizo que la Corte Suprema ha sostenido recientemente en un conflicto de naturaleza ambiental: "...4° Que conforme a los rasgos distintivos con los que la Constitución Nacional ha revestido la configuración político institucional de naturaleza federal, la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias, debiendo en consecuencia ser interpretadas las normas de aquella de modo que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelven armoniosamente, evitando interferencias O roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse...5°) Que el

ejercicio de las competencias concurrentes que la Constitución Nacional consagra en los arts. 41, 43, 75, 1ncs. 17, 18, 19 y 30, y 125, entre otros, no implica enervar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno, sino que importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de la protección del medioambiente, sin perjuicio del poder de policía que, en primer término, está en cabeza de las provincias. Este tipo de complementación a nivel constitucional es el que se dispone en el art. 41 de la Constitución Nacional. Las obligaciones que incumben a la Nación en la tutela ambiental no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito, ya que de lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (arg. Fallos: 331:2135). En esas condiciones, los estados provinciales y el Estado Nacional están facultados por la Constitución Nacional para legislar en materia ambiental y ejercer atribuciones propias en tanto y en cuanto no invadan efectiva y concretamente los aspectos reglados por cada Jurisdicción en su esfera de injerencia (...) las relaciones de convergencias entre distintos niveles de gobierno se extertorizan en políticas públicas de tutela y control del medio ambiente, con la acción provincial en primer término según las específicas circunstancias locales, tal como lo establece el art. 41 de la Constitución Nacional, al consagrar a todos los habitantes “el derecho a gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”. En esa inteligencia, el Tribunal tiene dicho que corresponde reconocer a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido, pues si bien la Constitución Nacional, establece que le cabe a la Nación “dictar las normas que contengan los

presupuestos mínimos de protección", reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia (art. 41, tercer párrafo; Fallos: 329:2280 y 331:699). En tales condiciones, la Nación legisla las pautas mínimas de protección, y al ser esta una facultad compartida por su objeto, la autoridad provincial ejerce la porción del poder estatal que le corresponde con base constitucional; extremo que implica que la provincia en su ámbito propio realiza con plenitud una atribución que traduce un grado de valoración con relación al fin especial de carácter preventivo que persigue, la protección del medio ambiente" (Fallos 338:1183, "Papel Prensa S.A. c/ Estado Nacional (Buenos Aires Pcia. Citada 39) s/ Acción meramente declarativa".

Asimismo, la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires (1994) estableció en el artículo 28 de su Constitución la obligación –por parte de nuestra provincia– de controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen al ecosistema, como así promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo, a los efectos de hacer operativo el derecho de los habitantes de la Provincia de gozar de "...un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciónes futuras...".

De esta cláusula surge el ejercicio del poder de policía, entendido como potestad reguladora de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales del individuo, el cual –para su debido ejercicio y así poseer validez constitucional– debe respetar el principio de razonabilidad que relacione los medios elegidos con los propósitos perseguidos (CSJN, "Fallos", T. 319:1934 "Irizar, José Manuel c/ Misiones, Provincia de s/ inconstitucionalidad").

La potestad provincial conlleva la elección de los medios, forma y alcance que considere más conveniente para la protección del ambiente, en tanto no contraríen principios consagrados en la Constitución Nacional, pudiendo por lo tanto ser ejercida esta competencia en forma amplia y discrecional.

Que en este marco general, la Legislatura provincial sancionó la Ley 11.723 (B.O. Bue del 22-12-1995) de Medio Ambiente, por cuyo artículo

1" se determinó que: "La presente ley, conforme el artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, tiene por objeto la protección, conservación, mejoramiento y restauración de los recursos naturales y del ambiente en general en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, a fin de preservar la vida en su sentido más amplio; asegurando a las generaciones presentes y futuras la conservación de la calidad ambiental y la diversidad biológica".

A su vez, previamente también fue sancionada la Ley 11.720 (B.O. Bue del 13-12-1995) referida a la generación, manipulación, almacenamiento, transporte, tratamiento y disposición final de residuos especiales en el territorio de la Provincia de Buenos Aires.

La Suprema Corte de la Provincia ha expresado en varios pronunciamientos su preocupación acerca de las consecuencias de un deficitario manejo de la cuestión ambiental. Así recordó que debe protegerse un medio ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras y tienen el deber de preservarlo, siendo relevante la prevención del daño al medio ambiente, y el eventual daño obliga a su recomposición. (SCIJBA, Ac. 77.608, sentencia de 19-11-2002, "*Ancore S.A. y otro c/ Municipalidad de Daireaux s/ Daños y perjuicios*").

Es claro también que la competencia de las autoridades de prevenir el eventual daño ambiental, cuya responsabilidad recae en las autoridades estatales, las que "...en el ejercicio de sus poderes de policía de seguridad, salubridad y bienestar de la comunidad preservar la calidad de vida del hombre, su existencia, su Salud, su integridad física y moral y sus valores culturales" (SCJBA C. 90.020, "Yane, Salvador c/Municipalidad de General Alvarado s/Materia a categorizar", sentencia de 14-X1-2007, voto del Dr. Negri).

También dijo V.E. que la protección "... no tiene por finalidad la tutela del interés de un sujeto en particular sino de un interés general o indeterminado en cuanto a su individualidad" (SCIBA C. 90.020, "Yane", sentencia citada).

Ley 11.720 regula todas las actividades vinculadas a la gestión de los residuos especiales dentro del territorio de la Provincia de Buenos Aires, incluyendo la generación, manipulación, almacenamiento, transporte, tratamiento y disposición final de residuos especiales. En el título 11 de la citada Ley ("de los Registros de Residuos Especiales"), se establece en el artículo 7 que "... la Autoridad de Aplicación llevará y mantendrá actualizado un Registro Provincial, en el que deberán inscribirse todas las personas físicas o jurídicas responsables de la generación, transporte, tratamiento, almacenamiento y disposición final de residuos especiales".

El Poder Ejecutivo reglamentó esta ley por medio del Decreto 806/97, de fecha 14 de abril de 1997, publicado el 22 de abril del mismo año. Dicho decreto fue modificado por medio del Decreto 650/11 de fecha 16 de junio de 2011, y entre otros artículos, dejó sin efecto el artículo 7 del Decreto 806/97, quedando en la actualidad redactado de la siguiente manera:

Artículo 7°: "El Registro Provincial de Generadores y Operadores a que hace referencia la Ley N° 11.720 deberá ser de carácter público en cuanto a la información de identidad, ubicación y actividad de los inscriptos. Los operadores y transportistas de residuos especiales instalados fuera del ámbito de la Provincia de Buenos Aires que presten servicios a generadores de la misma deberán solicitar la inscripción en el Registro respectivo. A tal fin, los mismos deberán acreditar el cumplimiento de todos los requisitos exigidos a los operadores y transportistas instalados en jurisdicción de la Provincia de Buenos Ares por la Ley N° 11.720, su reglamentación y normativa complementaria, de acuerdo a lo que la Autoridad de Aplicación establezca. Cuando los establecimientos fueren infraccionados en sus respectivas jurisdicciones con las penas de clausura, inhabilitación, o cualquiera que implique el cese de las actividades del mismo, la Autoridad de Aplicación podrá darlos de baja de los respectivos Registros".

Frente a este marco normativo, en el remedio extraordinario de inconstitucionalidad el aquí recurrente manifiesta que el

transcripto artículo 7 del Decreto 650/11 violentaría el artículo 144 inciso 2 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que establece, como competencia del gobernador "...promulgar y hacer ejecutar las leyes de la Provincia, facilitando su ejecución por reglamentos y disposiciones especiales que no alteren su espíritu".

Esta competencia del titular del Poder Ejecutivo provincial de reglamentar leyes sancionadas por la Legislatura es similar a la cláusula prevista en el artículo 99 inciso 2 de la Constitución Nacional. A su vez, esta norma de la Ley Suprema de la Nación encuentra su origen en el proyecto constitucional que Alberdi propusiera conjuntamente con la segunda edición de "Las Bases". Juan Bautista Alberdi respecto a este tema se apartó del modelo de la Constitución de Estados Unidos, que no prevé la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente, siguiendo sobre esta cuestión lo regulado en la Constitución de Chile del año 1833.

Ahora bien, la potestad reglamentaria consiste en la competencia del órgano de integrar la ley con los detalles u otras cuestiones necesarias, atinentes a los fines de su cumplimiento y efectividad en pos de satisfacer los objetivos previstos por el legislador. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Delfino" (Fallos 148:430), tuvo la primera oportunidad de resolver sobre la interpretación que debía darse a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo. Allí dijo que no debería confundirse esta competencia, —esto es la de "conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla"—, con una delegación de carácter legislativo, competencia que en ese entonces no estaba prevista en la Constitución Nacional.

Esta cláusula de la Constitución Nacional posee un límite claro, que consiste en establecer la prohibición al Presidente de la Nación de alterar el espíritu de la ley con excepciones de carácter reglamentario. De esta forma, mientras que el Congreso de la Nación no puede alterar la norma constitucional que reglamente, tal como surge del artículo 28 de la Constitución Nacional, el titular del Poder Ejecutivo, tampoco puede hacer lo

propio al momento de reglamentar una ley emanada del Poder Legislativo (v. art. 99 inc. 2).

Resalto a continuación algunos principios sentados por la Corte Suprema en materia reglamentaria: “El decreto reglamentario dictado por el poder ejecutivo en uso de facultades constitucionales forma parte de la ley misma, y su violación o interpretación errónea afecta al régimen creado por ella” (Fallos: 190:301, 417). “Las normas reglamentarias, sí bien subordinadas a la ley, la completan, regulando los detalles indispensables para asegurar, no sólo su cumplimiento, sino también los fines que se propuso el legislador” (Fallos: 241:384). “El poder ejecutivo no se excede en su facultad reglamentaria cuando se aparta simplemente de la estructura literal de la ley siempre que se ajuste al espíritu de ella, cuyo texto puede ser modificado en sus peculiaridades de expresión, con tal de que no afecte su acepción sustantiva ni introduzca disposiciones contrarias a los preceptos legales” (Fallos: 178:224; 182:244; 183:116; 199:442; 246:221).

También ha sostenido nuestro más alto Tribunal que “En el ejercicio de su facultad reglamentaria el poder ejecutivo puede apartarse de los término de la ley siempre que las disposiciones que adopte no sean incompatibles con las de ella, propendan al mejor cumplimiento de los fines de la misma o constituyan medios razonables para evitar su violación y sean ajustadas a su espíritu” (Fallos: 200: 194; 232:287). “El órgano dotado de potestad reglamentaria está habilitado para establecer condiciones, requisitos, limitaciones o distinciones que respeten el espíritu de la norma, sirvan razonablemente a su finalidad, y no rebasen el ámbito en que la interpretación es opinable y posible la solución entre varias alternativas” (Fallos 313:433).

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires tuvo la oportunidad de resolver sobre un decreto emanado del Poder Ejecutivo provincial que fuera cuestionado porque supuestamente no respetaba la ley que venía a reglamentar. Y al respecto entendió V.E. que el Poder Ejecutivo “...no se excede en su facultad reglamentaria constitucional cuando simplemente se aparta de la estructura literal de la ley, siempre que se ajuste al

espíritu de la misma", y que "el texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión en tanto con ello no se afecte su acepción sustantiva" (SCIBA, 1. 2162 "Fernández, Viviana", sentencia de 23-X-II-2003, voto del Dr. De Lázzari).

A tenor de los antecedentes reseñados observo –permitiéndome volver a trascribir las normas bajo análisis para su mejor entendimiento– que el artículo 7 de la Ley N° 11.720 establece que "la Autoridad de aplicación llevará y mantendrá actualizado un Registro Provincial, en el que deberán inscribirse todas las personas físicas o jurídicas responsables de la generación, transporte, tratamiento. almacenamiento y disposición final de residuos especiales".

Por el otro lado, el artículo 7 del Decreto Reglamentario N° 650/11 prevé que "El Registro Provincial de Generadores y Operadores a que hace referencia la Ley N° 11.720 deberá ser de carácter público en cuanto a la información de identidad, ubicación y actividad de los inscriptos. Los operadores y transportistas de residuos especiales instalados fuera del ámbito de la Provincia de Buenos Aires que presten servicios a generadores de la misma deberán solicitar la inscripción en el Registro respectivo. A tal fin, los mismos deberán acreditar el cumplimiento de todos los requisitos exigidos a los operadores y transportistas instalados en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires..." (el subrayado me pertenece).

Del cotejo de ambas normas no encuentro razones para sostener que el Decreto 650/11 vulnera la letra ni el espíritu de la Ley N° 11.720.

Ello así, toda vez que, a través del mismo, se regularon ciertos detalles o pormenores de la manda establecida por el legislador en torno la obligación por parte de los generadores y operadores de inscribirse en un Registro Provincial.

En este sentido, considero que la reglamentación impugnada fue dictada en términos que no exceden el límite de lo razonable, a través de un adecuado celo en el cumplimiento de la referida ley provincial;

norma que, reiterando palabras de la Corte Suprema en el citado caso “Papel Prensa”, fue sancionada “bajo la vigencia del art. 41 de la Constitución Nacional, del art. 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y de acuerdo a los estándares previstos en el Convenio de Basilea” (considerando 10). Este convenio internacional trata sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, constituyendo el tratado multilateral de medio ambiente referido a ese tipo de desechos, a los efectos de proteger la salud y el medio ambiente.

En esta línea de pensamiento, entiendo que el Poder Ejecutivo provincial ha aplicado un razonable criterio de protección ambiental, conducente para el bienestar de la comunidad para la que gobierna (Fallos: 330:549).

En este punto es relevante destacar que no compete a los jueces apartarse de las normas vigentes e instituir un régimen diferente que la parte estima más favorable a sus intereses (Fallos: 270:74); ni que la modificación de normas por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, pues nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes ni reglamentos, ni a su inalterabilidad (Fallos 336:2307; 338:757; 339:245, entre muchos otros).

Máxime que la congruencia de una norma con los principios constitucionales no ha de ser apreciada exclusivamente dentro del marco del sistema particular de que forma parte, sino en el conjunto del orden jurídico y conforme a sus fines y razón de ser en función del bien común general (Fallos 300:1087).

Nótese que en un país organizado en forma federal, resulta una tarea ardua determinar los límites de actuación de las distintas jurisdicciones, y más aún cuando se trata de la materia medio ambiental. A ello se suma la concurrencia establecida en la propia Constitución Nacional en el artículo 41 que, utilizando las palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “...no implica enervar los ambitos de actuación de ninguna órbita del gobierno, sino que importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de

incumbencia compartida, como es el caso de la protección del medioambiente, sin perjuicio del poder de policía que, en primer término, está en cabeza de las provincias…" (Fallos: 338:1183, citado *supra*).

Asimismo, en torno a la aducido con respecto a una supuesta invasión de competencias propias de la Provincia de Córdoba por parte de la Provincia de Buenos Aires (fs. 448 vta.), señalo que cada una en pleno ejercicio de sus competencias constitucionales, ejercen el poder de policía ambiental. En efecto, cabe aclarar que la Provincia de Córdoba no posee restricciones al momento de recibir residuos peligrosos (conf. http://ambiente.gob.ar/mapa-de-restricciones-de-Ingresojurisdiccionales- en-materia-de-residuos-peligrosos/), rigiéndose dicha provincia, en primer lugar por la Ley Nacional N° 24,051, y en segundo lugar, por los términos de la Ley de la Provincia de Córdoba N° 8973 y su Decreto Reglamentario N° 2149/03, como así también por la Resolución de la Secretaría de Medio Ambiente N° 1378/09 que establece el "Régimen de Transportes de Residuos Peligrosos".

Por medio de estas normas dicha provincia diseñó el marco regulatorio ambiental vigente, respecto a la temática aquí analizada, que abarca entre sus medidas "la prevención y el control de los problemas derivados de la generación, transporte, manipulación, operación y disposición final de los residuos peligrosos" (v. http://www.cba.gov.ar/residuos-solidos-urbanos-y-peligrosos/). En este marco, la empresa "ECOBLEND S.A." aquí recurrente, estableció su planta de tratamiento en aquella provincia mediterránea.

**III.4.-** Por otro lado, encuentro aplicable en la especie la doctrina del caso "Desler S.A." sentenciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En dicho pronunciamiento se resolvió –en el marco de una medida cautelar concedida en un caso similar al aquí analizado, y estando vigente como marco normativo la redacción originaria del artículo 7 del ya citado Decreto 806/97–, que dicha norma constituía el legítimo ejercicio del poder de policía ambiental, en una materia "vinculada al Derecho Público local" ("Desler S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de - Secretaría de Política Ambiental- s/ medida cautelar",

D. 6. XXXVI, res. del 21- Al-2000, que remite al dictamen de la Procuradora Fiscal de fecha 23 de agosto de 2000).

**IV.-**

En virtud de lo expuesto, opino que V.E. debería rechazar el presente recurso extraordinario de inconstitucionalidad (cf. art. 302 del CPCC).

La Plata, 11 de octubre de 2017

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: B 74.083

**“Municipalidad de San Nicolás c/ Provincia de Bs. As. (Ministerio de la Producción -Subsecretaría Actividades Portuarias- Puerto de San Nicolás) s/ conflicto de poderes art. 196 constitución provincial”, fecha: 17/05/2017**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Municipalidad de San Nicolás c/ Provincia de Bs As. (Ministerio de la Producción- Subsecretaría Actividades Portuarias-Puerto de San Nicolás) s/ Conflicto de Poderes- Art. 196 Constitución Provincial".
**B 74.083**

**Suprema Corte de Justicia:**

Viene la presente causa para dictamen de la Procuración General (Fs. 276; arts. 689 y 690, CPCC).

**I.-**

Haré una breve reseña de las actuaciones hasta el dictado del acto de ese Tribunal que, resolviera sobre su competencia en razón de lo dispuesto por el artículo 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

**1.-** La Municipalidad de San Nicolás por apoderado promueve pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos ante el Juzgado Contencioso Administrativo N° 1 de San Nicolás, contra la Dirección Provincial de Actividades Portuarias de la Provincia de Buenos Aires Delegación Paraná Inferior, Puerto de San Nicolás invocando el impedimento del ejercicio del poder de policía municipal (Fs. 17/29).

**2.-** La Magistrada resuelve declararse competente, habilita la instancia y a los efectos de resolver el pedido de medida cautelar, requiere informe a la Dirección provincial mencionada (Fs. 30/31).

**3.-** El apoderado municipal denuncia hecho nuevo, amplia demanda y ofrecimiento de prueba, vinculado a la causa "Ruiz Gabriel

Rogelio c/ PEN s/ Amparo" por ante el Juzgado Federal de San Nicolás, Secretaría Civil (Fs. 32 y vta.).

**4.-** Por la Dirección Provincial de Gestión Portuaria del Ministerio de la Producción de la Provincia de Buenos Aires se acompaña informe (Fs. 36 y 37/45, junto a documental, fs. 46/126). A fs. 125/126, consta copia de informe de inspección municipal, fechado el 22 de junio de 2012). En dicha presentación hace saber, entre otras consideraciones en apoyo de la competencia de la Provincia de Buenos Aires, del artículo 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Luego de una aclaración del Delegado Administrador de los Puertos del Paraná Inferior (Fs. 166), la Jueza actuante resuelve dar traslado a la Municipalidad del informe y documental (Fs. 167), el que es respondido a fs. 168 y vta., con ratificación de la presentación originaria y reiteración de la petición de medida cautelar.

**5.-** La Unidad Funcional de Instrucción N° 3 del Departamento Judicial San Nicolás, en IPP N° 16-00-006116-12, caratulada: "Ruiz Gabriel Rogelio (D); Abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público", solicita copia de las actuaciones; se dispone en consecuencia (Fs. 171). Luego de realizarse actuaciones informativas en cuanto al derecho fijo Bono Ley N° 8480(Fs. 173/174 y 176/178), la parte actora reitera el pedimento de cautelar (Fs. 179).

**6.-** La titular del Juzgado resuelve adecuar la caratula de la causa; y, por los fundamentos que expresa respecto al compromiso sobre la competencia asignada a V.E., oír a la parte actora y anoticiar al Fiscal de Estado del informe producido por la Provincia, como del plazo para responder la demanda (Fs. 180 y vta.).

**7.-** La accionante se expresa nuevamente ratificando a favor de la competencia local, contenciosa administrativa. (Fs. 182 y vta.). Por su parte el Fiscal de Estado se presenta por la Delegada Fiscal sosteniendo la competencia originaria de ese Alto Tribunal de Justicia, la existencia de conflicto y la incompetencia del Juzgado actuante (Fs.189/192). La parte actora realiza

nuevos pedidos para que se resuelva la petición de medida cautelar (Fs. 198, 201 y 203 y vta.).

**8.-** La Magistrada en lo que es de interés a la causa, resuelve ante la presentación provincial, planteada la incompetencia, conceder traslado a la accionante (Fs. 204). En una nueva presentación la actora rechaza la existencia de conflicto municipal y reitera su pedido de cautelar (Fs. 205/206).

**9.-** Por resolución de fecha 23 de febrero de 2016, la Magistrada resuelve inhibirse y remitir las actuaciones ante esa Suprema Corte de Justicia (Fs. 207/210).

**10.-** Puestos los autos para el Acuerdo, el Tribunal declara su competencia a tenor del artículo 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; radican las actuaciones y, confiere a las partes plazo para adecuar las presentaciones al proceso reglado en los artículos 689 y 690 del Código Procesal Civil y Comercial; con notificación a la Jueza que previno (Fs. 218/221).

**II.-**

La Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos por apoderado, ante la resolución de ese Tribunal de Justicia adecua la demanda y promueve en consecuencia, conflicto de poderes contra el Ministerio de Producción, Ciencia y Tecnología de la Provincia de Buenos Aires - Subsecretaria de Actividades Portuarias - Delegación Portuaria Paraná Inferior -Puerto San Nicolás- (Fs. 229/240vta.; Arts. 196, de la Constitución de la Provincia de Bs. As.; 689 y 690 del CPCC).

Expresa que ha pretendido realizar y ejercer el poder de policía de la seguridad e higiene en las empresas privadas que se instalan en la delegación portuaria; de construcción y las que surgen del Reglamento de Construcción Municipal dispuesto mediante Ordenanza Municipal N°1111/76, al que añade, el que le corresponde en materia ambiental. Exceptúa a la Administración Portuaria "en sí" (Fs. 231)

Manifiesta que en su cumplimiento han "*...chocado insistentemente con el abuso de la autoridad de la Delegación Puerto San Nicolás*

*de la Dirección Provincial de Actividades Portuarias, la que en forma persistente ha negado el acceso a los terrenos de dicha administración portuaria y expresado aún ante las autoridades provinciales la jurisdicción exclusiva y excluyente sobre los mismos, ni aún con el auxilio de la fuerza pública que en su oportunidad solicitó este municipio*" (Fs. 231). Menciona jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a las competencias municipales y provinciales sobre establecimientos de utilidad nacional, con mención del entonces artículo 67 inciso 27, actual 75 inciso 30, de la Constitución Argentina.

La accionante señala que el máximo Tribunal ha querido armonizar. y conciliar el ejercicio del poder de policía municipal, con el interés provincial o nacional, evitando que los poderes municipales queden cohibidos innecesariamente, frente a otros intereses jurisdiccionales, en tanto y en cuanto fueren compatibles con la utilidad del establecimiento. Que, de tal manera, no pudiendo interferir en las instalaciones, operación O actividad de puertos con el fin del establecimiento; conservan "*...las facultades y poderes de policía locales, tales como el poder de policía edilicio referente a la construcción y que ésta se realice conforme al reglamento de construcción; como así también el poder de policía de seguridad e higiene respecto de las empresas allí instaladas*" (Lo subrayado pertenece al original, fs. 232). Menciona y transcribe los artículos 121 y 123, de la Constitución Argentina.

Afirma que, en el "*...sistema federal de gobierno las provincias y municipios gozan de poderes de policía e impositivos que les son propios (originarios) en función de su autonomía, garantizados por nuestra Constitución Nacional; los que no pueden ser cercenados*" (Fs. 232). Menciona y transcribe contenidos de los artículos 191 y 192 incisos 4, 5 y 6 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Hace lo propio con el decreto ley N° 6769/58 y modificatorios, en cuanto a los artículos 27, incisos 1, 8, 24 y 226, en lo que estima de relevancia. Pasa luego a mencionar y transcribir los artículos 121 y 196 de la Ordenanza Fiscal al regular la Tasa por Inspección de Seguridad e Higiene y los Derechos de construcción.

Refiere y reitera: La Delegación de la Dirección Provincial de Actividades Portuarias, "*...en forma persistente ha negado el acceso a "los terrenos de dicha administración portuaria y expresado aún ante las autoridades provinciales la jurisdicción exclusiva y excluyente sobre los mismos, ni aún con el auxilio de la fuerza pública que en su Oportunidad solicitó este municipio*" (Fs. 223).

En cuanto al poder de policía sobre la zona portuaria y al alcance de las atribuciones municipales, destaca: El artículo segundo de la Ordenanza N° 7777, y la Ley NO 11.459 -de Radicación Industrial- y el decreto reglamentario N° 1741/96, en sus artículos 78 y 82, Refiere que se prevé por parte del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible, -OPDS-, delegación a los Municipios "tareas de contralor" sólo de los establecimientos de Primera Categoría, para añadir que en relación a-los de segunda y tercera se vinculan a la capacidad operativa de cada Municipio, pudiendo ser esta de carácter total o parcial para los segundos y solo parcial para los de tercera, en cuyo caso las tareas se efectuaran en forma coordinada(Fs. 233).

Hace saber: "*... solo se ha permitido el ingreso de personal municipal a los establecimientos portuarios en oportunidad de acompañar al personal de la Secretaría de Política Ambiental... caso contrario se ha denegado la inspección como consta en actuaciones llevadas a cabo en fecha 20/02/07 en Expte. Municipal* N° 11145/D/05" (Fs. 233).

Expone que se le habría impedido al personal municipal el acceso a la zona portuaria invocando la jurisdicción y competencia | territorial provincial de la zona portuaria y que alcanzaría a los inmuebles allí ubicados; que se daba razón en las leyes Nros. 11.206 y 11.535; los decretos Nros. 1579/92 y 1838/02 y que, ello surgiría del expediente N° 2709-240/02.

Afirma respecto de los alcances del poder de la policía de los Municipios de la Provincia de Buenos Aires, que éstos tienen jerarquía institucional demarcada por la Constitución local, la cual les ha conferido las facultades necesarias para que puedan atender eficazmente los intereses y servicios locales; no pudiendo tales atribuciones ser interferidas por actos

emanados de autoridades nacionales o provinciales, que los priven de las atribuciones y recursos necesarios para el desempeño del cometido previsto por el artículo 191 de la Constitución Provincial. Que de encontrase sujetos a las decisiones "*...de una autoridad extraña, ésta podría impedirles el cumplimiento de sus funciones negándole los recursos necesarios, causando el consecuente desorden administrativo o la ruina económica*" (Fs. 233vta.). Cita sentencia de ese Tribunal en la causa laboral, "Michelena". Sostiene la existencia necesaria del régimen municipal surgido por el artículo 5° de la Constitución Nacional, con ámbito propio a administrar y, el artículo 192 inciso 5 de la Carta Magna Bonaerense, para discernir sus atribuciones y los recursos a través de su Presupuesto.

Invoca doctrina de ese Tribunal, en cuanto a las competencias en materias susceptibles de ser gravadas, -omite mencionarlas-, para invoca las facultades y competencias municipales surgidas de los artículos 191 y 193 inciso 2° de la Constitución provincial y de Ley Orgánica municipal, en especial, los artículos, 25, 40, 93 a 105 y 226.

En relación a las competencias tributarias de los municipios en aquellos lugares afectados a jurisdicción nacional, dentro de sus distritos, recuerda la reforma constitucional del año 1994 y precisa en el artículo 75 inciso 30 que, transcribe. Descalifica a cualquier norma que imponga "*a las municipalidades cargas económicas, en tanto las mismas importen prestación de servicios o realización de mejoras por obras, que beneficien sin la correspondiente contraprestación, en la medida que esos servicios u obras no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines especificos de utilidad federal*" (Fs. 234vta.). Cita sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de dificil individualización, no así, la doctrina que menciona sobre las exenciones impositivas nacionales y su consecuencia en aplicación a los establecimientos u organismos federales. Menciona sin precisar opinión de la Asesoría General de Gobierno sobre las facultades municipales para reglamentar la radicación, habilitación y funcionamiento de la actividad comercial e industrial; también con igual falta de esa Suprema Corte de Justicia en cuanto a potestades reglamentarias municipales.

Menciona y transcribe los artículos 5, 121 y 123 de la Constitución de la Nación Argentina. Reivindica los poderes impositivos como propios tanto de las provincias como para los municipios, que explicita, están garantizados por la Constitución Nacional y no podrían Sel objeto de cercenamientos. Cita sentencias de esa Suprema Corte de Justicia, en cuanto a que su existencia es originaria, pero devendría en delegado en cuanto a su contenido o extensión en razón de la determinación legal para la amplitud de su ejercicio. Transcribe el artículo 191 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires junto al artículo 192 inciso 5 de la Constitución Provincial, al asignarles, competencia presupuestaria. Menciona y transcribe lo pertinente del artículo 226 incisos 3, 4, 17 y 31 referidos a qué constituyen recursos municipales; cita jurisprudencia de apelación civil y comercial, relacionada a. las facultades municipales de imposición y la competencia en la materia asignada a los Concejos Deliberantes. Cita los artículos 27, 29, 93 a 105 de la Ley Orgánica Municipal; 192 inciso 2° de la Constitución provincial.

Transcribe el artículo 121 de la Ordenanza Fiscal de la Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos que, refiere es del año 2010. Hace mención del poder de imposición a través de la ordenanza tarifaria, respecto de los servicios generales de zonificación y control de seguridad, salubridad e higiene en el ámbito urbano, suburbano y rural, y por los servicios específicos de inspección, información, asesoramiento, destinados a preservar la seguridad, salubridad, e higiene en ocasión del ejercicio o, como consecuencia de la existencia de un ámbito y/o instalaciones destinadas a ejercer actividades comerciales, industrias, locación de bienes y servicios, locación de obras, actividades de servicios y otras asimilables, aún cuando se trate de servicios públicos.

Menciona opinión -sin individualizar- de la Asesoría General de Gobierno sobre las potestades tributarias de los municipios para inspeccionar, habilitar y cobrar las tasas respectivas 4 todo local, negocio o establecimiento que se encuentre en el ámbito territorial de su partido, en ejercicio de la potestad de policía e impositiva que sobre ellos les compete. Aduna doctrina del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "*Ferrocarriles*

*Argentinos c/Municipalidad de Rosario*", y otros que menciona, en cuanto al poder de policía municipal. Menciona doctrina en relación al artículo 75 inciso 30 de la Constitución Nacional, sobre los poderes de imposición provinciales y municipales sobre los establecimientos de utilidad nacional con el límite de no interferencia en el cumplimiento de sus fines, y, la compatibilidad de su existencia.

Destaca en cuanto a la tasa de inspección de seguridad e higiene que no perseguiría la retribución de un servicio de fiscalización de las tareas técnicas especificas que allí se realicen, sino de, inspección de un lugar con acceso al público, con la finalidad de proveer a la salubridad, seguridad e higiene de la población, potestad de inspección que estaría genéricamente reconocida a las autoridades municipales en el ámbito de sus atribuciones. Afirma que su realización es Obligatoria, "*...pues en general, se justifican por motivos de policía*" (Fs. 236vta.). Aclara: "*...las empresas que desarrollan su actividad en el Puerto de San Nicolás, son personas jurídicas de derechoprivado realizando una actividad comercial y lucrativa dentro del Partido de San Nicolás*" (Fs. 236vta. /237).

La accionante da cuenta que la Municipalidad de San Nicolás "*...en uso de las atribuciones delegadas para la administración de los intereses y servicios del partido, puede ejercer en cuanto a la actividad que desarrollan las personas físicas o jurídicas sobre la zona o drea portuaria de San Nicolás, el poder de policía referido a la preservación de la seguridad, salubridad e higiene de la población, mediante el servicio de inspección determinado en la Ordenanza Fiscal y Tarifaria vigente*" (Es. 237). Adjunta opinión de la Asesoría General de Gobierno sobre consulta efectuada por la Comuna.

En capítulo aparte distingue el "*Poder de Policía-La cuestión ambiental*" (Fs. 237).

El apoderado de la Municipalidad de San Nicolás hace saber de reclamos que irían en aumento referentes al tema ambiental, en el área portuaria. Expone que serían de conocimiento de V.E.. Que en ellos se reclama que la Municipalidad reglámente y ejerza la defensa en las cuestiones ambientales, en

cumplimiento al artículo 41 de nuestra carta Magna; recuerda su importancia. También menciona doctrina, y lo propio del artículo 28 de la Constitución Provincial, como una obligación para el Municipio en cuanto a ejercer el poder de policía ambiental que, dice se ha encontrado impedido de hacerlo por haber sido desconocida la competencia por el ente demandado que impediría el acceso al área portuaria de los inspectores, agentes y funcionarios municipales.

La accionante pasa a realizar diversas consideraciones en cuanto al valor de lo ambiental. Se sustenta en doctrina; en lo contemplado en la Ley N° 25.675 nacional, en los artículos 4 y 5, con los principios de prevención y precautorio, sin descuidar otros, que señala: de responsabilidad, de solidaridad y de subsidiariedad; también menciona la Ley N° 11.723; la Ley Orgánica Municipal y da cuenta que se habrían emitido ordenanzas en concordancia con los parámetros impuestos por la Constitución Argentina y tratados internacionales. Menciona alguno de ellos y doctrina.

Finaliza sosteniendo que la actividad administrativa de policía del municipio, en sentido amplio y restringido, debe permitir su ejercicio sobre todo el ámbito del partido de San Nicolás, incluyendo el área portuaria. Pretende el otorgamiento de medida cautelar. Funda en derecho; ofrece prueba documental y peticiona se haga lugar a la demanda, con más los costos y las costas del juicio.

**III.-**

El Fiscal de Estado se presenta por apoderada y manifiesta que Únicamente debería adecuar la presentación ante la Suprema Corte de Justicia la parte actora y, recién debería proceder a responder la demanda (Fs. 250 y vta.).

El Tribunal se expide y entre otras cuestiones manda a individualizar la documentación que se menciona a fs. 240 vta., que solicita se reserve; también dispone el traslado al Fiscal de Estado y pasar los autos al acuerdo a los fines de resolver sobre el pedido de medida cautelar (Fs. 252).

En fecha 7 de septiembre de 2016, se decide: "*..ordenar que hasta tanto se dicte sentencia en el asunto, la Delegación San Nicolás dependiente de la Subsecretaría de Actividades Portuarias del Ministerio de Producción, Ciencia y Tecnología de la Provincia de Buenos Aires permita el ingreso de los agentes, inspectores y funcionarios municipales a los fines de que puedan llevar a cabo las actividades policiales que legítimamente se encuentren facultados a ejercer, quedando supeditada la validez de tales procedimientos a lo que aquí en definitiva se vaya a resolver*" (Fs. 253/255). A fs. 256 y vta., se libra oficio para notificar a la demandada de lo así resuelto. Luego de una presentación de la parte actora, y de dar respuesta V.E, se presenta la apoderada del Fiscal de Estado y se resuelve en definitiva, librar la notificación al representante de la Provincia (Fs. 263; 264 y 268 y vta.; 269 y 270/275vta.).

**IV.-**

El Fiscal de Estado se presenta por apoderada y responde al traslado conferido de la demanda promovida por la Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos; solicita su rechazo (Fs. 270/275vta.).

Explica que la Municipalidad de San Nicolás pretendía ejercer su poder de policía respecto de la seguridad e higiene de los establecimientos existentes en la delegación portuaria. Fue en esa oportunidad en la que a la autoridad municipal le fue negado el acceso a dicha delegación, por parte de la Dirección del Puerto San Nicolás.

Considera que los municipios "*...se encuentran facultados para inspeccionar, habilitar y cobrar las tasas respectivas a todo el local, negocio o establecimiento que se encuentre en el ámbito territorial del partido, en ejercicio de la potestad que le compete sobre ellos*". (Fs. 270 vta.). También que por medio del artículo 75 inciso 30 de la Constitución Nacional se estableció que las autoridades provinciales y municipales poseen poder de policía e imposición sobre los establecimientos de utilidad nacional, en tanto no interfieran con el cumplimiento de aquellos fines.

Refiere que la comuna conserva las facultades y poderes de policía locales, tales como el poder de policía edilicio, y que estas facultades sean realizadas conforme el reglamento de construcción. Asi mismo reconoce el poder de policía de seguridad e higiene respecto de las empresas allí instaladas, conforme los arts. 121 de la Constitución Argentina y 191 y 192 de la Constitución Provincial (Fs. 270vta.).

Afirma que la Ley Orgánica de Municipalidades regula la competencia de la comuna en tanto no se oponga con las normas que dicte la Provincia al respecto para reglamentar la radicación, habilitación y funcionamiento de establecimientos comerciales e industriales, y que la Ordenanza Fiscal regularía la Tasa por Inspección de Seguridad e Higiene y los Derechos de Construcción.

En forma previa recuerda que el proceso de privatización, descentralización y desregulación estatal derivó en la sanción de la Ley N° 24.093 de Actividades Portuarias y su Decreto Reglamentario N° 763/93.

Manifiesta que luego del convenio celebrado "*...se produjo la transferencia de Puertos de la Nación a la Provincia, ratificado por la Ley* N° 11.206". Que dicha ley indica "*...que la Provincia dispondrá el sistema de administración y explotación de los puertos, conforme al ordenamiento jurídico vigente, establecerá el régimen tarifario, regulando, fiscalizando, coordinando y controlando las prestaciones de los servicios portuarios, contemplando la protección de los usuarios y de los bienes del Estado*" (Cláusulas 6, 8 yl0, subrayado en el original; fs. 271 ).

La apoderada sostiene también que, a tenor de dicho convenio la Provincia podría disponer modificaciones, ampliaciones, construcciones, demoliciones y Otras obras en la infraestructura portuaria y su equipamiento. Sostuvo que por medio del Decreto N° 1579, del Poder Ejecutivo provincial, se reglamentó la Ley N° 11.206, -por la que se ratificó el Convenio de "*Transferencia de Puertos Nación Provincia*", estableciéndose que la Dirección de Actividades Portuarias iba a ser la autoridad de aplicación y responsable del manejo de la cuenta especial denominada Fondo Provincial de Puertos.

Afirma que con posterioridad se dictó el Decreto N° 2273/94 por el que se reglamentó la administración y explotación de los inmuebles y 11 espejos de agua en jurisdicción de los puertos que se encuentran bajo la órbita de la Subsecretaria de Actividades Portuarias; aclara que por medio del Decreto N° 184/97 se dispuso la derogación del anterior decreto, aprobándose el "Reglamento de Permisos de Usos Portuarios y los Cuadros Tarifados". Sobre la base de lo antes relatado considera que "la Provincia ostenta atribuciones para dictar la legislación y los actos necesarios para el cumplimiento de los fines referidos a la administración y explotación del Puerto de San Nicolás" (el subrayado se corresponde con el original).

Ahora bien, y en lo que respecta al conflicto de poderes presentado, entiende que más allá de las competencias que posee el municipio, el mismo pretendería aplicar sobre el área de jurisdicción portuaria su poder de policía respecto de seguridad e higiene edilicia; inspección, construcción y observancia de la ejecución de las obras al reglamento de construcción municipal a tenor de lo preceptuado en la Ordenanza Municipal de San Nicolás N° 1111/76; y facultades de policía ambiental.

Al respecto advierte que la actividad desplegada por la Municipalidad de San Nicolás fue realizada en contraposición con los fines que la Provincia de Buenos Aires tendría en materia portuaria, por lo que entiende que no existiría la potestad concurrente reclamada por parte del municipio. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que considera de aplicación al presente.

Resalta la importancia económica y estratégica que poseería el Puerto de San Nicolás. Y en este sentido la Provincia se encontraría desarrollando estas actividades de acuerdo a un "Plan Maestro", "*...dentro del cual se regulan cuestiones como el uso del suelo, zonificación y especialización... ello, conforme informara oportunamente la Subsecretaría de Actividades Portuarias en autos*" (Fs. 272). De allí que entiende que resultaría improcedente la pretensión de la comuna tendiente a pretender aplicar su Reglamento de Construcción

Municipal sobre el espacio portuario, y en sentido contrario, "*...toda obra que se realice dentro de los límites de dicho puerto debe cumplir con los requerimientos que establece el Decreto 185/07*" (Es. 272, cit.).

Explica que la autoridad portuaria posee un Departamento de Ingeniería que analiza las obras propuestas y toma intervención en todos los casos la Dirección de Infraestructura Portuaria, dependiente de la Subsecretaría de Actividades Portuarias y que dichos órganos técnicos provinciales son los encargados de evaluar si los emprendimientos proyectados se adecúan a las necesidades actuales y las planificadas para el desarrollo del servicio portuario. Por ello entiende que, el ordenamiento del ámbito espacial del puerto, las normas edilicias y de edificación integran la planificación y la política que en materia portuaria ejerce el Estado Provincial.

De esta forma considera que la pretensión del Municipio de San Nicolás de intervenir a los efectos de reglamentar los derechos de construcción en la zona portuaria sería contraria a los fines del servicio portuario.

Este mismo criterio lo sostiene al considerar que la comuna no posee competencia para regular en materia de habilitación de establecimientos en el ejido portuario. Así explica que el Decreto N° 185/07 establecería los requisitos para el otorgamiento de una solicitud de un permiso de uso. Transcribe el artículo 4° del decreto antes señalado. Hace también, lo propio, con el artículo 7 del Decreto N° 187/07, que indica que el permiso de uso es otorgado por la autoridad ministerial competente, previa intervención de los organismos legales pertinentes y la obtención del Certificado o Declaración de Aptitud Ambiental según corresponda en los términos de la normativa vigente.

De esta norma la apoderada de la Fiscalía de Estado entiende que sería la autoridad provincial la competente para otorgar el permiso de uso en jurisdicción portuaria, lo que incluiría el otorgamiento de la habilitación para la empresa, por lo que entiende que sería esto incompatible con la facultad que pretende ejercer la Comuna en la zona.

A su vez considera que también resultaría legítima la pretensión de la Municipalidad al querer la percepción de la tasa de seguridad e higiene dentro del puerto de San Nicolás. Para sostener esta postura3, entiende que el Decreto N° 185/07 establecería que la Delegación Portuaria sería la encargada de otorgar los permisos de construcciones que se realizan en el Puerto de San Nicolás, así como las cuestiones vinculadas al medio ambiente.

También afirma que dicha actividad se encontraría regulada en el Reglamento para Servicios Técnicos Administrativos, documentación que dice estar acompañada en las presentes actuaciones. Por ello entiende que existiría "*...una clara colisión entre el servicio prestado por la Autoridad Portuaria competente, y la pretensión de la Comuna respecto del cobro de la tasa de seguridad e higiene*" (Es. 273).

Por su parte hace mención la apoderada de la Fiscalía de Estado sobre lo argumentado por la Municipalidad respecto a la supuesta función deliberativa municipal para reglamentar las condiciones de higiene y salubridad de los sitios públicos, lugares de acceso público y baldíos –conforme al artículo 27 inciso 8-, pero aclara que la citada ley limitaría tales facultades cuando la ejecución de dichas competencias recayeran en el Estado Nacional o Provincial. Cita para justificar, lo establecido en el artículo 52 de la Ley Orgánica de las Municipalidades.

Sobre la cuestión ambiental, transcribe lo establecido en la Ley N° 11.723 respecto a que "*...los proyectos consistentes en la realización de obras o actividades que produzcan o sean susceptibles de producir algún efecto negativo al ambiente de la Provincia de Buenos Aires y/o sus recursos naturales, deberán obtener una* DECLARACION DE IMPACTO AMBIENTAL *expedida por la autoridad ambiental provincial o municipal según las categorías que establezca la reglamentación de acuerdo a la enumeración enunciativa incorporada en el anexo II de la presente ley*" (En mayúscula, en el original, fs. 273 y vta.).

A su vez menciona la Ley N° 11.459 (de Radicación de Industrias) contestando a la cita de la parte actora para expresar luego de recordar

las categorías de industrias, que la reglamentación establece que los formularios Base para la categorización serán entregados por los municipios o Autoridad Portuaria bajo cuya jurisdicción se encuentra o encontrara el establecimiento a categorizar, para continuar con lo dispuesto en el artículo diez. También hizo lo propio con el segundo párrafo de dicho artículo que expresa: "*La Autoridad de Aplicación será la encargada de categorizar los emprendimientos, para lo cual contará con un plazo de veinte (20) días, contados a partir de la recepción de la documentación necesaria por parte del Municipio respectivo o Autoridad Portuaria*". A su vez hace lo propio con el artículo 11 que establece que "La Autoridad de Aplicación remitirá al Ministerio de la Producción y el Empleo de la Provincia de Buenos Aires, un listado de los establecimientos industriales categorizados en el territorio bonaerense, para su conocimiento. Por último cita lo establecido en el siguiente párrafo, por el que se establece que "*las actuaciones relativas a establecimientos clasificados en la 1° y 2° categoría serán giradas a los Municipios a los fines de la notificación de la categorización y debida continuación del trámite. Si se tratare de establecimientos de esas categorías que fueren a instalarse en zonas portuarias, no será de aplicación lo dispuesto, quedando las actuaciones en el ámbito de la Autoridad de Aplicación, observándose en cuanto sea aplicable lo prescripto en el párrafo siguiente*". (en resaltado, en el original; fs. 273vta.).

De las normas transcritas entiende que surgiría que, en la actividad industrial desarrollada en la zona portuaria, no sería el Municipio la autoridad que debería intervenir en el trámite y expedición de las habitaciones ambientales sino el OPDS con intervención de la Autoridad Portuaria Provincial (Fs. 274).

Cita y detalla otras normas provinciales que sustentarían la postura por la cual la autoridad municipal sería ajena a intervenir tal como lo pretendió el Municipio de San Nicolás. Transcribe jurisprudencia de V.E. que entiende aplicable al presente caso. ln re: "*Copetro S.A.* ".

También observa que V.E. en fecha más reciente habría rechazado la pretensión de una Comuna de percibir una tasa por publicidad en un área portuaria. *ln re*: "*Ford Argentina* SA".

De dicho precedente transcribe: "*...en el caso, no se trata de crear un área de exclusión y exclusividad provincial en la jurisdicción portuaria -en desmedro de la autonomía municipal- sino de proveer lo conducente a la más efectiva funcionalidad de un establecimiento que en su momento fue de utilidad nacional, y que fue transferido a la órbita de la Provincia de Buenos Aires*" (Fs. 274vta.). Continúa con transcripción del citado fallo y, mención de la sentencia "*Cadegua* SA" vinculada a la tasa de publicidad.

Por dichas razones considera probado que las facultades que pretendería ejercer la Municipalidad de San Nicolás sobre el Puerto de San Nicolás obstaculizarían los fines que cumpliría la Provincia de Buenos Aires en materia portuaria, y que resultarían incompatibles con las competencias provinciales, debiendo primar en tal caso la norma del artículo 31 de la Constitución Argentina y, rechazarse en todas sus partes el escrito en traslado.

Para finalizar ofrece prueba documental y plantea el caso federal.

**V.-**

Abordaré el análisis del presente conflicto denunciado por la Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos, proponiendo a ese Tribunal de Justicia, se haga lugar.

**VI.-**

Un primer aspecto que corresponde analizar es el de la admisibilidad del conflicto. Al respecto, en conformidad a lo resuelto por V.E. entiendo que se encuadra en el supuesto previsto en el artículo 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (Arts. 689 y 690, CPCC).

En la Provincia de Buenos Aires, desde el texto constitucional del año 1873, se prevé la competencia de la Suprema Corte para resolver las causas de competencia entre los Poderes del Estado (Art. 156, inc. 29); es en la Constitución del año 1889 que se previó en forma expresa la cuestión de la revisabilidad de "*los conflictos municipales*", sometiéndolos al control judicial, que

en este caso se dividía entre ese Tribunal y las respectivas Cámaras de Apelación (Arts. 157 inc. 2° y 210); fórmula que en la Constitución del año 1934 continuó pero precisando la competencia exclusiva en la Suprema Corte de Justicia (Arts. 149, inc. 2° y 187). Este sistema se mantuvo en la última reforma del texto constitucional (Año 1994), donde expresamente se regula en el artículo 196: "*Los conflictos internos de las municipalidades, sea que se produzcan entre los departamentos ejecutivo y deliberativo, sea que ocurran en el seno de este último, los de las distintas municipalidades entre sí o con otras autoridades de la Provincia serán dirimidos por la Suprema Corte de Justicia*" (SCIBA, I 72.060, "Altiert", sentencia de 15/VII/2015, considerando 11.2, voto Juez Negri; Convención Constituyente, año 1934, Taller de Impresiones Oficiales, cuarta reunión, convencional Rodolfo Moreno, Tomo Il p. 303)

La Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos denuncia un conflicto de poderes con la Provincia de Buenos Aires alegando la imposibilidad de ejercer su actividad vinculada al cumplimiento del "poder de policía" en el ámbito del puerto homónimo situado dentro de su partido; con motivo de los impedimentos que le habría impuesto la respectiva delegación portuaria, negándole a sus agentes el ingreso a dichos terrenos -incluso mediante el auxilio de la fuerza pública-, invocando una jurisdicción exclusiva sobre ellos.

La Comuna considera que la conducta de las autoridades provinciales resulta lesiva de su autonomía, justamente, al verse impedida de desplegar sus potestades regulatorias o tributarias en materia de edificación, seguridad, salubridad, higiene y principalmente, de tutela del medio ambiente en el espacio físico ocupado por el puerto. Invoca la manda del artículo 75 inciso 30 de la Constitución Nacional, en la medida en que entiende que tales atribuciones no interfieren con el cumplimiento de los fines para los cuales fue creado dicho establecimiento de utilidad nacional, hoy administrado por la Provincia (Cfr. Leyes Nros. 24.093 y 11.206 y Decreto N° 1579/92).

Funda su pretensión en los artículos 5, 41, 75 inciso 30, 121 y 123 de la Constitución Argentina; 28, 190, 191, 192 incisos 4° y 5° y 193 inciso 2

de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; en los artículos 4 y 5 de la Ley N° 25.675; 25, 27 incisos 1, 8 y 24, 29, 40, 93 a 105, 226 incisos 3, 4, 17 y 31 de la Ley Orgánica Municipal; en la Ley N°11.723; en la Ley N° 11.459; en el artículo 121 de la Ordenanza Fiscal y Tarifaria; en las Ordenanzas Nros. 1111 y 7777.

A fs. 36/45 luce agregado, informe producido por el Director Provincial de Gestión Portuaria en el cual confirma los hechos resaltados por la Municipalidad de San Nicolás, al reconocer que, "N*o existiendo fundamento jurídico que habilitara el ingreso de los mencionados inspectores a la zona operativa portuaria, el Delegado Portuario Paraná Inferior, procedió a denegar el mismo, por expresa instrucción que recibiera de la Dirección Provincial de Gestión Portuaria*" (Fs. 44). A ello añade entre otras consideraciones en afirmación a la exclusiva competencia provincial: "*...en el ámbito portuario, resultan de aplicación las normas del Código internacional para la protección de buques e instalaciones portuarias, cuya autoridad de aplicación resulta ser la Prefectura Naval Argentina. Dicha autoridad marítima, ha sancionado la Ordenanza N°06/03 (DPSJ) para la obtención de la declaración de cumplimiento de las citadas normas, resultando importante destacar que las medidas de seguridad para el ingreso a las zonas operativas portuarias son severas, debiendo darse estricto cumplimiento a las pautas preestablecidas*" (Es. 44, cit.).

También advierto como lo hiciera ese Tribunal que, en rigor, no se individualiza "decisión" o cuáles edificios o lugares o actividades específicas dentro de la zona portuaria serían los alcanzados, se cuestiona una concreta actividad material por parte de las autoridades portuarias que impediría llevar adelante los cometidos municipales en dicha zona portuaria.

Ese Tribunal de Justicia ha resuelto en muchas ocasiones que las causas de competencia entre los poderes públicos de la Provincia a las que alude el artículo 161 inciso 2" de la Constitución de la Provincia, al igual que los conflictos que se producen entre las municipalidades y autoridades de la Provincia a los que se refiere el artículo 196 de dicha Carta, requieren para su configuración la existencia de una contienda entre los órganos involucrados con motivo o en el

ejercicio de sus respectivas atribuciones, lo que ocurre cuando alguno de ellos aduce que el otro ha invadido o intenta invadir su esfera de competencias (Cf. SCJBA, causas B "71.532, "*Municipalidad de La Plata*", sentencia de 7-11-2012; B 72.132, "*Fiscal de Estado*", resolución de 19-1X-2012; B 73.060, "*Municipalidad de Pilar*", resolución de 19-I111-2014; B 74.025, "*Fiscal de Estado*", resolución de 13-IV- 2016, entre otras).

De allí que atendiendo a lo antes expresado; a las competencias asignadas por el Constituyente nacional y provincial a los Municipios de la Provincia de Buenos Aires como, a las que surgen de la Ley Orgánica, a raíz de lo denunciado advierten a ese Tribunal de una grave y delicada parálisis en el ejercicio de las funciones municipales que se manifiestan con derecho a ejercer y, me llevan a considerar reunidos los presupuestos establecidos en el artículo 261 del decreto ley N° 6769/1958 y modificatorios (Conf. arts. 5, 41, 75 incs. 10 y 30, 122 y 123 de la Constitución de la Argentina; 1, 3, 11, 27, 28, 45 y 190 y sig., Constitución de la Provincia de Bs. As.; 25, 27, 226 y conc. de la Ley Orgánica Municipal).

En consecuencia la acción interpuesta por el titular del Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos que denuncia un conflicto con autoridades de la Provincia, en virtud de lo establecido en el artículo 196 la Carta provincial, correspondería a la Suprema Corte en ejercicio de la competencia originaria que esa norma constitucional le atribuye y, decidir sobre él, en definitiva (Cf. art. 161 inc. 2, de la Constitución de la Provincia).

**v.2.-** En cuanto al fondo de la denuncia promovida parto del artículo 75 inciso 30 de la Constitución Argentina. El establece en cuanto a las competencias del Congreso: "*Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines especificos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines* ".

La Constitución Argentina, no sólo en esta norma, reconoce la existencia de tres niveles de gobierno: Nación, provincias y municipios.

El tema federal fue el tema básico de la Constitución de la República.

La Constitución de 1853 fue un gran compromiso; para todos ceder para la formación del "*gobierno general*" que llama Alberdi al gobierno nacional (Juan Bautista Alberdi, Obras Selectas, Nueva edición, ordenada, revisada y precedida de una introducción por el Dr. Joaquín V González, Senador Nacional, Tomo X "*Bases y Comentarios de la Constitución Argentina*", Buenos Aires, Librería "*La Facultad*", 1920, "*Causas de la Anarquía en la República Argentina*", pág. 439).

Las provincias, si bien se reservan los poderes no delegados, le entregan al Estado nacional a través de su Constitución, la determinación de sus competencias, en respeto sustancial de sus autonomías y de las instituciones preexistentes y por ella reconocidas. Para ello, establecen ciertos requisitos y recaudos de los cuales no pueden apartarse. Esto está regulado en el artículo 5° cuando establece como cláusula esencial del sistema federal, con la imposición a las provincias de la obligación de dictar sus Constituciones bajo ciertas y determinadas condiciones, la cláusula de garantías. Una de ellas, es la de "asegurar" el régimen municipal. Esto quiere decir que no puede haber una Constitución provincial que no la asegure. Obligación que se extiende en respeto y reconocimiento a todos los niveles de gobierno.

El verbo que utiliza el Constituyente es "*asegurar*", "*... que asegure...*", hace referencia a algo que ya existe. Reconocimiento de un poder, el municipal, que ya tiene una preexistencia (Cf. al artículo 170 de la entonces Constitución de 1854 del Estado de Buenos Aires: "*El régimen municipal será establecido en todo el Estado. La forma de elección de los municipales, las atribuciones y deberes de estos cuerpos, como lo relativo a sus rentas y arbitrios, serán fijados en la ley de la materia*").

La ley de convocatoria a la Convención Constituyente del año 1994 que introdujo las modificaciones al entonces artículo 67 inciso 27, no solo pregona a favor del federalismo, en esta etapa, sino trata el

fortalecimiento del régimen federal, es decir, no pretende analizarlo sino entrar a buscar las formas y los elementos para fortalecerlo (Convención Constituyente, Reunión del 10 de agosto de 1994, convencionales: Juañuk, p. 3661; Biazzi, p. 3717; Olmedo, p 3932, señalando solo algunos, de los que participaron en esta cuestión).

Fue la misma Convención que iba a producir el actual artículo 123, reconociendo conforme la maduración de cada provincia la autonomía municipal. Lisandro de la Torre fue quien ya en el Congreso Nacional, en el año 1912, presenta un proyecto de ley para regular las autonomías municipales; que por cierto no prosperó. También el senador Mario Bravo presenta otra iniciativa, Inclusive es interesante destacar que algunos de los argumentos en contra de las dos normas fue su carácter inconstitucional, porque aparentemente estarían violentando: la autonomía provincial al legislar sobre los municipios.

El sistema rentístico y financiero fue concebido por Alberdi como un todo sistémico. Se trata de un sistema perfectamente determinado que trataba de conciliar los intereses de la Nación con los de las provincias. Así vemos cómo los artículos 4, 10, 11, 12, 13, 17 y por supuesto varios incisos del artículo 75, establecen la distribución de competencias y de recursos fundamentalmente derivados de los impuestos directos, atribuidos a las provincias y, de los impuestos de correos y de aduanas, asignados a la Nación.

El inciso 27 del entonces artículo 67, clave en nuestra Constitución, no queda igual. Agregan dos cuestiones que estaban reconocidas por la jurisprudencia y la legislación: La facultad impositiva y el poder de policía de las provincias y de los municipios sobre los establecimientos de utilidad nacional y la reserva de facultades jurisdiccionales en aquello que no afecte el interés nacional.

En el Debate de la Convención del año 1994 se dijo: "...*Así se afirma el dominio provincial pleno respecto de los recursos naturales renovables y no renovables; la participación efectiva en la renta federal convenida entre la Nación y las provincias y las facultades provinciales en los establecimientos de*

*utilidad nacional dentro de su territorio, no prevista por el texto constitucional, pero reconocida por la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*". (Debates de la Convención Constituyente, Convencional Estabillo, 27 reunión 9 de agosto, p. 3419)

También se sostuvo: "*La modificación del inciso 27 del artículo 67 de la Constitución, propuesta por artículo 7 del despacho parcial en mayoría, representa un importante adelanto, porque reconoce potestades concurrentes y recupera para las provincias la posibilidad de contar con el régimen originario de sus tributos en los establecimientos de utilidad nacional, además del ejercicio del poder de policía. La redacción que se propone es la siguiente: "Ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación, y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en todo el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.". Para continuar: "Esta es la redacción del dictamen de mayoría que representa un avance sustancial en cuanto al manejo de los establecimientos de utilidad nacional, rescatando para las provincias el ejercicio originario del poder tributario y del poder de policía. Se ha avanzado en la actual redacción del inciso 27, porque en uno de sus parrafos se reconoce poderes concurrentes en los que invariablemente la jurisprudencia del más Alto Tribunal de la República ha sido pendular. Por ello, rescatamos el avance que este inciso referencia para el nuevo texto de la Constitución Nacional, porque las provincias deberán seguir ejerciendo el reclamo cesada la causa de la utilidad nacional para recuperar el dominio a su estado originario*" (Debates de la Convención Constituyente, Convencional Guinle, 28 reunión, 10 de agosto p. 3636).

Correspondió al Convencional René Orsi la eliminación de la calificación "todo": 6 "*...solicito a la comisión que se elimine la calificación de 'todo" el territorio de la Capital y de "todo" el territorio de la República. En el inciso 27 originario de la Constitución de 1853 hoy vigente, este calificativo tiene perfecta aplicación ya que se habla de "ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio*

*de la Capital de la Nación y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión". Es decir que la expresión "todo el territorio", a pesar de ser redundante, tenía la fuerza necesaria para afianzar la redacción del inciso. Pero en este caso se ha eliminado ese inciso 27 y se ha agregado la expresión "Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía... ". Entonces, propongo que la comisión elimine en la primera frase el término "todo", de modo que quedaría redactada de la siguiente manera: "Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación, y dictar la legislación, necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el ámbito de la República". Ámbito es sinónimo de territorio, y cuando se habla de ámbito nacional se hace referencia a todo el territorio nacional*" (Convención Constituyente, Convencional Orsi, 28 reunión, 10 de agosto pp. 3856 y 3857).

Otro aspecto del fortalecimiento del régimen federal se reconoce en la existencia de facultades concurrentes respecto de los "*establecimientos de utilidad nacional*", admitiéndose la jurisdicción provincial y municipal en el ejercicio de su poder de policía e imposición, en tanto ella no interfiera en los fines nacionales de estos establecimientos. Esta delimitación de las facultades concurrentes venía imprimiéndose además de la jurisprudencia en los lineamientos Contenidos en el decreto ley N° 18.310, BONA del 25/8/1969) que reglamentara el entonces inciso 27 del artículo 67 de la Constitución Argentina, -ver artículos 2° y 3°-. Pero al adquirir rango constitucional con la reforma del año 1994, viene a consagrar definitivamente un ámbito de concurrencia, sumamente necesario para provincias y municipios que albergan en su territorio instituciones nacionales, o provinciales, que ejercen funciones de utilidad nacional.

El ejercicio de las competencias concurrentes que la Constitución Nacional consagra en los artículos 41, 43, 75, incisos 17, 18, 19 y 30, y 125, entre otros, no implica enervar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno (CSJN, "Fallos", " *Papel Prensa* SA", T 338:1183, considerando quinto).

A partir de este justo reconocimiento federal, se ha pensado, que se podría coordinar un uso más eficiente y eficaz de los bienes y.

espacios asignados para tales fines, entre la Nación, las provincias, los municipios sin que ello implique un avasallamiento de sus respectivas jurisdicciones, y atendiendo a las responsabilidades que cada una debe cumplir como herramienta para equilibrar un crecimiento armónico del país. Sin embargo, la situación que se da a conocer en las presentes actuaciones, a casi veintitrés años de la reforma de la Constitución Nacional, nos hace reflexionar de la dificultad que aún persiste, en fortalecer el federalismo.

**V.3.-**

El artículo 75, inciso 10 de la Constitución Nacional establece que corresponde al Congreso "*...habilitar los puertos que considere convenientes*". En cumplimiento de esta pauta, el Congreso, sancionó la ley N" 24.093 (BONA 26/6/1992), cuyo artículo 1° dispone: "*Todos los aspectos vinculados a la habilitación, administración y operación de los puertos estatales y particulares existentes o a crearse en el territorio de la República, se rigen por la presente ley*".

La Ley N° 24.093 y su Decreto Reglamentario NO 769/93 (BONA 22/4/1993) significaron una suerte de complementación del régimen implantado por el Convenio celebrado entre la Nación y la Provincia de Buenos Aires el 12 de junio de 1991, de tal suerte que las disposiciones de ambos regímenes ser interpretados en forma conjunta y armónica procurando que las normas de uno no desvirtúen o desnaturalicen a las demás. Asimismo, dicha interpretación debe ser respetuosa de la reforma operada en la Constitución Argentina en el año 1994 en la cláusula del artículo 75 inciso 30.

La transferencia entre otros, del Puerto de San Nicolás a la Provincia de Buenos Aires incluyó el dominio y administración del puerto en cuestión (Cf. art. 2° de la Ley Nro. 24.093). Por tanto, si lo que se transfirió fue el derecho de dominio sobre el Puerto, va de suyo que también se transmitió las funciones derivadas o las consecuentes para la necesaria administración; compete al Estado Provincial la actuación sobre los dominios portuarios asentados en su jurisdicción. El propio inciso 30 del artículo 75 expone: "*...en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines*".

Ya tuvimos oportunidad de expedimos al dictaminar y V.E. al resolver en la causa B 72.380, "*Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires c/ Municipalidad de San Nicolás s/ Conflicto. Art. 196 de la Constitución de la Provincia de Bs. As.*" (Sentencia de 28 de septiembre de 2016, dictamen de 30 de diciembre de 2013).

Allí señalamos que de acuerdo al reparto de competencias establecido en materia de puertos, la Provincia es quien la detenta para dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos en lo que hace a la administración propia de sus dependencias o establecimientos afectados a sus fines, mientras las autoridades municipales conservan los poderes de policía e imposición, en la medida en que no interfieran en el cumplimiento de aquellos (CSIN, "Fallos", "*Casino Estrella de La Fortuna*", dictamen al que se remitió la CSJN, T. 325:766; se puntualizó que el principio de concurrencia puede aplicarse también en el ámbito portuario, según dispone el artículo 21 de la Ley de Puertos Nro. 24.093; cc. art. 27 inc. 19, dec. ley Nro. 6769/58).

El establecimiento de esta jurisdicción, las atribuciones y potestades en esta materia (Arts. 75, incisos 10, 12, 13, 18, 26, y 99, inciso 21, y ,126 de la C.N.), no excluyen el poder de policía local, como expresamente lo prevé el artículo 75, inciso 30 in fine, de la Ley Fundamental.

Por otro lado, el decreto ley N° 18.310, al que hicimos mención *supra*, reglamentario en su momento del inciso 27 del artículo 67 del texto anterior de la Constitución, dispone que la jurisdicción ejercida por la Nación sólo es exclusiva en dos casos:

a) Desmembración del territorio de una provincia con pérdida del dominio eminente; y

b) Lugares destinados a fines de defensa nacional (Cf. Art 1°).

En los establecimientos de utilidad pública de la Nación, sólo imperarán la jurisdicción y las leyes nacionales en lo afectado o inherente a esa

utilidad nacional, para servir a objetivos expresamente encomendados al Gobierno general por la Constitución y las leyes nacionales, cuya competencia en el caso ejerce por la transferencia, la Provincia de Buenos Aires. En lo no comprendido en ese uso, las municipalidades podrán ejercer los actos vinculados al ejercicio tributario y de policía, siempre que no interfieran directa o indirectamente en las actividades normales que tal utilidad nacional implique (v. art. 2 y 3 dec. Ley cit.), a cuya reglamentación debemos sumar el texto actual y los comentarios realizados sobre la tesis que motivó la modificación del entonces artículo 67 inciso 27.

A diferencia del caso mencionado, "Fiscal de Estado", en autos la Provincia pretende desconocer en forma total lo normado en el artículo 75 inciso 30 e incluso, a la propia Ley de Puertos, artículo 21 de la ley Nro. 24.093 (Cc. Art. 21, dec. Nro. 769/93; art. 2, ley Nro. 11.206, BO Bue 14/4/1992; Puntos, quinto y sexto del Convenio de Transferencia de Puertos). Conforme al artículo 21: "...*Todos los puertos comprendidos en la presente ley están sometidos a los controles de las autoridades nacionales competentes, conforme a las leyes respectivas, ...y las normas referentes a la navegación y el transporte por agua, y sin perjuicio de las competencias constitucionales locales*". *Para seguir*: "*Las autoridades de aplicación coordinar tales controles ejercidos en razón de las responsabilidades inherentes a los organismos nacionales al solo efecto de que no interfieran con las operaciones portuarias*".

Los argumentos sostenidos por la apoderada del Fisco incitan al desconocimiento de las competencias que por las Constituciones y por las leyes tienen asignadas los municipios e incluso se alza contra la cláusula de garantía a favor del "*régimen municipal*" que impone el artículo 5 de la Constitución Argentina.

Debe atender la Provincia que acuerdos anteriores a la reforma del año 1994 no pueden oponerse al reconocimiento de competencias y obligaciones a cargo de los Municipios, tales como las que consagra, en algunos casos exclusivamente, en otros en coordinación con la Provincia, tal el caso del artículo 75 inciso 30 (Cf. Art. 31, Constitución Argentina; 1° de la Constitución de la Provincia de Bs. As.).

Entre las competencias propias y reconocidas también en concurrencia podemos mencionar algunas de ellas. Así, los artículos: 41 (Lo ambiental como Carga para todas las jurisdicciones de gobierno: "*...Las autoridades |proveerán...;*" *Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales*"), 75 inciso 30 "*(Las autoridades ...y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos...*" y 123 "*(Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5°, asegurando la autonomía municipal...*" de la Constitución Argentina; 28 "*...Toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligada a tomar todas las precauciones para evitarlo*", 190, "*La administración de los intereses y servicios locales...estará a cargo de una municipalidad....*", 191 inciso 4, "*Las funciones municipales serán carga pública se la que nadie podrá excusarse sino por excepción fundada en la ley de la materia*", 192 incisos 4, "*Tener a su cargo el ornato y salubridad, ...y la vialidad pública*" , 5° "*Votar anualmente su presupuesto y los recursos para costearlo...*" y 6° "*Dictar ordenanzas y reglamentos dentro de estas atribuciones*" y 194, "*Los municipales, funcionarios y empleados, son personalmente responsables, no sólo de cualquier acto definido y penado porla ley, sino también por los daños y perjuicios provenientes de la falta de cumplimiento a sus deberes....*", de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; de la Ley Orgánica Municipal: Artículos 25, "*Las ordenanzas deberán responder a los conceptos de ornato, sanidad, asistencia social, seguridad, moralidad, cultura, educación, protección, fomento, conservación y demás estimaciones encuadradas en su competencia constitucional que coordinen con las atribuciones provinciales y nacionales*", 26 "*Las ordenanzas y reglamentaciones municipales podrán prever inspecciones, vigiláncias, clausuras preventivas, desocupaciones, demoliciones, reparaciones, adaptaciones, restricciones, .... y cuantas más medidas fueren menester para asegurar el cumplimiento de sus normas*"; 27, entre algunas de su competencia: Incisos: 1, "*La radicación, habilitación y funcionamiento de los establecimientos comerciales e industriales, en la medida que no se opongan a las normas que al respecto dicte la*

*Provincia y que atribuyan competencia a organismos provinciales*", 2 "*El trazado, apertura, rectificación, construcción y conservación de calles, caminos, puentes, túneles, plazas y paseos públicos y las delineaciones y niveles en las situaciones no comprendidas en la competencia provincial*", 3 "*La conservación de monumentos, paisajes y valores locales de interés tradicional, turístico e histórico*"; 5, "*Las obligaciones de los vecinos respecto de los servicios de la Municipalidad...*"; 8, "*Las condiciones de higiene y salubridad que reunir los sitios públicos, los lugares de acceso público y los baldíos*"; 9 "*La instalación y el funcionamiento de establecimientos sanitarios y asistenciales; de difusión cultural y de educación física; de servicios públicos y todo otro de interés general en el partido, en la medida que no se opongan a las normas que al respecto dicte la Provincia*"; 10 "*La elaboración, transporte, expendio y consumo de materias o artículos alimentarios, exigiendo el cumplimiento de las condiciones higiénico-sanitarias, bromatológicas y de identificación comercial que establezcan las normas de aplicación, así como también el certificado de buena salud de las personas que intervengan en dichos procesos*" 22, "*El transporte en general y, en especial, los servicios públicos de transporte de pasajeros, en cuanto no sean materia de competencia nacional o provincial*"; y 24 "*La construcción, ampliación, modificación, reparación y demolición de edificios públicos y privados, así como también sus partes accesorias*", 28 inciso 7, "*Las zonas industriales y residenciales del partido, imponiendo restricciones y límites al dominio para la mejor urbanización*", 29, "*Corresponde al Concejo sancionar las Ordenanzas Impositivas y la determinación de los recursos y gastos de la Municipalidad...* "; 40, " *..podrá establecer un régimen de exenciones parciales o totales de tributos municipales, las que serán de carácter general y tendrán vigencia por el ejercicio correspondiente al de la fecha en que se dicte la medida, siempre que no resulten incompatibles con los beneficios otorgados en el orden Provincial...*" y 52: "*Corresponde al Concejo disponer la prestación de los servicios públicos de barrido, riego, limpieza, alumbrado, provisión de agua, obras sanitarias y desagües pluviales, inspecciones, registro de guías, transporte y todo otro tendiente a satisfacer necesidades colectivas de carácter local, siempre que su ejecución no se encuentre a cargo de la Provincia o de la Nación. Tratándose de servicios que puedan tener vinculaciones con las leyes*

*y planes provinciales, el Concejo deberá gestionar autorización ante el Poder Ejecutivo o proceder a convenir las coordinaciones necesarias*". A las que podemos añadir para el cumplimiento de los intereses municipales, los artículos 93 a 105, 226 incisos 3, 4, 17 y 31 de dicha Ley; las asignadas por la Ley N° 11.723, en sus fundamentos: 6 "*...Se enumeran los principios fundamentales de la política ambiental, lo que habrán de constituir los referentes de la actividad estatal, provincial y municipal, para una adecuada administración del ambiente...*"; artículo 4, "*El Poder Ejecutivo Provincial, a través del Instituto Provincial del Medio Ambiente, deberá fijar la política ambiental, ...., y coordinar su ejecución descentralizada con los municipios, a cuyo efecto arbitrará los medios para su efectiva aplicación...*"; 10: "*Todos los proyectos consistentes en la realización de obras o actividades que produzcan o sean susceptibles de producir algún efecto negativo al ambiente de la Provincia de Buenos Aires y/o sus recursos naturales, deberán obtener una declaración de impacto ambiental expedida por la autoridad ambiental provincial o municipal según las categorías que establezca la reglamentación...*"; 27, "*El Poder Ejecutivo Provincial, a través del Instituto Provincial del Medio Ambiente, instrumentardá el sistema Provincial de Información Ambiental, coordinando su implementación con los municipios. Dicho sistema deberá reunir toda la información existente en materia ambiental proveniente del sector público y privado, y constituirá una base de datos interdisciplinaria accesible a la consulta de todo aquel que así lo solicite*", entre otras; la Ley N° 11.459, entre sus fundamentos a destacar: "*..La Autoridad de Aplicación pasa a serla Municipalidad, quedando el Poder de Policía en manos de la provincia. Asimismo el Ministerio de la Producción es responsable de llevar los registros de los certificados de Radicación Industrial y habilitaciones que expidan los municipios...*"; "*...El artículo noveno plantea la descentralización concretamente, transfiriendo a los municipios la responsabilidad del otorgamiento de los certificados...*""*... El inciso b) obliga a adecuar las obras edilicias a las normas municipales vigentes en la materia...*"; "*..El artículo once determina los pasos a seguir por cada Municipalidad al recibir una solicitud persiguiendo siempre la simplificación del trámite, su descentralización y el otorgamiento a las comunas de un rol esencial en el proceso...*";"*...El séptimo capítulo prevé en su artículo treinta y*

*tres que la autoridad de aplicación serán los municipios, reservando el Poder de Policía para el Estado provincial. En el último párrafo se precisa que cualquiera de las dependencias provinciales o municipales, que actuando dentro de la competencia que esta ley le otorga, comprobaría alguna infracción, deberá comunicarlo a la autoridad de aplicación para que instruya las actuaciones pertinentes...*", y los artículos respectivos de la ley; a lo que sumamos las competencias no cuestionadas en su constitucionalidad por el fisco, de las Ordenanzas Fiscal y Tarifaria, y las números 1111-Reglamento de edificación- - y 7777 -De Habilitaciones comerciales e industriales-.

De tal manera mal podría impedir, la Delegación San Nicolás dependiente de la Subsecretaria de Actividades Portuarias del Ministerio de Producción, Ciencia y Tecnología de la Provincia de Buenos Aires, el ejercicio de las competencias discernidas a favor de los Municipios por el ordenamiento jurídico vigente, e incluso aquellas que históricamente constituyeron su base primaria de recursos y finalidad social, tales como las atinentes a la moralidad, buenas costumbres, salubridad y otras materias que se han reconocido como inherentes al poder municipal (SC.B.A., 1 1248, "Sancho", sentencia de 15-V- 1990; B 61.397, "*Sociedad Española de Socorros Mutuos de Tres Arroyos*", sentencia de 8-VII-2008; B 60.709, "Ford", sentencia de 27-VI-2012, considerando III, voto Juez de L)

Sarmiento recordaba "*... La municipalidad es la sociedad en relación al suelo, es la tierra, las casas, las calles y las familias consideradas como una sola cosa... Constitución*", *ed. Sociedad de Abogados Editores*", 1853, p. 133).

La atribución de facultades conferidas a la Provincia no es excluyente de las potestades de reglamentación y policía que las municipalidades están llamadas a ejercer conforme a las leyes de su institución y organización (CSIN, "*Compañía de Transportes de Energía Eléctrica en Alta Tensión Transener* S.A.", considerando cuarto, "Fallos"" 325:723: "*Emebal* S.R.L.", considerando cuarto, T. 302:742; "*Litoral Gas* S.A", T. 327:1416 y su reenvío a "*Gas Natural Ban* S.A": "*...la jurisdicción nacional -a menos que contenga alguna exención acordada en*

*virtud del artículo 75, inciso 18, de la Constitución Nacional- es compatible con el ejercicio del poder de policía y de la potestad fiscal por parte de las provincias y de sus municipalidades, ya que es la regla -y no la excepción- la existencia de jurisdicciones compartidas entre el Estado Nacional y los Estados locales*). El ordenamiento constitucional y legal de la Provincia de Buenos Aires confiere a los municipios suficientes potestades para disciplinar variados aspectos -incluido el tributario- referentes a las obras que se desarrollan en el espacio público local, como en bienes de su dominio privado, y en el interés urbano-ambiental (I 1992, "*Aguas Argentinas* SA", Sentencia de 7-III1-2005, voto Juez Soria, considerando I1,3,"d" e I 2021, "*Municipalidad de San Isidro*", sentencia de 27-VIIT-2014, voto Juez Soria, en lo pertinente considerando I1.2."f),

La situación que puso en evidencia la Municipalidad de San Nicolás en el caso traído a decisión de ese Tribunal, es la de omisión por la Provincia de lo obrado por el constituyente del 94 superando el concepto de exclusiva legislación que antes preveía la norma (Cf. CSJN, "Fallos", in re "*Provincia de Neuquén*", T. 292:26); aun cuando en numeras decisiones del Máximo Tribunal de Justicia advertía la necesidad de respetar el "*régimen municipal*", cuya denominación de relevancia había exaltado Varela (Luis V. Varela, en "*Plan de Reformas a la Constitución de Buenos Aires*", Talleres de Impresiones oficiales, 1907; Informe de la Comisión Revisora de la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires, Ed. "La República", 1883, p. 123 a 125), o como se la llamara haciendo alusión a Tocqueville la "Pequeña República" (Cf. Diario de Sesiones, Convención Constituyente de Buenos Aires, año 1934, Tomo II, Taller de Impresiones Oficiales, 13 reunión, palabras del convencional Kaiser, p. 655) o mejor aún, "*La institución capaz de hacer apta a la sociedad argentina para el régimen democrático...*" (Juan Bautista Alberdi, "*Elementos de Derecho Público provincial argentino*", Tomo V, ed. El Ateneo, p. 328).

Viene al caso destacar algunas sentencias, que como hubiera dicho el Juez Hitters, me parece importante "poner la pica en Flandes" (in re L. 70.654, "W., A.", sentencia 10-111-2004, a la primera cuestión, entre otros).

Son los fallos que aún históricos recuerdan que no todas las actividades que se desarrollen dentro del concepto protegido de "*utilidad pública*" son las comprendidas dentro de los propios giros económicos que puedan incluso cumplirse en la zona portuaria; no toda dependencia del ferrocarril comentaba la Corte cae bajo la protección de la eximición impositiva (CSINA," Cía. de Tierras Central Argentina", T 32:318; "*Ferro Carril Central Argentino*", 104:73; "P. Cesari y Cía. ", T. 123:313; considerando cuarto ).

Cabe preguntarse si la Provincia en el caso, debería haber precisado aquellas actividades que cuentan con alguna consideración legal que [las eximiría de la tributación municipal (CSINA, "*Municipalidad de Córdoba*", T. 113:165; "Municipalidad de Córdoba", T.115:174; vrg. art. 1° y 3, Decreto N° 185/2007, cf. Decreto N° 981/14, PBA, "*Reglamento de permisos de usos 1 portuarios*"; Competencias de la Subsecretaría de Actividades Portuarias, puntos 13, 15, 16 y 17, Decreto N° 1168/16, PBA). El conflicto viene de una larga data, sin solucionarse (v. Demanda ante el Juzgado Contencioso, con fecha 1° de agosto, (Fs. 29), hecho nuevo denunciado, del 31 de agosto, (Fs. 32) ; informe del Director provincial de Gestión Portuaria, de fecha 6 de septiembre, todos del año 2012 (Es. 162).

Es decir, la única manera en que se podría impedir el ejercicio de las competencias municipales y por cierto, conforme a las finalidades que declararse y fundamentarse, es por medio de una ley, y siempre teniendo presente que todo privilegio debería de ser por tiempo determinado (CSINA, "Fallos", "*El Ferrocarril Central Argentino*", T. 68:227, con intervención entre los magistrados, de Luis V. Varela).

Actualmente se sostuvo que, en ausencia de una norma del Congreso de la Nación que establezca la exención o inmunidad alegada por la Aduana, su oposición al pago de la tasa municipal de alumbrado, barrido y conservación de la vía pública al que había sido intimada por la comuna resulta infundada (CSJN, "Fallos", "*Administración Nacional de Aduanas*", T. 324:933, considerando once). Y así mismo expresó la Corte: "*... de consagrar -en la esfera*

*de | su competencia constitucional- exenciones fiscales en el orden provincial y municipal, ... ser dispuestas de modo inequívoco, porque las exenciones revisten carácter excepcional, requieren de una manifestación cierta de voluntad legislativa y no pueden ser resueltas sobre la base de meras inferencias*" ("Fallos", "C.O.P.I.C.A,S.R.L.", T. 248:736, cit. T. 324:933).

Mientras el ejercicio del poder de policía local y la imposición de gravámenes por los servicios municipales prestados en tal marco, no importe una inconciliable contradicción, una "*franca oposición*" con aquellas otras facultades o poderes en cabeza del Gobierno provincial que recaigan sobre una misma actividad, no puede predicarse una interdicción a pretensiones tributarias como la que en el sub examine se cuestiona (SCIBA, B 61.397, "*Sociedad Española de Socorros Mutuos de Tres Arroyos*", sentencia de 8- VII-2008, entre otras).

Por último, hace al caso tener presente, que la distribución de los recursos fiscales entre jurisdicciones debe consensuarse en el marco de acuerdos propios del federalismo de concertación (CSJN, "*Formosa, Provincia de*", T.338:1498. considerando séptimo; "*Santa Fe, Provincia de*", T. 338:1389, considerando VIII.4; SCIBA, B 56.707, "Carba SA", sentencia 23-IV- 2008, voto Juez Soria, considerando 11.3 ) y la Provincia, no ha intentado siquiera demostrar de qué manera la pretensión tributaria municipal frustraría o dificultaría el cumplimiento de los fines que pretende proteger y que tiene a su cargo, por lo cual los argumentos expuestos por la demandada, sobre esa base, resultan claramente inatendibles.

Por todo lo expuesto, entiendo que correspondería hacer lugar al conflicto promovido por la Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos. Atiendo a las atribuciones con las que el Constituyente y el Legislador de la Provincia han dotado al régimen municipal y que ser respetadas (Arts. 5 y 123 de la Constitución Argentina; 190 y sigs. de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 25, 27, 226 y conc. de la LOM) y asimismo, en el logro al reconocimiento del principio de concurrencia de competencias en materia de establecimientos

de utilidad nacional contenido en el artículo 75 inciso 30 de la Constitución Argentina (Arts. 196, Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 690 del CPCC).

La Plata, 17 de mayo de 2017.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: B 74.380

# “Fiscal de Estado c/ Juzgado de Faltas N.° 2 de Defensa del Consumidor en autos “Vecinos de Manuel B. Gonnet s/ Denuncia c/ ABSA”, fecha: 23/11/2016

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Fiscal de Estado c/ Juzgado de Faltas Nro. 2 de Defensa del Consumidor en autos "Vecinos de Manuel B. Gonnet s/ Denuncia el ABSA"
**B- 74.380**

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.-**

El presente conflicto de poderes tiene como origen la denuncia efectuada por las Doctoras María Victoria Ctibor y María Florencia Pachamé, en su condición de apoderadas de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires contra el titular del Juzgado de Faltas Nro. 2 de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de La Plata "*...como consecuencia de haberse arrogado facultades*" e "*invadiendo de esta forma potestades propias de la Provincia de Buenos Aires y ello de conformidad con lo normado por los artículos 161 inciso 2 y 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires...*" (fs. 10/14).

En lo que se refiere a los antecedentes del presente, explican que se encuentra en pleno trámite en el Juzgado de Faltas Nro. 2 de esta ciudad una denuncia de una usuaria del servicio público de agua potable y cloacas motivada en supuestas deficiencias que tendría el servicio prestado por Aguas Bonaerenses S.A. Agregan que la denuncia inicial contó con la adhesión posterior de otros usuarios afectados por el mismo motivo de la denuncia, todos los cuales habitantes de la localidad de Gonnet, partido de La Plata (fs. 10 vta.).

Continúan relatando que los vecinos denunciantes solicitaron la suspensión de la facturación del servicio, como así el reconocimiento de los perjuicios supuestamente sufridos por el deficitario servicio prestado por la

empresa Aguas Bonaerenses S.A., al entender que la calidad del agua suministrada por la empresa no sería potable.

Agregan en la presente que el Juez de Faltas Municipal interviniente "*dicta la resolución de fecha 9 de septiembre de 2016, notificada a esta representación fiscal en la misma fecha...*".

Expresan que la medida precautoria concedida por el Juez de Faltas Municipal irrumpiría en un área que no le competiría, esto es, en el derecho público provincial. Por dicha razón sostienen que ser estaría en presencia de un conflicto de poderes en el cual el órgano municipal se atribuiría competencias que "*...constitucional y legalmente corresponden a otro, invadiendo la esfera de éste o impidiendo su propio ejercicio*" (fs. 11).

Resaltan que en el presente caso se advertiría la presencia de un funcionario municipal que habría invadido por medio de una resolución "*... de manera ostensible la esfera de actuación del Poder Ejecutivo provincial (Organismo de Control de Agua Provincia de Buenos Aires) y del Poder Judicial, que resulta -a todo evento-, el poder competente para dictar este tipo de resoluciones*" (fs. 11).

Por su parte exponen que por medio del Decreto Provincial Nro. 878/03 fue creado el Organismo de Control del Agua de Buenos Aires (OCABA), como autoridad provincial de control del concesionario y de los servicios a su cargo".

Agregan que la justicia de faltas municipal prevista en el Decreto Ley Nro. 8751/77 estableció que la competencia de los jueces de faltas –designados por el Intendente Municipal con acuerdo del Concejo Deliberante- alcanza a las infracciones de carácter municipal cometidas dentro del partido en el que ejercen sus funciones, conforme lo previsto en el artículo 29 de dicho Decreto Ley.

Consideran que la única autoridad que puede ejercer esta facultad de control como así la defensa de los derechos de los usuarios es el

Organismo de Control del Agua de Buenos Aires (OCABA). Transcriben el artículo 51 del Decreto 878/03 que se refiere a los "*reclamos de usuarios*", que, si bien pueden ser deducidos ante la entidad prestadora o ante el Municipio, pero el ente que tiene la competencia resolutoria es el OCABA, siendo la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Buenos Aires de aplicación supletoria.

De lo expresado en el párrafo precedente, consideran las apoderadas de Fiscalía de Estado que "*...resulta a todas luces evidente que un organismo de jerarquía municipal no ostenta atribuciones suficientes a los efectos de disponer una medida precautoria como la ordenada, respecto a un organismo provincial... sólo trasvasando la esfera de atribuciones de la autoridad administrativa se puede tomar una decisión de este tenor*" (fs. 12 vta.).

Las aquí denunciantes del presente conflicto de competencia, si bien reconocen que a partir del año 1994 a los municipios se les ha reconocido su condición de autónomos, entienden que estas competencias no pueden ser ejercidas avasallando las injerencias provinciales y "*...los límites impuestos por el principio de supremacía que ostentan las normas provinciales*" (fs. 13).

De allí infieren que un Juzgado de Faltas Municipal no integra el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, por lo que descartan cualquier competencia para juzgar el actuar provincial, tal como sería el caso de la resolución impugnada.

Para concluir, transcriben jurisprudencia de V.E. que consideran ajustada a la presente; dejan planteado expresamente el caso federal (art. 14 de la Ley Nro. 48), y solicitan que al momento de resolver, se declare la ausencia de atribuciones del funcionario municipal interviniente y se disponga la nulidad de las mismas (fs. 14).

**II.-**

V.E., teniendo en consideración que no se encontraba acreditado que el titular del órgano provincial involucrado en el conflicto

denunciado hubiera encomendado al señor Fiscal de Estado la promoción de la presente denuncia de conflicto de poderes, ordenó que debería subsanarse esta deficiencia dentro del plazo de cinco días y acreditarse "mediante la documentación pertinente, la voluntad administrativa de la autoridad pública para promover el conflicto en tratamiento" (fs. 17).

A tenor de lo requerido, las apoderadas de la Fiscalía de Estado acompañaron copia de la Resolución Nro. 160/2016 del Organismo de Control del Agua de Buenos Aires por cuyo artículo 1 se ratificó lo actuado por el señor Fiscal de Estado en estas actuaciones, como así también autorizarlo para la continuación del trámite judicial del presente caso (fs. 31 y 33).

**III.-**

Luego de haber V.E. conferido traslado al señor Intendente Municipal de La Plata para que conteste y comparezca a estar a derecho, los apoderados de dicho municipio se presentaron en tiempo y forma, y manifestaron su oposición a la denuncia efectuada por la Fiscalía de Estado provincial, en el entendimiento de que el titular del Juzgado de Faltas Municipal habría actuado dentro de los límites de su competencia (fs. 35 y 50/64).

Ante todo explican que el señor Juez de Faltas actuó en resguardo de la salud pública y los intereses legítimos de los usuarios y consumidores de las zonas afectadas por la falta de potabilidad del agua corriente, "protegiéndonos de todo riesgo inminente a su salud y asegurando la calidad del servicio público" (fs. 51).

Entienden que se ha acreditado una afectación a un derecho humano esencial, cuya afectación "motivó la actuación cautelar del juez de faltas cuestionada" (fs. 51 vta.).

Consideran que en las actuaciones administrativas previas se habría acreditado mediante estudios técnicos que el agua de red provista por ABSA a los usuarios residentes en la zona de Gonnet "*...presenta cloruros y sólidos totales muy por encima de los valores totales tolerables y establecidos en la*

*legislación vigente, extremo por el cual el OCABA dictó la resolución el 21/1/2015 que reconoce tales excesos y posteriormente el 8/4/2015 ordenó de manera urgente que se adopten las medidas correctivas de los desvíos observados, inclusive fijando un plazo perentorio de diez días*" (fs. 32).

Respecto a la medida adoptada por el señor Juez de Faltas, sostienen que su actuación se debe a que el Estado posee la obligación de tutelar en forma preventiva cuando se advierte un "*riesgo concreto a la salud, como así también al medio ambiente*" (fs. 53).

Afirman que en ese contexto, la gravedad del derecho afectado y el serio riesgo a la salud de los vecinos involucrados, "*...la Municipalidad de La Plata a través de la Dirección de Defensa del Consumidor solicitó al Señor Juez de Faltas el dictado de la medida cautelar cuya validez se pretende atacar por la Fiscalía de Estado*" (fs. 53 vta.).

Consideran que la Fiscalía de Estado al momento de solicitar a V.E. la intervención del OCABA, omitió expresar que el órgano de contralor citado se había expedido sobre la denuncia de agua corriente en mal estado por medio de una resolución de fecha 8 de abril de 2015, oportunidad en la que intimó a ABSA a realizar y ejecutar obras para superar este inconveniente.

A renglón seguido se encarga de justificar la competencia del Juez de Faltas. Así considera que con la manda prevista en los artículos 5 y 123 de la Constitución Nacional, los municipios garantizar los principios propios del sistema republicano, una de cuyas notas es la división de poderes. Por ello entiende que la justicia de faltas de carácter municipal posee "*...la misma materia y competencias propias vinculadas a lo local, debiendo erigirse como un verdadero poder judicial independiente*" (fs. 54 vta.).

Respecto a esto último también sostiene el artículo 166 de la Constitución Provincial indica que se podría establecer un procedimiento judicial de revisión en materia de faltas municipales "*...siendo la única mención en todo el texto constitucional bonaerense*". De allí que infiera "*...que ese término*

*de 'podrá establecer' no sólo implica delegar a lo que disponga la legislatura en una ley especifica, sino que la misma no puede ser aislada y ajena a los principios que impone la supremacía de la constitución nacional (arts. 5, 31 y 123) fortaleciendo la institución municipal y no subordinando sus decisiones al control del poder judicial provincial, sino reconociendo una justicia municipal con facultades jurisdiccionales en materia local propia... el control de las decisiones de la justicia municipal de faltas por parte del poder judicial provincial genera una subordinación impropia a la luz del principio de autonomía e independencia institucional- política que reconoce nuestra Constitución*" (fs. 55).

Explica a su turno que el artículo 1° del Decreto ley Nro. 8.751/77 establece que el Código de Faltas Municipales "*...se aplicará al juzgamiento de las faltas a las normas municipales dictadas en el ejercicio del poder de policía y a las normas nacionales y provinciales cuya aplicación corresponda a las Municipalidades, salvo para las dos últimas cuando para ello se hubiera previsto un procedimiento propio*". También cita el artículo 18 del dicho Decreto Ley Nro. 8.751/77, que establece que el juzgamiento de las faltas municipales estará a cargo de la justicia de Faltas, "*...cuya organización, competencia, régimen de las sanciones y procedimiento se regirán por la presente ley*" (fs. 55).

Agrega que el derecho de los consumidores posee "*raigambre constitucional*" tanto por parte de la Carta Magna Nacional como así provincial.

En lo que se refiere a la legislación provincial, explica que la Ley Nro. 13.133 estableció el Código de implementación de los derechos de consumidores y usuarios, que "*contempló la descentralización de las funciones emergentes de la Ley Nro. 24.240 y normas complementarias en todos los municipios bonaerenses (art. 79) delegándoles la potestad de 'aplicar los procedimientos y las sanciones previstas en esta ley, respecto de las infracciones cometidas dentro de los límites de sus respectivos territorios... ' "* (fs. 57).

Entiende que estas funciones de los juzgados de faltas municipales "*...se inscriben dentro del marco constitucional general que establece*

*el régimen municipal como una nota característica del sistema republicano de gobierno (arts. 1 y 5 Const. Nacional), con resguardo de la autonomía y prerrogativas de las jurisdicciones municipales para administrar y gestionar los intereses de los ciudadanos a nivel local*" (fs. 57).

Más adelante cita el Decreto Municipal Nro. 1089 por el que se crea la Oficina Municipal de Defensa del Consumidor y el Juzgado Municipal de Defensa del Consumidor.

A su tiempo explica que el artículo 41 de la Ley Nacional Nro. 24.240 en su artículo 41, al establecer la autoridad de aplicación, establece que las provincias "*en ejercicio de sus atribuciones, podrán delegar sus funciones en organismos de su dependencia o en los gobiernos municipales*". Y a su tiempo también recuerda que justamente el artículo 79 de la Ley Provincial Nro. 13.133 justificaría la competencia del órgano municipal en el presente caso.

Así transcribe el artículo 71 de la ya citada Ley Nro. 13.133 por la que se habilitaría la posibilidad de dictar medidas preventivas por la que podría llegar a ordenar el cese de conductas consideradas violatorias de la Ley de Defensa del Consumidor tanto nacional como provincial. Hace lo propio del artículo 80, por que se autorizaría a los municipios a aplicar los procedimientos y las sanciones previstas en la ley "*respecto de las infracciones cometidas dentro de los límites de sus respectivos territorios y con los alcances establecidos en este artículo*" (fs. 59 vta.).

Luego indica el apoderado de la Municipalidad de La Plata que " *...el juez de faltas actuante no se arrogó funciones propias del poder judicial, no actuó invadiendo la esfera de otro poder del estado, porque actuó como órgano de aplicación de la ley de defensa del consumidor, en protección de los derechos con raigambre constitucional de la salud, de los consumidores y usuarios y de la protección de un ambiente sano*" (*fs.* 61).

Entiende que la labor del juez de faltas municipal tampoco invadió la competencia de OCABA, y para ello explica que dicho órgano

de contralor "*...ya venía actuando dictando reiteradas resoluciones de fecha 21de enero de 2015 y 8 de abril de 2015, donde reconoció que el agua contenía cloruros y sólidos totales por encima de los niveles tolerables y por otro lado intimó al prestador de manera urgente a que se tomen las medidas correctivas del caso respectivamente, aunque lamentablemente sin poder lograr de manera efectiva una solución al problema de fondo*" (fs. 61 vta.).

Para culminar denuncia violación a la garantía de igualdad ante la ley y ausencia de acreditación del perjuicio ocasionado. Ofrece prueba informativa, y hace expresa reserva del caso federal (fs. 62 a 63 vta.).

**IV.-**

Habiendo otorgado el pase de las presentes actuaciones a esta Procuración General, se solicitó que previo a expedirse debía darse traslado a Aguas Bonaerenses S.A., como así también que se requiera copias certificadas de las actuaciones que tramitan por ante el Juzgado en lo Correccional Nro. del Departamento Judicial de La Plata (fs. 82 y 83).

V.E. al respecto resolvió rechazar el pedido de citación de la empresa Aguas Bonaerenses S.A, pero en sentido contrario ordenó librar oficio al mencionado Juzgado en lo Correccional a los efectos de que remita copias certificadas de las actuaciones originadas en el Juzgado de Faltas Nro. 2 de la Municipalidad de La Plata (fs. 88/89).

**V.-**

V.E. dispuso ordenar el pase nuevamente de las presentes a esta Procuración General de la Suprema Corte de Justicia (fs. 114).

He de proponer el siguiente dictamen a tenor de los antecedentes expuestos.

En primer término, respecto a la admisibilidad, se advierte que la cuestión planteada por las apoderadas de la Fiscalía de Estado, es de aquéllas que ese Tribunal posee la competencia de decidir a tenor de lo

previsto en el artículo 196 de la Constitución de la Provincia ya que, como se ha resuelto, la misma comprende los denominados conflictos externos municipales (doctr. causas B. 57.409, "Juez de Paz Letrado de Pinamar", res. del 1-X-1996; B. 57.644, "Municipalidad de San Nicolás (Juzgado de Faltas)", res. del 5-XI-1996; B. 61.715, "Juzgado de Faltas de Coronel Suárez", res. del 7-11-2001; B. 68.214, "Juzgado de Faltas de Chacabuco", sent. del 29- VI-2005, entre otras).

Despejado lo anterior, la cuestión medular a dictaminar consiste en determinar si la atribución de juzgar infracciones a la Ley Nro. 13.133 supuestamente cometidas por "Aguas Bonaerense S.A." pertenece al Juzgado de Faltas de la Municipalidad de La Plata o al ámbito provincial por medio del Organismo de Control de Agua Provincia de Buenos Aires y, a todo evento, al Poder Judicial de esta provincia.

Anticipo que entiendo que V.E. debería hacer lugar al presente conflicto de poderes, en el sentido de reconocer la competencia provincial, por las razones que paso a exponer.

En efecto, forma, la colisión de normas que se denuncia como consecuencia de hallarse supuestamente tipificada la conducta contravencional sancionada en diferentes regímenes legales, a saber, por los decretos leyes Nros. 8.031 y 8.751 y la ordenanza municipal Nro. 6.574 encuentra su solución en el art. 2 de la norma citada en primer término en tanto establece que "*si la materia fuere prevista por este Código y por una ley provincial, ordenanza o reglamento de carácter general se aplicará el primero salvo expresa disposición en contrario*" (*v.* SCBA, B- 61.230 I 18-4-2000 "Mun. de Faltas de Coronel Suárez-Juz. Paz Letrado de Coronel Suárez s/ Conflicto art. 196 Const. prov.").

La competencia es la medida o capacidad para ejercer la jurisdicción dentro de los límites dados. Por ello los jueces tienen potestad de juzgamiento propio de sus facultades jurisdiccionales, y pueden ejercerla por la competencia que se les ha atribuido, atendiendo a lógicas razones de división de trabajo y organización constitucional y legal (conf. en lo pertinente, Aftalión, Enrique R. 'Tratado de Derecho Penal Especial', pág. 59, Nro. 23, ed. Fedye).

Para resolver el presente, se describirá el marco normativo de la prestación de este servicio público.

En primer término por medio de la Ley Nro. 11.820 (B.O., 11-IX- 1996) se aprobó como "Anexo I" el "*Marco regulatorio para la prestación de los servicios públicos de agua potable y desagües cloacales en la Provincia de Buenos Aires*", normas que a tenor del artículo 5 deberán ser respetadas por todos los prestadores. El órgano de contralor del servicio de agua y cloacas a favor del Órgano Regulador de Aguas Bonaerenses.

Posteriormente el Decreto 878/03 –convalidado por el artículo 33 de la Ley Nro. 13.154-, establece el "*Marco Regulatorio para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Desagües en la Provincia de Buenos Aires*". El artículo 51 de dicho decreto ordena lo siguiente: "*Reclamos de Usuarios Todos los reclamos de los Usuarios relativos al servicio o a las tarifas deberán deducirse ante la entidad prestadora o ante el Municipio, en este último caso lo será en aquellos en los que funcione Oficina de Defensa del Consumidor y/o ante la Defensoría del Pueblo, conforme lo normado mediante Ley Nro. 13.834. Asimismo, se brindará a los reclamos que el usuario pueda efectuar, referidos a deficiencias en la prestación del servicio y/o a errores en la facturación que recibe, un trámite diligente y responsable, dándole adecuada respuesta en los plazos y modalidades que se estipulen en el régimen de suministro. Contra las decisiones o falta de respuesta de la entidad prestadora, los Usuarios podrán interponer ante el OCABA un recurso directo dentro del plazo de treinta (30) días corridos a partir del rechazo tácito o explícito del reclamo por parte de la entidad prestadora. Se considerará tácitamente denegado un reclamo, cuando la entidad prestadora no hubiese dado respuesta dentro de los treinta (30) días de presentado el mismo. El OCABA resolverá el reclamo dentro de los treinta (30) días de presentado el recurso directo. El OCABA antes de resolver, deberá solicitar a la entidad prestadora los antecedentes del reclamo y cualquier otra información que estímase necesaria al efecto, fijándole un plazo razonable y acompañándole copia del recurso. En esa oportunidad, la entidad prestadora podrá efectuar un descargo con relación al reclamo del usuario. La Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Buenos Aires, será de aplicación supletoria a*

*esta vía recursiva, y a los demás procedimientos administrativos que tramiten ante el OCABA. La Ley Nacional de Defensa del Consumidor será de aplicación directa a las relaciones entre las entidades prestadoras y los usuarios. Las decisiones del OCABA son obligatorias tanto para la Entidad Prestadora como para el Usuario*"

Como se advierte, el órgano por el que se dirimen todas las cuestiones atinentes al servicio de agua en la Provincia de Buenos Aires, es el citado Organismo de Control de Aguas de Buenos Aires (O.C.A.B.A.). En sentido contrario, a tenor de los claros términos del artículo 51 reseñado, los municipios donde funcione una Oficina de Defensa del Consumidor sólo recibirán, eventualmente denuncias relacionadas con la prestación de este servicio público, más no resolver el reclamo, cuestión reservada al órgano regulador provincial citado.

Y a todo evento de no satisfacerse la pretensión en el ámbito del OCABA, la Ley Nro. 12.008 establece la competencia del fuero en lo contencioso administrativo para intervenir. De esta forma el artículo I inciso 1° establece que le corresponde a los tribunales contencioso administrativos "*...el conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan en los casos originados por la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas, de los órganos de la Provincia, los Municipios, los entes descentralizados y otras personas, con arreglo a las prescripciones del presente Código*".

Y para aclarar cualquier duda interpretativa por el artículo 2 inciso 2° se considera incluido en la materia contencioso administrativa las controversias suscitadas "*entre prestadores de servicios públicos o concesionarios de obras públicas y usuarios, en cuanto se encuentren regidas por el derecho administrativo*".

No obstante entender que ha habido una actividad desorbitada por parte del Juzgado de Faltas Municipales, a tenor de los precedentes de V.E. C. 89.298, "Boragina", sent. del 15-VII-2009, y, A. 70.011, "Conde", sent. del 30-XI-2011, entiendo que por la urgencia que presenta el presente caso, que V.E. podría arbitrar los medios a los efectos de que se mantenga la medida precautoria

oportunamente otorgada por el órgano municipal, toda vez que a todas luces no sería aceptable admitir que la provisión de agua, lo sea de una calidad inferior a la prevista en el Anexo A del marco regulatorio sancionado por la ley Nro. 11.820, al efecto, tal como lo ha sostenido V.E. "*...debe considerarse subsistente ante la falta de concreción de las pautas previstas en el art. 33 del dec. Nro. 878/2003 y el art. 982 del Código Alimentario Nacional*" (A. 71.263, "Florit", sent. 25-IV-2012).

Cabe señalar que el derecho al agua está relacionado en forma directa con la salud y el derecho a la vida, protegido no sólo por los artículos 28 y 36 inciso 8 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, sino también por tratados internacionales con jerarquía constitucional --conf art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional- siendo aplicable tanto a la salud individual como también a la colectiva (SCBA causas Ac. 82.843, sent. del 30-III-2005).

Por último, soy de la opinión de que las actuaciones y pruebas producidas en el presente, podrían hacerse valer en forma individual o colectiva por medio de acciones de amparo, y en este último caso sea por asociaciones que tienden a proteger el medio ambiente o consumidores o por el Defensor del Pueblo (conf. artículo 51 del Decreto 878/03 y Ley Nro. 13.834).

Por lo precedentemente expuesto y con el alcance indicado, entiendo que V.E. podría hacer lugar al conflicto de competencia interpuesto por las apoderadas del Fiscal de Estado.

Tal es mi dictamen.

La Plata, noviembre 23 de 2016.

**DRA. MARÍA DEL CARMEN FALBO**

Procuradora General
de la Suprema Corte de Justicia

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: I 72.669

**“Picorelli Jorge O. y Ots. c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ inconstitucionalidad ordenanza N.° 21.296”, fecha: 26/12/2016**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Picorelli Jorge O. y Ots. c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ Inconstitucionalidad Ordenanza Nro. 21.296".
**I 72.669**

**Suprema Corte de Justicia:**

Vuelven estas actuaciones a vista del Ministerio Público, Procuración General, al respecto he de insistir y reiterar que la problemática excede en cuanto a reglamentación a las competencias municipales y en su caso de coordinarse para su eficaz ejercicio con la Provincia de Buenos Aires y la Nación, atendiendo que la matéria involucra el derecho a la salud y el ambiental ambos de incumbência de las diferentes esferas y âmbitos federales de gobierno. Incluso cualquier normativa que se de sobre la matéria por no encontrar razones que determinen uma desigualdad regional, deberían recibir un tratamento nacional y federal idéntico.

Ya se había expresado en anterior participación, el vinculado a la competencia de la Municipalidad para disponer sobre conceptos de seguridad derivados de la aplicación de sustancias peligrosas y que en el caso nos convoca.

A mi entender, como lo sostuviera la entonces Procuradora General, inconstitucionalmente se ha excedido la Municipalidad de General Pueyrredón al regular una materia que debió de recaer en principio en el Estado Provincial. O debió provocar en todo caso, el ejercicio de acciones coordinadas de la Provincia con la debida participación de las autoridades diseñadas por el Sistema Federal Ambiental, del Programa Nacional de Prevención y Control de intoxicaciones por plaguicidas del Ministerio de Salud de la Nación, y del Sistema Federal de Fiscalización de Agroquímicos y biológicos del Servicio

Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria bajo la órbita del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, y sin hacer, por cierto omisión, a la exigencia de participación ciudadana y de que ella goce del total acceso a la información detallada de los establecimientos involucrados, sustancias aplicadas y formas de manipulación permitidas atendiendo a los parámetros internacionales a los que se conforma la República Argentina (Conf. arts. 1, 31, 41 y 75 inc. 19 de la Constitución Argentina; 1, 11, 28 y 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 27 incs. 1, 2, 6, 9, 10 y 14 del decreto ley Nro. 6769/58; 9, 11, 16, 19 a 21 y 23 de la ley Nro. 25.675; 1 del decreto nacional Nro. 21/09; Resolución Nro. 276/10 del Ministerio de Salud de la Nación que crea el Programa Nacional de prevención y control de intoxicaciones por plaguicidas en la órbita de la Secretaría de Determinantes de la Salud y Relaciones Sanitarias, que entre otras competencias le corresponde actuar conforme al artículo 3º: "El Programa tendrá por objeto identificar y relevar los factores de riesgo para la población y vigilar las intoxicaciones por plaguicidas en todo el territorio nacional, con el fin de proponer y desarrollar mejoras en el sistema de prevención y control. A tal efecto se establecen los siguientes objetivos: Intensificar la vigilancia de las exposiciones e intoxicaciones por plaguicidas a través del Sistema Nacional de Vigilancia en Salud (SNVS) y crear Unidades y Sitios Centinela con la finalidad de identificar el perfil de severidad de los casos de intoxicaciones, su frecuencia, las circunstancias de exposición y las características del paciente asistido, así como las características y la forma de uso de cada plaguicida asociado a un caso de exposición o intoxicación"; asimismo, Resolución Nro. 500/2003 del Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria y art. 10 de la ley Nro.10.669).

No debe perderse de vista lo operado a través del decreto nacional Nro. 21/09 al crear la Comisión Nacional de Investigación, Prevención, Asistencia y Tratamiento en casos de intoxicaciones o que afecten de algún modo, la salud de la población y el ambiente con productos agroquímicos. Esta norma repara en la necesidad de adoptar "*…el uso responsable de productos químicos y sustancias agroquímicas, de manera que sustenten las mejores condiciones posibles para promover la salud pública y la integridad del ambiente*" (Conf. fuera expuesto

en la sentencia de esa Suprema Corte de Justicia en la causa: C 111.706, "D., J. E. F.", de 8 de agosto de 2012).

Así también lo regulado por la resolución Nro. 350/99 de la ex Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y Alimentación que aprobó el nuevo texto del "Manual de procedimientos, criterio, alcances para el registro de productos fitosanitarios en la República Argentina" que recoge la quinta edición y versión definitiva del "Manual sobre el Desarrollo y Uso de las Especificaciones FAO en productos para la Protección de Cultivos".

Por su parte la ley Nro. 20.418, ha fijado la tolerancia y límites administrativos de residuos de plaguicidas en productos y subproductos, que hacen al resultado de sus aplicaciones y el impacto en el sector alimentario, del que también surgen directivas a través del Código Alimentario Argentino.

Y el decreto ley nacional Nro. 20.284/73, regula lo propio de la contaminación atmosférica.

En la Provincia de Buenos Aires en virtud de la ley Nro.10.699 (Regulatoria de la utilización de productos químicos en la producción para la protección de la salud humana -agroquímicos-) reglamentada por el Decreto Nro. 499/92, se asigna al entonces Ministerio de Asuntos Agrarios y Pesca de la Provincia de Buenos Aires, -por intermedio de la Dirección de Agricultura y Sanidad Vegetal-, como organismo de aplicación de sus disposiciones, actualmente ejercida por el Ministerio de Asuntos Agrarios de la Provincia de Buenos Aires con competencia específica en la materia (Véase también, el decreto Nro. 956/02: Incorporación a la reglamentación de la ley Nro. 10.699 la categorización como domisanitarios- agroquímicos).

El artículo 10 de la citada ley, establece: "*Cuando el organismo de aplicación estimara desaconsejable el empleo de determinados agroquímicos por su alta toxicidad, prolongado efecto residual y/o por cualquier otra causa que hiciere peligroso su uso, gestionará ante la Subsecretaría de Estado de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación, su exclusión de la nómina de*

*productos autorizados, sin perjuicio de adoptar en forma inmediata las medidas necesarias para el resguardo y preservación del medio ambiente, personas y bienes*".

También, el artículo 13 de la ley Nro. 11.723 (Integral del Medio Ambiente y los Recursos Naturales) impone la intervención del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible, para la determinación y cumplimiento de la obligatoriedad de contar la actividad generadora con el correspondiente certificado de impacto ambiental. La que se extiende a la actividad de las plantas acopiadoras de cereales (Estas alcanzadas por el marco de la leyes Nros.11.459 -sobre instalación de industrias- y 12.605 -régimen para establecimientos dedicados a la actividad de almacenamiento, clasificación, acondicionamiento y conservación de granos, silos; acopio, cereal-).

La citada ley Nro. 10.699, portadora de la competencia en la materia, establece en sus fundamentos: "*… el presente Proyecto de Ley que tiene como objeto la regulación de las distintas etapas que abarcan la elaboración hasta la aplicación de plaguicidas mediante una correcta y adecuada utilización de los mismos, con el fin de proteger la producción agropecuaria de prácticas irracionales, los recursos naturales renovables y la salud humana, minimizando la contaminación del medio ambiente. Las enfermedades y plagas de la agricultura constituyen un factor limitante de la expansión sectorial, afectando la productividad en escalas que llegan a disminuir significativamente sus niveles potenciales. Para evitar ese deterioro de la producción agropecuaria es necesario aplicar prácticas de control debidamente probadas y bajo la responsabilidad de ingenieros agrónomos. Sabido es que entre los medios de control el más difundido es el uso de plaguicidas por sus resultados efectivos. Tal medio de lucha implica la utilización de productos de marcada acción biológica, tanto para la plaga a controlar como para los organismos útiles que integran el ecosistema, repercutiendo en forma indirecta como directa sobre el hombre. Tanto la necesidad de incrementar la producción agropecuaria como la de preservar el medio ambiente y la salud y el bienestar de quienes directa e indirectamente están relacionados con el control químico de plagas,* ***exigen que el poder público establezca la legislación apropiada*** *que asegure un manejo racional de los plaguicidas en el manipuleo y la utilización de los mismos,*

*reglamentando su uso y reservándole la intervención a quienes el Estado considera idóneos para hacerlo, con la seguridad que de este modo estarán protegidos sus intereses.* ***Consecuentemente, es fundamental establecer un ordenamiento para los plaguicidas en todas sus etapas, principalmente la última o sea la del usuario,*** *tanto por la peligrosidad de su manejo, especialmente en la fase de la aplicación, como para prevenir la salud del consumidor de productos agrícolas mediante la restricción de su uso cuando el desarrollo del cultivo se encuentra muy avanzado, evitando así la presencia de residuos. Por todo ello resulta imprescindible que el empleo de plaguicidas cuente con un instrumento legal que cumpliría la finalidad de normar el adecuado control de las plagas que afectan a la agricultura, conforme a los avances técnicos y científicos en la materia, como también su expendio con el objeto de preservar la salud pública*" (El remarcado nos pertenece).

De lo transcripto se advierte que el Municipio hizo uso de una competencia de la que carecía en principio.

Cabe destacar que la ley Nro. 10.699, data del año 1988, cuando la realidad en la temática en crisis ha sufrido cambios palmarios, razón por la cual la Provincia de Buenos Aires se encuentra en deuda con una legislación que reúna las condiciones que impone la importancia de la cuestión en tratamiento.

El Ministro de Asuntos Agrarios de la Provincia de Buenos Aires ha expresado la necesidad de las adecuaciones a las exigencias actuales -de la citada ley- tanto en aspectos de salud como ambiental. Sus palabras y el proyecto que se enunciara en el año 2011 -cuya información puede consultarse en la página Web de ese Ministerio-, son demostrativos de que la competencia ejercida por los Municipios en el caso, el de General Pueyrredón, lo ha sido en omisión de la legislación apropiada y en ejercicio de una que le era ajena.

Estuvo sustentada en una normativa de facto como lo es el decreto ley Nro. 8912/77, en la competencia asignada para delimitar las áreas urbanas, complementarias y rurales, cuestión ajena a la manipulación de sustancias peligrosas, contaminantes, y por cierto de implicancias en la salud de la población bonaerense, y generadoras de una actividad que transciende

incluso los tratamientos provinciales, los que lleva a necesitar de los acuerdos federales correspondientes,http://www.maa.gba.gov.ar/2010/prensa/noticia.php?idnoticia=273)

La aplicación de estas sustancias no se agota con una simple determinación de metros o distancias, no pertenece al ámbito urbanístico de dominio de la competencia municipal, el eje de la norma es la *persona humana* en su dimensión existencial, donde las actividades aún las más productivas para la Provincia o para el país, también están obligadas a respetar, atender y de ser necesario asumir responsablemente las consecuencias de ellas. Pero es deber del Estado y de las competencias constitucionales y legales involucradas el de actuar preventivamente.

De tal manera, de conformidad a lo antes expresado, se presenta la inconstitucionalidad de la competencia ejercida por la Municipalidad en atención a la confirmación de su incompatibilidad sistemática constitucional (Conf. arts. 1, 31, 41 y 75 incs. 19 y 23 de la Constitución Argentina; 1, 11, 28 y 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

V.E., lo expuesto contribuyó al dictado de la medida cautelar, pero no debe el presente caso agotarse en ella y sí ser motorizador de una actitud comprometida de todo el Estado Argentino en una problemática que involucra severamente la vida y la salud de no sólo los habitantes de la Municipalidad aquí involucrada (Cf. arts. 41, 42, 75 inc. 19, 22 y 23 de la Constitución Argentina; 11, 15, 28, 36 y 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Y, asimismo como medida innovativa, instar al Poder Ejecutivo el control del estricto cumplimiento de los parámetros indicados por la FAO en su "Manual sobre Buenas Prácticas para la aplicación terrestre de plaguicidas" (Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación; Roma, 2002); de la OMS, las "Directrices sobre la gestión de los plaguicidas para la salud pública" (Informe de la Consulta Interregional de la OMS, Chiang Mai, Tailandia, 25-28 de febrero de 2003) y especialmente el "Manual sobre elaboración y empleo de las especificaciones de la FAO y de la OMS para plaguicidas" (Elaborado en reunión

conjunta, Roma 2004); y a las leyes Nros. 27.233 (BO 4-1-2016), de Declaración de interés nacional de sanidad de los animales y vegetales y al Convenio internacional de protección fitosanitaria, ratificado por ley Nro. 25.218 (BO 4-1-2000). También habrá de tenerse en cuenta como referencia la Directiva 2009/128/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el marco de la actuación comunitaria para conseguir un uso sostenible de los plaguicidas.

También exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo sobre la urgente necesidad de la elaboración y sanción de normas que reglamenten el uso y manipulación racional y sostenible de los plaguicidas, con los debidos registros, clasificadores y sistemas de controles, audiencias e información ante la situación planteada que exige contar con una legislación inmediata que preserve y garantice los indiscutibles derechos que se ponen en juego (Conf. arts. 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 41 y 124 de la Constitución Argentina).

Finalmente, el alcance de los derechos y garantías cuestionados excede a la responsabilidad del Municipio demandado, por lo que ameritaría que se cite a la Provincia de Buenos Aires a los fines de ejercer los derechos que hacen a la competencia antes señalada y con especial relevancia en la cuestión de fondo acercada -en demanda-, por vecinos de la Municipalidad de General Pueyrredón (Arts. 34 inc. 5, b y c; 36 inc. 2 y 90 del CPCC).

Asimismo advierto que las acciones eventualmente peligrosas se originan en conductas llevadas adelante por propietarios o locadores de dominios dedicados a una actividad en donde utilizan agroquímicos, de allí que a los fines de ser oídos y resguardar su derecho de defensa, deberían ser citados con idéntico carácter, para lo cual es menester requerir a la Municipalidad de General Pueyrredón brinde los datos indentificatorios de las personas involucradas, en base al registro de dichas actividades.También se impondría la intervención del Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires con especial competencia para proceder en temas vinculados a los derechos colectivos, ambiente y salud. Así se indica entre ellas que le corresponde actuar en cuestiones atinentes a la reglamentación sobre *el*

*uso de agroquímicos* (Cf. arts. 55 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 12 de la ley Nro. 13.834; ver en la pagina Web http://www.defensorba.org.ar/ambiente-y-desarrollo-sostenible.php;CSJN,"Fallos": "Mendoza", T. 331:1622 y "Defensor del Pueblo de la Nación", T. 332:1759; ver de esta causa cuerpo II, fs. 245 y sgtes. y Cuerpo V, fs. 937 y sigtes.).

Por lo demás entiendo suficientemente expuesta por la actora la defensa de los intereses en juego, la necesidad de mantener la medida cautelar y *prima facie* presente una situación de peligro de daño grave al entorno ambiental afectado y su eventual consecuencia hacia las poblaciones inmediatas en aspectos de salud, a la población infantil, en donde adquiere relevante consideración agudizar la aplicación de los principios preventivo y precautorio ínsitos en la cláusula del artículo 28 de la Constitución Provincial y consagrados en el artículo 4 de ley Nro. 25.675 (Conf. arts. 41 de la Constitución Argentina; 11 y 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Nada debo observar respecto a las intervenciones propuestas como amigos del tribunal, solo adherir a las formuladas por Bios Quilmes ONG en cuanto a hacer saber al Colegio profesional la necesidad de actuar con estricta sujeción a la normativa vigente y criterios de imparcialidad, como debe caracterizar a tales figuras dentro del proceso. En este aspecto en cuanto a las Pautas sobre Aplicaciones de Productos Agroquímicos en Zonas Periurbanas no debe desentenderse de las otras normativas y reglamentaciones supra mencionadas y sus autoridades de regulación especialmente del Ministerio de Salud de la Nación, como que entre estas pautas se determina como rol de los municipios el de competencia para delimitación de las zonas conforme a suelo mas no para la regulación sobre el uso de las sustancias en juego (Ver lo propio en "Actores involucrados).

La Plata, 26 de diciembre de 2016.

**DR. JUAN ANGEL DE OLIVEIRA**

Subprocurador General
de la Suprema Corte de Justicia

*Sumario* ⬆

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: I 72.669

**“Picorelli Jorge O. y Ots. c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ inconstitucionalidad ordenanza N.° 21.296”, fecha: 29/10/2013**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Picorelli Jorge O. y Ots. c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ Inconstitucionalidad Ordenanza Nro. 21.296".
**I 72.669**

**Suprema Corte de Justicia:**

Se presentan promoviendo demanda de inconstitucionalidad de los artículos 19, 23, 27, 28 y 35 de la Ordenanza Nro. 21.296 de la Municipalidad de General Pueyrredón, los señores Jorge Omar PICORELLI; Adriana Marcela LUPINI; Alejandro CRUZ VILA; Verónica Susana MANZO, por propio derecho y en representación de su hija menor E. E., M.; Marcos YEDAIDE; Gustavo PIZZANI; Francisca RODRIGUEZ EGAÑA, por propio derecho y en representación de sus hijos menores de edad S., C., F., C. y R., C; Gustavo CONTRERAS; Cecilia PALMIERI, por nuestro propio derecho y en representación de sus hijos menores de edad P., C. y L., C.; Paola Verónica GONZALEZ, por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad, H., A. y U., A.; Carlos Enrique SERRA; Daniela RUIZ; Anahí Soledad CASTRO, por derecho propio, y en representación de su hijo menor de edad M., O.; Jorge Guillermo FASCE; Julián María PUELLES; Paola Karina PEREZ, por derecho propio y en representación de sus hijas menores de edad A. A., P., y C. D., S. P.; Rosalinda PACE; Ángel Oscar LUMBRERAS; Jesús GOYEN AGUADO; María Isabel CARNEVALE y Leandro FERRERO, todos habitantes y domiciliados en el Partido de General Pueyrredón, cuya calidad acreditan con sus respectivos documentos de identidad, y lo hacen a nombre propio, de sus hijos y en representación de los derechos colectivos de la comunidad de General Pueyrredón.

La pretensión se dirige a evitar y poner fin a la situación que se generó a partir del dictado de la Ordenanza Nro. 21.296 y busca que se preservenenuncianinvolucran a la calidad derechos y garantías consagrados

constitucionalmente a favor de la persona humana en temas que involucran a la preservación del ambiente, a la salud y que en el caso denuncian vulnerados por el uso de elementos agro tóxicos que son utilizados por quienes habitan a metros de los inmuebles en donde viven los actores. La normativa mencionada afectaría e impediría el goce efectivo de derechos individuales y colectivos, colocando en riesgo la vida y la salud de niños, abuelos y adultos en perjuicio de la condición humana y de los deberes impuestos al Estado tanto en material ambiental como de salud.

Se requiere la intervención de este Ministerio Público a los fines de dar satisfacción a la asistencia y representación promiscua de menores presentados en esta causa y también se responde la presente vista atendiendo a la competencia general asignada en defensa de los intereses de la sociedad, y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales (Arts. 59 del Código Civil; 1, 2, 21 incs. 7 y 24 de la ley Nro. 14.442; en lo pertinente, SCBA, L 64.499, "Belofiglio", sentencia de 5-VII-2000, L 83.196, "D. G.,R y O.", sentencia de 13-II-2008).

Esa Corte ha señalado que aunque se admita que, en principio, las funciones son fundamentalmente de asistencia y contralor conforme ciertas normas legales, no puede negarse que el artículo 59 del Código Civil le confiere carácter de representante promiscuo, de parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, todo ello bajo pena de nulidad (Conf. causas Ac. 41.005, sentencia de 27-II-1990; Ac. 27.579, sentencia de 19-VIII-1980, cit. L 64.499; CSJN, "Villegas", T. 335:252 conforme a dictamen; "Incidente tutelar de Romina Paola Siciliano", T. 312: 1580, entre otras).

**1.-** En ejercicio de esta competencia es que entiendo que V.E. debe hacer lugar a la medida cautelar solicitada y asimismo, acceder a las siguientes peticiones y adoptar la medida más apropiada a favor del interés superior comprometido, ante la presencia de niñas/os que imponen protecciones especiales (Cf. art. 19, de la Convención sobre los Derechos del Niño).

He de recordar lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones; encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (“Fallos”, “Guckenheimer, Carolina Inés y Otros” ”, T. 324:122; “Lifschitz” ,T. 327:2413).

En este rumbo entonces la tutela judicial efectiva establecida en nuestra Constitución Provincial implica el respeto y vigencia de múltiples derechos protegidos, que se desprenden de las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 11 (Principio de igualdad y no discriminación; derechos y garantías constitucionales; desarrollo integral de las personas y efectiva participación), 12 apartados 1 (Derecho a la vida) y 3 (Derecho al respeto de la dignidad-Integridad física, psíquica y moral), 15 (Derecho a la tutela judicial, continua y efectiva), 36 apartados 2 (Derecho a la niñez) y 8 (Derecho a la salud) de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; artículos 75 incisos 19 (Derecho al desarrollo humano), 22 (Incorporación de derechos y garantías aprobados por tratados internacionales enunciados) y 23 (Derecho a medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos en particular respecto de los niños) y 112 (Derecho a una justicia administrada bien, legalmente y en conformidad a la Constitución) de la Constitución Argentina; artículos I (Derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona), VII (Derecho de todo niño, a su protección, cuidados y ayuda especiales), XI (Derecho a la preservación de la salud por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad), XVII (Derecho a ser reconocido como sujeto de derecho) y XVIII (Derecho a la justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 8 (Derecho a un recurso efectivo), 22 (Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a obtener, la

satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.), 25 apartado 1 (Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar) y apartado 2 (Derecho de la infancia: Tienen derecho a cuidados, asistencia especial y protección social) de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 1 apartado 1 (Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social); 2 (Deber de Adoptar disposiciones de derecho interno); 4 (Derecho a la Vida) ; 5 apartado 1 (Derecho a la integridad personal); 8 (Garantías judiciales); 15 (Derecho de reunión para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás); 17 apartado 1 (La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado); 19 (Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado); 21 (Derecho a la Propiedad Privada), apartado 1 (Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes); 24 (Igualdad ante la ley); 25 (Protección judicial); 26 (Desarrollo progresivo de derechos económicos, sociales y culturales) y 32 (Correlación entre deberes y derechos), apartado 1 (Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 2 (Derechos del niño a igualdad de condiciones, y no discriminación); 3 (Atención en toda medida del interés superior del niño); 4 (Adopción de medidas efectivas a los derechos del niño); 6 (Derecho a la vida, máxima garantía de supervivencia y desarrollo); 24 (Derecho del niño al disfrute del más alto nivel de salud) y 27 (Derecho del niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo) de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículos 3 (Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto);

10 (Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: apartado 1: Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles) y apartado 3: Se adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes); 11 apartado 1 (Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, y a una mejora continua de las condiciones de existencia) y apartado 2 (Los Estados, reconocen el derecho fundamental de toda persona a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales); 12 apartado 1 y 2 Disfrute del más alto nivel posible de salud y medidas apropiadas para su logro), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículos 4 (No admisión de restricciones); 10 (Derecho a la salud), apartado 1 (Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social), apartado 2 (Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables; 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano: apartado 1: Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos y apartado 2: Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento

del medio ambiente); 15 (Derecho a la Protección de la Familia); 16 (Derecho de la Niñez) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); principios, derechos y garantías que sirven para hacer posible los derechos subjetivos de las personas, de la niñez (SCBA, C 114.497, " A., E. y. R.,N. s/ Abrigo. Incidente de apelación", sentencia de 24-X-2012).

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires reconoce expresamente entre los derechos sociales los correspondientes a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos. Consagra, asimismo, el derecho a que la niñez reciba una protección integral del Estado (Art. 36 incs. 2 y 8).

En consonancia con ello, y en virtud de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional se ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud, comprendido dentro del derecho a la vida y expresando que existe en cabeza de las autoridades públicas una obligación impostergable de garantizarlos con acciones positivas (Arts. 41 y 75 inc. 23 de la Constitución Argentina y 36 inc. 8º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; CSJN, "Fallos", "Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A.", T. 321:1684; "Campodónico de Beviacqua", T. 323:3229; S.C.B.A., doct. causas B. 64.393, "Falcón", sentencia de 2-III-2005; B. 65.893, "D., R. O.", sentencia de 17-X-2007; entre otras).

En este sentido el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y protegido constitucionalmente a nivel local, nacional, e internacional. Donde la persona es el centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- es inviolable, y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Conf. voto Dr. Negri, A. 70.247, "C. , H. M.", sentencia de 20-III-2013 y sus citas).

Y en el caso de la niñez es un interés superior de todo el Estado Argentino (CIDH, "Fornerón e hija Vs. Argentina", sentencia de 27 de abril de 2012, párrafos 44 y 45).

Así entonces los niños y las niñas son titulares de derechos los cuales ser definidos según las circunstancias particulares de cada caso concreto (Cf. CIDH, "Gelman Vs. Uruguay", sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 121; "Atala Riffo y Niñas Vs. Chile", sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 196).

Con igual orientación, conviene observar que para asegurar en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere cuidados especiales, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir medidas especiales de protección (El artículo 19 de la Convención Americana establece: "*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*"). Entendiéndose tal como lo preceptúa esta norma, que la adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece (Conf. CIDH, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 62; y "Gelman Vs. Uruguay", cit., párr. 121).

Asimismo es responsabilidad del Estado el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Conf. art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La norma establece: "*1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad*"; UN, Consejo Económico y Social, documento E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 18).

A su vez la existencia y reconocimiento del derecho a la salud en el artículo 36 inciso 8° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y normas internacionales señaladas, constituye en un requisito sine qua non para que el niña/o -la persona humana- gocen de todos los demás derechos que se consagran. No se debe olvidar que desde el plano médico tanto la Organización Mundial de la Salud, como la Organización Panamericana de la Salud, consideran que la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social y que el goce del grado máximo que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (Párrafos segundo y tercero de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud).

A los derechos expuestos, se suma el deber del Estado en lo ambiental, especialmente en atender a la utilización y manipulación de sustancias que al menos amenazan con un riesgo a la salud, a la vida de los vecinos aquí presentados. Ello requiere sin duda que se adopten medidas en pos de garantizar sus derechos y alcanzar la seguridad de un vivir sin zozobras; que las despeje, las elimine y aparte todo riesgo probable para el logro de su desarrollo vital.

Y con esta orientación abordaré la pretensión tal como se expone en autos.

**2-** Un primer aspecto para señalar a V.E. es el vinculado a la competencia de la Municipalidad para disponer sobre conceptos de seguridad derivados de la aplicación de sustancias peligrosas y que en el caso nos convoca.

A mi entender, inconstitucionalmente se ha excedido la Municipalidad de General Pueyrredón al regular una materia que debió de recaer en principio en el Estado Provincial. O debió provocar en todo caso, el ejercicio de acciones coordinadas de la Provincia con la debida participación de las autoridades diseñadas por el Sistema Federal Ambiental, del Programa Nacional de Prevención y Control de intoxicaciones por plaguicidas del Ministerio de Salud de la Nación, y del Sistema Federal de Fiscalización de Agroquímicos

y biológicos del Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria bajo la órbita del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, y sin hacer, por cierto omisión, a la exigencia de participación ciudadana y de que ella goce del total acceso a la información detallada de los establecimientos involucrados, sustancias aplicadas y formas de manipulación permitidas atendiendo a los parámetros internacionales a los que se conforma la República Argentina (Conf. arts. 1, 31, 41 y 75 inc. 19 de la Constitución Argentina; 1, 11, 28 y 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 27 incs. 1, 2, 6, 9, 10 y 14 del decreto ley Nro. 6769/58; 9, 11, 16, 19 a 21 y 23 de la ley Nro. 25.675; 1 del decreto nacional Nro. 21/09; Resolución Nro. 276/10 del Ministerio de Salud de la Nación que crea el Programa Nacional de prevención y control de intoxicaciones por plaguicidas en la órbita de la Secretaría de Determinantes de la Salud y Relaciones Sanitarias, que entre otras competencias le corresponde actuar conforme al artículo 3º: "El Programa tendrá por objeto identificar y relevar los factores de riesgo para la población y vigilar las intoxicaciones por plaguicidas en todo el territorio nacional, con el fin de proponer y desarrollar mejoras en el sistema de prevención y control. A tal efecto se establecen los siguientes objetivos: Intensificar la vigilancia de las exposiciones e intoxicaciones por plaguicidas a través del Sistema Nacional de Vigilancia en Salud (SNVS) y crear Unidades y Sitios Centinela con la finalidad de identificar el perfil de severidad de los casos de intoxicaciones, su frecuencia, las circunstancias de exposición y las características del paciente asistido, así como las características y la forma de uso de cada plaguicida asociado a un caso de exposición o intoxicación"; asimismo, Resolución Nro. 500/2003 del Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria y art. 10 de la ley Nro.10.669).

No debe perderse de vista lo operado a través del decreto nacional Nro. 21/09 al crear la Comisión Nacional de Investigación, Prevención, Asistencia y Tratamiento en casos de intoxicaciones o que afecten de algún modo, la salud de la población y el ambiente con productos agroquímicos. Esta norma repara en la necesidad de adoptar "*...el uso responsable de productos químicos y sustancias agroquímicas, de manera que sustenten las mejores condiciones posibles para promover la salud pública y la integridad del ambiente*" (Conf. fuera expuesto

en la sentencia de esa Suprema Corte de Justicia en la causa: C 111.706, "D., J. E. F.", de 8 de agosto de 2012).

Así también lo regulado por la resolución Nro. 350/99 de la ex Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y Alimentación que aprobó el nuevo texto del "Manual de procedimientos, criterio, alcances para el registro de productos fitosanitarios en la República Argentina" que recoge la quinta edición y versión definitiva del "Manual sobre el Desarrollo y Uso de las Especificaciones FAO en productos para la Protección de Cultivos".

Por su parte la ley Nro. 20.418, ha fijado la tolerancia y límites administrativos de residuos de plaguicidas en productos y subproductos, que hacen al resultado de sus aplicaciones y el impacto en el sector alimentario, del que también surgen directivas a través del Código Alimentario Argentino.

Y el decreto ley nacional Nro. 20.284/73, regula lo propio de la contaminación atmosférica.

En la Provincia de Buenos Aires en virtud de la ley Nro.10.699 (Regulatoria de la utilización de productos químicos en la producción para la protección de la salud humana -agroquímicos-) reglamentada por el Decreto Nro. 499/92, se asigna al entonces Ministerio de Asuntos Agrarios y Pesca de la Provincia de Buenos Aires, -por intermedio de la Dirección de Agricultura y Sanidad Vegetal-, como organismo de aplicación de sus disposiciones, actualmente ejercida por el Ministerio de Asuntos Agrarios de la Provincia de Buenos Aires con competencia específica en la materia (Véase también, el decreto Nro. 956/02: Incorporación a la reglamentación de la ley Nro. 10.699 la categorización como domisanitarios- agroquímicos).

El artículo 10 de la citada ley, establece: "*Cuando el organismo de aplicación estimara desaconsejable el empleo de determinados agroquímicos por su alta toxicidad, prolongado efecto residual y/o por cualquier otra causa que hiciere peligroso su uso, gestionará ante la Subsecretaría de Estado de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación, su exclusión de la nómina de*

*productos autorizados, sin perjuicio de adoptar en forma inmediata las medidas necesarias para el resguardo y preservación del medio ambiente, personas y bienes*".

También, el artículo 13 de la ley Nro. 11.723 (Integral del Medio Ambiente y los Recursos Naturales) impone la intervención del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible, para la determinación y cumplimiento de la obligatoriedad de contar la actividad generadora con el correspondiente certificado de impacto ambiental. La que se extiende a la actividad de las plantas acopiadoras de cereales (Estas alcanzadas por el marco de la leyes Nros.11.459 -sobre instalación de industrias- y 12.605 -régimen para establecimientos dedicados a la actividad de almacenamiento, clasificación, acondicionamiento y conservación de granos, silos; acopio, cereal-).

La citada ley Nro. 10.699, portadora de la competencia en la materia, establece en sus fundamentos: "*... el presente Proyecto de Ley que tiene como objeto la regulación de las distintas etapas que abarcan la elaboración hasta la aplicación de plaguicidas mediante una correcta y adecuada utilización de los mismos, con el fin de proteger la producción agropecuaria de prácticas irracionales, los recursos naturales renovables y la salud humana, minimizando la contaminación del medio ambiente. Las enfermedades y plagas de la agricultura constituyen un factor limitante de la expansión sectorial, afectando la productividad en escalas que llegan a disminuir significativamente sus niveles potenciales. Para evitar ese deterioro de la producción agropecuaria es necesario aplicar prácticas de control debidamente probadas y bajo la responsabilidad de ingenieros agrónomos. Sabido es que entre los medios de control el más difundido es el uso de plaguicidas por sus resultados efectivos. Tal medio de lucha implica la utilización de productos de marcada acción biológica, tanto para la plaga a controlar como para los organismos útiles que integran el ecosistema, repercutiendo en forma indirecta como directa sobre el hombre. Tanto la necesidad de incrementar la producción agropecuaria como la de preservar el medio ambiente y la salud y el bienestar de quienes directa e indirectamente están relacionados con el control químico de plagas,* ***exigen que el poder público establezca la legislación apropiada*** *que asegure un manejo racional de los plaguicidas en el manipuleo y la utilización de los mismos,*

*reglamentando su uso y reservándole la intervención a quienes el Estado considera idóneos para hacerlo, con la seguridad que de este modo estarán protegidos sus intereses.* ***Consecuentemente, es fundamental establecer un ordenamiento para los plaguicidas en todas sus etapas, principalmente la última o sea la del usuario,*** *tanto por la peligrosidad de su manejo, especialmente en la fase de la aplicación, como para prevenir la salud del consumidor de productos agrícolas mediante la restricción de su uso cuando el desarrollo del cultivo se encuentra muy avanzado, evitando así la presencia de residuos. Por todo ello resulta imprescindible que el empleo de plaguicidas cuente con un instrumento legal que cumpliría la finalidad de normar el adecuado control de las plagas que afectan a la agricultura, conforme a los avances técnicos y científicos en la materia, como también su expendio con el objeto de preservar la salud pública*" (El remarcado nos pertenece).

De lo transcripto se advierte que el Municipio hizo uso de una competencia de la que carecía en principio.

Cabe destacar que la ley Nro. 10.699, data del año 1988, cuando la realidad en la temática en crisis ha sufrido cambios palmarios, razón por la cual la Provincia de Buenos Aires se encuentra en deuda con una legislación que reúna las condiciones que impone la importancia de la cuestión en tratamiento.

El Ministro de Asuntos Agrarios de la Provincia de Buenos Aires ha expresado la necesidad de las adecuaciones a las exigencias actuales -de la citada ley- tanto en aspectos de salud como ambiental. Sus palabras y el proyecto que se enunciara en el año 2011 -cuya información puede consultarse en la página Web de ese Ministerio-, son demostrativos de que la competencia ejercida por los Municipios en el caso, el de General Pueyrredón, lo ha sido en omisión de la legislación apropiada y en ejercicio de una que le era ajena.

Estuvo sustentada en una normativa de facto como lo es el decreto ley Nro. 8912/77, en la competencia asignada para delimitar las áreas urbanas, complementarias y rurales, cuestión ajena a la manipulación de sustancias peligrosas, contaminantes, y por cierto de implicancias en la salud de la población bonaerense, y generadoras de una actividad que transciende

incluso los tratamientos provinciales, los que lleva a necesitar de los acuerdos federales correspondientes,http://www.maa.gba.gov.ar/2010/prensa/noticia.php?idnoticia=273)

La aplicación de estas sustancias no se agota con una simple determinación de metros o distancias, el eje de la norma es la persona humana en su dimensión existencial, donde las actividades aún las más productivas para la Provincia o para el país, también están obligadas a respetar, atender y de ser necesario asumir responsablemente las consecuencias de ellas. Pero es deber del Estado y de las competencias constitucionales y legales involucradas el de actuar preventivamente.

En su carta encíclica Centessimus Annus, el Papa Juan Pablo II subrayaba la centralidad de este principio: "*hay que tener presente desde ahora que lo que constituye la trama... de toda la doctrina social de la Iglesia, es la correcta concepción de la persona humana y de su valor único*", *porque "el hombre... en la tierra es la sola criatura que Dios ha querido por sí misma*". En él ha impreso su imagen y semejanza (Cf. Gn. 1: 26), confiriéndole una dignidad incomparable; ver "Centessimus Annus", Nro. 11).

De tal manera, de conformidad a lo antes expresado, se presenta la inconstitucionalidad de la competencia ejercida por la Municipalidad en atención a la confirmación de su incompatibilidad sistemática constitucional (Conf. arts. 1, 31, 41 y 75 incs. 19 y 23 de la Constitución Argentina; 1, 11, 28 y 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

3.- V.E., lo expuesto lleva a la necesidad de que se deje sin efecto la actual ordenanza, como la que suspendió los efectos de la ordenanza Nro. 18.740/08, la Nro.21.297; y ante la imposibilidad de contar actualmente con un régimen jurídico apto y que brinde la calidad que requiere la cuestión, debería procederse al dictado de una medida cautelar que restablezca la situación a la existente antes de su sanción.

Y, asimismo como medida innovativa, instar al Poder Ejecutivo el control del estricto cumplimiento de los parámetros indicados

por la FAO en su “Manual sobre Buenas Prácticas para la aplicación terrestre de plaguicidas” (Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación; Roma, 2002); de la OMS, las “Directrices sobre la gestión de los plaguicidas para la salud pública” (Informe de la Consulta Interregional de la OMS, Chiang Mai, Tailandia, 25-28 de febrero de 2003) y especialmente el “Manual sobre elaboración y empleo de las especificaciones de la FAO y de la OMS para plaguicidas” (Elaborado en reunión conjunta, Roma 2004).

También exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo sobre la urgente necesidad de la elaboración y sanción de normas que reglamenten el uso y manipulación racional y sostenible de los plaguicidas, con los debidos registros, clasificadores y sistemas de controles, audiencias e información ante la situación planteada que exige contar con una legislación inmediata que preserve y garantice los indiscutibles derechos que se ponen en juego (Conf. arts. 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 41 y 124 de la Constitución Argentina).

4.- Finalmente, el alcance de los derechos y garantías cuestionados excede a la responsabilidad del Municipio demandado, por lo que ameritaría que se cite a la Provincia de Buenos Aires a los fines de ejercer los derechos que hacen a la competencia antes señalada y con especial relevancia en la cuestión de fondo acercada -en demanda-, por vecinos de la Municipalidad de General Pueyrredón (Arts. 34 inc. 5, b y c; 36 inc. 2 y 90 del CPCC).

Asimismo advierto que las acciones eventualmente peligrosas se originan en conductas llevadas adelante por propietarios o locadores de dominios dedicados a una actividad en donde utilizan agroquímicos, de allí que a los fines de ser oídos y resguardar su derecho de defensa, deberían ser citados con idéntico carácter, para lo cual es menester requerir a la Municipalidad de General Pueyrredón brinde los datos indentificatorios de las personas involucradas, en base al registro de dichas actividades.

También se impondría la intervención del Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires con especial competencia para proceder en temas vinculados a los derechos colectivos, ambiente y salud. Así se indica entre

ellas que le corresponde actuar en cuestiones atinentes a la reglamentación sobre el uso de agroquímicos (Cf. arts. 55 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 12 de la ley Nro. 13.834; ver en la pagina Web http://www.defensorba.org.ar/ambiente-y-desarrollo-sostenible.php; CSJN,"Fallos": "Mendoza", T. 331:1622 y "Defensor del Pueblo de la Nación", T. 332:1759).

5.- Por lo demás entiendo suficientemente expuesta por la actora la defensa de los intereses en juego y prima facie presente una situación de peligro de daño grave al entorno ambiental afectado y su eventual consecuencia hacia las poblaciones inmediatas en aspectos de salud, a la población infantil, en donde adquiere relevante consideración agudizar la aplicación de los principios preventivo y precautorio ínsitos en la cláusula del artículo 28 de la Constitución Provincial y consagrados en el artículo 4 de ley Nro. 25.675 (Conf. arts. 41 de la Constitución Argentina; 11 y 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

La Plata, 29 de octubre de 2013.

**DRA. MARÍA DEL CARMEN FALBO**

Procuradora General
de la Suprema Corte de Justicia

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: I 70.164

**“Agroservicios Pampeanos SA c/ Municipalidad de San Antonio de Areco s/ inconstitucionalidad de la ordenanza N.° 3420/09”, fecha: 03/05/2016**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Agroservicios Pampeanos S.A. c/ Municipalidad de San Antonio de Areco s/ Inconstitucionalidad de la Ordenanza Nro. 3420/09"
**I 70.164**

**Suprema Corte de Justicia:**

La empresa Agroservicios Pampeanos SA (en adelante ASP), por apoderado, solicita se declare la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 8 de la Ordenanza Nro. 3.420/09 emitida por el Consejo Deliberante de la Ciudad de San Antonio de Areco, en cuanto prohíbe la ampliación de la capacidad instalada de plantas como la de ASP y obligan a su erradicación del radio urbano y periurbano de la Ciudad de San Antonio de Areco.

**I.-**

Luego de realizar una vasta introducción respecto de la empresa y su proyecto productivo el apoderado expresa que la misma tiene por objetivo brindar servicios y abastecer a sus clientes de fertilizantes, agroquímicos y semillas, y que lo hace a través de lo que denominan "agrocentros".

Sostiene que dichos agrocentros están dotados de una infraestructura adecuada y cumplen con las reglamentaciones técnicas para el manejo de esos productos y fundamentalmente para el cuidado del ambiente.

Afirma que con fecha 16 de mayo de 2009, ASP toma conocimiento de la promulgación de la ordenanza Nro. 3.420/09. Dicha ordenanza fue publicada con posterioridad en el semanario Primera Fila, periódico local semanal, en su versión correspondiente a la semana comprendida entre el 23 y el 29 de mayo de 2009.

Mediante dicha ordenanza la municipalidad dispuso que los establecimientos dedicados a la actividad de almacenamiento, clasificación, acondicionamiento y conservación de granos, agroquímicos y/o fertilizantes ubicados en el radio urbano y peri urbano de la Ciudad de San Antonio de Areco no pueden ampliar su capacidad instalada (artículo 2) y deberán ser erradicados y desmantelados en un plazo perentorio e improrrogable de nueve años (artículo 8). (Fs. 41 y su vta.).

El Consejo Deliberante de San Antonio de Areco dijo basarse en las facultades otorgadas para tal decisión por la ley provincial Nro. 12.605, por la Ley Orgánica de Municipalidades, y conforme a la ley provincial del ambiente, Nro. 11.723.

Sostiene que la Ordenanza sería inconstitucional por irrazonable por exceder los límites de posible reglamentación del derecho de libertad de trabajo, industria y comercio, avasallarlas ilegítimamente, y resultar absolutamente desproporcionado lo que en ella se dispone (abrogación lisa y llana de derechos) respecto de los antecedentes que tiene en consideración (artículos 27 y 57 de la Constitución efe la Provincia de Buenos Aires).

Añade que también lo sería por transgredir el derecho de propiedad de Agroservicios Pampeanos SA, toda vez que suprimiría un derecho incorporado al patrimonio de la actora, a saber, su derecho a seguir utilizando su establecimiento sito en la Ciudad de San Antonio de Areco con sujeción a las regulaciones provinciales y municipales válidas para su ejercicio (artículos 31 y 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Sin perjuicio de la suficiencia de los anteriores argumentos, considera que la Ordenanza sería además inconstitucional por haber sido emitida en exceso del ámbito de facultades que los artículos 191 y 192 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires otorgan a las municipalidades.

Entiende que la Ordenanza cuestionada atentaría contra la Constitución Provincial, en particular con su artículo 27 que consagra la

libertad de trabajo e industria; con su artículo 57 que refiere a la no alteración de los derechos por vía de reglamentación.

En párrafo aparte sostiene: "...*La constitución no trae ninguna norma expresa que defina un determinado sistema económico. Sin embargo creemos que de ella surge un principio mínimo que, con carácter general, parece evidente. La ideología de la libertad que inspira y da contenido a la constitución desde el preámbulo ("asegurar los beneficios de la libertad") obliga a sostener que en materia económica debe existir un espacio suficiente de libertad para la actividad privada, que quede exento de intervencionismo y dirigismos estatales. Las medidas ordenadoras de la actividad económica han de ser suficientemente razonables y moderadas, fundada en claros fines de bienestar general...*". (Fs. 43). Agrega al respecto, que si bien tal derecho admite limitaciones mediante el ejercicio razonable del poder de policía legislativo, pero que en el caso choca contra un verdadero derecho adquirido de modo tal que la Ordenanza supondría la privación de la propiedad en franca violación del artículo 31 de la Constitución provincial.

También expresa que la Ordenanza habría sido dictada en exceso de las facultades que corresponden a los municipios conforme al reparto de competencias establecidos por la Constitución y la ley orgánica de las municipalidades.

La actora entiende que si bien la constitución le confiere a las municipalidades facultades de ornato y salubridad, en modo alguno le permitiría por esa vía limitar sustancialmente el derecho de libertad de trabajo, industria y comercio, facultades que corresponderían a la esfera de competencia de la legislatura provincial.

Agrega que la norma desconocería el artículo 27 apartado primero de la Ley Orgánica de las Municipalidades cuando expresa que corresponde al Concejo Deliberante regular la radicación, habilitación y funcionamiento de los establecimientos comerciales, en la medida en que no se opongan a las normas que al respecto dicte la Provincia y que atribuya competencia a organismos provinciales. (Fs. 47vta.)

Expresa que en el año 2000 la Provincia dictó la ley Nro. 12.065 para la regulación del régimen de establecimientos dedicados a la actividad de almacenamiento, clasificación, acondicionamiento y conservación de granos. Y que dicha ley no otorgaría al Municipio ninguna facultad para la emisión de normas relacionadas con el tipo de establecimiento del caso.

Aduna: "*En efecto, en su artículo 9 establece, especificamente, cuáles son las competencias de los Municipios respecto de este tipo de establecimientos, desprendiéndose claramente de tal precepto que las facultades otorgadas son de carácter administrativo y de control pero, en ningún caso de regulación. De hecho, luego de una enumeración de facultades del tipo comentado, el apartado 8 del artículo 9 expresa como facultad residual para posibilitar el ejercicio genérico del tipo de funciones delegadas 'Toda otra conducta que haga al cumplimiento de la presente Ley'*" (Fs. 48).

Asevera: "*... en este entendimiento, la pretensión de la municipalidad de regular en materia de instalación o funcionamiento de este tipo de establecimientos siendo que la Provincia ya había regulado especificamente la materia distribuyendo competencias, constituye una clara oposición de las prohibidas por el artículo 27, apartado 1 de la LOM y determina la inconstitucionalidad de la Ordenanza...*" (Fs. 48vta.). Además sostiene que la norma se opondría específicamente al modo en que la provincia reguló la situación de los establecimientos de este tipo ya existentes al momento de la sanción de la ley Nro. 12.065. Que al imponer la erradicación y desmantelamiento de establecimientos habilitados y en funcionamiento se contradeciría del modo que regula la mencionada ley Nro.12.605 (Fs. 48vta.)

Aduna que la Provincia ya habría decidido que la actividad de los establecimientos del tipo que ya existan no está prohibida, sino sólo respecto de los nuevos operadores.

Concluye manifestando: "*...En relación con las leyes utilizadas por la Municipalidad de San Antonio de Areco para fundar su competencia cabe concluir que en materia de establecimientos de almacenamiento, clasificación,*

*acondicionamiento y conservación de granos, la Provincia sólo ha encomendado a los Municipios funciones administrativas y de control; y que ella ha conservado su competencia en materia de instalación de este tipo de establecimientos decidiendo la prohibición de su instalación sólo respecto de nuevos establecimientos y dejando funcionar a los ya existentes como es el caso de* ASP ..." (Fs. 49)

Ofrece prueba y plantea el caso federal.

**II.-**

La Municipalidad de San Antonio de Areco, por apoderado, se presenta en tiempo y forma, contesta la demanda y solicita el rechazo, con expresa imposición de costas.

Luego de negar los hechos sobre los que se funda la demanda, pasa a tratar sus fundamentos.

A tal efecto expresa que: "*...en primer término es preciso destacar que es competencia exclusiva del departamento deliberativo de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley Orgánica Municipal inciso 1°*: La *radicación, habilitación y funcionamiento de los establecimientos comerciales e industriales, en la medida que no se opongan a las normas que al respecto dicte la provincia y que atribuyan competencia a los organismos provinciales...*". (Fs. 79vta.). Hace referencia a la entidad y al rol que cumplen los municipios en el marco de la Constitución, y específicamente el relativo a la localización, alcances, modalidad, contexto de las distintas actividades, marco en el cual se habría dictado la ordenanza Nro. 3420/09.

Afirma que la ordenanza gozaría de plena legalidad y legitimidad. En lo concerniente a su razonabilidad destacan que es preciso recordar el artículo 5 del decreto ley Nro. 8912/77, el cual transcribe, en cuanto a la delimitación territorial y de áreas (Fs. 80 y su vta.).

Agrega que por su parte, el artículo 14 de la ley Nro. 12.605 luego de disponer que las zonas destinadas a los establecimientos dedicados exclusivamente a la actividad de almacenamiento, clasificación,

acondicionamiento y conservación de granos, estarían determinadas conforme a las pautas establecidas en dicho decreto ley e "*...impide la instalación de tales establecimientos en zonas urbanas y periurbanas*". (Fs. 80vta.) Adunan que debe tenerse en cuenta que la remisión que formula el citado artículo 14 sería clara en cuanto a la aplicación de la ley de suelos; y que de conformidad con el artículo 70 competería a la autoridad municipal la certificación de la zona apta para la instalación de los emprendimientos destinados al almacenamiento de granos (Fs. 80vta.).

Sostiene que en dicho marco legal fue dictada la Ordenanza en cuestión, la cual gozaría de legitimidad.

Refiere que el artículo 28 de la Carta Bonaerense consagra el derecho a un ambiente sano incorporando un concepto de solidaridad intergeneracional; al tiempo que por la ley provincial Nro.11.723 se regulan las cuestiones ambientales consignando facultades concurrentes entre el Estado Provincial y los Municipios, materia, expresamente reconocida por el Concejo Deliberante de San Antonio de Areco al momento de dictar la ordenanza en cuestión, Nro. 3420/09.

Agrega, para finalizar que conforme al régimen constitucional no habría derechos absolutos, que ellos pueden ser objeto de una reglamentación razonable a tenor del artículo 14 de la Constitución Argentina; que frente a este principio general la ordenanza evidencia el correcto y legal ejercicio de una potestad conferida al Concejo Deliberante, deviniendo el planteo de su inconstitucionalidad, improcedente (Fs. 81).

Deja planteado el caso federal.

**III.-**

La actora solicita se declare la causa de puro derecho; certificado el plazo para alegar sin que se halla hecho uso del derecho, V.E., dispone escuchar a esta Procuración General (Fs. 86; 94 y 119; art. 687, CPCC).

**IV.-**

La presente demanda podría ser rechazada en orden a los argumentos que paso a exponer. La ordenanza en el caso cuestionada no evidencia ningún vicio prima facie que permita anularla, antes bien no se aparta de los objetivos establecidos en la ley Nro. 12.605, estructurando del modo más adecuado la instalación de establecimientos dedicados a la actividad de almacenamiento, clasificación, acondicionamiento y conservación de granos, agroquímicos, fertilizantes para la satisfacción de los requerimientos y necesidades de la comunidad.

En efecto, la Constitución Provincial le otorga a los municipios la administración de los intereses y los servicios locales, y las faculta a dictar ordenanzas y reglamentos en el marco de esas atribuciones. (Artículos 190 y 192 inc. 6)

Por su parte la Ley Orgánica de las Municipalidades establece por su artículo 25 que las ordenanzas deben tratar lo atinente a cuestiones de ornato, sanidad, asistencia social, seguridad, moralidad, cultura, educación, protección, fomento, conservación y demás estimaciones enunciadas en su competencia constitucional que coordinen con las atribuciones provinciales y nacionales. Tienen la potestad de reglamentar la radicación, habilitación y funcionamiento de establecimientos comerciales e industriales y su zonificación (Conf. arts. 27, inc.1° y 28, inc. 7, LOM; I.71.272, "Garibaldi", resolución del 11-VII-2012, y sus citas I. 1129, "Martins Oliveira", sentencia de 10-IV-1984; I. 1248, "Sancho", sentencia del 15-V-1990; B. 50.333, "Nida S.A.C.I.F.I.", sentencia de 2-111- 1999).

Incluso más, la Municipalidad de San Antonio de Areco actúa el ejercicio de su poder de policía en el marco que le otorga también la ley Nro. 12.605, que por su artículo 9 establece que son funciones específicas de los municipios certificar la zona de emplazamiento de los nuevos establecimientos así como realizar un re-empadronamiento de las plantas ya radicadas para verificar el cumplimiento de la ley.

Esta Procuración General sostuvo que desde hace tiempo se ha reconocido a las municipalidades la atribución de zonificar la ciudad según sus usos recordando que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en cuanto a la fijación de radios y condiciones en esa oportunidad para la instalación de mercados generales que, son notoriamente función municipal y que en tanto no sean arbitrarias, desiguales o carentes de fundamentos elementales u obedezcan a motivos de índole persecutoria, deben admitirse (Dictamen, 1-2142 "Cooperativa de Horticultores Mar del Plata", del 18/08/2015 y citas de las causas de la CSJNA *in re* "Dituri", "Fallos", T. 195:108 y de esa SCJBA, 1.1665 "Zanni", sentencia de 23-VII-2008).

No representa un óbice el planteo de la actora en punto a que ASP tiene un derecho adquirido, incorporado a su patrimonio, a poder ampliar su planta y a no tener que luego erradicarla; por el contrario puede la Municipalidad en el marco de la razonabilidad regular establecimientos que como la actora realizan almacenamiento, clasificación, acondicionamiento y conservación de granos, agroquímicos y/o fertilizantes.

Un elemento central para dirimir la presente cuestión es la calificación de las plantas de almacenamiento, clasificación, acondicionamiento y conservación de granos, agroquímicos y/o fertilizantes como establecimientos industriales.

En efecto, el mensaje de elevación de la ley Nro. 12.605 específicamente así concluye con lo cual resulta más que clara la competencia ejercida para regular el establecimiento de este tipo de industria, fundamentalmente por el hecho de representar un riesgo a la seguridad, salubridad e higiene de la población.

Si bien es cierto, como lo articula la actora a la hora de fundar su pretensión, que la Constitución Nacional establece claramente una esfera de libertades económicas, y que las mismas se integran al plano local por nuestra propia Constitución (Artículo 27), no es menos cierto que la misma le atribuye a la legislatura la facultad de reglamentar esos derechos.

El citado artículo 27 de la carta local garantiza la libertad de trabajo, industria y comercio pero lo deja supeditado a que las mismas "*...no ofenda o perjudique a la moral o a la salubridad pública, ni sea contrario a las leyes del país o a los derechos de terceros...*"

A región seguido, en el artículo 28 se consagra el derecho a un ambiente sano y se establece al igual que su par nacional, un criterio de solidaridad intergeneracional para garantizar el acceso a un ambiente sano.

En los fundamentos de la ley se expresa con claridad la disyuntiva que se genera entre dos conceptos, a saber por un lado rescata la necesidad del desarrollo económico y del fomento de la actividad industrial; y por el otro la preservación de la salud de la población y del ambiente.

En tal sentido expresa: "...No *puede haber crecimiento real sin desarrollo y en él abarcamos los recursos humanos legislados en miras a un derecho protectorio. Es justo prever además las consecuencias negativas no sólo para la salud pública sino también para el sector empresarial que tarde o temprano tendrán que afrontar un sinnúmero de juicios por indemnizaciones a causa de enfermedades o daños que podrá causar la actividad y funcionamiento y la mala ubicación en zonas pobladas* ...". Finalmente concluye el mensaje de elevación afirmando que recomienda la incorporación de las plantas de silos como establecimientos industriales por constituirse en peligroso su funcionamiento; que generan riesgo en la seguridad, salubridad e higiene de la población y que ocasiona un daño grave a los bienes y al medio ambiente.

Resulta entonces claro cuál fue la intención del legislador bonaerense al regular la actividad relativa al almacenamiento, clasificación, acondicionamiento y conservación de granos, agroquímicos y/o fertilizantes, e incluso haber establecido un mecanismo conjunto entre los municipios y la Provincia para el cumplimiento de la misma, la cual sin dudas se integra con las normas pertinentes del decreto ley Nro. 8912/77 y la ley Nro. 11.723.

Por su parte es necesario destacar que el espíritu de la ordenanza es alejar dichas plantas de los centros poblacionales de la ciudad La propia dinámica del crecimiento de las ciudades hace que el espacio geográfico que otrora fuera considerado periferia hoy se encuentre en el ejido urbano.

Es claro que los valores que se encuentran en juego son por un lado el desarrollo económico y por el otro la salud pública y el derecho a un ambiente sano, y en ese contexto son no solo claras sino también razonables las regulaciones establecidas por el Municipio en post de garantizar la seguridad y la salubridad pública. En síntesis, propicio el rechazado de la demanda, toda vez que sus argumentos no logran poner en crisis la normativa atacada.

Tal es mi dictamen

La Plata, 3 de mayo de 2016.

**DRA. MARÍA DEL CARMEN FALBO**

Procuradora General
de la Suprema Corte de Justicia

*Sumario* ⬆

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 73.382

**“Lanusse Pedro Pablo c/ Municipalidad de San Isidro s/ pretensión anulatoria”, fecha: 21/03/2016**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Lanusse Pedro Pablo c/ Municipalidad de San Isidros/ Pretensión anulatoria"
**A 73.382**

**Suprema Corte de Justicia:**

Dan cuenta las presentes actuaciones de los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de ley incoados por parte de la Municipalidad de San Isidro; me corresponde emitir dictamen respecto del primero de ellos| (Art. 302 CPCC; Fs. 298/310vta. y 320).

Los mismos se alzan contra la sentencia de la Cámara de Apelación con asiento en el Departamento Judicial de San Martín, por la cual se resuelve revocar la sentencia de primera instancia, y hacer lugar a la demanda declarando la nulidad de decreto Nro. 380/11 dictado por el Intendente de la Municipalidad de San Isidro -por el que se impuso a la parte actora la realización del trámite de habilitación del inmueble sito en calle Jorge Newbery Nro. 2762 oficina 3ra. de Beccar para desarrollar actividades de "*Estudio profesional*"-; y la inconstitucionalidad del artículo 5° inciso 1° de la Ordenanza Nro. 8057 de dicha municipalidad en cuanto condiciona el ejercicio individual de la profesión de abogado a la previa "*localización municipal*" (Fs. 254/266vta.).

**I.-**

La recurrente refiere en primer término el cumplimiento de las condiciones de admisibilidad, y en lo que hace al recurso en cuestión, esgrime que en la sentencia se ha controvertido la validez de una ordenanza bajo la pretensión de ser contraria a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Pasa a continuación a exponer sobre los antecedentes de la causa. Respecto al expediente administrativo municipal Nro. 8209/2009 esgrime que la parte actora realizó consulta sobre habilitación municipal y

ante la verificación se sostuvo que se ajusta al rubro oficina comercial, siendo aprobado para el destino señalado adecuando la actividad y su funcionamiento a lo establecido en los decretos Nros. 1835-06 y 1836-07. Entiende que la primera manifestación lo fue en conformidad, lo que la habría hecho incurrir en una posición contradictoria, torpe dada su condición de letrado al reconocer de "*oficina*" a dicha actividad, y luego negar tal carácter para peticionar un permiso de localización describiéndola como ejercicio profesional de la abogacía y con desempeño junto a otros profesionales.

Esgrime el recurrente que no se trata de un estudio jurídico unipersonal "*…como pretende en su demanda, del tipo artesanal, que pudiera encuadrarse en el art. 5 de la ordenanza de habilitaciones, sino de un establecimiento con varias personas laborando, al estilo "empresa", que tiene las complejidades que justifican la actividad de contralor municipal, tal como se expresará luego en el expediente*" (Fs. 299). Aduna: "*…así el ejercicio profesional de cada uno será controlado por el Colegio profesional correspondiente, más el impacto ambiental, zonificación y seguridad e higiene del lugar lo debe controlar el municipio*" (*Fs. cit.*).

Expresa que el Ejecutivo municipal ha reglamentado la norma, a través del decreto reglamentario Nro. 1979/05 y el acta de unificación de criterio Nro. 2, agregada al expediente; hace referencia a lo preceptuado en la ordenanza Nro. 8057, en lo que respecta a que "… ***toda actividad comercial o de servicios*** *debe ser habilitada, salvo en aquellas excepciones que en el art. 5to y su decreto reglamentario… se dispone, sobre el ejercicio individual de profesionales liberales*" (Fs. cit.; el remarcado pertenece al original).

Distingue la situación en que se mantiene el ejercicio profesional en forma individual -sin otras complejidades de funcionamiento-, para calificarlo en ese caso de ejercicio liberal e individual de una profesión, que habría sido el presupuesto del artículo 5to. de la ordenanza, el cual hubiera correspondido encuadrar el permiso de localización y al que no respondería el caso de autos. Que este último es el que menciona el punto cuarto de los lineamientos,

que claramente prevé que la localización debe convertirse en una verdadera habilitación comercial, en caso de sociedades o agrupaciones de profesionales o similares, que requieran una única autorización de funcionamiento. Menciona los criterios emitidos por los organismos administrativos pre-opinantes quienes consideraron que debía tramitarse el permiso de localización como una habilitación comercial, indican los requisitos y se acuerda que en caso de ser presentada la "*solicitud de habilitación*" para el funcionamiento de la actividad propuesta en el local designado, se recomienda dar curso a la misma, en tanto se cumpla con los extremos reseñados y demás reglamentaciones nacionales, provinciales y municipales referidas al funcionamiento de la actividad e instalación del local, que motivara la inspección e intimación para la formulación del pedido habilitante.

Afirma el recurrente que el Dr. Lanusse necesita tramitar una habilitación comercial para operar su oficina, tal como lo ha expresado la actividad planteada con seis profesionales, la complejidad estructural y dicho enclavamiento que no encuadraría en la previsión normativa del artículo 5 -permiso de localización-. Expone que en el informe de la Subsecretaría de Inspección General pueden verse detalladas las actuaciones transcurridas; también hace mención de lo expresado por la Dirección de Ordenamiento Urbano municipal en cuanto a la actividad y al predio que encuadrarían en los supuestos 3 y 4 de dichos lineamientos, aclarando que no se trata del presupuesto del artículo 5to., por cuanto requiere en el caso, habilitación comercial. Que idéntico criterio concluye la Comisión Evaluadora de Inspección General; actos todos, que habrían sido puestos a conocimiento del solicitante. Estima que el Intendente ha dado un acto debidamente motivado y fundado.

El recurrente pasa luego a referirse a la demanda. Expresa que se interpuso con el objeto de decretar la nulidad del decreto Nro. 380/2011 y que la situación encuadraba en el artículo 5° de la ordenanza Nro. 8057 extendiendo el correspondiente permiso de localización.

Destaca que en la contestación de la demanda se sostuvo la validez del acto dictado, y en cuanto a la incompetencia del Municipio

se adujo que el Colegio de Abogados Departamental tenía atribuciones en lo atinente al gobierno de la matrícula y a la fiscalización del correcto ejercicio de la profesión de abogado, careciendo de potestad en materia de seguridad e higiene del espacio en donde se desarrollen actividades laborales (individuales o colectivas), no estando el caso alcanzado por la norma del artículo 5° como se pretende, al exceder complejidades de un estudio unipersonal.

Continúa exponiendo respecto a la sentencia de primera instancia, y del reconocimiento de la validez del acto administrativo de la Municipalidad; esgrime que en materia de carga probatoria le incumbe a la parte actora la demostración de los hechos constitutivos dada la consecuencia de su incumplimiento y la propia conducta actora frente al reconocimiento de que en el lugar trabajan varios profesionales con diferentes incumbencias. Remite a las actuaciones administrativas y cita doctrina.

Hace saber que en ningún momento el actor cuestionó la "*legitimidad o legalidad*" de la Ordenanza Municipal Nro. 8057, en la que se sustenta el acto administrativo dictado por el Intendente, impugnándola o solicitando se la declare inconstitucional por contravenir normas superiores, sino todo lo contrario, y que debió respetar las premisas propuestas y utilizar un razonamiento lógico por cuanto por un lado reclama las competencias para el Colegio profesional y por otro solicita el permiso municipal en reconocimiento del poder de policía que le atañe.

Aduna que acceder a lo peticionado hubiera importado realizar una excepción impropia que violentaría el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. Cita jurisprudencia y expone sobre la legalidad y razonabilidad del actuar administrativo.

Expresa que no se ha logrado demostrar que en la oficina se ejerza la profesión de abogado en forma individual, requisito que sería necesario para acceder al régimen de excepción de las habilitaciones comerciales y que antes bien de las actuaciones surgiría que ello no es de tal forma al compartir la actividad con otros profesionales, generando una situación contraria al reclamo.

Ingresa en el análisis del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, hace mención de sus argumentos. En especial destaca la condición de profesionales; la no exigencia de habilitación comercial y la falta de fundamento al no exigirlo solamente cuando se ejerce por un único profesional, interpretando a favor del carácter individual de la profesión aun cuando sea compartida, de allí que no consideró necesario el cuestionamiento de la Ordenanza Nro. 8057. Añade que esgrimió facultades de regulación de la Provincia y la falta de sustento normativo que autorice a la Municipalidad a exigirle la habilitación.

A continuación hace referencia a la sentencia de segunda instancia, y destaca sus conclusiones. Así que se expide sobre la habilitación municipal determinando que no corresponde la misma con cita de la sentencia recaída en la causa "Gonnet", para considerar el recurrente que "... *violentando toda doctrina legal y la ley, declara la inconstitucionalidad del permiso de localización, que no ha sido materia de litigio, en franca violación al principio de congruencia, y con grave afectación del orden constitucional, del derecho de defensa y de división de poderes*" (Fs. 304). Aclara que ello es materia del recurso.

Luego invoca el carácter de sentencia definitiva de la decisión adoptada por la Cámara de Apelación; qué ella impide la continuación del proceso y causa un agravio de imposible reparación en un proceso ulterior. Cita doctrina y jurisprudencia. Menciona el artículo 278 del Código Procesal Civil y Comercial.

El recurrente ingresa en lo que intitula fundamentos del recurso. Relata el contenido de los fundamentos del fallo de la Cámara de Apelación. Expresa que en el punto cuarto de la sentencia encuentra evidente la ilegitimidad del decreto municipal y siguiendo jurisprudencia de ese Tribunal, considera a la Legislatura provincial como competente para reglamentar la actividad de quienes detentan títulos habilitantes para el ejercicio de profesiones liberales; con mención de doctrina de la mencionada sentencia "Gonnet". Que focaliza en el punto sexto, que la decisión administrativa tuvo en cuenta la cantidad de profesionales sin

constatar la presencia de "*complejidades estructurales*" y distingue el supuesto de autos de otros precedentes de ese Tribunal, que se indican.

Recuerda lo decido en la causa B 58.949 y especialmente lo sostenido en la causa B 57.824, de la cual transcribe lo correspondiente al considerando cuarto. Doctrina que estima aplicable al caso por cuanto entiende que no habría razón para distinguir una profesión de otra si, en definitiva en todas ellas la competencia es exclusiva y excluyente de la Legislatura provincial en cuanto a las normas que regulan el ejercicio. Hace referencia a la eventual asimilación que existiría entre los laboratorios regulados por la autoridad provincial, mientras que en el caso de la abogacía "*…no hay una sola norma provincial que regule lo atinente a la habilitación de estudios profesionales*" (Fs. 306). Para continuar "*… que lo que controla el colegio de abogados es lo que hace al ejercicio profesional, y de ninguna manera controla lo que el municipio está llamado a controlar, esto es: El municipio tiene incumbencia en todo lo que se refiere al tejido urbano de su jurisdicción, que los emplazamientos respetar las zonas de uso conforme y todo lo atinente a construcciones, alturas máximas permitidas por el Código de Ordenamiento Urbano, zonificación, edificación conforme, impacto ambiental, tránsito y estacionamiento en vía pública, es decir en todo lo que impacta un establecimiento en el que se desarrollan actividades laborales por varias personas, y, obviamente la seguridad e higiene del espacio habilitado*". Y agrega: "*Esta por antonomasia es deber y derecho del municipio controlar, y no existe norma que ponga en cabeza del Colegio de Abogados esta incumbencia*" (Fs. 306 y vta.). Esgrime la existencia de competencias concurrentes "*…**cada ente administrativo controla la materia de su incumbencia. No hay colisión alguna de incumbencias. No hay competencias exclusivas y excluyentes que se encuentren en colisión con el control municipal***" (Fs.306vta., lo remarcado pertenece al original).

Afirma que no se presenta un avasallamiento al poder de policía de la Provincia al actuar la Municipalidad en lo atinente a la habilitación del local en el cual se ejerce la profesión y que tal control devendría en innecesario al ser uno de "*baja complejidad*", unipersonal, sin tasas municipales que deban afrontarse al no haber contraprestación de servicio municipal; que lo diferencia

del caso de autos de varios profesionales, con distintas salas y áreas para atención de público y emplazado en zona comercial y de oficinas que requieren de servicios y del control municipal. Que en el caso -considera el recurrente-, de competencia también exclusiva y también excluyente del Municipio las que encuentra sustento en la Constitución Nacional, en la Constitución Provincial, y en la ley Orgánica de las Municipalidades, y sin importar avasallamiento a la esfera de competencias provinciales con las que concurriría.

Ingresa al punto quinto de los considerandos de la sentencia y hace referencia al control constitucional de oficio del permiso de localización, artículo 5° de la Ordenanza nro. 8057.

Expone sobre la naturaleza y finalidad del permiso, para luego expresar que los sentenciantes consideraron que la Municipalidad ha excedido sus atribuciones al regular la profesión de la abogacía y condicionar su ejercicio. Esgrime que no entiende tal incursión por la circunstancia "*…de tramitar un permiso de localización en el cual solo se verifica el emplazamiento del local donde funcione el estudio en zona de uso conforme*" (Fs.307vta.).

Niega la existencia de avasallamiento, el cual considera materialmente imposible, tanto como la afectación de derechos ante la falta de imposición tributaria y en razón de no obstaculizar el ejercicio profesional, que así lo entendió la parte actora al tramitar dicho permiso.

Afirma que la decisión de la Cámara de Apelación "*….implica reducir a la nada todas las facultades y deberes municipales en cuanto a lo urbanístico, negándole el deber y el derecho que la ley le otorga*" (Fs. cit.). Se explaya a este respecto, invoca jurisprudencia referente al poder de policía municipal y cita los artículos 5, 121 y 123 de la Constitución Argentina, menciona la Constitución Provincial, y las leyes dictadas en su consecuencia, incluido el decreto-ley Nro. 6769/58.

Insiste que la Legislatura provincial no ha regulado lo referente a la localización de estudios jurídicos y que negar dicha competencia

a la Municipalidad llevaría a dejar en el vacío dicho control. Da ejemplos de la abogacía como de otras profesiones y que ello al criterio del recurrente "*… sí colisiona con la Constitución, con las leyes dictadas en su consecuencia*". Para continuar: "*Esta tacha de inconstitucionalidad si es repugnante a la Constitución, y grave*" (Fs.308). Cita jurisprudencia referente a la autonomía municipal la que entiende que en el caso se convertirá en letra muerta.

El recurrente expone que el *a quo* se extralimito en su decisorio desviando el objeto del litigio, siendo el *tema decidendum* si corresponde o no la habilitación de la oficina de la parte actora. Que ello afectaría "*…gravemente el principio de congruencia, y consiguientemente el derecho de defensa de esta parte, sino que también ha invadido la esfera de otro poder, afectando la división de poderes, pronunciándose sobre la inconstitucionalidad de una norma que no solo no ha sido cuestionada por la parte actora, sino que ha sido solicitada expresamente, ha manifestado expresamente que su pretensión es conteste con ella, y que no constituye objeto de esta Litis*" (Fs. 308 y vta.).

Pasa a hacer referencia a la evolución de la jurisprudencia, que señala, acerca de la inconstitucionalidad de oficio, para expresar que dicho ejercicio debe estar munido del respeto y cuidado al andamiaje normativo, al derecho de defensa, dentro de un marco y alcance determinado. Transcribe parte de los considerandos 14 y 15 del voto del Juez Boggiano en la causa "Mill de Pereyra" a favor de lo dicho y de la mesura que debe primar en su ejercicio. Recuerda también que tal declaración es *la última ratio* a la que debería haberse acudido.

Afirma que en el caso no existe colisión alguna entre la norma municipal y la Constitución Provincial, que de existir la incompatibilidad no sería ni manifiesta ni irreconciliable y se ha acudido aun no siendo último recurso jurídico llevando "*…. a un extremo la interpretación de la norma que no se condice ni con su télesis ni con lo que la misma ordena*" ( Fs. 309).

El recurrente sostiene que la Municipalidad ha sido respetuosa en su normativa de las facultades que la Constitución de la Provincia

de Buenos Aires le otorga a la legislatura provincial en cuanto al poder de policía sobre las profesiones liberales. Añade, que pudo ser un criterio de los sentenciantes "*...que no corresponda la habilitación comercial, incluso podría haber objetado el decreto reglamentario de la ordenanza (acta de unificación) que remite a la necesidad de tramitar la habilitación en los supuestos de complejidad, pero de allí a declarar la inconstitucionalidad del permiso de localización, que no ha sido tratada en ninguno de dichos precedentes, ya que versaron (causa Gonnet) sobre la habilitación de los estudios jurídicos, hay una diferencia que hace al fallo inaceptable e invalido*".( Fs. cit.).

Continúa insistiendo y argumenta a favor, que la habilitación y el permiso de localización son diferentes, y no habría argumento jurídico que justifique la arbitraria tacha de inconstitucionalidad, sin dar ningún fundamento valido cuando no se advertiría avasallamiento al poder provincial por la tramitación del permiso de localización tal como establece el artículo 5to. de la ordenanza municipal Nro. 8057 que se limitaría a controlar el lugar en el cual se desea emplazar el local en el cual se desarrollará la profesión liberal, propia del ordenamiento territorial, y que este sería un concepto ajeno al control sobre la profesión liberal.

Manifiesta que la Municipalidad de San Isidro "...**se limita a cumplir dicha normativa en el marco de facultades policiales que le son propias e indeclinables"** (Fs. 309, la letra remarcada pertenece al original).

Se pregunta en dónde se encuentra la repugnancia con la Constitución provincial, para responder que no se presenta ni tampoco es manifiesta o incompatible en forma absoluta; reitera que resulta llamativo que la parte actora sea quien haya solicitado su otorgamiento y no lo haya discutido. Que el objeto lo habría constituido la habilitación comercial exigida por la envergadura del emprendimiento y la complejidad estructural del inmueble en el cual se desarrolla la actividad, y la cantidad de profesionales que desarrollan tareas en el lugar. Que no ha sido cuestionado el permiso de localización, sino la habilitación municipal; el establecer si la denegatoria del Municipio demandado a

la petición del accionante ha constituido un acto ilegítimo, arbitrario, irrazonable, condición necesaria para poder determinar su anulación en la instancia judicial. Recuerda el fallo "Banco Comercial de Finanzas S.A.", "Fallos", Tomo 327: 3117 y lo sostenido en el considerando tercero, para continuar, que la declaración de inconstitucionalidad que efectuara la Cámara de Apelación lo sería en abstracto por no ser tema de debate y sí lo era, la facultad del municipio para exigir una habilitación municipal.

Añade que los jueces expedirse sobre los temas propuestos por las partes en virtud del principio de congruencia procesal. Pasa a referirse al mismo para afirmar que el aspecto más grave e invalidante de la sentencia es la violación a dicho principio al no haberse planteado si correspondía o no solicitar un permiso de localización. Que los sentenciantes también lo reconocerían en el punto quinto y a mayor abundamiento manifiesta que la parte actora en oportunidad de recurrir la sentencia de primera instancia y deducir el recurso de apelación, destaca que "*…no ha cuestionado la Ordenanza municipal y que su petición es compatible con lo dispuesto en la ordenanza…*" (Fs.310). Aduna que el decisorio incurre en *ultra petita* y *extra petita*, hace referencia a estas últimas.

Concluye analizando la naturaleza del proceso, su gobierno por el principio dispositivo el que entiende que los jueces han traspasado afectando el derecho de defensa por cuanto la Municipalidad no habría tenido la oportunidad de defenderse frente a la discusión de la validez de esta facultad, que no habría sido materia de debate ni del proceso.

Requiere que V.E. deje sin efecto la sentencia y rechace la acción deducida. Mantiene el planteo del caso federal.

**II.-**

He de propiciar el rechazo, en orden a las razones que paso a exponer. Ello sin perjuicio de propiciar a V.E. una declaración respecto a la inconstitucionalidad de oficio operada por la Cámara y criticada por el recurrente.

**1.-** Un primer aspecto es por cuanto el recurso interpuesto adolecería de falta de autonomía frente al incumplimiento de las cargas técnicas establecidas por el artículo 279 del Código procesal. Considero que el recurso extraordinario de inconstitucionalidad podría ser rechazado (Conf. arts. 31 bis, ley Nro. 5827; 279 y 300, CPCC).

A lo dicho debe agregarse que resulta estéril la generalizada denuncia acerca de la infracción de preceptos constitucionales vinculados a la autonomía municipal, a una zona de ejercicio del poder de policía municipal, cuando lo que encierra el recurso es una discrepancia de la forma en que el *a quo* ha resuelto la cuestión, sin llegar a demostrar el agravio constitucional que dice que ha sido irrogado, por lo que devendría en un planteo ajeno al recurso intentado. El objeto del recurso extraordinario de inconstitucionalidad es el de corregir errores *in iudicando* cometidos al apreciarse el apego de una norma local a la Constitución provincial (Arts. 161 inc. 1° de la Constitución de la Provincia de Bs. As. y 299 y 300 del CPCC; SCJBA, Q70.953, "Morón", sentencia de 14-X-2015). De allí que la impugnación efectuada por este carril debería de haber sido en su desarrollo expositivo autosuficiente y referirse a las motivaciones esenciales del pronunciamiento objetado que dan sustento a la declaración de constitucionalidad o de inconstitucionalidad, según el caso, demostrando su desacierto (SCJBA, doct. causa cit. considerando cuarto y sus citas).

Frente a ello, el impugnante se limitó a anteponer una línea argumental distinta a la del juzgador, omitiendo cuestionar las razones esgrimidas por la Cámara para decidir la incompatibilidad del artículo 5 de la Ordenanza Nro. 8057 con la Constitución local (SCJBA, conf. doct. causa C. 107.512, "Rosillo", resolución de 26-VIII-2009; arts. 299 y 300 del CPCC).

Por otra parte, cabe señalar que los agravios vinculados con supuestos errores de juzgamiento resultan ajenos a la vía intentada y propios del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (SCJBA, conf. causas Ac. 88.091, resolución de 2-VII-2003; Ac. 88.282, resolución de 4-II-2004; Ac. 98.014, resolución de 28-II-2007; Ac. 100.108, resolución de 9-V-2007, entre

otras). No es la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la sentencia, sino la de la norma aplicada o inaplicada por el *a quo*, lo que constituye el objeto del recurso extraordinario de inconstitucionalidad (SCJBA, conf. doc. causas A. 71.209; resolución de 28-XII-2011; Ac. 69.170, sentencia de 10-X-2012 y A. 72.897, resolución de 12-III-2014).

V.E., en consecuencia es que considero que el presente recurso extraordinario de inconstitucionalidad podría ser rechazado.

**2.-** En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de oficio, si bien en el caso entiendo que no se produce actualmente la violación al derecho de defensa, ni al debido proceso por cuanto el recurrente cuenta con las vías judiciales impugnatorias suficientes para cuestionarla, sin embargo estimo que sería la presente una buena oportunidad para que V.E. siente un nuevo criterio –de así estimarlo-, especialmente a la luz de lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ya nuestros textos constitucionales provinciales atribuyeron a los jueces que toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces (Arts. 46, Constitución de Buenos Aires de 1873; 48 de la Constitución de Buenos Aires de 1889; 44 de la Constitución de Buenos Aires de 1934 y actualmente artículo 57).

Asimismo hace al caso recordar el régimen francés con la creación del Consejo Constitucional en 1958, cuyas atribuciones se incrementaron en el año 1971 al incorporarse a la Constitución la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano y en 1947 en que se estableció por primera vez un tribunal que puede declarar inconstitucionales leyes sancionadas por el parlamento. Como así también "Marbury contra Madison" (5 U.S. 137 1803), proceso judicial abordado por la Corte Suprema de los Estados Unidos y resuelto el 24 de febrero de 1803, en dónde entre otras consideraciones sustanciales se

afirma la capacidad de los tribunales de realizar control de constitucionalidad, es decir juzgar la conformidad de una ley con la Constitución y para declarar nulas, dejándolas inaplicables, aquellas que pudieran contravenirla. A partir de ese momento se consolida jurisprudencialmente el criterio mediante el cual el Poder Judicial debe supervisar que los demás poderes del gobierno ajusten sus acciones a los preceptos básicos establecidos en la Constitución Nacional.

Es claro al respecto el artículo 31 de la Constitución Argentina en el establecimiento de este control constitucional difuso y el de asignar -separándose del texto de Estados Unidos-, a todas las autoridades de cada provincia la obligación de conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales (Ver art. VI párrafo segundo: "... Los Jueces de cada Estado estarán por lo tanto obligados a observarlos...").

Desde la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina al resolver de un impuesto de luz y faros, creado por contrato de 26 de noviembre de 1856, celebrado entre don Vicente Casares e hijos y el gobernador de Buenos Aires, sin sanción legislativa y sin estar autorizado por ningún ministro, en que fuera declarado inconstitucional ("Casares", T. 11:257), pasando por "Ganadera ¨Los Lagos¨" (T. 190:142), las disidencias de Fayt y Belluscio favorables a revisar el control de constitucionalidad de oficio (Juzgado de Instrucción Militar N° 50" de Rosario", T.306:303), a la aceptación de la declaración de inconstitucionalidad de oficio por los tribunales supremos de justicia provinciales de normas locales por oponerse a los textos constitucionales ("Fernández Valdez", T. 311:1855) hasta llegar a "Mill de Pereyra" ("Fallos", T 324:3219; considerandos 9no. y 10mo., especialmente este último) o a lo sentenciado *in re* "Banco Comercial de Finanzas", "Fallos" T. 327:3117. Diferentes posiciones y etapas dieron lugar a definiciones sobre este poder atribuido a la judicatura.

Por su parte ese alto Tribunal de Justicia ha tenido oportunidades de expedirse en favor de su admisión.

Lo que propongo a V.E. es una nueva adecuación que podría imponerse a la luz de los principios que hoy informan el debido proceso y especialmente el derecho a ser oído en toda propuesta, que novedosa, introduzca el tribunal que pudiera afectar sorpresivamente los derechos de las partes. Y ello por cierto, sin desvirtuar la doctrina de la congruencia constitucional de las normas a aplicar que se le plantea al juez antes y más allá de cualquier propuesta de inconstitucionalidad realizada por las partes (SCJBA, doctrina causas L 107.930, "Fanuele", sentencia de 17-VII-2015; L 107.420, "Pérez", sentencia de 19-II-2015; L. 84.880, "Castillo", sentencia de 27-VI-2007; L 74.311, "Benítez", sentencia de 29-XII-2004; L. 83.781, "Zaniratto", sentencia de 22-XII-2004; L. 53.740, sentencia de 27-II-1996, entre muchas otras) y asimismo no he dejado de valorar lo sostenido por mayoría de ese Tribunal de Justicia al sentenciar en la causa A 70.619, "Avelleyra", sentencia de 11-II-2016, considerando IV, 2, "a".

En tal cometido puedo advertir que determinadas doctrinas pueden hoy de estar necesitadas de una nueva consideración desde el punto de vista constitucional, el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias objetivas relacionadas con ellas podría llevar a adoptar acciones positivas a los fines de adaptarse a los estándares internacionales en que la Argentina se ha comprometido. Considero que la justeza en el derecho es soporte de la seguridad jurídica, y del derecho a gozar en lo posible de la mayor plenitud de las garantías judiciales (CSJN, "Fallos" "Itzcovich", T 328: 566, considerando 13 voto Juez Lorenzetti).

"N*o parece posible hablar de inconstitucionalidad de la ley procesal por exceso de garantías a favor de la persona humana. No debe descartarse que tal cosa ocurra, en aquellos casos en que el exceso de garantías haga ilusoria la certeza del derecho, pero no es esa la situación que ha creado problemas en el ámbito de la experiencia jurídica. En cambio, puede hablarse de inconstitucionalidad de la ley procesal por ausencia de garantías para la persona humana*" (Couture, Eduardo J., "E*l debido proceso como tutela de los derechos humanos*", La Ley, tomo 72, pág. 808 sec. Doctrina, Buenos Aires, 1953).

La Convención americana de los derechos humanos ha modificado significativamente el panorama constitucional argentino, y en el caso entiendo que habilitaría a que de estimarlo y sin perjuicio de posteriores reformas procesales, cuando los jueces, o tribunales advirtieran en la necesidad de proceder a declarar la inconstitucionalidad de una norma de oficio (*iura curia novit*) , se lo hicieran saber a las partes con un previo traslado a los fines de ser escuchadas y de adoptar luego, la decisión definitiva al respecto.

Los tratados internacionales, en sus textos, reconocen varios derechos y garantías que integran, completan y perfeccionan los previstos en la Constitución Nacional de 1853, y en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, entre ellos y en lo que aquí interesa el derecho de defensa con el derecho a ser oído con las debidas garantías, en un debido proceso que impida que las personas sean objeto de injerencias sorpresivas sin antes ser escuchadas (Art. 11; artículos 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; XVIII y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Con relación a tal derecho, y a su vinculación con la bilateralidad del proceso las partes retienen la capacidad de expresarse y valerse de medios e instrumentos y aún la deberían de mantener ante aquélla última *ratio* confiada a los magistrados para exaltar la idea de sujetos del proceso, y evitar sin sabores bajo un supuesto afán de beneficiarlos (CIDH en el caso "Ximenes Lópes vs. Brasil", del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez).

El artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto de un conjunto de requisitos que observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se observar "las debidas garantías" que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso. El incumplimiento de una de esas garantías conlleva una violación de dicha

disposición convencional (CIDH, "Barbani Duarte", Párr. 116 y 117 sentencia 13 de octubre de 2011). En esta sentencia se precisa el derecho a ser oído. Se sostuvo que ese derecho implica, por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba). Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido (Párr. 122).

Cabe señalar que la jerarquización de los tratados internacionales ha tenido la virtualidad, en algunos casos, de ratificar la protección de derechos y garantías ya previstos en nuestras constituciones; en otros, les ha dado más vigor; y en otros casos realiza nuevas proclamaciones o describe alcances de los mismos con más detalle y precisión sin olvidar que los tratados internacionales sobre derechos humanos establecen una protección mínima por debajo de la cual se genera responsabilidad internacional.

De esta manera, nuestra Constitución Nacional y sumado a ello los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos jerarquizados reflejan la orientación liberal garantizadora que debe imperar en un estado de derecho democrático para resolver los conflictos entre la autoridad y los individuos y respeto de éstos entre sí, y en ese sentido el estado de derecho debe garantizar y fomentar los derechos de las personas siendo éste su fin esencial. Es jurisprudencia inveterada que "*la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico*" (CSJN, "Fallos", T. 315:923; T. 316:188 y T. 321:441, entre otros).

Que ello se debe a que las normas sancionadas regularmente gozan de legitimidad democrática, piedra angular del autogobierno de los pueblos.

Pero los jueces no legitimar las decisiones mayoritarias, simplemente porque son mayoritarias (Cemerinsky Edwin Fireword: The Vanishing Constitution, en Harvard Law Review, 103:43, cit. CSJN, "Fallos", Arriola", T. 332:1963, consid. 34).

La Corte Interamericana ha señalado al atender a las leyes y a los derechos, que no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 de la Convención, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Puesto que ello podría conducir a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual "*...los derechos esenciales del hombre...tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos*" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Baena Ricardo v. Panamá", sentencia del 2 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, considerando 34, también cit. in re "Arriola").

El constitucionalismo actual reconoce como principio normativo la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, que constituyen el fundamento del orden político y la paz social (Título I, artículo 10.1. de la Constitución Española de 1978; artículo 1° de la Grundgesetz de la República Federal Alemana, cit. considerando 13, voto Fayt, in re "Arriola"). El hombre, eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental y se encuentra jurídicamente protegido; frente a él los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Cit. inmediata anterior).

Una declaración de esta naturaleza en que, más allá de la vía por la cual se la ha introducido, postula la declaración de invalidez constitucional de una norma, debe ser respuesta a un "caso", en el que las partes no son simples

espectadores. En efecto, la acción debe tener por finalidad precaver las consecuencias de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto, conflicto por una de ellas generado (Fallos: 307:1379; 310:606); relaciones respecto de las cuales se debe haber producido la totalidad de los hechos concernientes a su configuración (CSJN, "Brandi", considerandos 4 y 5 "Fallos", T. 330:3109 y con cita de "Fallos": T. 242:353 y mención de Frankfurter y de jurisprudencia norteamericana (341 U.S. 149) y de "Fallos": T. 214:177; T. 311:421, T. 320:1556; T. 322:688; T. 328:2429 y 3573).

De tal manera y en consecuencia, estimo que la cuestión queda planteada, y que es necesario precisar el criterio que se utiliza para un acto de tal gravedad, la declaración de inconstitucionalidad de oficio, a fin de contribuir a la seguridad jurídica. Todo ello, claro está, siempre y cuando las partes hayan tenido oportunidad de ser oídas con arreglo a las reglas del debido proceso, recaudos que merecen encontrarse asegurados.

La misión constitucional de los jueces en el proceso ha desplazado las formalidades propias del procedimentalismo para centrar la función en la eficacia y en el sentido de lo justo. Y es lo dicho en pos simplemente, de mejorar derechos y garantías, nada más.

**3.-** V.E. en conclusión aconsejo se rechace el recurso extraordinario de inconstitucionalidad, y de así estimarlo atender -de corresponder-, lo expuesto en cuanto a las garantías que se sugieren para ser actuadas en la eventual declaración de inconstitucionalidad de oficio.

Tal es mi dictamen.

La Plata, 21 de marzo de 2016.

**DRA. MARÍA DEL CARMEN FALBO**

Procuradora General
de la Suprema Corte de Justicia

*Sumario* ⬆

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: I 75.278-1

**“Asociación para la Protección de Consumidores del Mercado Común de Sur (Proconsumer) c/ Municipalidad de San Isidro s/ inconstitucionalidad decreto 401/2017”, fecha: 30/07/2020**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

**I-75278-1**

"Asociación para la Protección de Consumidores del Mercado Común de Sur (Proconsumer) c/ Municipalidad de San Isidro s/ Inconstitucionalidad decreto 401/2017".
**I 75.278**

**Suprema Corte de Justicia:**

La asociación Protección Consumidores del Mercado Común de Sur en adelante Proconsumer, por medio de apoderado, promueve demanda contra la Municipalidad de San Isidro, reclamando la anulación, por inconstitucionalidad, de la resolución municipal que aprueba el régimen municipal urbanístico -decreto 401/2017- por vulnerar disposiciones de rango constitucional y legal de protección de los derechos ambientales.

El titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 2 de San Isidro, luego de plantearse una cuestión de conexidad, resuelve declarar su incompetencia y elevar las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia (conf. art. 161 inc. 1°, Constitución de la Provincia de Bs. As.).

El alto Tribunal de Justicia declara su competencia y dispone reconducir la demanda al proceso previsto en los artículos 683 a 688 del Código Procesal Civil y Comercial, acción originaria de inconstitucionalidad.

**I.-**

La organización accionante procura la anulación por inconstitucional del Código de Planeamiento Urbano, aprobado por aquel decreto 401/2017 e impugna las normas atinentes a la instalación, funcionamiento y comercialización de conjuntos inmobiliarios -conforme la denominación del

actual Código Civil y Comercial, artículos 2073, 2074 y 2075- por considerar que vulnerarían los artículos 41 a 43 de la Constitución Nacional como así también el artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en lo que respecta al tema ambiental que consagran para los habitantes, el derecho de gozar de uno sano, preservarlo y mantenerlo para las generaciones presentes y futuras.

Denuncia la violación al orden jurídico ambiental al no haber dado cumplimiento a la ley nacional 25.675 y especialmente a la siguiente normativa provincial: ley 11.723 vigente al momento de iniciarse las obras, al decreto ley 8.912/1977 y a las leyes 6.253 y 6.254.

Se agravia puntualmente del artículo 1.1.2.4. del Código de Ordenamiento Urbano, en cuanto establece como definición de Vivienda Unifamiliar a una única unidad habitacional en una parcela con funcionamiento y servicios independientes, área libre (patio-jardín), acceso directo desde vía pública y estacionamiento propio; y como Viviendas Unifamiliares Agrupadas a dos o más unidades de vivienda por parcela, de tipología similar a la vivienda unifamiliar. Destaca que estas han sido las normas a las que ha echado mano el Municipio para violar el orden jurídico ambiental.

Tras hacer referencia a los antecedentes relacionados con los pedidos de informes administrativos y judiciales efectuados por la Asociación, a la demorada respuesta por parte del Municipio y negar la existencia en el Partido de "*urbanizaciones cerradas denominadas Barrios Cerrados y Clubes de Campo*; *que no existen Declaraciones de Impacto Ambiental*; *y que no existen por lo tanto, nóminas de urbanizaciones cerradas*", seguidamente la actora enumera la normativa aplicable a las urbanizaciones cerradas o conjuntos inmobiliarios que reputa no observadas por la demandada, a saber: los artículos 2073, 2074 y 2075 del Código Civil y Comercial, el decreto ley 8.912/1977 y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que reconoce el status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano.

Afirma que el Municipio habría instalado y comercializado en el Partido de San Isidro, bajo la denominación de viviendas

unifamiliares agrupadas, conjuntos inmobiliarios de los descriptos en el actual Código Civil, que las propias inmobiliarias de la zona publicitan como barrios cerrados.

Según Proconsumer, el Municipio estaría eludiendo la siguiente normativa con sus consecuencias: a) La Constitución Nacional en el artículo 41 que establece e instala la cláusula ambiental por la cual gozamos del derecho a un ambiente sano; b) La Constitución de la Provincia de Buenos Aires en su artículo 28; c) La ley 25.675 en sus artículos 11, 12 y 13; d) La ley provincial del ambiente 11.723 en sus artículos 10, 11 y 12; e) El derecho constitucional y *supra* constitucional del control público a través de la participación ciudadana; f) La ley 25.675, artículos 19/21; ley 11.723, artículo 2 inc. b] y c] y artículo 10 a 24; g) La protección de los suelos establecida en la ley provincial 6.253 en sus artículos 1° a 6°; h) El decreto reglamentario 11.368/1961 en sus artículos 1° a 4°; i) La ley 6.254 en sus artículos 1°, 2°, 3° y 5°; j) El artículo 56 y 59 del decreto ley 8.912/1977; k) El Código de Aguas -ley 12.257- en relación a la instalación de lagos y lagunas con el debido contralor de la autoridad del agua en sus artículos 5° y 6° y l) La Resolución N° 234/2010 del Directorio de la Autoridad del Agua de la Provincia de Buenos Aires, de fecha 18 de marzo y publicada el 5 de abril de igual año 2010.

Pone de resalto, seguidamente, todas las normas relativas a barrios cerrados y clubes de campo, así como la existencia de un listado de las urbanizaciones cerradas publicado por el Ministerio de Gobierno -Registro Provincial de Urbanizaciones Cerradas, Barrios Cerrados y Clubes de Campo-, del que se desprendería que todos los Municipios han interpretado correctamente la ley y la clasificación de los barrios; habrían emitido declaratorias de impacto ambiental y exigido a los interesados presentar un estudio de impacto ambiental.

También, que resultaría de dicho registro que todos los Municipios habrían interpretado que la ley nacional 25.675 y la ley provincial 11.723 deberían ser de aplicación, toda vez que esos núcleos urbanos resultarían ser obras susceptibles de degradar el ambiente. Con indicación de los artículos 11 de la primera y 10 de la ley ambiental provincial.

Manifiesta que la Municipalidad de San Isidro habría incurrido en graves irregularidades al proceder a la instalación de estos conjuntos inmobiliarios omitiendo cumplir con las exigencias de las leyes de orden público ambiental, al momento de iniciarse las obras.

En el caso, se agravia la actora porque la demandada no habría cumplido con el proceso de evaluación de impacto ambiental previo al inicio de la obra y con la audiencia pública obligatoria impuesta para garantizar la participación ciudadana conforme a las leyes ambientales y a tratados internacionales.

Cita la Resolución Nº 29/2009 del Organismo Provincial para el Desarrollo Sustentable -OPDS- aludiendo a lo dispuesto en sus artículos 3º y 4º cuya inobservancia en lo que respecta al proceso de evaluación de impacto ambiental también denuncia.

Alude, finalmente, a los requisitos que también se habrían incumplido que imponen, luego de la evaluación del impacto ambiental y la participación ciudadana, la declaración de impacto ambiental por parte del Municipio y su revisión por la autoridad provincial para que, luego, otorgue la Municipalidad la factibilidad final para la realización de la obra.

Da cuenta, asimismo, que el Municipio habría eludido someter los emprendimientos a la regulación fijada para los “núcleos urbanos” y acatar los recaudos previstos para la preservación de los “humedales”.

Ofrece prueba de carácter documental y de informes, solicitando se libren oficios al OPDS y al Ministerio de Gobierno.

Plantea la gratuidad del trámite incoado fundándose en el artículo 32 de la ley 25.675 y el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales; cita en su apoyo doctrina de la Suprema Corte de Justicia recaída en la causa Ac. 93.412, “*Granda*” (2005) e invoca el artículo 28 de la ley 26.361 que alude al beneficio de la justicia gratuita en las acciones iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva.

Plantea el caso federal en los términos del artículo 14 de la ley 48 y, a todo evento, de acudir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reclamando el control de convencionalidad ante el incumplimiento de las mandas constitucionales y la violación de los derechos de protección del ambiente.

Por último, menciona el accionante, a modo de resumen de los agravios constitucionales, que el Municipio de San Isidro interpretando caprichosa e ilegalmente las leyes vigentes habría dejado en manos administrativas comunales la autorización de instalación de las urbanizaciones cerradas.

Que, de tal modo, las aludidas normas municipales atentan contra el derecho de gozar de un ambiente sano. Hace mención de los artículos 41 de la Constitución Argentina, 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a la ley 25.675 y su complementario provincial al omitir la necesidad de un proceso previo de evaluación de impacto ambiental y eludir el derecho a la participación ciudadana, con cita entre otros del principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro y la Agenda XXI.

También invoca las leyes 6.253 y 6.254 de protección de los suelos; las normas de protección de humedales contenidas en el Convenio RAMSAR que serían violentadas junto a la normativa de la autoridad del Agua, de protección de los acuíferos y sobre instalación de nuevos núcleos urbanos.

Concluye que tal cúmulo de ilegalidades sustenta el acuse de inconstitucionalidad formulado.

**II.-**

Corrido traslado de ley, se presenta la Municipalidad de San Isidro y contesta la demanda, solicita su rechazo, con expresa imposición de costas a la parte actora.

Como consideración previa, manifiesta que, de acuerdo a la readecuación de la pretensión dispuesta por el Tribunal, el objeto de la acción -y el ámbito delimitado de conocimiento de esta vía- sería la discusión sobre

la validez o invalidez constitucional de una norma considerada en abstracto y motivada en un caso. Indica el artículo 161 inciso 1° de la Carta provincial.

Advierte que el objeto demandado no trataría sobre la norma en sí misma, en abstracto y su relación con la Carta Magna, sino sobre el incumplimiento de su aplicación por la Municipalidad de San Isidro.

Por dicha razón, adelanta que la demanda no podría prosperar, pues esta no sería la vía idónea para denunciar el incumplimiento de la normativa legal.

Afirma que la existencia de la norma no ocasionaría daño ambiental alguno, de modo que sería falsa la afectación que denuncia la actora por no tratar de una situación que genere una cuestión ambiental que afecte el artículo 28 de la Constitución local ni los términos de la ley 11.723.

En relación a la prueba documental acompañada por la actora, la desconoce en su totalidad señalando que carecerían de valor por tratarse de copias simples.

En orden a la pretensión ejercida en la acción de inconstitucionalidad, el demandado niega que la normativa mencionada por la actora -el decreto 201/2017, punto 1.1.2.4.- viole el orden jurídico y resulte inconstitucional.

Concretamente, niega que el Municipio hubiese violentado la normativa provincial o nacional, sosteniendo que sus actos resultarían ajustados a derecho conforme las atribuciones que le son propias según la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y el decreto ley 6.769/1958.

Asimismo, niega que existan en el distrito humedales bucólicos y áreas rurales, ni que se violente el Código de Aguas; la instalación de nuevos núcleos urbanos, todo lo cual evidenciaría –dice- la falta de conocimiento cabal del distrito y de sus características físicas por parte de la actora.

Reitera que lejos de plantear un análisis abstracto de la norma, sólo se agravia del supuesto incumplimiento de su aplicación.

Y niega, por fin, tanto la legitimación que invoca la actora para intentar la acción, como la gratuidad del trámite fundada en la normativa ambiental que argumenta, pues tratándose de una acción autónoma de inconstitucionalidad, correspondería que tribute las costas procesales.

Sostiene, seguidamente, que la demanda de inconstitucionalidad resultaría extemporánea, pues habría operado el plazo de caducidad para interponer la acción, sin que el caso resulte alguno de los que regula el artículo 685 del Código de Procesal Civil y Comercial como excepción al referido plazo.

En consecuencia, la expiración del plazo fijado en la ley procesal habría extinguido la competencia de la Suprema Corte de Justicia para entender en la presente acción. Cita doctrina jurisprudencial.

Sin perjuicio de lo dicho, considera el demandado que la acción resultaría inadmisible por carecer de los requisitos elementales para su promoción.

Expone que la queja la centra en el actuar de la administración y la interpretación de las normas, la norma general en abstracto no contiene ninguna tacha de inconstitucionalidad.

Destaca que en primer lugar la norma general abstracta atacada por el demandante es el Código de Ordenamiento Urbano, pero ese código, por el hecho de receptar una definición de lo que llama viviendas unifamiliares agrupadas, no colisionaría con ninguna norma del ordenamiento jurídico, mucho menos con la Constitución.

Ello pues la pretensión, lejos de formularse contra la norma general y abstracta -el Código de Ordenamiento Urbano- alguna tacha de inconstitucionalidad por colisionar con normas de rango superior, en realidad versaría sobre el modo como la administración la habría interpretado y aplicado

al interesado, planteo éste que resultaría improcedente en la acción originaria de inconstitucionalidad. Cita, al respecto, profusa jurisprudencia de ese Alto Tribunal.

Es por ello que entiende que la demanda tal y como ha sido articulada, resulta formalmente improcedente.

Por otro lado, considera que la demanda resultaría inadmisible por ausencia de caso concreto, de interés actual o inminente.

Expone que el objeto primario de la instancia prevista por el artículo 161 inciso 1° de la Constitución provincial consiste en la verificación de la validez de la norma considerada en sí misma, sin que ello importe que deban desatenderse por completo los perjuicios derivados de la lesión a los derechos de la parte interesada derivados de su inminente o efectiva aplicación.

Continúa expresando que, de lo contrario, no habría "caso" ni "legitimación", requisitos que se infieren a partir de la situación fáctica en que se enmarca la pretensión.

Afirma que si lo que se cuestiona por medio de la acción originaria no sería la constitucionalidad de la norma, sino el modo en que se la aplicó, la demanda en este específico carril procesal resultaría inadmisible.

En este sentido, destaca el exponente que la actora no menciona ningún daño, actual o inminente, producto de la aplicación de la norma.

Asevera que se opone al progreso de la acción el hecho de formular alusiones genéricas, sin precisar de modo concreto cómo y de qué forma la disposición municipal estaría dañando al medio ambiente que pretende resguardar.

Tras señalar que la demanda omitiría deliberadamente observar que sí se habrían realizado los estudios de impacto ambiental, discurre luego el responde de la demandada en la mención de las características de la acción declarativa de inconstitucionalidad, de jurisdicción originaria de la Suprema Corte

de Justicia, como así de los alcances de la sentencia que eventualmente recaiga, que tendría únicamente efectos inter partes, sin que las normas objetadas de inconstitucionales pierdan su operatividad y validez, salvo para el caso concreto, y sin perjuicio de la reiteración de pronunciamientos semejantes en los casos concretos que en adelante se sometan.

Invoca, seguidamente, diversos precedentes jurisprudenciales en los cuales los superiores tribunales de nación y provincia habrían precisado, por un lado, la necesidad de un "caso" o "controversia", es decir, un asunto en que se pretende de modo efectivo la determinación del derecho debatido entre partes adversas, fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante.

Y por el otro, que el derecho o interés de quien acciona, debería existir al presentarse la acción y subsistir hasta el momento del dictado de la sentencia.

Recuerda, por fin, la relevancia para el presente caso que tendrían los precedentes de la Corte federal -que menciona-, que fueron fijando los lineamientos para definir los requisitos de la legitimación procesal para demandar la tutela de los derechos de incidencia colectiva.

Postula, finalmente, el rechazo de la demanda por inadmisible, por ausencia de caso concreto, de interés actual o inminente.

En cuanto a su procedencia, sostiene la demandada que, en relación al objetivo de la acción -la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1.1.2.4. del Código de Ordenamiento Urbano -texto ordenado por decreto 201/2017- el planteo de la actora incurriría en absurdo en virtud de su vacuidad.

Es que, según destaca, el C.O.U. vigente sólo recopilaría las definiciones de la legislación provincial -el decreto ley 8.912/1977, que no habría sido puesto en crisis en la demanda- con la finalidad de determinar y regular el F.O.T. y el F.O.S., también definido en dicho dicha norma, en razón de reglamentar la densidad poblacional por metro cuadrado.

Alude la demandada, en este sentido, a las definiciones técnicas de los artículos 32, 35 y 42 del citado decreto ley, expuestas en el capítulo específico relativo a la densidad poblacional, de donde surgen definiciones y diferenciaciones entre “dispersa” y “agrupada”; “unifamiliar” y “multifamiliar”, “F.O.T. y F.O.S.”, y la definición de “clubes de campo” en el artículo 64.

Entiende que la Asociación Proconsumer plantea la inconstitucionalidad de un articulado del C.O.U. que simplemente recepta definiciones técnicas prescriptas por la propia legislación provincial que se insinúa vulnerada por el Municipio. De tal modo, lo expuesto mostraría el error conceptual del planteo de la actora que, indirectamente, implicaría tachar la ilegalidad de una norma que no ha sido puesta en crisis en la demanda.

Postula la demandada, además, la falta de legitimación de la actora.

Sobre este punto, destaca que la actora intentaría justificar su intervención al amparo de la acción prevista en la legislación ambiental que no sería aplicable al caso ante una acción declarativa de inconstitucionalidad. Menciona el artículo 34 de la ley 11.723.

Por otra parte, observa que la actora carecería de domicilio, de representación en la Provincia de Buenos Aires.

A ello agrega que no estaría inscripta en la Dirección Provincial de Personas Jurídicas, y su inscripción en la Inspección General de Justicia correspondería al ámbito del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

De tal modo afirma que carecería de legitimación para promover la acción al no contar con vinculación jurídica e interés con la cuestión debatida.

A criterio de la demandada, la actora habría intervenido excediendo su objeto social -la defensa de sus asociados- pues no habría afectación ni lesión concreta ellos o a la asociación.

Se habría arrogado la representación en abstracto del ambiente, pero sin identificar un caso concreto, tan sólo afirmaciones genéricas, abstractas y condicionales.

Por ello, entiende que, si bien la interpretación de la legitimación activa habría de ser amplia, no basta que cualquier persona, sin invocar un perjuicio concreto para sí o para sus afiliados, quede legitimada para iniciar un proceso con la excusa de un posible tema ambiental, sin un caso y sin que exista cuestión ambiental puntual urgente.

Invoca en apoyo de sus argumentos lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia en orden a la ausencia de la *legitimatio ad causam*, es decir la falta de legitimación activa de *Proconsumer*. Cita doctrina de las causas B 59.358 "*Rapagnini*" (2001) de la Suprema Corte de Justicia y de la Corte federal, causas "*Halabi*" (2009); "*Thomas*" (2010) y "*Cavalieri*" (2012).

Sin perjuicio de los argumentos vertidos con el fin de desvirtuar las afirmaciones de la accionante, expresa que el Partido de San Isidro no tendría zonas rurales; la zonificación sería urbana con una impronta residencial y deportiva. Cita el artículo 5° inciso I punto b) del decreto ley 8.912/1977.

Aduce que el Partido conforma el primer cordón del conurbano, en una traza continua de carácter urbano que integran cinco ciudades: San Isidro, Acassuso, Martínez, Béccar, Boulogne y Villa Adelina, con asfalto, agua corriente, electricidad, cloacas, gas natural, iluminación led de la vía pública, sistema propio de fibra óptica, cámaras de vigilancia y sistema de patrullaje municipal.

Insiste en que no existiría una periferia rural que haya que transformar o que se haya transformado; que en la jurisdicción no se habrían transformado humedales ni zonas rurales en urbanizaciones como habría sucedido en los territorios de Pilar y de Tigre.

Refiere que del plano que forma parte del C.O.U., surgen dos zonificaciones especiales: el batallón de arsenales 601 de Boulogne y

el barrio de emergencia La Cava; el primer caso dominio de jurisdicción militar, el segundo, sujeto al Plan federal de viviendas, y ambos no constituirían humedales "bucólicos".

Afirma que el Municipio de San Isidro sería pionero en la recuperación de los espacios públicos costeros, para el esparcimiento de la población en un ámbito natural y la práctica de deportes, y que la Comuna protege los espacios y derechos ambientales incluyendo la recuperación o novación territorial en pos de su cumplimiento.

Adhiere a los fundamentos del decreto ley 8.912/1977 en cuanto no se registran en el distrito, ni existieron al momento de su sanción, fracciones agropecuarias sujetas a una división especulativa, tal como procuraba evitar la norma en cuestión, que transcribe en lo pertinente en cuanto a la utilización racional de las determinaciones territoriales y sus usos, urbano y rural. Recuerda hechos acontecidos en la que se involucraban a firmas inmobiliarias, en territorios que menciona.

Niega que se hubieran instalado nuevos núcleos urbanos en el distrito; invoca desconocimiento de la situación por parte de la accionante a la que atribuye ajenidad con la provincia.

Funda su derecho en lo dispuesto en los decretos leyes 8.912/1977 y 6.769/1958, en las normas del ordenamiento procesal civil y comercial, doctrina y jurisprudencia.

En cuanto a la prueba, ofrece como documental el Código de Ordenamiento Urbano -Boletín Extra N° 1.039- y el Código de Edificación Boletín Extra 481-10995-I-2009.

Asimismo, se opone a la producción de la ofrecida por la parte actora por estimarla inconducente y solicita se prescinda de otras medidas probatorias y pase la causa a concluida para definitiva, con cita del artículo 687 del Código Procesal Civil y Comercial.

En caso de no admitirse las defensas deja planteado el caso federal, en los términos del artículo 14 de la ley 48, por violación de los artículos 1°, 5°, 18, 19, 22, 28, 31, 123 y concordantes de la Constitución Nacional.

Por último, solicita se dicte sentencia, se rechace la demanda, con expresa imposición de costas a la actora.

**III.-**

Tras la producción de la prueba, las partes presentan sus respectivos alegatos.

**3.1**.- La Municipalidad de San Isidro manifiesta que Proconsumer no habría acreditado daño alguno producido por aplicación de la normativa, ni el interés afectado en sus afiliados.

Reitera, como lo había expresado en la contestación de la demanda que además carecería de domicilio y de representación en la Provincia de Bs. As. y, por tanto, de legitimación activa para promover la acción.

Insiste en afirmar que la Asociación actúa excediendo su objeto social –que consiste en la protección de derechos concretos de sus asociados- toda vez que, sin tener socios afectados directamente, se arroga la representación o defensa abstracta del medio ambiente mediante afirmaciones genéricas, en abstracto y en condicional.

Destaca que, de considerarse válido este criterio, se habilitaría a la actora a reclamar, por cualquier razón y en cualquier punto del país, sin sustento en el caso concreto y sin afectación de derechos colectivos o pluriindividuales definidos, lo que -por más amplia que sea la interpretación de la legitimación activa- sería inadmisible si no existiese una cuestión ambiental puntual urgente.

Concluye que la actora carece de acción para intentar la presente demanda al amparo de una supuesta legitimación ambiental, quedando demostrada su falta de legitimación activa, con cita de la causa mencionada "*Rapagnini*".

En cuanto a la restante prueba documental que fuera desconocida por la demandada, se afirma que no derivaría de ella la presunta inconstitucionalidad del Código de Ordenamiento Urbano, más aún cuando del informe de la Secretaría de Planeamiento Urbano surgiría claramente la realización de los estudios de impacto ambiental que objeta la actora.

Agrega que su oposición -en razón de su inconducencia- a la producción de la prueba de informes y a la exhibición de documental habría resultado conveniente toda vez que habría sido desistida por la proponente.

En lo que respecta a la ofrecida por su parte, expresa que el Código de Ordenamiento Urbano y el Código de Edificación receptan en su articulado definiciones técnicas que están prescriptas en el decreto ley 8.912/1977 de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo de la Provincia de Buenos Aires, para concluir -tras reiterar plurales consideraciones efectuadas en el escrito de contestación de la demanda- que del cotejo de la normativa municipal con las leyes de mayor rango y la Constitución Nacional, no se presentaría ningún viso de inconstitucionalidad.

**3.2.-** Por el lado de la parte actora, Proconsumer se presenta a fin de alegar.

Al respecto expresa que el Municipio de San Isidro habría tergiversado el idioma, la ley, los conceptos y la realidad.

Ello pues, en el Partido en cuestión, los conjuntos inmobiliarios que constituyen barrios cerrados o clubes de campo, se denominarían como viviendas unifamiliares multifamiliares agrupadas, cobijándose en una normativa administrativa violatoria del orden ambiental.

Insiste en que ni la realidad ni los residentes en ella aceptan dicha denominación, admitiéndose que se trata de barrios cerrados.

Concluye que, por la notoriedad de los hechos y el sesgamiento de la conducta municipal por largos años, correspondería declarar la inconstitucionalidad de las normas denunciadas, y obligar al Municipio a

encuadrar aquellos emprendimientos en el orden jurídico ambiental conforme sus leyes rectoras 25.675 y su complementaria provincial 11.723.

**IV.-**

A los fines de emitir opinión a través del presente dictamen, abordaré el examen de los planteos de caducidad y de falta de legitimación para promover la acción originaria de inconstitucionalidad intentados por el Municipio de San Isidro, para luego considerar la admisibilidad y procedencia de la demanda.

**4.1.-** Caducidad.

La demandada ha planteado que la acción originaria de inconstitucionalidad intentada resulta extemporánea por haberse deducido fuera del plazo previsto por el artículo 684 del Código Procesal Civil y Comercial

Sin embargo, el referido plazo de 30 días establecido en la norma citada, sólo rige en los casos de contenido patrimonial, hallándose exceptuados de la caducidad los supuestos enumerados en el artículo 685 del mismo código -normas que tengan carácter institucional o afecten derechos no patrimoniales- o, en cualquier caso, si aún no han sido aplicados al demandante y la acción se ejercite con finalidad preventiva.

En el caso, la motivación de la demanda alude a la presunta afectación de derechos de incidencia colectiva, particularmente al medio ambiente sano, lo que constituye la invocación de uno de los derechos humanos de tercera generación, surgidos de la actualización que ha recibido, hacia fines del siglo XX y comienzos del XXI a través de sucesivas declaraciones temáticas, la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Siendo el contenido y la finalidad de la demanda ajeno a los derechos patrimoniales de la accionante, entiendo que no rige el plazo de caducidad para su presentación.

En este sentido, ha expresado esa Suprema Corte de Justicia que "*[…] el plazo de caducidad previsto en el art. 684 del Código Procesal Civil y Comercial únicamente tiene virtualidad cuando el interés patrimonial define el contenido de la acción de inconstitucionalidad que se promueve, pero no respecto de cuestiones que afectan derechos de la personalidad no patrimoniales*", *con cita del artículo 685 de la norma adjetiva (causa I 1995 "Sabatini Silvia Adriana", sent., 05-11-2005, I 75.419, "Asociación de Farmacias Mutuales y Sindicales de la Provincia de Buenos Aires*", res. 20-02-2019 y sus citas, e. o.).

En consecuencia, entiendo que V.E. deberá considerar tempestiva la acción deducida.

**4.2.-** Legitimación.

La asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur (Proconsumer), al pretender la inconstitucionalidad del decreto 401/2017 que aprueba el régimen municipal urbanístico de San Isidro, invocó la existencia de un derecho de incidencia colectiva, como es el derecho al ambiente.

Para justificar su legitimación para promover la acción, se arrogó la atribución –en representación del colectivo aludido- de reclamar el derecho de gozar de un ambiente sano, de preservarlo y mantenerlo para las generaciones presentes y futuras.

Señaló a tal efecto que, entre los objetivos previstos en su Estatuto Social, la entidad tiene contemplada, a partir de la reforma aprobada en el año 2004, la temática ambiental e invocó el artículo 43 inciso 2° de la Constitución Argentina, en tanto permite actuar "*…en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente…*" a "*…las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley…*".

Ahora bien, la legitimación en la causa constituye un elemento sustancial para la debida implementación de la relación que se traba entre las partes. Ella consiste en la adecuación normativa entre la posición jurídica

que se atribuye el sujeto y el objeto que demanda, en términos que, al menos en abstracto, justifiquen preliminarmente el conocimiento de la petición de fondo que se formula.

Esta legitimación *ad causam* exige un interés actual y comprometido en el conflicto jurídico, sin el cual no podrá hablarse de una "parte" en sentido estricto, como titular del interés que se invoca.

Para la cabal comprensión de su significado, es necesario diferenciar los conceptos de legitimación e interés, aun cuando ambos están en estrecha relación. Si por legitimación se entiende la posición procesal que corresponde a determinado "sujeto", mediante el interés se identifica el criterio que debe ser satisfecho a efectos de que ese sujeto esté en posibilidad de participar de determinado proceso.

La doctrina que fue sentando la Corte Suprema de Justicia en materia de legitimación ha impuesto, a partir del caso "*Halabi*" (Fallos, 332:111), luego ratificado y precisado entre otras en la causa "*Thomas*" (Fallos, 333:1023), que en los procesos colectivos es imprescindible la existencia de "causa", lo que obsta a la actuación "en abstracto"; y de "parte", esto es, quien se beneficia o se perjudica con la resolución y que, consecuentemente, debe demostrar un interés jurídico suficiente.

Ahora bien, en el presente caso, más allá de la genérica invocación formulada en la demanda, lo cierto es que la Asociación Proconsumer, quien –como lo sostuvo la demandada- no tiene domicilio en el Partido de San Isidro y, ni siquiera, en la Provincia de Buenos Aires, y no identifica cuáles serían sus afiliados que resultarían afectados, no intenta vincular su actuación con situación o dato alguno que evidencie su interés concreto en la declaración de inconstitucionalidad, es decir, con el perjuicio cierto actual o inminente que la norma impugnada causa o causará para la asociación o para sus afiliados.

Una de las condiciones que impone la Constitución de la Provincia al regular, en el artículo 161 inciso 1°, la demanda originaria de

inconstitucionalidad, es la exigencia de que la norma que es objeto de la tacha sea "controvertida por parte interesada".

La doctrina jurisprudencial entiende que ese interés que ha de mover a quien deduce la acción debe poseer como característica el ser "particular" y "directo". Es decir que, para que exista legitimación para obrar, el sujeto debe ser afectado o, si la acción es preventiva, habrá de serlo por la aplicación de la norma jurídica cuya constitucionalidad se controvierte.

Aun en supuestos como el de autos, donde lo que estaría en juego, según la postura de la actora, es un derecho de incidencia colectiva como el medio ambiente, en el que la mirada sobre la legitimación activa se vuelve más laxa y abarcativa -ya que por fuera de los individuos directamente afectados, también estarían legitimados el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a la protección del ambiente, debidamente registradas (cfr. arts. 43, Constitución Argentina y 30, Ley General del Ambiente 25.675), lo cierto es que ello no excluye la exigencia del "interés concreto".

Ello, así pues, más allá de la amplitud en la interpretación acerca de quiénes están habilitados para iniciar acciones en defensa de los derechos colectivos, en ningún caso -y menos en el de las asociaciones intermedias- puede soslayarse la indispensable existencia de agravio.

Respecto del punto en cuestión, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que resulta razonable exigir a quienes pretenden iniciar procesos colectivos una definición cierta, objetiva y fácilmente comprobable de la clase, circunstancia que exige caracterizar suficientemente a sus integrantes de forma tal que resulte posible a los tribunales corroborar, en la etapa inicial del proceso, tanto la existencia de un colectivo relevante como determinar quiénes son sus miembros así como también cabe exigir que se expongan en forma circunstanciada, y con suficiente respaldo probatorio, los motivos que llevan a sostener que la tutela judicial efectiva del colectivo representado se vería comprometida si no se admitiera la procedencia de la acción (cfr. CSJBA, "*Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur*", Fallos, 338:40;

"*Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad*", Fallos, 339:1077; "*Usuarios y Consumidores Unidos*". sent., 23-07-2020)

En definitiva, si la persona o el colectivo que demanda -en este caso, la Asociación Proconsumer- no acredita revestir la condición de "parte interesada", carece de legitimación "ad causam" para instar la inconstitucionalidad que, por vía de la acción originaria del artículo 161 inciso 1° de la Carta local, pretende.

Así, ha dicho esa Suprema Corte de Justicia que "*el adecuado desempeño del servicio de justicia requiere la existencia de un caso, causa o controversia (arts. 116, Const. Nac; 2, ley 27), cuya manifestación típica, obviamente, podrá variar según la materia que informe al conflicto. Ello explica entonces que, en lo atinente a la legitimación para obrar, los derechos o intereses a tutelar deban ser ejercidos por quien es titular de la relación jurídica sustancial de la que derivan*".

Para continuar: "*Desde luego, en algunos supuestos, como cuando se halla comprometida la defensa de los bienes de interés público (v.gr. los derechos de incidencia colectiva en general, art. 43, primer párrafo de la Constitución nacional) la legitimación ofrece mayor amplitud, sin llegar a derivarse de ello la adjudicación a cualquier persona de la automática aptitud para demandar, ni a entronizar, en todas las materias, la vigencia de la acción popular.*

Puntualiza: "*Así, ciertas normas del ordenamiento, constitucionales (art. 43, cit.) y legales (v.gr., arts. 12, primer párrafo, 14 inc. F, y concs., ley 13.834, con sus modificaciones) habilitan en modo puntual a entes u órganos el ejercicio de una legitimación extraordinaria para actuar en juicio accionando en defensa de determinados derechos de terceros en asuntos relativos al desempeño funcional de tales autoridades*" (*conf. Causa I. 73.296. "Comisión Provincial por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires* (CPM)", sent., 13-08-2014).

Se ha dicho también, que por más amplio y flexible que deba ser el acceso a la jurisdicción (art. 15, Constitución de la Provincia de

Bs. As.), no hay duda de que la aptitud legitimante en el proceso constitucional supone, en este tipo de casos, una cierta pertenencia o titularidad del derecho o interés que se invoca (SCJBA, "S*anzio*", res., 22-05-2019 y sus citas) y exige su efectiva acreditación (SCJBA, I 2179, "*Jaroslavsky*", sent., 30-11-2011; I 72.580, "*Florentín*", res., 08-05-2013).

Consecuentemente con lo expuesto, opino que VE podría declarar inadmisible la presente demanda originaria de inconstitucionalidad.

**4.3.-** Procedencia.

Para el caso de no compartir V.E. la solución propuesta, considero que, de todos modos, la acción intentada no puede prosperar.

La demandada ha puesto en crisis la procedencia de la demanda originaria instaurada, afirmando que no habría sido demostrada por la parte actora la colisión entre la disposición municipal y las previsiones de la Constitución de la Provincia, ya que lejos de plantear un análisis abstracto de la norma cuestionada, sólo se agravia del supuesto incumplimiento de su aplicación.

Entiendo que le asiste razón.

En efecto, lejos de ocuparse de demostrar cómo la legislación municipal impugnada -el decreto 401/2017 que aprueba el Código de Ordenamiento Urbano de San Isidro- colisiona en sus disposiciones con los preceptos de la Constitución de la Provincia, la organización accionante -en rigor de verdad- plantea su disconformidad con las cláusulas del aludido decreto en lo que atañe a la regulación de los conjuntos inmobiliarios, fundada en que no responderían a las previsiones normativas aplicables a dicho tipo de urbanización.

Así vista la cuestión, puede concluirse que los planteos de la asociación Proconsumer no residen en la validez o invalidez

constitucional del referido decreto, sino que versan más bien en una disconformidad con la interpretación y aplicación que pudo haberse hecho de sus disposiciones.

Es que, en definitiva, el agravio esgrimido por la actora postula que los núcleos urbanos o conjuntos inmobiliarios en el Partido de San Isidro se habrían concretado sin cumplirse con la reglamentación impuesta por la normativa ambiental que cita, más de tal modo no consigue proponer a conocimiento y decisión de esa Suprema Corte de Justicia un verdadero "caso constitucional".

Ello así, en la medida que los argumentos expuestos no aparecen cuestionando la validez constitucional de la norma en abstracto, desvinculada de las circunstancias particulares del caso, que resulta ser el supuesto específico de impugnación previsto en el artículo 161 inciso 1° de la Constitución de la Provincia.

La particular naturaleza que reviste el proceso de declaración originaria de inconstitucionalidad debe ser objeto de utilización excepcional y restrictiva, en tanto ha sido dotado de un mecanismo específico por la ley adjetiva, no susceptible de ser direccionada para fines ajenos a los que impulsaron su inserción normativa, dado que ello implicaría desnaturalizar su esencia y, consecuentemente, el taxativo mandato constitucional, siendo que existen vías procesales alternativas que posibilitan brindar adecuada y completa tutela jurisdiccional a las concretas pretensiones que, con relación a los actos que importen aplicación de las normas reputadas y atacadas como contrarias al texto de nuestra Carta Magna, persigan los justiciables (cfr. en este sentido, causa I 1580, "*Lascano*". sent., 02-12-1997; I 1648, "*Club de Campo San Diego* SA", sent., 12-04-2000, e. o.)

Ha dicho reiteradamente V.E. que, si bien la aplicación concreta de un precepto puede afectar principios constitucionales, ello nada tiene que ver con la validez del precepto en abstracto, que es lo único que puede discutirse mediante la acción de inconstitucionalidad (SCJBA, I 74218,

*Pardo Villarroel*", res., 17-08-2016; I 69624, "*Stampi Sanguineti SA*", sent., 08-05-2019, e. o.).

**V.-**

En virtud de las consideraciones precedentes soy de opinión que V.E. podría desestimar la demanda de inconstitucionalidad promovida (art. 687, CPCC).

La Plata, 30 de julio de 2020.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

*Sumario* ⬆

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 74.310-3

**“Vela, Darío René y Otros c/ Massuh SA s/ Legajo de Apelación - incidente epidemiológico”, fecha: 25/06/2020**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

**A-74310-3**

"Vela, Darío René y Otros c/ Massuh SA s/ Legajo de Apelación - Incidente epidemiológico".
**A 74.310**

**Suprema Corte de Justicia:**

Vuelven las presentes actuaciones a los fines de emitir vista en la causa de referencia ante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la "Asociación para la Defensa Medioambiental y Educación Ecológica 18 de Octubre" contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo -integrada por los señores jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata- recaída en el "*incidente epidemiológico*" vinculado a la causa principal "*Vela, Darío René y Otros c/ Massuh SA y Otros s/ Reparación o recomposición de daño ambiental*" (v. fs. 124/137; 185/186).

Mediante esta decisión se revoca el punto segundo del resolutorio del Juzgado de Primera Instancia N° 1 en lo Contencioso Administrativo (03-03-2011; fs.1/2, legajo de apelación) de igual sede, imponiendo costas de alzada a la parte actora (v. fs. 111/113).

El punto segundo revocado dispone: "*Ordenar a Nación Fideicomisos SA que, en el plazo de cinco días deposite la suma de* $ 22.300, *presupuestada por el* INUS (Centro Interdisciplinario Universitario para la Salud) *para la realización del estudio, bajo apercibimiento de aplicación de astreintes, que se harán efectivas en la persona del funcionario responsable solidariamente con el Sr. Presidente de Nación Fideicomisos SA, en beneficio de la parte actora*".

La parte actora interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 124/137; 26 de octubre de 2006), la Cámara declara su

improcedencia a fs. 139, cuestión que la lleva a recurrir en queja (v. causa Q 74.501, "*Vela Darío Rene y Otros c/ Massuh y Otros s/ Legajo de Apelación -Incidente epidemiológico- Recurso de queja por denegación de recurso extraordinario Inaplicabilidad de ley*"; fs. 156; 173/179 vta.).

La Suprema Corte de Justicia hace lugar y declara mal denegado el recurso; oportunidad en la que resuelve dar intervención a la Procuración General (v. fs. 185/186; arts. 283, CPCC; 21 inc. 7°, Ley 14.442 y 103, C.C.).

**I.-**

**I.1.** En el recurso el presentante comienza reseñando los antecedentes del caso, hace referencia a la grave contaminación constatada en la etapa preliminar del proceso instaurado contra la Papelera Massuh SA, que motivara por parte del Juez la convocatoria a sucesivas audiencias para alcanzar una solución (v. fs. 124 vta./125 vta.).

Refiere que ello deriva en la firma de un primer acuerdo entre Massuh SA y la parte actora -homologado el día 23 de mayo del año 2006- que al poco tiempo sería incumplido por la papelera, generando que el Juez dispusiera una auditoría ambiental y diversas medidas para paliar la contaminación, hasta que tras una nueva audiencia se produce su modificación mediante el convenio de remediación del día 8 de octubre del año 2008 y la Adenda de fecha 16 de febrero del año 2009 (v. fs. 125 vta./126 vta.).

Destaca el recurrente que, tras la firma del acuerdo, Massuh SA habría comenzado con problemas financieros que culminarían con la quiebra, cuyo cierre motiva la suspensión de las acciones de remediación que se encontraban en ejecución, como así la suspensión del personal (v. fs. 126 vta.).

Da cuenta que el cierre de la Papelera Massuh habría motivado la intervención del Estado Nacional -la Secretaría de Comercio Interior- mediante el diseño de un fideicomiso para paliar las graves consecuencias que acarreaba la falencia de la empresa, tanto en lo laboral como en lo ambiental (v. fs. 127).

Expone que el Fideicomiso Financiero Empresa Papelera de Quilmes, se habría constituido por la Administradora Nacional de la Seguridad Social -ANSES- como fiduciante, Nación Fideicomiso SA como fiduciario, administrador y liquidador (v. fs. 127).

De esta manera, dice el presentante que el Estado a través de la ANSES financia el abordaje de la crisis empresaria de la ex Papelera Massuh, asignándole a Nación Fideicomiso SA la administración de los fondos respectivos para seguir adelante con la actividad y compromisos de la empresa (v. fs. 127 vta.).

Hace saber que en esas circunstancias, se suscribe -con fecha 24 de septiembre del año 2009- entre Nación Fideicomiso SA en su carácter de fiduciario del Fideicomiso Papelera Quilmes, el Municipio de Quilmes, y la parte actora (vecinos y Asociación para la Protección Ambiental 18 de Octubre), un "Acuerdo Marco sobre Cese y Remediación de Daño Ambiental", en el que el fideicomiso asumiría la calidad de codemandado, reconociendo las graves consecuencias de la polución sobre la salud del vecindario (v. fs. 128).

Destaca que quien representa al fideicomiso habría sido Nación Fideicomisos SA en su calidad de fiduciario, comprometiéndose a llevar adelante las tareas para hacer cesar la actividad contaminante y remediar el pasivo ambiental (v. fs. 128).

Recuerda el recurrente que, con anterioridad a la suscripción del acuerdo, su parte habría requerido como medida cautelar y frente a la reapertura de la planta, la realización de un estudio epidemiológico para constatar los efectos nocivos de la contaminación, estudio que se ordena realizar por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires (v. fs. 128 vta.).

Incumplida su realización se dispone el cumplimiento a través del Centro Interdisciplinario Universitario para la Salud de la Universidad Nacional (v. fs. 128 vta.).

Refiere que durante cinco años se llevaron a cabo acciones tendientes a la realización de dicho estudio, considerado el medio idóneo para verificar la problemática y brindar los abordajes médicos para mitigar graves efectos sobre la salud de los vecinos (v. fs. 128 vta./129).

Continúa exponiendo que, en tal sentido se requiere al INUS un detalle de las tareas, tiempo de ejecución y un presupuesto, el cual se presenta por la suma de pesos ochocientos cuarenta y cinco mil setecientos veinticinco ($ 845.725.-) al 8 de junio del año 2016 (v. fs. 129).

Tras este desarrollo, advierte el recurrente que el *thema decidendum* se circunscribiría a determinar si Nación Fideicomiso SA ha sido correctamente condenada al pago de las sumas para la realización de dicho estudio (v. fs. 129).

De allí que considera que, al revocar la alzada el punto segundo de la sentencia del juez contencioso que así lo ordenaba, habría efectuado una errónea aplicación de la ley desatendiendo los derechos a la salud y al ambiente sano, incurriendo en absurdo al vaciar de contenido la decisión del punto primero del fallo en crisis, pues si Nación Fideicomisos SA no afronta los gastos de realización del estudio, el mismo no podría realizarse o sería de muy difícil concreción (v. fs. 129).

Además, atribuye mala fe a la demandada Nación Fideicomiso SA por su actitud dilatoria promoviendo un sinnúmero de incidentes para evitar el estudio, lo que importaría, para la actora, la violación a los principios fundamentales de celeridad procesal, no dilación y entorpecimiento de la justicia, lo que pide sea tenido en cuenta al momento de resolver (v. fs. 129).

Por último, pone de resalto que con fecha 11 de mayo del año 2010 la recurrente denuncia el incumplimiento del Acuerdo Marco del día 24 de septiembre del año 2009, y con posterioridad, el propio fideicomiso habría informado al juez el inicio de su procedimiento de liquidación (v. fs. 130).

**I.2.** En cuanto a la admisibilidad del recurso extraordinario, la parte recurrente precisa que "*la sentencia atacada es equiparable a definitiva, dado que genera un perjuicio irreparable, afectando irremediablemente la efectividad de la tutela medioambiental que comprende el derecho a la salud en su faz colectiva, reclamada en autos, sin dejar resquicio alguno para lograr el cumplimiento sobre la realización del estudio epidemiológico*" (v. fs. 130).

Considera que por ello correspondería abrir la competencia casatoria en el *sub lite*, dado que no existiría otra vía idónea a la que se pudiera acudir para remediar el agravio ocasionado por la decisión de la Cámara, lo que transformaría al embate deducido en la vía útil y necesaria. Cita doctrina y jurisprudencia (v. fs. 130 y vta.).

Sostiene en particular que cuando se encontrase en juego la protección del ambiente, el Máximo Tribunal habría hecho excepción a la regla según la cual determinadas decisiones son irrecurribles en casación (como las que se expedirían en medidas cautelares), si debido al riesgo objetivo de una incidencia negativa apreciable en el entorno ambiental, se podría generar un agravio de imposible, difícil o insuficiente reparación ulterior. Cita fallo (v. fs. 130 vta.).

Entiende que la señalada hipótesis de excepción se haría patente en el *sub lite*, toda vez que lo resuelto por la Cámara de Apelaciones, al dejar sin efecto la intimación dispuesta por el Juez de Primera Instancia a Nación Fideicomisos SA (en su carácter de Fiduciario y Liquidador del "Fideicomiso Papelera Quilmes"), impediría hacer efectivo el cumplimiento de la realización del estudio epidemiológico, vaciando de contenido la decisión de la sentencia del día 3 de marzo del año 2011, en tal sentido (v. fs. 131).

Aduce que en caso de confirmarse la decisión en crisis y no poder exigírsele a Nación Fideicomisos el pago de las sumas suficientes para hacer frente al estudio epidemiológico ordenado, no tendrían legitimado pasivo solvente alguno que las lleve a cabo (v. fs. 131).

Asimismo, considera que el valor del litigio supera con creces el referido en el art. 278 del ritual, y en cuanto al plazo, estima que el recurso es tempestivo. En cuanto al depósito previo, el mismo no resultaría exigible por el principio de gratuidad en materia ambiental (doct. SCBA "Granda", res del 02/11/2005, v. fs. 131 vta.).

**I.3.** Seguidamente, el recurrente pasa a desarrollar los fundamentos que lo llevan ante ese Tribunal de Justicia, anunciando como agravios: **a)** por un lado**,** los errores que contiene la decisión de revocar la orden de depósito contra Nación Fideicomisos; y **b)** por el otro, la decisión de imponer las costas a la actora (v. fs. 132/132 vta.).

Puntualiza, respecto de la decisión de revocar la orden de depósito, que el único argumento central del fallo consistiría en considerar que para Nación Fideicomisos SA no habría responsabilidad personal, toda vez que la misma se limitaría a los bienes fideicomitidos (v. fs. 132 vta.).

Afirma que la sentencia incurre en absurdo. El absurdo en el cual recaería la decisión en crisis, a partir de una interpretación que desconoce los antecedentes del caso, al considerar la orden del juez, circunscripta a una condena personal a Nación Fideicomisos SA y no en la calidad en la cual habría sido incorporada al proceso, es decir como fiduciante del Fideicomiso de Administración Papelera Quilmes (v. fs. 133).

Sostiene que la denuncia de absurdo importaría en paralelo la alegación de una hipótesis de arbitrariedad para el caso que hubiese que acudir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación para remediar el vicio aludido, en los términos del artículo 14 de la ley 48 y su doctrina (v. fs. 133 vta.).

Para el recurrente, la Cámara yerra al considerar que Nación Fideicomisos no actúa en autos a título personal, sino como Fiduciaria del Fideicomiso (v. fs. 134).

Afirma que, de acuerdo al régimen legal de Fideicomisos -artículo 14 de la ley 24.441- el establecimiento de un negocio jurídico de esta

calidad no haría nacer una nueva persona jurídica, distinta del fiduciario. Sino que sólo determinaría el principio de separación de patrimonios, pero no lo transformaría.

Apunta que lo que en realidad se expresa es que el fiduciario -en el caso, Nación Fideicomisos SA- habría recibido un dominio especial sobre determinados bienes -el dominio fiduciario- que no se confundirían con los propios (v. fs. 134).

Agrega que la circunstancia de que exista una separación entre el patrimonio personal de Nación Fideicomisos SA y el patrimonio fideicomitido, no querría decir que ambos no pertenezcan a la misma persona (v. fs. 134).

Concluye este aspecto expresando que, desde esa perspectiva, la condena recaída en la sentencia del día 3 de marzo del año 2011 sería perfectamente viable contra Nación Fideicomisos en su carácter de fiduciaria, es decir, de titular y responsable por la composición del patrimonio fideicomitido (v. fs. 134).

En otro orden, entiende errada la decisión en cuanto considera que la condena afectaría el patrimonio de Nación Fideicomisos SA. Ello así -sostiene- porque al momento de la sentencia de grado habría existido patrimonio fideicomitido suficiente para hacer frente a la erogación resultante de aquel fallo (v. fs. 134 vta.).

Argumenta que, aún frente a los hechos sobrevinientes relacionados con el presupuesto asignado a junio del año 2016 por parte del INUS para la realización del estudio epidemiológico, tampoco sería oponible la limitación del patrimonio fideicomitido dado que el propio contrato de fideicomiso establecía un mecanismo de patrimonio flexible y abierto, frente a la insuficiencia del patrimonio fideicomitido, sería el fiduciario quien debe requerir a ANSES la ampliación patrimonial suficiente para hacer frente a la erogación, garantizándose de tal modo la indemnidad patrimonial personal de Nación Fideicomisos SA (v. fs. 134 vta.)

En suma, finaliza su planteo expresando que los dos argumentos utilizados por la Cámara de Apelación, a saber: que la condena impuesta a Nación Fideicomisos SA por la sentencia de grado lo fue en carácter personal, y que tal decisión afectaría el patrimonio personal de Nación Fideicomisos SA, resultarían erróneos (v. fs. 134 vta./135).

**I.4.** Por fuera de los agravios planteados en el recurso extraordinario, la recurrente solicita a V.E., con sustento en las contingencias derivadas en el presente proceso, que no habría conseguido brindar la tutela ambiental reclamada haciendo cumplir las obligaciones y responsabilidades de los agentes involucrados, que como se habría dispuesto en otras causas concernientes a la tutela de derechos de incidencia colectiva flexibilice el régimen recursivo y convoque a las partes a audiencia, en ejercicio de sus atribuciones para poder abordar más efectivamente la problemática de la contaminación originada en el establecimiento Papelera Massuh (v. fs. 135/136).

**1.5.** Mantiene el caso federal frente a las cuestiones de rango constitucional y supranacional respecto al derecho al medio ambiente sano. Con mención de los artículos 41, 18, 28 y 75 inciso 22 de la Constitución Argentina y artículos 8º y 25 CADH (v. fs. 136).

Finalmente, solicita se revoque la sentencia en crisis y se mantenga la de primera instancia, con costas (v. fs. 137).

**II.-**

Adelanto que correspondería hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto.

Tal como sostiene la recurrente ha mediado un evidente error interpretativo con relación al alcance de los términos del decisorio emitido por el magistrado de primera instancia con fecha 3 de marzo de 2011, en la determinación del sujeto que tendría que afrontar los costos del estudio epidemiológico oportunamente ordenado, a título de medida cautelar, en las actuaciones correspondientes a los autos principales (v. fs. 2862/2864).

Dicho error de interpretación atribuido al pronunciamiento de alzada resulta de una entidad tal que configura el absurdo denunciado por el recurrente en su prédica, cuando en la determinación de los alcances de la resolución de primer grado, al establecer que el costo que insuma la producción del estudio epidemiológico aludido -allí encargado a un organismo dependiente de la UNLP- *"deberá ser afrontado por la demandada, Nación Fideicomisos S.A."* se estimó que quien debía costear los gastos de dicho informe técnico era el fiduciario con su patrimonio personal -Nación Fideicomisos S.A.-, cuando en rigor -y así resulta claramente del párrafo del decisorio de primera instancia precedentemente citado- dicha obligación fue puesta en cabeza de la demandada, Fideicomiso Financiero y de Administración Empresa Papelera Quilmes, representada en el proceso por Nación Fideicomisos S.A.

Queda en evidencia así el vicio lógico del razonamiento desplegado por los sentenciantes de Alzada cuando infieren de aquella primigenia imposición la atribución a título personal de Nación Fideicomisos S.A. de una carga que sin dudas resultaba propia del fideicomiso por él administrado, limitada en lo patrimonial a los bienes fideicomitidos, sin que pudiera válidamente colegirse -tal como se postula en el decisorio impugnado- que ello implicaba extender al fiduciario un gasto dinerario que debía corresponder al fideicomiso interviniente en autos, con cita del artículo 726 del Cód. Civil y Comercial y de doctrina de autor especializada en la materia.

Tiene dicho V.E. en forma inveterada que *"la interpretación de la Alzada de los términos y alcances de un decisorio dictado por el juez de primer grado, en tanto involucra la lectura de una pieza procesal, es una tarea privativa de las instancias ordinarias e irrevisable en sede extraordinaria salvo la condigna denuncia y demostración de absurdo"* (conf. SCJBA, causas C. 114.713, "*Vidal*", sent., 11-03-2013; C. 119.025, "*Aceto*", sent., 6-05-2015; entre otras), hipótesis que se configuraría en el caso en juzgamiento con la interpretación cuestionada, a poco de analizar los antecedentes de la causa.

En efecto, conforme las constancias obrantes en el proceso principal -en el que el "Fideicomiso Financiero y de Administración Empresa Papelera Quilmes" vino precisamente a sustituir a la empresa originalmente demandada (Massuh S.A.), luego de decretada su quiebra por los problemas financieros que la aquejaran-, dicho fideicomiso fue creado por decisión del Estado Nacional, con los aportes provenientes de la Administradora Nacional de la Seguridad Social (ANSES), en el carácter de fiduciante, configurando un patrimonio de afectación cuya administración y custodia fue atribuido a Nación Fideicomisos S.A., en el carácter de fiduciaria, en cuyo contexto dicha entidad fiduciaria no interviene a título personal ni responde con sus propios bienes por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que habrán de ser satisfechas exclusivamente con el patrimonio fideicomitido (conf. constancias del contrato de fideicomiso, celebrado con fecha 21 de mayo de 2.009, denominado "Fideicomiso Financiero y de Administración Empresa Papelera de Quilmes", cuya copia certificada obra a fs. 3.073/3.097 del expte. principal).

De tal manera las conclusiones que se cuestionan son el producto del error grave y manifiesto que derivan en afirmaciones insostenibles a la luz de las constancias objetivas de la causa (SCJBA, Rc 123443, "*Mugnaga*", res., 30-10-2019; Rc 122505, "*Expreso Lomas S.A.*", res., 06-11-2019; Rc 123670, "*Fideicomiso de Recuperación crediticia Ley 12.726*", res., 19-02-2020, e. o.).

**III.-**

De acuerdo a los argumentos expuestos correspondería hacer lugar al recurso extraordinario por un error en la crítica de interpretación dada por los sentenciantes que configura el absurdo manifestado por el impugnante (Art. 283, CPCC).

La Plata, 25 de junio de 2020.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

*Sumario* ⬆

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: I 70.771

**“Rotella Nélida Mercedes y Otros c/ Municipalidad de Pergamino s/ inconstitucionalidad ordenanza N.° 7082/09”, fecha: 20/03/2019**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Rotella Nélida Mercedes y Otros c/ Municipalidad de Pergamino s/ Inconstitucionalidad Ordenanza Nro. 7082/09".
**I 70.771**

**Suprema Corte de Justicia:**

Vienen nuevamente las presentes a los efectos de tomar intervención en los términos de los artículos 103 del Código Civil y Comercial y 21 inciso 7 de la Ley N° 14.442 (v. fs. 590).

**1)** Nélida Mercedes Rotella, -por sí y en representación de su hijo Felipe Alberto Castillo-; Eva Beatriz Pereyra, por propio derecho, y Mariano Miguel Pereyra -por sí y en representación de su hijo Nicolás Pereyra (v. fs. 338; nacido 08-02-2007)-, promovieron una demanda originaria a tenor de lo previsto en los artículos 161 inciso 1° de la Constitución de Buenos Aires, 683 y concordantes de Código Procesal Civil y Comercial contra la Municipalidad de Pergamino, solicitando a V.E. que declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Nro. 7.082/09, promulgada el 3 de diciembre del año 2009, por considerar que vulnera de manera directa y evidente expresos preceptos de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (Arts. 10, 11, 28, 31, 36, 44, 57, 192 inc. 4° y concs.; v. fs. 343/355).

A fs. 588 se presentó el Sr. Felipe Alberto Castillo por sí, al alcanzar la mayoría de edad (v. fs. 332 y 334, nacido el 21-01-1995).

En dicha oportunidad solicitaron como medida cautelar que V.E. ordene a la Municipalidad de Pergamino la suspensión de la ordenanza ante una "*situación objetiva de riesgo urbanístico-ambiental, y ante el evidente peligro que la convalidación de la ordenanza causará a los actores*". Con cita en los artículos 4, principio 2° -preventivo- y 32, de la Ley Nro. 25.675; 230, del Código Procesal Civil y Comercial y 2499 del entonces vigente Código Civil.

También pidieron la concesión de una medida de no innovar, con el objeto de que la Municipalidad se abstenga de sancionar una ordenanza, o el dictado de un acto administrativo por el que se disponga modificar la zonificación residencial del lugar (Zonas RE2-R5C del Barrio Parque Villa Gral. San Martín), "*...altere la residencialidad de cualquiera de sus parcelas y/o cree o recepte en sus parcelas zonas y/o distritos industriales*" (v. fs. 344).

Por último peticionaron que se hiciera extensiva dicha orden a la Provincia de Buenos Aires -Ministerio de Infraestructura-, "*en el trámite de convalidación de la ordenanza que haya iniciado la accionada*", y que se requiriera a la Municipalidad que se abstuviera de emitir habilitaciones provisorias y/o definitivas, permisos o actos equivalentes a la empresa INPLA, S.A., y/o a la persona física y/o jurídica que lleve adelante la actividad en el predio, sito en Avenida Venini -Norte Nro. 155, Avenida Venini- Norte Nro. 57 (intersección con calle 2, o "*Del Mazo*"), incluyendo el depósito que la firma poseería en dicha arteria (v. fs. 344).

**2)** V.E. previo a resolver sobre la concesión de la medida cautelar solicitada, confirió pase de las presentes actuaciones a la Procuración General, en los términos del entonces artículo 59 del Código Civil y del artículo 13 inciso 7 de la Ley 12.061, norma esta última que se encuentra en la actualidad derogada (v. fs. 357 vta.).

En aquélla ocasión, la entonces Procuradora General -luego de efectuar un pormenorizado análisis de la solicitud- consideró que V.E. debía hacer lugar a la medida cautelar peticionada (v. fs. 358/ 371).

De esta forma se propuso que hiciera lugar, en el entendimiento de que la misma permitiría, "*y sin perjuicio de aquellas medidas que estime V.E. que mejor correspondan*", atender la situación de los actores y de esta forma "*proteger efectivamente el interés de los niños y de los habitantes de lugar*".

Se justificó esta postura en el hecho de que el otorgamiento de una tutela cautelar podría llegar a proteger de la posibilidad de un daño inminente originado en la afectación al entorno urbano de un vecindario,

que debía ser ponderado a la luz de los principios preventivo y precautorio, propios de la materia ambiental, previstos en los artículos 28 de la Constitución de la Provincia 41 de la Constitución Nacional (cc. art. 4 de la ley Nro. 25.675; fs. 371).

Por tal motivo, y debido a que no se había producido una adecuada expedición de una declaración de impacto ambiental, como así tampoco, habría habido suficiente información y debate entre los ciudadanos, la Procuración General sostuvo la conveniencia de su concesión por considerar configurado "*un cuadro objetivo de riesgo urbano-ambiental*". Con cita de doctrina de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia, en las causas: I 68.174, "*Filon*", (2007) e I 69.331, "*Asociación Civil en defensa de la Calidad de Vida* (ADECAVI)", (2010); v. fs. 371, *in fine*.

Por último, se atendió asimismo, a lo sostenido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, -con cita de la Corte Europea de Derechos Humanos-, en el sentido de que "*existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos. Que el reconocimiento del trabajo realizado por la defensa del medio ambiente y su relación con los derechos humanos cobra mayor vigencia en particular, en casos contenciosos y la adopción de medidas provisionales*", con cita del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "*Protocolo de San Salvador*", que reconoce expresamente el derecho de todo ser humano a vivir en un medio ambiente sano. Se hizo mención del artículo 11 de dicho protocolo y de lo sentenciado en el caso de "*Kawas-Fernández v. Honduras*", (2009), y sus citas (v. fs. 371 vta.).

**3)** Ese Alto Tribunal de Justicia bonaerense hizo lugar a la medida cautelar solicitada (v. fs. 378/386, 28 de marzo de 2012).

Así ordenó a la Municipalidad de Pergamino que suspendiera todos los efectos de la Ordenanza 7082/09 "*hasta tanto se dicte sentencia en las presentes actuaciones*".

También resolvió que aquél municipio "*se abstenga de dictar cualquier tipo de acto que pudiera alterar la zonificación residencial del lugar, de emitir habilitaciones provisorias y/o definitivas respecto de la empresa* INPLA S.A. y/o cualquier otra persona cuya actividad recaiga sobre el predio catalogado como Distrito Industrial por la Ordenanza cuya legitimidad se cuestiona" (v. fs. 385 vta.).

Finalmente exigió al entonces señor Gobernador de la Provincia de Buenos Aires "*se abstenga de dictar o en su caso publicar, el acto administrativo aprobatorio de la Ordenanza 7082/09 de la Municipalidad de Pergamino*", todo ello previo a otorgar caución juratoria (v. fs. 386).

**4)** La Municipalidad de Pergamino se presentó a contestar la demanda originaria (v. fs. 395/ 432).

Luego de efectuar una negativa de carácter genérico a todas y cada una de las cuestiones postuladas en la demanda que no sean expresamente reconocidas (v. fs. 395/401) se explayó sobre el Código de Zonificación de la ciudad de Pergamino, sobre el cual destacó que era del año 1980, y por lo tanto a su entender desactualizado.

Por tal motivo propuso efectuar una modificación por medio del Concejo Deliberante respetando todos los pasos legales para lograr dicho objetivo.

Recordó que el decreto ley 8912/77 (Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo) en su artículo 3 inciso b) determina que "*las Comunas deberán realizarlo –al ordenamiento territorial- en concordancia con los objetivos y estrategias definidas por el Gobierno Provincial para el sector y con las orientaciones generales y particulares de los planes provinciales y regionales de desarrollo económico y social y de ordenamiento físico*" (v. fs. 404).

Agregó que la modificación del Código de Zonificación bajo ningún aspecto puede considerarse que importe una situación crítica -art. 3 inciso e)-.

De allí que concluyó que la modificación del mismo no sólo sería necesaria, sino que además resultaría ajustada a derecho. Con mención de los artículos 20 y 21, del decreto ley 8912/77 (v. fs. 404 *in fine* y vuelta).

En lo que se refiere a la fábrica INPLA SA, explicó que "*no es la primer empresa que se desempeña en el lugar, habiéndolo hecho con anterioridad industrias tales como 'Burrone', 'Embotelladora La Perla', ' Transporte Couto', entre otras, y seguir el anclaje en uno Ordenanza (zonificación) de más de treinta años, sin duda –y en contra de lo que refieren los actores- los perjudica sobremanera…*" (v. fs. 404 vta.).

Más adelante efectuó ciertas consideraciones de carácter técnico referidas a las características de la empresa. En efecto, explicaron que la firma "*IMPLA S.A. es la empresa más importante de la República Argentina en el rubro, con más de 15 años de funcionamiento continuo*" (v. fs. 413 vta.).

Luego realizó una detallada descripción de los distintos trámites de carácter administrativo llevados a cabo, como así también, de los pasos que habría cumplido en el ámbito del Concejo Deliberante previo a la sanción de la ordenanza impugnada (v. fs. 414/ 422).

Atacó la cuestión formal de la presente demanda originaria, solicitó sea declarada inadmisible y que la acción estaría prescripta -por entender que la fábrica fue radicada en el año 1996, y que por tal motivo por más de diez años "*nadie objetó la instalación, la inversión millonaria de la Empresa, su funcionamiento, etc., y ahora de buenas a primeras, solicitan se levante*" - (v. fs. 427 vta.).

Ofreció prueba confesional, de informes, testimonial, instrumental, pericial, como así material probatorio en manos de terceros y documental (v. fs. 428 vta./ 431).

Para finalizar dejó planteado el caso federal (v. fs. 431 vta./ 432).

**5)** V.E. dispuso la apertura del período probatorio (v. fs. 438).

**6)** De fojas 449 a 565, se acompañó informe de auditoría ambiental producido por la Universidad Tecnológica Nacional (Regional La Plata) -Secretaría de Extensión Universitaria, Departamento de Ingeniería Industrial- a pedido de "*Ingenieros Consultores & Asociados*" (v. fs. 566, 19 de agosto de 2016).

**7)** El apoderado de la Municipalidad solicitó a V.E. el levantamiento de la medida cautelar (v. fs. 567/ 570).

Para fundar ese pedido, recordó que las medidas cautelares son de carácter provisorio, y por ese motivo "*…en base a los fundamentos científicos expuestos en la documental adjuntada*" consideró que se encontrarían acreditados "*hechos objetivos que indican un claro cambio de circunstancias que determinaron su dictado*" (v. fs. 569).

Agregó que resultaría apropiado considerar "*las conclusiones arribadas en el Informe de Auditoría Ambiental confeccionado por el Departamento de Ingeniería* Industrial de la Universidad Tecnológica Nacional, de fecha 27/5/2016…" (v. fs. 569 vta.).

Advirtió que en dicho informe se sostuvo, entre otros puntos que la empresa INPLA S.A. llevaría adelante procesos productivos que no serían generadores de grandes impactos a nivel regional; que tomaría medidas de preservación en lo referido a materias primas de impacto negativo; que respecto a los afluentes, la planta operaría bajo un sistema de circulación de agua cerrado, no habiendo otro tipo de afluente potencial de contaminación; que sobre el problema de las emisiones gaseosas y material particulado, se encontraría restringido "*puertas adentro de la empresa*" y que de las condiciones de seguridad e higiene no se observaría una afectación al medio circulante de la empresa.

Añadió que en lo referente a la generación de residuos "*provenientes de scrap de proceso, el caso particular del polietileno es reutilizable dado que el mismo es fundido y convertido en grumo para ser utilizado en el proceso nuevamente*" y que "*el resto del scrap es dispuesto para ser vendido a terceros*". Indicó que los ruidos y vibraciones se encontrarían bajo los parámetros admisibles

y que "*de las recomendaciones formuladas, las mismas no son demostrables de un real impacto negativo al medio ambiente y vecinal*" (v. fs. 570).

Por lo expuesto en el párrafo anterior, solicitó el levantamiento de la medida cautelar y que, en su caso, "*se modifique permitiendo que la Municipalidad de Pergamino esté facultada para expedir habilitación provisoria respecto de la empresa* INPLA S.A. *y/o cualquier otra persona cuya actividad recaiga sobre el predio*" (v. fs. 570 vta.).

**8)** La parte actora, luego de ser debidamente notificada, contestó el traslado referido a la solicitud de levantamiento de la medida cautelar, como así del informe ambiental obrante en las presentes actuaciones producido por la Universidad Tecnológica Nacional (v. fs. 576/ 578).

Manifestó su "*absoluto rechazo a todo lo presentado por la accionada, cuestionando la solvencia técnica y jurídica de la presentación, e impugnando el sentido de la intención del representante del fisco local consistente en legitimar a una empresa ilegal, por carecer de habilitación, por esta ubicada en zona residencial y por no conmover la prueba aportada por la actora que acredita la ilicitud de su accionar productivo por el daño al ambiente que genera desde hace años en un Barrio Parque, en total connivencia con las autoridades comunales*" (v. fs. 576).

Luego realizó impugnaciones "*en particular*" al citado informe pericial, a saber:

Sostuvo que el "*alegado informe*" poseería "*pobreza argumental*", además de que no surgiría quién lo habría solicitado.

A su vez, entendió que las leyes ambientales establecerían la obligatoriedad de una "*declaración de Impacto Ambiental* -NO UNA AUDITORÍA- *para que un emprendimiento particular funcione*" (v. fs. 576, mayúsculas según el original).

En lo que se refiere al contenido de dicho informe, rechazó todas y cada una de sus conclusiones, por ejemplo, que la empresa INPLA SA no produciría altos impactos a nivel regional, que tome medidas preventivas;

que, respecto a los efluentes, la empresa posea un sistema de circuito cerrado de agua, que en materia gaseosa estaría "*restringido puertas adentro*" sin afectación al medio externo (v. fs. 576 vta.).

También descalificó entre otras afirmaciones del informe, lo sostenido en cuanto a que el "*scrap*" sería reutilizado.

Entendió que dicho documento fue acompañado extemporáneamente, y que no habría sido ofrecido como prueba al momento de contestar la demanda.

Precisó: "SE INTRODUJO AL PROCESO POR EXCLUSIVA VOLUNTAD UNILATERAL DE LA CONTRARIA, *además de que la actora no ha tenido el debido control de su producción…*" (v. fs. 576 vta., las mayúsculas se corresponden con el original).

Por las razones expuestas, ratificó la necesidad de mantener la medida cautelar oportunamente otorgada (v. fs. 578).

**9)** VE a fs. 590, a tenor de lo dispuesto en la resolución 274/13 -PSCJBA- dispone la intervención de la Procuración General a los efectos de evacuar vista respecto a la solicitud de levantamiento de la medida cautelar que se otorgara con fecha 12 de marzo del año 2012 (v. fs. 378/ 386).

El pedimento se motiva en el documento producido por la Universidad Tecnológica, agregado a fs. 449/565 (año 2016).

Cabe recordar que las medidas cautelares no tienen un fin en sí mismo, se hallan ordenadas a asegurar la eficacia de una sentencia posterior (Calamandrei, Piero, "*Introduccion al estudio sistemático de las providencias cautelares*", traducción de Marino Ayerra Merín, Buenos Aires, El Foro, 1996, p. 40).

La Municipalidad con el requerimiento no acredita que se hayan garantizado los derechos que se esgrimieron al demandar y que

dieran lugar a la cautelar en cuestión al estar en juego entre otros principios, el precautorio (cf. art. 203, CPCC).

Antes bien observo que la demandada ha ofrecido entre otras pruebas, la pericial, cuyo estado de producción no se alcanza a visualizar con las actuaciones remitidas y que, a todo evento, insto como Ministerio Público a su realización y al oportuno control por las partes.

Lo expuesto en la auditoría atiende a información brindada por una de las partes (vrg. fs. 465/466), lo cual no permite receptarla como fundamento para provocar la revisión de la decisión adoptada.

De tal manera no alcanza para constituir una seria evaluación final sobre el estado de riesgo ambiental que se vincula a la empresa y a sus habitantes afectados.

Considero que no se encuentran satisfechas las circunstancias que permitan remover la cautelar dispuesta.

Entiendo que es razonable lo afirmado por la parte actora, cuando sostiene que el mentado informe fue introducido en el proceso en forma intempestiva, sin garantizar la igualdad a las partes y la bilateralidad más aún, en procesos de esta naturaleza y que mereciera el aval del Concejo Deliberante (cf. art. 27, incs.1 y 17, dec. Ley 6769/58).

Asimismo, debo recordar tal como se expusiera a fs. 43/57, la incompatibilidad en la localización de una industria de esta magnitud y los impactos y riesgos que trae aparejados, en un barrio previamente residencial con el agravante de compartir manzana con casas de familia (v. esp. fs. 49, 52 y 56).

Nos encontramos con una cuestión de orden público, indisponible para las partes, que exige el respeto de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio y la estricta observancia de sus componentes esenciales: a ser oído y poder afirmar, probar alegar y recurrir "*y de la correcta evaluación –de conjunto- de la prueba pertinente y decisiva, analizada con sujeción a las reglas*

*de la sana crítica*" (conf. Morello, Sosa, Berizonce y Tessone, "*Manual de Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*", p. 421, segunda edición ampliada, Librería Editora Platense SRL, La Plata, 1997).

En consecuencia, no encuentro que se innove sobre las cuestiones sometidas a controversia (cf. art. 202, CPCC) y especialmente ante la etapa procesal en que transita la causa.

La Plata, marzo 20 de 2019.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 74.951

**“Pereyra German y otros c/ Aguas Bonaerense SA -ABSA- s/ amparo colectivo”, fecha: 13/02/2019**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Pereyra, Germán y otros c/ Aguas Bonaerenses Sociedad Anónima -ABSA- s/ amparo colectivo"
**A 74.951**

**Suprema Corte de Justicia:**

Vienen las presentes actuaciones a esta Procuración General a los efectos de tomar vista respecto al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el apoderado de Aguas Bonaerense SA -en adelante ABSA- contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con sede en Mar del Plata de fecha 22 de junio de 2017 (v. fs. 1107/1129 y 1143/1154vta.).

**I.-**

En forma previa, he de relatar las distintas etapas procesales por las que transitaron las presentes actuaciones.

**1.1.-** El abogado Germán Pereyra con fecha 28 de abril de 2015, por derecho propio y patrocinando a María Celia Lorente y a Ismael Telmo Bustamante, los tres con domicilio en la ciudad de Dolores, interpuso una acción de amparo colectivo, invocando el carácter de usuarios "*afectados por el deficiente servicio de agua potable*" brindado por ABSA y la Provincia de Buenos Aires, también demanda al Organismo de Control de Aguas de Buenos Aires (OCABA), por entender que no cumpliría en forma efectiva con sus funciones legales (v. fs. 86/97).

Solicita que el órgano jurisdiccional obligue a "*que las demandadas, **realicen las obras y tareas necesarias** dentro de un plazo breve y razonable, a su costa y cargo, **para proveer agua en calidad y cantidad suficiente a los usuarios del servicio de agua potable de la ciudad de Dolores***,

*bajo apercibimiento de pagar una multa diaria…*" (v. fs. 86, el remarcado pertenece al original).

Demanda que hasta tanto sean efectuadas las obras, se ordene "***refacturar el servicio*** *a la demandada* ABSA, *descontando el consumo de agua potable de todos los usuarios de Dolores atento el incumplimiento de la demandada*" (v. fs. 86, el remarcado pertenece al original).

A su vez, piden que en un plazo de sesenta días o los que el órgano judicial considerare oportuno, sea presentado un plan obras y su ejecución, y que la misma se efectúe "*con constante monitoreo*" por parte del juez interviniente (v. fs. 86 y vta.).

Respecto a la legitimación activa manifiesta que son vecinos de Dolores y usuarios del servicio que presta ABSA en dicha ciudad, y para ello detallan el domicilio particular y el número de identificación como usuarios (v. fs. 86 vta.).

Refiere que la acción de amparo colectivo constituye la vía más apta para reclamar en sus condiciones de usuarios de un servicio público. Hacen expresa mención del caso "Halabi" (2009), de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que entienden serviría para justificar su legitimación activa en una acción colectiva como la pretendida.

Subraya que la doctrina de dicha causa habría sido receptada por V.E. en la sentencia recaída en autos C 91.576, "*López, Rodolfo Osvaldo*" (2014). Transcribe la parte del fallo que considera de aplicación al presente (consid. tercero, puntos 2.2.c del voto del Señor Juez Hitters).

Sobre la legitimación pasiva manifiesta que la Provincia de Buenos Aires "*es la principal responsable como concedente*" de este servicio (v. fs. 88 *in fine*).

Que ABSA es la concesionaria "*que explota el servicio de agua potable en la ciudad de Dolores y debido a la falta de inversiones la red de abastecimiento de agua potable de la ciudad se encuentra en pésimo estado con*

*usuarios que hace años que no tienen acceso al agua potable en calidad y cantidad suficiente*" (v. fs. 88vta.). Transcribe determinadas cláusulas del marco regulatorio del servicio de agua potable y desagües cloacales establecido por medio del decreto 878, ratificado por medio de la ley 13.154, por lo que infiere la responsabilidad de la empresa estatal concesionaria del este servicio público (v. fs. 88 vta./ 89).

Respecto al OCABA, explica que es demandado por ser "*el organismo que debió controlar, y no lo hizo, sobre el deficiente servicio de agua brindado por* ABSA., *pese a los reiterados reclamos de los usuarios*" (v. fs. 89).

En lo que se refiere a la admisibilidad de la presente acción indican que se encontrarían cumplidos los requisitos de procedencia formal a tenor de lo establecido en el artículo 43 de la Constitución Nacional y por Ley 13.928.

Agrega que se trataría de una omisión por parte de ABSA en "*brindar el servicio de agua potable a los usuarios de la ciudad de Dolores en calidad y cantidad suficiente*" (v. fs. 89 vta./90).

Explica, a su vez, que esta omisión sería ilegítima al resultar afectado "*el derecho constitucional de acceso al agua que es considerado un bien esencial y primordial para el desarrollo de una vida digna, y como el derecho básico, base, para el goce pleno de otros derechos*". Cita jurisprudencia y doctrina (v. fs. 90).

Sobre los hechos que motivan la demanda expresa que hace ya varios años "*que el servicio de agua potable de la ciudad de Dolores viene siendo deficiente, pero en los últimos días se ha convertido en intolerable, ya que se ha agravado con cortes de agua, sin previo aviso y por varios días, falta de presión en la red por varios días, meses, y en algunos barrios incluso por años, pérdidas de agua por toda la ciudad, falta de respuesta a los reclamos de los usuarios, camiones de agua que abastecen a escuelas y lugares públicos ante la falta de suministro, falta de inversión, todo lo cual es de público conocimiento*" (v. fs. 91 vta.).

A continuación, efectúa un detallado informe del servicio que presta ABSA, al cual considera deficitario. Agrega que debido a ello formularon presentaciones ante el OCABA y ante la Oficina de Información al Consumidor, sin obtener mayores respuestas (v. fs. 92).

Ofrece prueba documental, informativa y pericial (v. fs. 93/94). Plantea la cuestión federal (art. 14 de la Ley 48), y solicita la concesión del beneficio de litigar sin gastos (v. fs. 94 vta.).

Para finalizar, atento el carácter colectivo de la acción de amparo solicita se dé publicidad la presente a los efectos de permitir la convocatoria de los usuarios y su eventual participación en el proceso (v. fs. 95 vta.).

**1.2.-** La Señoras y Señores: Olga Noemí Erviti, Germán Alfredo Pereyra, Lydia Elena Bernal, Vicente Garófalo, Blanca Silva, Gloria Inés Ochoaizpuro, Roberto Oscar Pivano, Roberto Carlos Dávila, Francisco Aranciaga, María Elena Diestro, Ernesto Osvaldo Romero, Patricia Susana Equisito, Norma Graciela Diubertti, Mónica Estela Echave, Matías Agustín Gabotto y Ángel Heriberto Balbi adhirieren en forma expresa a la demanda (v. fs. 119, 122, 128, 132, 137, 141, 156, 170, 174, 178, 183, 187, 191, 195, 199 y 204).

**1.3.-** Respecto al órgano judicial interviniente a fojas 97 consta que a tenor de las resoluciones de la Suprema Corte 1358 y 1794, ambas del año 2006, queda desinsaculado el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3 de Dolores.

El juez a cargo de dicho juzgado se excusa de intervenir por "*estar comprendido en las causales previstas en el artículo 30 del CPCC, con relación al Dr. Germán […] Pereyra*" (v. fs. 153).

Por su parte la titular del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 1, al cual la Receptoría General de Expedientes le asignó entender en las presentes actuaciones, en primer lugar, aceptó los motivos vertidos en la excusación formulada por su colega a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3, y en segundo lugar, también se excusó alegando ser usuaria del servicio de

provisión de agua potable por red aquí demandado, y afectada por las anomalías en la prestación del servicio que originan este litigio, expresa: "*aun cuando no he suscripto las planillas que se acompañan a la demanda por adhesión a esta acción colectiva*" (v. fs. 158 y 159).

La Jueza a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 2, sorteado su juzgado, se inhibe de actuar para lo cual invoca el carácter de usuaria del servicio y manifiesta poseer "*un interés directo en el pleito*", lo que le impediría juzgar "*con la objetividad e imparcialidad que la función judicial requiere*" (v. fs. 160 y vta.).

Sorteado el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 4 departamental, el juez a cargo rechaza esta última excusación por considerarla insuficiente para configurar la situación de excepción prevista en el artículo 17 inciso 2 del Código ritual y decide elevar las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores (v. fs. 162/163).

Finalmente, la Cámara de Apelaciones considera que no se encontraría configurada la causal invocada por la titular del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 2 y por tal motivo, resuelve remitirlas a la Receptoría General de Expedientes para su posterior envío al juzgado antes mencionado a fin de que su titular tome intervención (art. 17 y concs. CPCC; v. fs. 164/166vta.).

**1.4.-** La Jueza a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 2, habiendo vencido el plazo de la publicación de edictos, ordena se corra traslado de la demanda (v. fs. 208 y vta.).

Por otra parte, atento a la existencia de otros procesos en trámite en el Departamento Judicial de Dolores, ordena el libramiento de un oficio al Registro Públicos de Amparos de Incidencia Colectiva para su inscripción (v. fs. 208 vta.).

**1.5.-** La empresa ABSA por apoderado se presenta a contestar la demanda y solicita su rechazo, con costas (v. fs. 224/ 231vta.).

Expresa que la vía intentada sería improcedente, en el entendimiento de que no cumpliría con los requisitos de admisibilidad previstos en la ley. Así sostiene que no habría habido una conducta u omisión manifiestamente arbitraria o ilegal por parte de ABSA (v. fs. 224 vta.). A su vez considera que existirían otras vías procesales o administrativas aptas para su tratamiento (v. fs. 226 vta.).

Respecto a la cuestión de fondo niega los hechos puestos en conocimiento en la demanda. No obstante, reconoce que podría darse en algún caso puntual algún inconveniente de carácter menor en la prestación del servicio, para afirmar: "*pero de manera alguna existe una desatención del servicio como lo plantean los actores*".

Agrega: "*Muestra de ello es que, tal como se prueba en la planilla que se adjunta como prueba documental … sólo 9 de los 19 actores han presentado reclamos formales o telefónicos ante mi mandante en los últimos tres años por cuestiones operativas o de servicio*" (v. fs. 230).

En este sentido sostiene: "*Si efectivamente todos ellos hubieran sufrido en alguna oportunidad cortes intempestivos de agua, baja presión o falta de agua, tendrían que haber realizado algún reclamo ante la empresa o ante el propio ente controlador, sin embargo 10 de los aquí demandantes no lo han hecho en los últimos tres años*" (v. fs. 230).

Acompaña prueba documental, ofrece prueba pericial informática, a los efectos de ser verificada "*la veracidad de la información brindada … con relación a la existencia del reclamo, usuario que realizó el mismo, unidad de facturación correspondiente, motivo y fecha*" (v. fs. 231).

Se opone a la producción de la prueba pericial ofrecida por la contraparte y deja presentado el caso federal (v. fs. 231 y vta.).

**1.6.-** El Fiscal de Estado, por apoderado, se presenta y contesta la demanda (v. fs. 404/ 408).

En forma liminar, niega todos y cada uno de los hechos expuestos que no sean expresamente reconocidos. Expresa que la vía elegida sería improcedente.

También sostiene que a tenor del marco regulatorio la responsabilidad recaería exclusivamente en ABSA en lo que hace a las condiciones y calidad de la prestación (v. fs. 405 vta.).

Afirma que "*en virtud de las facultades y obligaciones conferidas en el Marco Regulatorio provincial, el ejercicio de la competencia atribuida a* OCABA *corresponde, pero a la vez se limita, al contralor de la prestación del servicio público sanitario y su adecuación a la normativa que lo rige*" (v. fs. 406).

Agrega que el Estado Provincial, "*como concedente de un recurso primordial que incide directamente sobre la vida y salud de los pobladores de esta provincia, es el principal interesado en propiciar que el servicio brindado por* ABSA *a los usuarios, lo sea en condiciones que aseguren su calidad y cantidad…*" (v. fs. 406).

Da cuenta que través del expediente administrativo 2430-5444/204 -iniciado en la oficina municipal de información al consumidor de Dolores- se sustancia el reclamo del co-actor Germán Alfredo Pereyra por similares hechos a los controvertidos en la presente acción de amparo.

Expone que el Directorio de OCABA dispuso "*hacer lugar al reclamo* OCABA N° 49472 *por falta de presión individual en el domicilio de suministro… y ordenar al prestador* ABSA SA *refacturar descontando el consumo del servicio público de agua potable del mencionado usuario…*" (v. fs. 406 vta.).

Aduna que en virtud de dicho expediente se ordena a ABSA a que de manera urgente arbitre todos los medios necesarios para solucionar el desabastecimiento comprobado en el domicilio de suministro del usuario.

Aclara que frente al silencio guardado por ABSA y la falta de acreditación del cumplimiento de la sanción e intimación a pesar del tiempo transcurrido, las actuaciones estarían nuevamente a despacho del Directorio

para la adopción de nuevas medidas contra la empresa (v. fs. 407).

Sostiene que no existiría posibilidad de vincular a la Provincia con el evento que ha dado lugar este proceso, por faltar los presupuestos de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta. Cita el artículo 1° de la ley 13.928 y doctrina jurisprudencial.

Esgrime que no existiría una limitación de los derechos constitucionales de los accionantes que pueda ser atribuido causalmente a acciones u omisiones de la autoridad de control por lo que estima que la provincia debería ser apartada del proceso.

Para finalizar ofrece como prueba documental el expediente administrativo N° 5100-7571/2015, y deja planteado el caso federal (v. fs. 407 vta.).

**1.7.-** El día 5 de octubre del año 2015 se lleva a cabo la audiencia convocada en los términos del artículo 11 de la ley 14.192, en la que asistieron el Dr. Germán Alfredo Pereyra, en su condición de apoderado de la parte actora, el Dr. Fernando Jorge Vilar Rousseaux, como apoderado de ABSA, y el Dr. Juan de Dios Benítez, como apoderado del Fisco de la Provincia de Buenos Aires (fs. 208 y vta., 216 y 415/416).

En esta instancia conciliatoria las partes no arribaron a ningún acuerdo. A su vez, ratificaron las distintas posturas manifestadas por medio de las presentaciones efectuadas con anterioridad en estas actuaciones y se resuelve por la Magistrada proveer las pruebas que allí se precisan (v. fs. 415/416).

**1.8.-** Respecto a la producción de prueba, se llevaron a cabo declaraciones testimoniales, como así fueron recabados distintos informes por los que se corroboraría el déficit en la prestación del servicio domiciliario de agua potable. También se destaca la pericia de fs. 553/561.

Informe que posteriormente fuera impugnado por el apoderado de ABSA (v. fs. 567/571) y que diera lugar a las explicaciones del experto a fs. 615/626 vta.

**1.9.-** La Jueza interviniente, con fecha 7 de julio de 2016, dicta sentencia, "*haciendo lugar a la acción de amparo promovida por los Sres. Germán Pereyra, María Celia Lorente e Ismael Telmo Bustamante, por si y en representación de todos los usuarios de ABSA de la ciudad de Dolores…*" (v. fs. 767/799 vta.).

En dicho pronunciamiento la magistrada dispuso que el Estado Provincial y ABSA presentaran en un plazo no mayor a los 180 días un Plan integral de obras y gestión conforme lo prevé el Decreto 878/03, "*y que contemple: a) Estudio, Proyecto y Construcción de la infraestructura adecuada; b) Gestión adecuada del Servicio para lo cual se deberá contar con un presupuesto acorde a fin de garantizar el funcionamiento constante y continuo de las Obras Planificadas… c) Control de Calidad y Cantidad de la Prestación. El Plan de Gestión deberá contemplar un Control de fugas, Mallas Cerradas y diámetros acordes a la demanda y usos sectoriales, Ampliación de la red domiciliaria, Estudios de nuevas fuentes de captación, Acondicionamiento de la infraestructura existente, Control de Calidad, Gestión adecuada del servicio, Plazos de ejecución razonable y etapas si correspondieren y provisión de partidas presupuestarias en tiempo razonable conforme lineamientos sentados…*" (v. fs. 798 vta., las letras en mayúsculas pertenecen al original).

Agrega que la presentación descripta "*es bajo apercibimiento de imponerse astreintes*", las que "*se determinarán judicialmente en su debida oportunidad*" (v. fs. 798 vta. y 799).

A su vez ordena que el Estado Provincial y ABSA den debida publicidad e informen sobre el plan de obras y de gestión a la comunidad de Dolores conforme a las prescripciones de los artículos 35 m), 50 e) y h) y 88 n) del decreto 878/03 (v. fs. 799).

Precisa que el plan sea solventado por sendas demandadas (v. fs. 799).

Dispone que el concesionario ABSA proceda a la refacturación del servicio descontando el consumo de agua potable en los casos

en que la Gerencia de Control Técnico y de Calidad del Servicio del Organismo de control constate o se acredite la falta de suministro y/o presión en los domicilios de los usuarios. Precisa pautas para su realización y señala que la medida perdurará "*hasta que el prestador notifique que la provisión de agua en las condiciones del Dec. 878/03 esté efectivamente solucionada, lo cual deberá ser notificada fehacientemente al Organismo de Contralor del Agua de Buenos Aires, el que en todos los casos deberá corroborar ello*". Además, impuso las costas a la demandada (v. fs. 799).

**1.10.-** El Dr. Pereyra apela los honorarios por bajos (v. fs. 801).

El Dr. Vilar Rousseax por ABSA se alza contra lo decidido (v. fs. 812/824vta.).

Respecto a este último recurso, sostuvo como primer agravio, que existirían otras vías procesales o administrativas más aptas para efectuar este tipo de reclamos. En especial considera que el artículo 51 del Decreto 878/03 establece un procedimiento administrativo idóneo para exigir una mejor prestación del servicio público.

También entiende que los actores debieron haber canalizado la pretensión por medio de una demanda contencioso administrativa, única vía procesal que considera apta, y que "*permite la sustanciación de pretensiones de lo más variada, y que involucran no solamente la impugnación de la actuación administrativa, sino también la revisión de cualquier acto u omisión de un sujeto en ejercicio de función administrativa, como es* ABSA, *en su calidad de concesionario de un servicio público*" (v. fs. 813).

Como segundo agravio considera que el actuar de su representada bajo ningún punto de vista podría ser calificada como ilegal o arbitraria, para que el amparo fuera procedente. Así, sostiene que "*no ha sido probado que mi mandante haya incumplido con estas obligaciones, de manera tal que pueda haberse probado la existencia de una omisión ilegal por parte de* ABSA

*que haga procedente la acción de amparo intentada en autos*", razón por la cual afirma que la sentencia sería infundada (v. fs. 815).

Resalta que, de los diecinueve actores, solamente nueve han presentado reclamos formales o telefónicos en los últimos tres años por cuestiones operativas o de servicio. Para continuar exponiendo que diez de los amparistas nunca habrían iniciado reclamo operativo ni ante ABSA ni ante el OCABA por problemas de prestación del servicio en los últimos tres años cuando considera que ello debía ser necesario para demostrar la existencia del problema denunciado (v. fs. 815).

Respecto a la pericia ingenieril, en apretada síntesis sostiene que las conclusiones a las que arriba no estarían fundadas en hechos verificables, y no cumpliría con las previsiones de los artículos 457 y 472 del CPCC "*al no explicar detalladamente las operaciones técnicas realizadas ni los principios científicos en los que se funda el experto, todo lo cual lo descalifica como medio probatorio apto para formar la convicción del sentenciante*" (v. fs. 817).

A su vez, considera ineficaz las declaraciones testimoniales producidas, se explaya al respecto. Expone que denotarían la existencia de inconvenientes en el servicio, pero no llegarían a probar la violación de obligaciones por ABSA en materia de prestación del servicio, y que tampoco serían patentes, descalificando la vía procesal adoptada (v. fs. 818).

Como tercer agravio en cuanto a supuestos incumplimientos legales impuestos por el marco regulatorio del servicio, transcribe algunos de los preceptos normativos para afirmar que al decidir no se habría especificado o fundado cuáles eran las obligaciones incumplidas en relación a los hechos "*limitándose a mencionar genéricamente que las pruebas producidas …habrían probado que…incumplió las obligaciones impuestas por los artículos 24, 25, 32 y 33 del marco regulatorio*" extendiéndose a otros incumplimientos que no se habrían sometido a su decisión.

Invoca la ausencia de fundamentación ante la falta de determinación lógica y jurídica en lo decidido que atentaría contra el derecho de defensa de ABSA (v. fs. 822).

También se agravia del supuesto exceso en el ejercicio de la función jurisdiccional. En apretada síntesis, en cuanto impuso una serie de medidas por las que la empresa se vería obligada a cumplir con una sentencia "*cuyos alcances son imposibles de precisar, por cuanto las condiciones que debería cumplir ...han sido definidas sin haberse realizado un estudio ni análisis integral de la situación real de los bienes que utiliza* ABSA *para prestar su servicio*" (v. fs. 823).

Para finalizar apela los honorarios del perito por altos, y mantiene el caso federal (v. fs. 823 vta.).

**1.11.-** El Fiscal de Estado, por apoderado, también presentó un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (v. fs. 826/830).

Expone en lo principal, que la sentencia produciría una invasión de competencia, que el órgano judicial se arrogaría la facultad de obrar como si fuera la propia administración, violándose de este modo –siempre según los términos del presente recurso- la división de poderes.

Agrega que "*la realización de una obra pública configura el ejercicio de una actividad discrecional de la Administración; que se lleva a cabo en función del mérito, oportunidad y conveniencia de aquélla y que constituye el ejercicio de una facultad que, como regla, excluye la revisión judicial, cuyo ámbito queda reservado para los casos en que la decisión administrativa resultare manifiestamente ilegal o irrazonable y los daños alegados no sean susceptibles de reparación ulterior*". Invoca "*la cuestión no judiciable*", Cita jurisprudencia a los fines de destacar la improcedencia de la acción intentada (v. fs. 827).

Explica que no se darían tampoco los presupuestos propios del amparo colectivo y se alza contra la intervención que se da a la provincia en el proceso y los resultados dispuestos en cuanto al OCABA.

Descalifica el pronunciamiento en cuanto arriba a la existencia de un actuar ilegal o arbitrario de la provincia cuando esta "*delegó la prestación del servicio de agua potable para el Partido de Dolores…*" (v. fs. 829).

Se agravia, por último, de las costas, de las regulaciones de honorarios, montos y distribución. Invoca los artículos 1 y 18 del decreto ley 7543/69 en cuanto a la previsión en materia de honorarios para los funcionarios de la Fiscalía de Estado (v. fs. 829 vta.).

**1.12.-** La Magistrada atiende a lo dispuesto por el artículo 17 de la ley 14.192, concede con efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto, dispone el traslado y ordena que en su oportunidad se forme incidente y se eleven las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial (v. fs. 831).

A fs. 838/840 vta. y 842/846 vta. la parte actora contesta traslados de los recursos impetrados.

Asimismo, el perito ingeniero apela sus honorarios por bajos (v. fs. 1041 y vta., v. fs. 1056 y vta. y 1065); se responde traslado por el apoderado de ABSA a fs. 1067/1068vta.

Por su parte, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores resuelve el día 18 de agosto del año 2016 se remitan las actuaciones para el tratamiento de los recursos interpuestos a la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata (v. fs. 1049/1050 vta.).

**1.13.-** La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo en lo sustancial, ante la ausencia de informe del oficio librado al Registro Público de Amparos de Incidencia Colectiva (v. fs. 551 y 1089) y sin perjuicio de arbitrar lo necesario, decide suspender el pase de los autos al acuerdo hasta tanto se constate el cumplimiento de lo ordenado (v. fs. 1093 y vta.).

Obra constancia, a fs. 1095/1096. Se informa con fecha 1° de marzo de 2017, el Área Registros y Digesto de la Secretaria de Servicios

Jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia sobre la solicitud de registración y de la inscripción de un listado con un total de cinco causas en trámite judicial, detallando sus respectivas carátulas, números de expediente, órganos de radicación, objeto y materia.

**1.14.-** La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo advierte la omisión de cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 27 de la ley 13.133 para lo cual, remite las actuaciones al Juzgado de origen a los fines de otorgar vista al Ministerio Público Fiscal (v. fs. 1097).

A fs. 1100, se evacua vista por el Agente Fiscal Diego Carlos Bensi del departamento judicial de Dolores quien se notifica de la sentencia y solicita se de vista al Fiscal General en cuanto a la cuestión de competencia planteada, con mención del artículo 16 inciso 6 de la ley 12.061. Así se dispone a fs. 1101.

El Dr. Diego Leonardo Escoda, Fiscal de Cámaras departamental de Dolores expone respecto a la competencia del Ministerio Público en relación a lo normado por el artículo 27 de la ley 13.133 y la intervención del agente fiscal de instancia; se aparta de lo manifestado por el Fiscal Bensi en cuanto a la existencia de una cuestión de competencia (v. fs. 1102 y vta.).

Se dispone dar nueva vista al agente fiscal (v. fs. 1103), ratifica su anterior intervención en cuanto a la notificación de la sentencia y "*adhiere*" a los fundamentos de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores en lo que respecta a la cuestión de competencia (v. fs. 1104 y 1049/1050 vta.).

**1.15.-** La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata con fecha 22 de junio de 2017, dicta sentencia (v. fs. 1107/1129).

**1.15.1.-** Declara su competencia para conocer de los recursos articulados (art. 17 bis de la ley 13.928 -t.o. según ley 14.192-).

Desestima los recursos de apelación deducidos por

Aguas Bonaerenses S.A. y por Fiscalía de Estado; confirma el pronunciamiento de grado. Las costas de alzada se imponen a los apelantes por su objetiva condición de vencidas.

Asimismo, resuelve inadmisible el recurso de apelación interpuesto por el Fisco provincial a fs. 826/830, en aquella parcela en que se cuestionan los emolumentos fijados en favor del perito.

Acoge el embate deducido por el Fisco Provincial en aquel segmento direccionado a cuestionar la regulación de honorarios practicada por el *a quo* en favor de sus letrados apoderados y deja sin efecto los estipendios fijados en la instancia de grado en favor los Dres. Sergio Rodolfo Estefanell y Juan de Dios Benítez.

Rechaza los recursos de apelación articulados a fs. 801, 812/824, 826/830 y 1041 y, consecuentemente, confirma las regulaciones de honorarios efectuadas en la instancia de grado en favor del Dr. Germán Pereyra y del Perito.

**1.15.2.-** Solo haré referencia a la parcela de la sentencia en la que se trata la cuestión de fondo resulta.

El juez que vota en primer término, fundante de la sentencia, analiza lo referido a los planteos que postulan ABSA y el apoderado del Fiscal de Estado sobre la supuesta "*ausencia de un obrar manifiestamente arbitrario o ilegítimo*" que tornaría inadmisible la acción de amparo.

Al respecto, entiende que la ausencia de individualización de las normas que se tendrían por incumplidas en relación a los concretos hechos ventilados en la causa arrojarían como consecuencia la ausencia de "*argumentos capaces de poner en crisis el razonamiento a través del cual la sentenciante, tras un pormenorizado relevamiento de la normativa de la cual surgiría -en su visión- el incumplimiento de la entidad prestadora* ABSA. *´a su obligación de proveer agua en condiciones adecuadas de calidad y continuidad para los usuarios de Dolores...´, y la omisión de la Prov. de Buenos Aires ´...de cumplir adecuadamente el deber de*

*control sobre la prestadora…y permitir además que una obligación esencial y propia del Estado… se preste por delegación en forma deficitaria…*" (v. fs. 1116 vta.).

Agrega que los embates intentados en tales términos, por tanto, "*nada aportan a la conformación de una crítica concreta y razonada del pronunciamiento cuya revocación se persigue, requisito éste que, impuesto por el art. 260 del CPCC (aplicable al caso por remisión del art. 19 de la ley 13.928 -texto según ley 14.192-), exige hacerse cargo de los fundamentos del fallo, a través de un memorial que exponga en forma seria, fundada, objetiva y puntual sus errores, junto con la demostración de los motivos para considerarlo erróneo, injusto o contrario a derecho*" (fs. 1117).

También advierte una "*falencia argumental*" cuando los recurrentes aluden a la supuesta improcedencia formal de la acción de amparo intentada con sustento en que la vía excepcional del amparo se vería desplazada en cuanto a su idoneidad por la existencia de carriles ordinarios aptos para enderezar la presente.

Sobre ello considera que la pretensión, consistente en sugerir que la vía procesal adecuada debería haber sido la acción contencioso administrativa ante el carácter excepcionalísimo de la vía del amparo y la necesidad de producir vasta y profusa prueba, viene acompañada de la circunstancia de que "*ninguna objeción se plantea en sendos memoriales capaz de conmover aquella premisa del fallo de grado que postula que el reclamo ventilado en el sub lite giraría en torno a la protección de derechos especialmente tutelados por el ordenamiento constitucional como el derecho a la vida y a la salud*" (v. fs. 1117 vta.).

Agrega, tampoco se cuestiona el análisis probatorio a partir del cual la Juez de grado concluyó que existiría la posibilidad de inferir un daño grave e irreparable si se desviara la reclamación a los procedimientos comunes, sean judiciales o administrativos.

Entiende el Señor Juez, que debería rechazarse también lo pretendido por los recurrentes, respecto al supuesto carácter no justiciable de la cuestión motivo del presente proceso.

Refiere que se habría aludido a un "*indebido avance sobre las potestades del Poder Ejecutivo*" que -según lo manifestado en las piezas recursivas- "*implicaría la fijación por el a quo de un plazo, no superior a los 180 días, para que presenten un Plan integral de Obras y Gestión que respete el marco regulatorio establecido por el Dec. N° 878/03…*" (v. fs. 1117 vta., *in fine*).

Sostiene, que en autos se encontrarían comprometidos derechos de raigambre constitucional, como el derecho a acceder a aquellos servicios públicos sanitarios que tienen como fin la satisfacción de necesidades vitales del hombre -como lo es precisamente la provisión de agua potable en calidad y cantidad suficiente-, el derecho a la salud y a la integridad física, "*derivados lógicos del derecho a la vida -primer derecho del ser humano reconocido por el ordenamiento jurídico*". Se transcribe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación e instrumentos internacionales que protegen estos derechos (v. fs. 1118 vta.).

Aduna el Magistrado que constituiría un aspecto indiscutido "*la existencia de un expreso deber jurídico en cabeza del Estado provincial como titular del servicio público sanitario y en particular del Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos como la Autoridad Regulatoria prevista en el art. 4 del dec. N° 878/03 -sin perjuicio de las responsabilidades que en virtud del contrato de concesión le caben a la Entidad Prestadora* ABSA *y los deberes de control que por imposición normativa le competen al* OCABA- *de que éste se desarrolle en condiciones que garanticen su continuidad, regularidad, cantidad, calidad y universalidad, asegurando una prestación eficaz a los usuarios y la protección de la salud pública y el medio ambiente, según las pautas que se correspondan con el servicio sustentable*" (v. fs. 1119).

Expresa dicho pronunciamiento que la obligación de brindar este servicio surgiría no sólo del derecho constitucional a la salud y la vida, sino también, de los establecido por el marco regulatorio aplicable.

Detalla que la norma establece que: "*… deberá mantenerse en la llave maestra de cada conexión, las condiciones de presión y caudal que se*

*indiquen en los reglamentos y las normas que dicte la Autoridad Regulatoria; … deberá entregarse un suministro de agua continuo, regular, uniforme y universal y … si la presión de suministro fuera insuficiente para que el agua potable ingrese a las instalaciones internas de los inmuebles servidos, se considerará incumplido el principio de continuidad del servicio*" (v. fs. 1119, *in fine*).

Señala la sentencia que no se ignora que la responsabilidad principal en el diseño, ejecución y control de obras de carácter sanitarias como las que se están aquí juzgando, recaería en el Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires, mas "*el concreto ejercicio de tales prerrogativas reconocidas a la Administración provincial debe ser consistente con el amplio alcance de aquellos derechos a la vida, a la salud y a la integridad física, reconocidos en tratados incorporados a nuestro orden supralegal por imperio del citado art. 75 incs. 22° y 23° de la Carta Magna y en desmedro de los cuales habría redundado el proceder aquí enjuiciado*" (v. fs. 1120).

Atiende para resolver a los lineamientos de la Suprema Corte de Justicia que se establecieran en el caso A 71.230 "*Gutiérrez*" (2015), en especial el considerando tercero, voto del Dr. Hitters, al que se remite.

Por ello considera que la discrecionalidad administrativa encontraría un límite "*en el efectivo cumplimiento de las prerrogativas superiores y no viceversa, de modo que mal podría considerarse la existencia de una zona de reserva de la Administración eximida de ajustarse a aquellos preceptos supralegales que resguardan los derechos fundamentales del Administrado, pues el efectivo goce de estos últimos no podría quedar supeditado al cumplimiento discrecional de las normas por la Administración…*" (v. fs. 1120 vta.).

De esta forma entiende que los preceptos constitucionales no constituyen "*un mandato dirigido solo al legislador o a la autoridad administrativa, sino también a los Jueces*", principios que no podrían ser desconocidos (v. fs. 1120vta.).

De esta forma entiende que "*las acciones positivas que por imperio de los citados principios el Estado debe llevar a cabo no se ejercen exclusivamente por leyes o actos administrativos, sino que también pueden y ser adoptadas por los jueces*". (v. fs. 1120 vta.).

Afirma, en lo que respecta a la cuestión aquí debatida, que se encontraría demostrada tanto la ilegítima omisión en que habrían incurrido las demandadas en punto al cumplimiento de los deberes a su cargo, como así también, el perjuicio que tal proceder les habría producido a los amparistas y a la comunidad de Dolores.

De allí que desestima que pudiera ser considerado lo debatido como una "*cuestión no justiciable*" o que se pudiera configurar un "*exceso del ejercicio de la función jurisdiccional*" , para añadir, que del plan de obras dispuesto en la sentencia de primera instancia varias cuestiones relevantes quedarían en manos de la autoridad administrativa, por ejemplo "*... la determinación de la infraestructura que consideren adecuada para cumplir con los parámetros de calidad y eficiencia del servicio que impone el marco regulatorio, ... la fijación de plazos razonables de ejecución y... la provisión de las partidas presupuestarias suficientes para garantizar la realización de las obras planificadas*" (v. fs. 1121).

Por lo expuesto, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo resuelve en definitiva a través del voto del juez que interviniera en primer término, al que adhiere -agregando fundamentos- el restante Magistrado, rechazar el recurso de apelación presentado por ABSA (v. fs. 1128).

**II.-**

El apoderado de ABSA interpone- ante lo decido por la Cámara de Apelación- el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 1143/ 1155).

**2.1.-** Respecto a la admisibilidad considera cumplidos los requisitos de carácter formal previstos en la normativa adjetiva para este tipo

de remedios extraordinarios (arts. 278, 279, y concordantes del CPCC).

Entiende que el recurso ha sido interpuesto en el plazo legal, la decisión sería de carácter definitivo y por lo tanto resultaría de imposible reparación ulterior.

Aclara que al momento de su interposición no había efectuado el depósito previo previsto en el artículo 280 del código de rito, al estar pendiente la apertura de la cuenta judicial.

Por último, expresa que la sentencia le produciría un gravamen de imposible reparación ulterior (v. fs. 1143 vta.).

Explica que la parte actora había promovido la presente acción de amparo contra ABSA y contra la Provincia de Buenos Aires con el objeto de que los demandados realizaran las obras y tareas necesarias para proveer de agua potable a la ciudad de Dolores "*en calidad y cantidad suficiente, como así también se ordene la refacturación del servicio a todos los usuarios*" de dicha comunidad (v. fs. 1144).

Agrega que la parte que representa había sostenido que la acción de amparo no resultaba procedente, por cuanto no se habrían dado los presupuestos que establece el artículo 20 de la Constitución Provincial ni los de la Ley 13.928, "*por cuanto ABSA no había actuado ni omitido actuar con ilegalidad o arbitrariedad manifiesta*" (v. fs. 1144).

Explica que la sentencia le produce un agravio de carácter irreparable, porque la decisión impugnada confirma un fallo de primera instancia por el que se había condenado a ABSA y al Estado Provincial a que en un plazo de 180 días presentaran un plan integral de obras y gestión del servicio sanitario para la Ciudad de Dolores "*que contemple: **a)** Estudio, Proyecto y Construcción de la Infraestructura adecuada. **b)** Gestión adecuada del Servicio para lo cual se deberá contar con un presupuesto acorde a fin de garantizar el funcionamiento constante y continuo de las Obras Planificadas. La partida presupuestaria correspondiente deberá ser provista y otorgada por la demandada en un tiempo razonable para cumplir las*

*etapas de su ejecución.* ***c)*** *Control de Calidad y Cantidad de la Prestación*" (v. fs. 1144).

A su vez afirma que la decisión recurrida agregaría requisitos a ser cumplidos por el "*Plan de Gestión*", debiendo contemplar "*un control de fugas, mallas cerradas y diámetros acordes a la demanda y usos sectoriales, ampliación de la red domiciliaria, estudios de nuevas fuentes de captación, acondicionamiento de la infraestructura existente, control de calidad, gestión adecuada del servicio, plazos de ejecución razonables y etapas si correspondieren y provisión de partidas presupuestarias en tiempo razonable…*", y ello "*bajo apercibimiento de imponerse astreintes*".

Expone que también ordena la debida publicidad e información sobre dicho Plan de Obras y de Gestión para la comunidad de Dolores (v. fs. 1144 y vta.).

De esta forma, expresa que la sentencia impondría "*una obligación de hacer sumamente gravosa, por cuanto* A.B.S.A. *tendrá que desembolsar cuantiosísimas sumas de dinero, que en caso de que esta decisión no sea revocada, a efectos de ejecutar el plan de obras a que refiere el punto 1 de la sentencia que por el presente se impugna*" (v. fs.1144vta.).

A ello se le sumaría la obligación de refacturar el servicio de provisión de agua potable "*a los usuarios que se constate que han tenido o tienen falta de presión en el suministro de agua potable, y todo ello hasta quede se realicen las obras que del plan que* A.B.S.A. *y la Provincia presentar*" (v. fs. 1144 vta.).

Para la recurrente la Cámara de Apelación habría efectuado una errónea invocación del artículo 260 del Código Procesal en lo Civil y Comercial al determinar que ABSA no habría dado cumplimiento al requisito de que en el memorial se expusiera "*en forma seria, fundada y objetiva los errores del fallo de primera instancia*" (v. fs. 1145),

Entiende que esto último implicaría "*la violación del derecho de defensa de mi mandante, por cuanto sus agravios fueron rechazados sin argumentación jurídica ni fáctica alguna, solamente explicitando que no implican*

*una crítica razonada y concreta del resolutorio de primera instancia, y con ello obviamente la violación del derecho de defensa de* ABSA *cuyo ejercicio y goce se encuentra garantizados por los artículos 18 de la* CN *y 15 de la* CP" (v. fs. 1145).

Efectúa una crítica a la supuesta errónea aplicación que la Cámara de Apelaciones habría hecho respecto al contenido del artículo 2 de la ley 13.928, "*por el cual se establece que la acción de amparo no será admisible cuando pudieran utilizarse por la naturaleza del caso los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable*".

También considera que no se habría interpretado en forma correcta la manda de los artículos 50 y 51 del marco regulatorio del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales, aprobado por decreto 878/2003 ratificado por ley 13.154, "*que disponen que los usuarios tiene derecho a recurrir ante el* OCABA, *ante cualquier situación conflictiva con el concesionario, que éste no haya atendido o resuelto satisfactoriamente ante el requerimiento previo y fundado por parte del usuario y a denunciar ante el* OCABA *cualquier conducta irregular u omisión del concesionario o sus agentes que pudiera afectar sus derechos perjudicar los servicios, o el medio ambiente, como así también que 'Contra las decisiones o falta de respuesta de la entidad prestadora, los usuarios podrán interponer ante el* OCABA *un recurso directo dentro del plazo de treinta días corridos a partir del rechazo tácito o explícito del reclamo por parte de la entidad prestadora. ...Se considerará tácitamente denegado un reclamo, cuando la entidad prestadora no hubiese dado respuesta dentro de los treinta días de presentado el mismo' "* (v. fs. 1145 vta.).

**2.2.-** En lo que se refiere a la procedencia sustancial del recurso de inaplicabilidad de ley, y tal como lo hiciera párrafos antes, rechaza la posición sustentada por la Cámara de Apelaciones cuando, al confirmar la sentencia de primera instancia, habría resuelto que el recurso de apelación interpuesto por la empresa ABSA no habría cumplido con los requisitos previstos en el artículo 260 del CPCC, en el sentido de que "*el memorial no se hacía cargo de los fundamentos del fallo en tanto no exponía de manera fundada, seria y objetiva cuáles eras sus errores*" (v. fs. 1146).

En sentido opuesto, considera que lo resuelto resultaría una apreciación totalmente dogmática y violatoria del derecho de defensa.

También sostiene que el recurso de apelación interpuesto habría dado "*una correcta crítica razonada y concreta del fallo apelado*" (v. fs. 1146).

Para arribar a esa conclusión, hace saber que lo dispuesto por la Cámara de Apelación sería una mera afirmación dogmática, por cuanto se habría rebatido lo resuelto en la sentencia de primera instancia y efectuado "*un exhaustivo análisis y rebatimiento de la prueba en que se basó el juez de primera instancia para hacer lugar a esta acción de amparo*" (v. fs. 1146 in fine).

Explica el segundo agravio que habría planteado ABSA al momento de presentar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el cual consistiría en que la parte actora no habría acreditado el cumplimiento del requisito de "*ilegalidad y arbitrariedad manifiesta*", para su procedencia, con lo cual ese remedio no debería haber prosperado (v. fs. 1146 vta.).

Recalca que "***para acreditar la arbitrariedad e ilegitimidad manifiesta, debió haberse probado en autos que mi mandante* VIOLA DE MANERA PATENTE Y OSTENSIBLE LAS NORMAS LEGALES QUE LE RESULTAN APLICABLES ABSA**" (v. fs. 1146 vta., el resaltado pertenece al original).

Destaca que la Cámara de Apelación efectuó una extensa transcripción del texto del marco regulatorio, y entendió que el supuesto incumplimiento a obligaciones previstas en el marco regulatorio configuraría un accionar omisivo por parte de ABSA, que configuraría un actuar arbitrario e ilegal, que se habría acreditado por medio de reclamos insatisfechos en favor de los usuarios, ante la pretendida deficiencia en la prestación del sistema de provisión de agua (v. fs. 1147).

Manifiesta que lo expuesto no sería cierto a tenor de las razones que expone (v. fs. 1147).

Así, en lo que se refiere a los distintos reclamos iniciados por los usuarios, entiende que la Cámara de Apelación habría fundado su decisión en reclamos realizados ante ABSA y OCABA por supuestas deficiencias, pero "*sin haberse constatado acabadamente cuál fue la resolución brindada por* ABSA *a los mismos*" (v. fs. 1147).

Refiere que la empresa que representa no habría negado al momento de contestar la demanda, la posibilidad de que algunos de los usuarios demandantes no hubieran efectuado reclamos a la empresa ante posibles inconvenientes en la prestación del servicio.

Reconoce que a tenor de las características que posee el servicio que brinda su mandante, es posible que pudieran darse "*de manera puntual u ocasional*" inconvenientes en algún domicilio de los usuarios demandantes, más "*de manera alguna existe una desatención del servicio que pueda ser considerada como una omisión configurativa de una ilegalidad manifiesta o una violación al marco regulatorio que hagan procedente la acción de amparo*" (fs. 1147).

Agrega que sería "*imposible pensar que en la prestación del servicio no existan inconvenientes a diario[s] que puedan producirse o bien por el aumento excesivo del consumo en épocas estivales, o bien por el mal uso que los usuarios hacen del mismo o por inconvenientes técnicos puntuales, como pueden ser la rotura de una bomba o una pérdida de agua en la vía pública*" (v. fs. 1147).

Manifiesta que ello, de ninguna manera -siempre según los términos del recurso bajo análisis- podría ser considerado "*como una violación a las normas del marco regulatorio para hacer procedente esta acción de amparo*" (v. fs. 1147).

Afirma que no habría quedado probado que ABSA hubiera incumplido con las obligaciones del artículo 23 del marco regulatorio y que, por ello, no se habría presentado ni "*estaría probada la existencia de una omisión ilegal por parte de* ABSA *que haga procedente la acción de amparo intentada en autos*", razón por la cual la sentencia del *a quo* resultaría infundada (v. fs. 1147 vta.).

Explica que, de los diecinueve actores, solamente nueve habrían presentado reclamos formales o telefónicos en los últimos tres años por cuestiones operativas o de servicio.

Agrega: "*Es decir, que 10 de los amparistas* NUNCA *iniciaron reclamo operativo ni ante* ABSA *ni ante el* OCABA *por problemas en la prestación del servicio en los últimos tres años. Cosa que deberían haber hecho necesariamente, si los supuestos problemas denunciados hubieran existido*" (v. fs. 1147 vta., las letras mayúsculas se corresponden con el original).

Expone que, de los restantes usuarios, sólo dos habrían iniciado reclamos por pérdidas de agua en la vereda, las cuales habrían sido oportunamente reparadas.

Aclara que solamente siete amparistas han realizado algún reclamo por falta de presión, en alguna oportunidad en los últimos tres años (v. fs. 1147 vta.).

Por eso, sostiene, que esos hechos demostrarían la inexistencia de una omisión en la prestación del servicio "QUE PUEDA SER CONSIDERADA COMO UNA ILEGALIDAD O ARBITRARIEDAD MANIFIESTA QUE HAGA VIABLE ESTA ACCION DE AMPARO" (v. fs. 1147vta., las palabras en mayúsculas pertenecen al original).

No niega la posibilidad de la existencia de algún problema puntual en la prestación del servicio, ocasional o estacional, pero señala que esta circunstancia no podría traducir la existencia de un problema generalizado que afectase a toda la ciudad de Dolores (v. fs. 1148).

Luego de citar y transcribir jurisprudencia de V.E. y recordar los artículos 43 de la Constitución Argentina y 20 inciso 2 de la Constitución de Buenos Aires, expresa que "*de las pruebas producidas en autos no se ha acreditado la omisión manifiestamente ilegal a la que alude el a quo en su sentencia, lo que la tornan reprochable por su falta de fundamentación, dado que la existencia de algunos reclamos realizados por los usuarios ante* ABSA *y/o el* OCABA

*de manera alguna puede ser considerada como que la actuación de mi mandante haya sido en franca violación al marco regulatorio aplicable, razón por la cual, se solicita … revoque la sentencia apelada*" (v. fs. 1148 vta.).

Respecto a la pericia sobre la que se habrían fundado las sentencia de primera y de segunda instancia, manifiesta que habría sido oportunamente impugnada por la parte aquí recurrente, "*… ello por cuanto la respuesta dada por el perito demuestra que no ha constatado efectivamente el estado de la red de distribución de agua de Dolores*". Y agrega que, "*… se ha limitado a reproducir las falencias que tendría el servicio de acuerdo a lo explicitado en notas periodísticas publicadas en diversos diarios y publicaciones de la zona, por los dichos del intendente o de los propios empleados de* ABSA, *todo ello además incomprobable*" (v. fs. 1148 vta.).

Precisa que dicha pericia carecería de valor probatorio respecto de la supuesta omisión ilegítima de ABSA.

Aduna que "*la jurisprudencia de manera pacífica considera que 'carecen de eficacia probatoria las conclusiones que se consignan en la pericia que surgen de meras manifestaciones verbales que en la empresa le manifestaron al experto, porque su admisión implicaría la desnaturalización de la prueba y labor pericial … y la sustitución por ésta del medio probatorio idóneo…*" (v. fs. 1148 vta.). Menciona el artículo 457 del CPCC.

Continúa expresando que la pericia no acreditaría el estado de la red de agua de la ciudad de Dolores ni la supuesta deficiencia en la prestación del servicio que alega el *a quo* en su sentencia, por cuanto el perito no habría efectuado ninguna constatación que le permitiera aseverar, cuál sería la situación real de los bienes utilizados por ABSA para prestar el servicio público a su cargo.

Pues considera que "*el dictamen pericial …no pasa de ser una mera suposición, desprovisto de fundamento técnico científico, al no contar con una explicación detallada para llegar a la conclusión que sugiere…*" (v. fs. 1149). Descalifica su valor probatorio.

Niega lo expresado por el perito en cuanto manifiesta que la red no aseguraría una columna de agua con la que puedan llenarse los tanques de reserva domiciliarios, así como que la cantidad de agua generada resultase inferior a la creciente demanda de la ciudad. Al respecto, el apoderado de ABSA sostiene que lo expuesto por el profesional habría sido realizado sin hacer mediciones que le permitieran fundar sus aseveraciones (v. fs. 1149).

También le critica el no haber explicitado en qué se basa para sostener que la cantidad de agua potable que produce ABSA sea inferior a la demanda local.

Afirma: "*Evidentemente su dictamen lo funda en las notas periodísticas que cita como así también en un informe del* OCABA, *sin que el mismo sea producto de sus propias constataciones y menos aún de una derivación de su leal saber y entender técnico*" (v. fs. 1149).

Respecto a la "*dotación diaria por habitante*" explica que el perito habría manifestado que, a tenor de las declaraciones del Jefe de Sucursal en una nota periodística, "*el modulo potabilizador (una de las tres fuentes de provisión) genera* 140.000 *litros por hora y que distribuidos entre* 28 *mil habitantes significa una dotación del orden de los* 100 *litros por día y por habitante*" (v. fs. 1149).

Pero lo antes expuesto, agrega el recurrente "*correspondía solamente al caudal aportado por el modulo potabilizador y la interpretación dada por el Perito resulta ser errónea y contrapuesta al primer análisis de disponibilidades que el propio perito realiza y a través del cual determina que la disponibilidad sería del orden de* 360.000 *litros hora y no* 140.000 *como expresa posteriormente*" (v. fs. 1149).

Más adelante efectúa otras apreciaciones sobre contenidos de la pericia en cuanto a la población total de Dolores, y la dotación para el área servida que resultaría ser del orden de los 294 litros por día y por habitante, "*esto es un* 84 *% del máximo establecido como parámetro de cálculo para el diseño de redes (*350 *litros por habitante por día), por lo cual debe considerarse*

*que la provisión de agua que mi mandante realiza en la Ciudad de Dolores resulta aceptable…*". Asevera que ello probaría que ABSA no habría violado de manera manifiesta las previsiones del marco regulatorio en torno a sus obligaciones prestacionales (v. fs. 1149 vta.).

De allí que, respecto a la pericia, concluye afirmando que la misma no habría satisfecho lo previsto en el artículo 472 del CPCC, "*al no explicar detalladamente las operaciones técnicas realizadas ni los principios científicos en los que se funda el experto, todo lo cual lo descalifica como medio probatorio apto para formar la convicción del sentenciante, no obstante ello el a quo la ha considerado como la prueba del deficiente servicio que presta mi mandante*" v. (fs. 1149 vta.).

Sobre la supuesta falta de presión de agua, afirma que el perito no habría utilizado un manómetro, lo cual considera como "*un procedimiento básico de medición*", y que, "*no obstante ello, y sin ningún fundamento, informa que el mínimo de 10 mca* [metro de columna de agua] *no se ha cumplido de manera continua y permanente*" (v. fs. 1149 vta.).

Respecto a las declaraciones testimoniales producidas en autos considera que las mismas no probarían la violación patente de sus derechos como usuarios, que hagan viable la acción de amparo, "*por lo cual la sentencia dictada por el a quo, a pesar de su extensión, no encuentra fundamento adecuado en las probanzas de autos*" (v. fs. 1150 vta.).

Luego dedica un capítulo a la inadmisibilidad de la acción de amparo en un tema como el presente (v. fs. 1152/153vta.).

Así reitera lo expresado en las instancia procesales anteriores, en el sentido de que "*…el remedio judicial más idóneo, luego de la entrada en funcionamiento del fuero contencioso administrativo, es la acción contenciosa administrativa, que permite la sustanciación de pretensiones de lo más variada, y que involucran no solamente la impugnación de la actuación administrativa, sino también la revisión de cualquier actor u omisión de un sujeto en ejercicio de función*

*administrativa, como es* ABSA, *en su calidad de concesionario de un servicio público*" (v. fs. 1152 vta.).

Vuelve a manifestar que el escrito de expresión de agravios presentado contra la sentencia de primera instancia, "*lejos se encuentra de los reproches efectuado por el fallo de Cámara en cuanto sostiene que el mismo incurre en una falencia argumental que logre conmover las premisas del fallo impugnado*" (v. fs. 1153).

Esgrime que pareciera que el tribunal no tiene en cuenta que "*no obstante los requisitos que debe satisfacer la carga técnica de expresar agravios..., en la materia prevalece un criterio amplio o flexible, en salvaguarda de principios de mayor jerarquía ...*" (v. fs. 1153).

Continúa "*...es así que, sin perjuicio de la debilidad de los fundamentos articulados en la expresión de agravios, es necesario su tratamiento si se advierte en ella el mínimo agravio*"' (v. fs. 1153). Cita los artículos 18 de la Constitución Argentina, 11 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 260 y 261 del CPCC.

Por ello entiende que la Cámara debió haber tratado los agravios expresados por la recurrente, "*por cuanto la parte troncal del decisorio apelado se encontraba correctamente impugnada*" (v. fs. 1153 y vta.).

Para finalizar mantiene el caso federal (v. fs. 1154 y vta.; art. 14 de la ley 48).

**III.-**

**3.1.-** Una vez concedido el recurso extraordinario por la Cámara de Apelación (v. fs. 1160 y vta.), fueron elevadas a V.E. las presentes actuaciones.

**3.2.-** Con fecha 18 de octubre de 2017, se dispuso la devolución de las mismas a la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata a los efectos de que sea notificado el Asesor de Incapaces (v. fs. 1170 y 1171).

Una vez recibidas, dicho Tribunal ordenó correr vista a dicho funcionario y al Agente Fiscal Dr. Diego Carlos Bensi, titular de la UFIJ N° 2 del Departamento Judicial de Dolores (v. fs. 1171).

La Asesoría de Incapaces N° 2 de Dolores se notificó personalmente de la sentencia de segunda instancia y devolvió las actuaciones (fs. 1173). Hizo lo propio el Agente Fiscal (v. fs. 1173 y 1178).

Regresadas las presentes a la Suprema Corte de Justicia, a fojas 1185 se dispuso la remisión a esta Procuración General "*a los fines de dictaminar con relación al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*" (v. arts. 27, ley 13.133, 52, ley 24.240)".

**IV.-**

Paso a responder al traslado conferido propiciando se rechace el recurso interpuesto por las razones de hecho y de derecho que paso a desarrollar.

**4.1.-** Respecto a la admisibilidad formal del presente recurso entiendo que debería darse curso favorable toda vez que cumpliría con las cargas procesales que el código adjetivo establece para este tipo de remedios extraordinarios (SCJBA, A 74038, "*José J. Chediack* S.A.", 09-05-2018 y sus citas).

En primer lugar, quien recurre posee legitimación procesal suficiente para interponerlo por resultar ser quien fuera condenado en las instancias procesales anteriores, produciéndole, tal como lo explica en el recurso, un gravamen de imposible reparación ulterior.

En segundo lugar, la sentencia por la que se agravia proviene de la última instancia procesal de carácter ordinario, tal como lo es en el presente caso la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con sede en Mar del Plata, teniendo, a su vez, el litigio un valor de carácter indeterminado (art. 278 del CPCC).

En lo que se refiere al plazo de interposición, fue presentado dentro de los diez días que prevé el primer párrafo del artículo 279 del CPCC (v. fs. 1139/1140 y 1154 vta.).

Finalmente, el recurrente efectuó el depósito previo previsto en el artículo 280 del CPCC (v. fs. 1156/1159) y constituyó domicilio procesal en la ciudad de La Plata (v. fs. 1143).

**4.2.-** Con carácter previo he de expresar, en lo que se refiere a la intervención del Ministerio Público en este tipo de litigio, que la ley 13.133 ("Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios"), en su artículo 27 impone al Ministerio Público su actuación obligatoria como fiscal de la ley, en forma concordante lo establecido en el artículo 52 de la ley nacional 24.240.

La intervención por parte del Ministerio Público, no tiene como objeto representar al interés meramente individual o particular, presuntamente perjudicado en la relación de consumo, ni tampoco su actuación obedece a hacerlo en representación o como coadyuvante en favor de alguna asociación de consumidores sobre las que hace referencia el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional, sino que responde a la defensa de intereses de carácter colectivo y en la protección del orden público y de la ley, como así en resguardo del debido proceso en el que se encuentra involucrado un derecho de incidencia colectiva (arts. 1, 21 incs. 7 y 24 de la ley 14.442; 27 de la ley 13.133 y 240 del CCC; SCJBA, B 60.013, "*Fiscal de Estado*", res., 27-04-1999; B 59.100, "*Alemano*", res., 05-05-1998; Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. arts. 3°, III y VIII, par. 3 a 5; 8; 14 y 32; Junyent Bas, Francisco y Del Cerro, Candelaria, "*Aspectos procesales en la Ley de Defensa del Consumidor*", La Ley 2010-C, 1281, capítulo cuarto).

A la impronta penal con la que la sociedad vincula a los Fiscales, puede agregársele una faceta más proactiva y protectoria de los bienes y los derechos de incidencia colectiva de la comunidad sumado al de un Ministerio Público como magistratura de control a fin de custodiar el orden público y la

defensa del orden jurídico en su integridad (CSJNA, "*Fallos*", "*Cacciatore, Osvaldo Andrés y otros*", T. 311:593;1988, su dictamen y citas; "*Lamparter*", T. 315:2255;1992, consid. sexto y superadores de las limitaciones por entonces sostenidas por sus votos, en dicha causa, ídem consid. sexto; "*Flores*", T. 319:1855; 1996, consid. tercero; v. Dictamen PGN in re "*Unión de Usuarios y Consumidores*", 30-09-2009; "*Fiscalía de Investigaciones Administrativas*", T. 336:2293; 2013, consid. noveno; "*Yan*", 341:413; 2018, consid. tercero, sobre la intervención necesaria del Ministerio Público Fiscal, entre otros).

**4.3.-** Respecto al núcleo del recurso:

**4.3.1.-** Se advierte que en el presente proceso se encuentra en juego la normal prestación de un servicio público. Se trata de un servicio esencial, cual es el brindar agua potable en calidad y cantidad necesaria para satisfacer necesidades vitales.

Quienes demandan expresan que atento a una supuesta ausencia de inversiones en la red de abastecimiento, la misma se hallaría en muy mal estado de conservación, lo que habría provocado que, a una innumerable cantidad de usuarios, y en algunos casos por prolongado tiempo, la empresa ABSA no les habría brindado la prestación de agua potable en calidad y cantidad suficiente.

Agregan que, en varios casos, los hechos denunciados se verían agravados por la existencia de cortes en el suministro de agua sin aviso previo, los cuales, en algunos casos, se producirían durante un tiempo considerable, dependiendo del barrio al que pertenecen los distintos usuarios. Otros en cambio, sufrirían falta de presión en la red y pérdidas de agua.

Tengo en consideración que, según se anticipa en las consideraciones que nutren al decreto 878/2003, la ley 11.820 -del año 1996- que autorizó un Marco Regulatorio para la Prestación de los Servicios Públicos de Provisión de Agua Potable y Desagües Cloacales en la Provincia de Buenos Aires, se dictó en un contexto social, económico y político muy distinto al de las épocas

en que se promulgara dicho decreto (el decreto 878 es del año 2003) y su principal objetivo declarado: "*[...]a efectos de garantizar la continuidad de la prestación del servicio público sanitario y, por ende, la defensa de los derechos de los usuarios de gozar de la provisión de un servicio público esencial a la vida y a la salud de la población*" y *[...] radica en el establecimiento de un régimen jurídico del servicio público sanitario único y uniforme aplicable a todo el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, independientemente de que dicho servicio sea de titularidad provincial o municipal, imponiendo iguales derechos y obligaciones para todos los prestadores del mismo, sean éstos personas jurídicas públicas o privadas*" (SCJBA, A. 72.408, "*Negrelli*", sent., 03-12-2014, voto del Señor Juez de Lázzari, a la tercera cuestión, punto primero).

El acceso al agua potable y los servicios de saneamiento es indispensable para que la población pueda gozar de buena salud y prevenir enfermedades, así como para contar con un medio ambiente saludable (v. "*Panorama Social de América Latina*", 2018, CEPAL, Capítulo IV, c) Infraestructura: garantizar el bienestar y la inclusión de las personas, p.163).

El agua es fundamental para la vida y la salud. La realización del derecho humano a disponer de agua es imprescindible para llevar una vida saludable, que respete la dignidad humana. Es un requisito para la realización de todos los demás derechos humanos. "*Se exigirá a los países que ´respeten, protejan y atiendan´ el derecho de las personas a disponer de agua potable y saneamiento. Se trata de un importante impulso a los esfuerzos que se despliegan para alcanzar el Objetivo de Desarrollo del Milenio...*" (OMS, Ginebra, 27 de noviembre de 2002; Resolución 64/292, de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 28 de junio de 2010. En noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la Observación General nº 15 sobre el derecho al agua. El artículo I.1 establece que "*El derecho humano al agua es indispensable para una vida humana digna*". La Observación nº 15 también define el derecho al agua como el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico).

**4.3.2.-** Respecto a la legitimación activa de los actores en el presente proceso nada tengo para observar.

En efecto, ya antes de 1994 se entendía que en el caso de los denominados "*intereses difusos*", resultaba evidente que no sólo el interés individual y subjetivo podía presentarse con protección, también aquellas situaciones que alcanzaban de alguna u otra manera al conjunto de los habitantes, por lo que el sistema jurídico debía acordar un esquema de protección, dando legitimación para obrar al grupo o a un individuo que alegue su representación sin necesidad de norma específica al respecto (CSJNA, "*Fallos*", en el voto en disidencia de Luis V Varela en la causa "*Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de la Provincia de Santa Fé*" sostiene: "*si la Constitución argentina ha dado jurisdicción a los tribunales federales, en todas las controversias que versen sobre puntos regidos por la Constitución, ni la ley ni la Corte Suprema pueden hacer excepciones. Allí donde la Constitución no ha hecho distinciones, no puede nadie hacerlas. Y esta jurisdicción que la Constitución acuerda a los tribunales federales, nace de la materia en litigio, y no de la condición de las partes que están en el pleito [...] Cuando una ley o un acto del Poder Ejecutivo están en conflicto con las disposiciones, derechos y garantías que la Constitución consagra, siempre surgirá una causa judicial*", T. 53:420;1893, espec. p. 439; en la causa "Don Florencio Calzada": La Corte Suprema, alguna vez ha señalado que "*en materias regidas especialmente por leyes de orden administrativo, no es de estricta aplicación la regla de derecho común que admite acción en juicio para la defensa de todo derecho o interés legítimo*", T. 120:193; 1915, anteúltimo párrafo; En "*Peralta, Luis Arcenio y otro*", expresa "[...] *es función indeclinable de los jueces el resolver las causas sometidas a su conocimiento, teniendo como norte el asegurar la efectiva vigencia de la Constitución Nacional, sin que puedan desligarse de este esencial deber, so color de limitaciones de índole procesal. Esto es especialmente así, si se tiene en cuenta que las normas de ese carácter enderezarse a lograr tal efectiva vigencia y no a turbarla*" y otro momento del decisorio sostiene: "*Que, sentado ello, cabe afirmar que el art. 2°, inc. d) de la ley 16.986 halla su quicio constitucional*

*en tanto se admita el debate de inconstitucionalidad en el ámbito del proceso de amparo, cuando en el momento de dictar sentencia se pudiese establecer si las disposiciones impugnadas resultan o no ´clara, palmaria o manifiestamente´ violatorias de las garantías constitucionales que este remedio tiende a proteger*", T. 313:1513; 1990, considerandos séptimo y décimo tercero; en el "*Incidente promovido por la querella s/inconstitucionalidad del decreto 2125 del P. E. N.*", se atiende más allá del *nomen* juris empleado, el pedido de declaración de inconstitucionalidad del decreto 2125/78 en pos de prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional. La introducción en una causa penal como consecuencia de la denuncia propiciada por dos vecinos ribereños de los ríos Tigre y Reconquista contra quienes contaminaban y envenenaban por acción u omisión, el curso de agua potable del rio Reconquista y su cuenca, T. 310:2342;1987, v. tb. dictamen del PG Juan Octavio Gauna, esp. punto quinto en que requiere al Señor Presidente de la República Argentina la derogación o modificación del reglamento en cuestión; "*Louzan*", T.317:1658;1994, dis. de los Sres. Jueces Levene, Fayt y López; "*Inhibitoria planteada al Juzgado de Primera Instancia en lo Correccional N° 2 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora*", T.316:2374; 1993; SCJBA, B 49.544, "*Thomann*", sent., 07-12-1984, voto en minoría del señor Juez Negri; abriéndose paso en la doctrina: Morello, Augusto Mario, "*La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal*," JA, 1978-III, 321; LL, 1979-A, 225; "*La defensa de los intereses difusos*," JA, 1982-IV, 700; "*Las nuevas exigencias de tutela (experiencias y alternativas para repensar la política procesal y asegurar la eficacia del servicio)*," en La justicia entre dos épocas, La Plata, Platense, 1983, p. 57 y ss.; Morello, Agusto Mario y Stiglitz, Gabriel: "*Hacia un ordenamiento de tutela judicial de los intereses difusos*," JA, 1985-IV, 651; *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, La Plata, Platense, 1986, p. 201 y ss.; "*Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia*," LL, 1987-D, 364; "*Los intereses difusos y su adecuada protección judicial. Operatividad del amparo colectivo*," DJ, 1991-2, 471; o las posibles visiones: Marienhoff, Miguel Santiago, "*Delfines o toninas y acción popular*", El Derecho T. 105, p. 244, con

motivo del recordado caso "*Katan A. y otros c/ Gobierno Nacional*", donde desde un Juzgado Nacional de 1ª. Instancia en lo Contencioso Administrativo, el N° 2 en sentencia firme se sostenía entre otros conceptos: "*Si toda vez que un habitante quisiera protección para sus eventuales derechos, estuviera necesitado de invocar un específico derecho subjetivo, el grueso de la legalidad administrativa quedaría fuera de su alcance, aun en la hipótesis de que el perjuicio fuera cierto e irreversible [...]*", La Ley del 4 de noviembre de 1984).

La plenitud del estado de derecho, no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justiciabilidad plena de las transgresiones a la ley y de los conflictos jurídicos (CSJNA, "*Fallos*", "*Pérez de Smith*", T. 300:1282; 1978, consid. cuarto).

Hoy en día la acción se otorga para defender ante la justicia un interés tutelado jurídicamente, lo cual es indeterminado en cuanto a la no utilización de la antigua terminología en diversas categorías. Ellas van desapareciendo.

Volvemos así, nos dice Gordillo, por vía normativa o jurisprudencial, a la definición del pretor: "*dame los hechos, yo te daré el derecho.*" (*Da mihi factum, dabo tibi jus*), criterio que se va imponiendo en la jurisprudencia, bajo el principio de la legitimación constitucional de los derechos de incidencia colectiva (v. Gordillo, Agustín, "*Tratado de Derecho Administrativo*", Tomo y sección segunda, cap. tercero, p. III-1; v. tb., Jeanneret de Pérez Cortés, María, "*La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia*," LL, 2003-B, 1333; Quiroga Lavié, Humberto, "*Derecho Constitucional*", CDCS, Buenos Aires, 1978, pp. 216 y ss., del mismo autor, "*De la sociedad pasiva a la democracia social*", La Ley, t. 1981- C, pp. 1003 y ss.).

De esta forma, desde antes de la última reforma llevada a cabo a la Constitución Nacional, se propiciaba el abandono del concepto

iusprivatista, caracterizado por la acreditación de un daño individual resarcible, y así pasar a una concepción de carácter colectivo, por el que no se debía agotar la pretensión con la reparación particular, sino propiciar la protección de los intereses legítimos de una innumerable y a veces indeterminable cantidad de perjudicados.

Mueve a la reflexión las consideraciones que -aunque en orden al régimen español- efectúa Jesús González Pérez en lo relativo a que, aun en los casos en que la sentencia -por reconocer situaciones jurídicas individualizadas- produce efectos de cosa juzgada sólo para los que hayan sido partes en el pleito, quienes no lo hubieran sido podrían lograr la plena efectividad de los derechos, a través de la ejecución forzada, de no acceder la Administración, invocando como fundamento el principio de igualdad, constitucionalmente reconocido ("*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*", segunda edición, Ed. Civitas SA, Madrid, 1994, p. 1084 y ss., especialmente p. 1087).

Una vez concluida la labor de la Convención Nacional Constituyente del año 1994, con la expresa incorporación a nuestra Carta Fundamental de los derechos humanos de tercera generación o de incidencia colectiva, se reconoce directamente la legitimación para interponer acciones de amparo en causas concernientes al medio ambiente, tanto al afectado como al defensor del pueblo como a las asociaciones que tienden a esos fines, debidamente registradas conforma a la ley y sin desconocer la posibilidad de que existan afectados particulares de resultas de haber sufrido un daño directo en sus personas o en sus patrimonios (v. CSJNA, "*Fallos*", "*Rivarola*", T. 334:476; 2011; "*Mendoza*", T. 329:2316;2006; ídem., T. 330:1158; 2007).

En este orden de ideas, la palabra afectado no podría ser interpretada sino en la manera de admitir que todo sujeto de derecho que sienta menoscabado en forma directa o indirecta, un derecho de carácter colectivo podría lograr una efectiva y concreta protección de su porción subjetiva del interés de carácter común (arts. 41 y 42 de la Constitución Nacional).

Lo mismo se produjo en la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires que también se llevó a cabo en 1994, por los que se sancionó a los actuales artículos 20 y 28 de la Constitución provincial.

La distinción, que no es necesariamente oposición, entre ambas generaciones de derechos se hace patente cuando se considera que mientras en la primera los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa (*Abwehrrechte*) de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa; en la segunda, correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales, se traducen en derechos de participación (*Teilhaberechte*), que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos (v. Antonio Enrique Pérez Luño, "*Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*", Tecnos, Madrid, 3.a ed., 1990, pp. 82 ss. y 120 ss.; id., "*Los derechos fundamentales*", Tecnos, Madrid, 3.a ed., 1988, pp. 183 ss.).

Este camino fue acompañado por la Corte Suprema de Justicia de Argentina que entendió que los postulados previstos en el artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional debía ser directamente aplicables aún sin ley que lo reglamente al amparo colectivo (v. "*Fallos*" 332:111, "*Halabi*", T. 332:111; 2009, consids. quinto y doce).

Para afirmar también, que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del artículo 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados ("*Halabi*", cit. consid. doce).

Ahora bien, conforme las tres generaciones de derechos que recuerda Bidart Campos ("*Tratado Elemental de Derecho Constitucional*", ed.

Ediar, Tomo I-A, 2000, p. 717y ss.), el caso en análisis también involucra a los derechos de segunda generación emergentes como derechos sociales, económicos y culturales al comprender contenidos que atañen a la salud, a las condiciones de sustentabilidad económica del servicio y las previsiones convenidas, a las condiciones sanitarias y urbanísticas para su instalación, prestación y control, por ejemplo.

Ahora bien, la dimensión generacional de los derechos fundamentales nos presenta un desafío en la mudanza de los instrumentos jurídicos dirigidos a su positivación y protección.

Así, en el ámbito de la doctrina iuspublicista se ha considerado apremiante la exigencia de completar la célebre teoría de los *status*, elaborada por Georg Jellinek, con nuevos cauces jurídicos que se hicieran cargo de las sucesivas transformaciones operadas en las situaciones subjetivas (G. Jellinek, "System der subjektiven óffentlichen Rechte", reimp. de la ed. de 1919, Scientia, Aalen, 1964, pp. 81 y ss.).

Surge una necesidad ampliar aquella tipología, pensada para dar cuenta de las libertades y derechos de la primera generación, con el reconocimiento de un *status positivus socialis*, que se haría cargo de los intereses económicos, sociales y culturales propios de la segunda generación y hasta alcanzar la categoría de "*Derechos fundamentales*" (v. Bidart Campos, op. cit. p. 725; La CSJNA hace especial mención a los "*derechos fundamentales*" y a "*derechos humanos fundamentales*", así, v. "*Incidente* Nº 34 – *Incidentista Lenna…*", sent., 6 de noviembre de 2018).

Que corresponde recordar que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (CSJNA, "*Fallos*", "*Hospital Británico de* Bs. As.", T. 324:754; 2001, donde se enfatizó su consagración como garantía constitucional explícita, conf. dictamen PGNA; "Floreancig", T. 329:2552; 2006; "*Cisilotto*", T. 310:112; 1987; "*Amante*", T. 312:1953; 1989, entre otros) y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen

siempre carácter instrumental (CSJNA, "Fallos", "*American Cyanamid Company*", T. 278:313; 1970; "*Bahamondez*", T. 316:479; 1993; "*Monteserin*", T. 324: 3569; 2001, entre otros) criterios estos que orientar el sentido de las decisiones judiciales (CSJNA, "*Fallos*", "*E., R. E.*", T. 324:677; 2001, voto del Señor Juez Vázquez, consid. décimo tercero, párr. segundo).

Con especial énfasis, asimismo, tras la reforma constitucional del año 1994, la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (conf. arts. 42 y 75, incs. 19 y 22, de la Constitución Nacional, 11, 36 inc. 8, 37 y 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y CSJNA, "*Fallos*", "*Policlínica Privada de Medicina y Cirugía SA*", T. 321:1684; 1998; "*Asociación Benghalensis*", T. 323:1339; 2000; "*Campodónico de Beviacqua*", T. 323:3229; 2000; "*I.C.F.*", T. 331:2135;2008, "P. L., J. M.", T. 337:222; 2014, entre otros).

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido: "*El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos*". Para precisar: "*Los derechos a la vida y a la integridad humana se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud humana*" ("ASHPA", sent. 17-06-2015, voto fundador del Señor Juez Hitters, consid. tercero, punto segundo, "ii" y sus citas).

Por ello, el sistema adjetivo, como así también los órganos del Poder Judicial que intervengan en casos como el presente, deberán garantizar el acceso a la jurisdicción de los habitantes, mediante el acceso a una efectiva tutela judicial de los derechos amenazados o conculcados, en resguardo de un interés eminentemente público, ello sin descuidar el interés individual.

De esta forma considero totalmente apto el carril procesal utilizado por la parte actora, que fuera motivo de agravio por parte del aquí recurrente (arts. 11, 15 y 20 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Entiendo, por lo tanto, que la legitimación activa de los actores y la representación procesal de todos los usuarios de este servicio que se brinda en Dolores es incuestionable.

Así, el órgano jurisdiccional al resolver confirmar la sentencia de grado, brindó una respuesta a la pretensión, consideró alcanzados por la sentencia no sólo los que interpusieron la acción y a los que adhirieran con posterioridad, también a los habitantes de la ciudad de Dolores afectados por el servicio de suministro de agua y con el alcance y medidas dispuesta por aquél.

Por su parte, se encuentra acreditado que el presente proceso está debidamente registrado en los términos del artículo 8 de la ley 13.928 texto según ley 14.192 (v. fs. 551 y vta. y 1093/1096).

Por lo tanto, el remedio solicitado a través del amparo y los daños a evitarse y subsanarse tendrían incidencia sobre los derechos de toda una categoría de sujetos, con un interés personal simétrico al de los promotores.

La conducta evidenciada de la demandada afecta a las personas individualmente y a la comunidad que tiene el uso y goce de ese bien, que, por esa razón, se denomina público o colectivo (CSJNA, "*Fallos*", "*Mujeres por la Vida...*", T. 329:4593; 2006, voto de la Señora Jueza Argibay sobre la legitimación especial devenida del art. 43 de la Constitución Argentina, consids. noveno y décimo tercero, ídem "*Padec*", T. 336:1236; 2013, consids. primero y segundo).

Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que tiene por objeto una efectiva protección de derecho más que una ordenación o resguardo de competencias y los jueces buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (CSJNA, "*Fallos*", "*Martínez*", T. 339:201, 2016, consid. séptimo y sus citas).

**4.3.3.-** Despejadas estas cuestiones, las presentes actuaciones cobran vida a raíz de la demanda promovida por un conjunto de vecinos de la ciudad de Dolores, en carácter de usuarios afectados y en representación de los usuarios de ABSA de Dolores, contra Aguas Bonaerenses SA, la Provincia de Buenos Aires y el organismo de Control del Aguas de Buenos Aires (OCABA) con el objeto de que las demandadas realicen las obras y tareas necesarias a su costa y cargo para proveer agua en calidad y cantidad suficiente a los usuarios de dicha localidad.

Asimismo, solicitan se ordene a ABSA a refacturar el servicio descontando el consumo de agua potable en los casos en que la Gerencia de Control Técnico y de Calidad del servicio de OCABA constate o se acredite por cualquier medio fehaciente la falta de suministro y/o falta de presión en los domicilios de los usuarios. La previa demostración se exige por encontrarse en situaciones disímiles los diferentes usuarios y cambiar la provisión de agua en las distintas épocas del año.

La refacturación corresponderá hasta que el prestador notifique que la provisión de agua en las condiciones del decreto 878/03 esté solucionada, la cual deberá ser notificada al OCABA, quien deberá proceder a su corroboración.

El Sr. Germán Alfredo Pereyra, en su condición de usuario del servicio hizo una presentación ante el OCABA, que tramitó bajo el número de reclamo n° 49472, por el que ponía en conocimiento del ente regulador provincial, la falta de presión de agua en su domicilio particular.

Ante esto, el organismo de contralor ordenó a la empresa a que dispusiera la refacturación del servicio público de agua potable desde el 27 de octubre de 2014 hasta la fecha de notificación del acto administrativo, y exigió que en forma urgente dispusiera de todos los medios necesarios para la solución del mal servicio prestado en el domicilio del reclamante (v. Resoluciones de OCABA. N° 155/2014 de fecha 18-12-2014 y N° 171/2015 del 24-09-15, fs. 369/386 y 424/425). Situación que quedaría insatisfecha.

El Señor Sergio Antonio Scaglia, testigo, da cuenta que el servicio es deficiente y es algo que sucede desde hace muchos años, que realizó reclamos a través de un petitorio (v. fs. 448 y vta.).

La Señora Adriana Elisabet Stanga da cuenta en la testimonial que en la actualidad tiene agua durante la tarde y a partir de las 20:30 hs. no cuenta con el servicio, que llegó a estar sin nada de agua, realizando reclamos ante ABSA (v. fs. 449).

Héctor Oscar Valenzuela expuso que realizó también "*innumerables reclamos*" al ABSA, sin saber que debían darle comprobante, circunstancias que no efectivizara el organismo. Que su presentación fue con motivo de no contar con el servicio (v. fs.454).

Es conteste a lo expuesto la prueba testimonial producida, por la que se expuso bajo juramento de ley, que el servicio de provisión de agua potable brindado por ABSA en la ciudad de Dolores sería desde hace mucho tiempo defectuoso, y que esta circunstancia se agravaría durante el verano (v. fs. 448/450 y 454/455).

En lo que se refiere a la pericia producida, surgiría según el experto, una deficiente prestación del servicio que no cumpliría con los requisitos que fija el marco regulatorio previsto por medio del Decreto 878/2003, y que el inconveniente obedecería a fallas y déficits en la infraestructura y el correspondiente mantenimiento, como así respecto a las fuentes de captación de agua y el control de calidad del servicio (v. fs. 553/561).

En la citada pericia concluye el ingeniero que sería necesario para solucionar el problema de suministro de agua a la ciudad de Dolores, la realización de ciertas obras, para "*contar con un adecuado suministro de agua y una buena gestión del servicio y sus recursos*" (v. fs. 560vta.).

Para ello, consideró necesario llevar a cabo los siguientes pasos: "*1. Estudio, proyecto y construcción de la infraestructura adecuada; 2. Gestión*

*adecuada del servicio, para lo cual se deberá contar con un presupuesto acorde a fin de garantizar el funcionamiento constante y continuo de las obras planificadas, 3. Control de calidad y cantidad de la prestación [...]*" (v. fs. 560 vta.).

La prueba producida y lo expuesto por el perito fueron fundamentos suficientes para la confirmación del fallo por la Cámara de Apelación.

**4.3.4.-** Ahora bien, debido a la solución dispuesta por ambas sentencias, el apoderado de la empresa ABSA sostiene tanto en el recurso de apelación como en el presente recurso extraordinario, que se habría invadido una competencia que en principio no le correspondería al Poder Judicial sino a la Administración. En otras palabras, denuncia un avasallamiento de potestades que en forma exclusiva serían del Poder Ejecutivo.

Al respecto entiendo como principio general, que si bien las razones de oportunidad, mérito y conveniencia evaluadas y consideradas por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que les corresponden a tenor del reparto de competencias establecido por la Constitución, en este caso de la Provincia de Buenos Aires, no estarían sujetas al control judicial, no obstante, es obligación de este Poder desplegar con todo vigor el ejercicio del control de razonabilidad de las leyes y de los actos administrativos provenientes de los otros poderes del Estado, como así, respecto de las omisiones materiales por parte de la administración de prestar un buen servicio especialmente ante denuncias de derechos vitales afectados.

Así V.E. sostiene: "N*unca las atribuciones de un órgano administrativo pueden ser totalmente regladas o absolutamente discrecionales. Es decir, que la tarea discrecional no está desvinculada de la reglada sino comprendida, como todo accionar estatal, por la plenitud hermética del orden jurídico*". Para continuar: "*[...]ello en modo alguno significa conculcar el principio de división de poderes, y menos limitar el accionar de la Administración en el ejercicio de las funciones que le son propias, por cuanto esta postura reconoce la existencia de un casillero de la actividad discrecional exenta del control judicial: la oportunidad, mérito o conveniencia, elementos que integran la competencia*

*jurídica que el legislador ha conferido al administrador, habilitándolo para que pueda realizar concretamente su función de tal, en orden a satisfacer las necesidades públicas*" (SCJBA, A 71.230, "*Gutiérrez, Griselda Margarita y otra*", sent., 15-07-2015, voto del Señor Juez Hitters, consid. tercero, ap. tres, "c" y sus citas).

Allí también se precisa: "*Es la discrecionalidad administrativa la que encuentra un límite en el efectivo cumplimiento de las prerrogativas superiores y no viceversa, por lo que no puede considerarse que exista una zona de reserva de la Administración…*", ídem consid. citado).

Examen que podría por ejemplo alcanzar a la existencia de las obras denunciadas y a la real prestación de un servicio público que, en su condición de usuarios demandan y por el que pagan un precio para acceder a uno que les garantice el suministro de agua potable en calidad para poder desarrollar una vida normal (V. OMS, "*Guía para la calidad del agua potable*", tercera ed., 2006).

**4.3.5.-** No se está en presencia del reclamo de una prestación suntuaria, sino de la prestación de un servicio de carácter esencial.

El derecho a contar con el servicio de agua potable forma parte de la atención primaria de la salud (Declaración Alma Ata, Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, URSS, 6-12 de septiembre de 1978, cláusula séptima, tres "*[…] un abastecimiento adecuado de agua potable…]*".

La Declaración de Astaná reafirma la histórica Declaración de Alma-Ata de 1978 -Conferencia Mundial de Atención Primaria de Salud- "*Desde Alama-Ata hacia la cobertura sanitaria universal y los objetivos del desarrollo sostenible*" (Astaná –Kazajstán- 25 y 26 de octubre de 2018).

Al celebrarse el 12 de diciembre del año 2018 los cuarenta años de la declaración, la representante de la OPS/OMS en Argentina pone de manifiesto la necesidad de "*un cambio hacia un modelo de atención centrado en las personas y en la comunidad en lugar de centrarse en las enfermedades*".

Asevera: "*Además necesitamos intervenciones intersectoriales para abordar los determinantes sociales de la salud, aquellas condiciones y el entorno en el que las personas nacen, viven, trabajan y envejecen*". "*Estos determinantes están relacionados con el aire que respiramos, los alimentos que comemos, el agua que bebemos, la educación que recibimos, la vivienda que tenemos, la comercialización de productos, las contaminantes ambientales, nuestras condiciones de trabajo y protección social, entre otros determinantes*" (Maureen Birmingham, v. OPS Argentina, "*A cuarenta años de la Declaración de Alma Ata…*").

Cabe recordar, asimismo, el compromiso ambiental -y la provisión de agua-, claramente relacionada con estos principios.

La Constitución Argentina atribuyó la competencia de establecer los denominados presupuestos mínimos al Gobierno Federal (art. 41 de la Constitución Nacional; ley 25.675 -General del Ambiente- BONA 28-11-2002, v. art. segundo; ley 25.688 -de Gestión Ambiental de Aguas- BONA 03-01-2003, v arts. 1, 5 y 7; ley 25.831 -de Acceso a la Información Pública Ambiental- BONA 07-01-2004, v. art. 1° y ss.).

La citada ley 25.688 establece en su artículo 1° los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional, determinando en su artículo 7 inciso "c" a la autoridad nacional de aplicación el deber de fijar los parámetros y estándares ambientales de calidad de las aguas.

Por su parte en el orden provincial la ley 13.133 con el paraguas de ley nacional 24.240 de los Derechos de los Usuarios y Consumidores, expresamente protege a los usuarios de servicios públicos, garantiza su defensa y la promoción de sus derechos, en el caso aplicable a raíz de la condición de usuarios del servicio público de agua potable (La ley 24.240, norma de derecho común complementaria de los preceptos contenidos en el Código Civil y Comercial, v. CSJNA, "*Fallos*", "*Flores Automotores SA*", T. 324:4349; 2001; "*Dilena*", T. 330:133; 2007; "*Telefónica de Argentina SA*", T. 339:704; 2016, v. esp. dictamen de María Graciela Reiriz, 07-11-2001).

Creo oportuno recordar que desde antiguo se ha dicho que las leyes han de interpretarse evaluando la totalidad de sus preceptos y los propósitos finales que las informan, de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (doctrina de CSJNA, "*Fallos*", "*Groppo*", T. 255:192; 1963; "*Massalin y Celasco SA*", T. 263:63; 1965; "*Romero Ouras*", T. 285:60; 1973; "*Gunther*", T. 308:1118; 1986; "*Romero*", T. 310:500; 1987; "*Ríos*", T. 312:111; 1989; "*Ginocchio*", T. 313:1223; 1990; "*Flores*", cit. 2001, "*Incidente* Nº 34 - *Incidentista: Lenna entre otros…*", cit.).

La Provincia dentro del marco de atribuciones propias de la legislatura local ha dictado la ley 13.133 e involucra cuestiones vinculadas al procedimiento que seguir las empresas prestadoras de servicios públicos provinciales en el momento de emitir las facturas, así como las relaciones entre éstas y los usuarios y la modalidad de prestación de un servicio público sujeto a regulación provincial, previsto por las autoridades locales en el marco de sus competencias constitucionales (art. 121 de la Ley Fundamental; arts. 1, "a", 2, 3 inc. "e", 5, 7, 10, 18 inc. "a" y 30 de la Ley provincial).

Es preciso poner de relieve también, que el legislador nacional, al sancionar la ley 24.240 con la modificación operada por ley 26.361, dispuso que los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor (art. 25).

Es decir, prevé que en ese tipo de servicios no sólo las autoridades competentes regulen la modalidad de prestación y las relaciones entre prestadores y usuarios, también eleva en la interpretación de los principios que establece la más favorable al consumidor como forma de dar la mejor protección (v. art. 3, ley 24.240; 72, ley 13.133 y cc. 7 último pár.,1094 y 1095 CCC).

Por último, considero que el carácter de orden público de la ley nacional de protección al consumidor (art. 65) no impide que las provincias e incluso las municipalidades, dentro de sus atribuciones naturales,

puedan dictar normas que tutelen los derechos de los usuarios y consumidores, en la medida que no los alteren, supriman o modifiquen en detrimento de lo regulado en la norma nacional (v. cc. Dictamen PGN, in re "*EDELAR SA*", al que se remite la CSJNA, "*Fallos*", T. 330:2081; 2007).

A su vez, el Código Alimentario Argentino, decreto ley 18.284/69 (BONA 28-07-1969) conforme resolución conjunta de la Secretaría de Políticas, Regulación y Relaciones Sanitarios -SPRyRS- y de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos -SAGPyA- 68/2007 y 196/2007, especialmente en el artículo 982, recepta los estándares de calidad del agua potable previstos en la Guía de Calidad del Agua Potable de la Organización Mundial de la Salud (ver: https://www.who.int/water_sanitation_health/dwq/guidelines/es/; cf. considerandos de la resolución conjunta).

El mencionado precepto expresa: "*Con las denominaciones de Agua potable de suministro público y Agua potable de uso domiciliario, se entiende la que es apta para la alimentación y uso doméstico: no deberá contener substancias o cuerpos extraños de origen biológico, orgánico, inorgánico o radiactivo en tenores tales que la hagan peligrosa para la salud. Deberá presentar sabor agradable y ser prácticamente incolora, inodora, límpida y transparente. El agua potable de uso domiciliario es el agua proveniente de un suministro público, de un pozo o de otra fuente, ubicada en los reservorios o depósitos domiciliarios […]*".

Ambas cumplir con las características físicas, químicas y microbiológicas que allí se determinan.

La Provincia de Buenos Aires, por medio de su legislatura adhirió a estas pautas de calidad del agua por medio de la ley 13.230 de adhesión al Código Alimentario nacional (BOBue del 29-09-2004).

Establece esta última en el artículo 3: "*La autoridad de aplicación realizará una permanente fiscalización de la presente Ley ejerciendo directamente la supervisión técnica-administrativa, y convendrá con los municipios*

*las tareas de contralor, procediendo a delegarlas dentro de sus jurisdicciones cuando reúnan, de conformidad con lo que fije la reglamentación [...]*" , y remite al procedimiento del "*Código de Faltas Municipales*", decreto ley 8751/77 (v. art. 5°, cf. ley 13.996, BOBue, 11-06-2009).

En este contexto, la Provincia de Buenos Aires regula lo concerniente al tema agua.

En el año 1996 sancionó la ley 11.820 (BOBue, 11-11-1996), en la que fuera aprobado como "Anexo I" el "*Marco regulatorio para la prestación de los servicios públicos de agua potable y desagües cloacales en la Provincia de Buenos Aires*".

Los estándares establecidos en el anexo debían ser cumplidos por las empresas prestadoras de este servicio, los cuales continuaron vigentes con el dictado del decreto 878/03 por el que se estableció un nuevo marco regulatorio para el servicio de agua y desagües cloacales, el cual fue ratificado por medio del artículo 33 incisa 'a' de la Ley de Presupuesto 13.154 (BOBue, 30-12-2003).

A su vez, no puede perderse de vista que nuestro país ha establecido compromisos internacionales en lo que se refiere a la prestación del servicio de agua potable.

Así, el Protocolo Adicional a la "*Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, sociales y culturales*", denominado "*Protocolo de San Salvador*", que fuera ratificado por Argentina, por ley 24.658 (BONA 17-07-1996) que establece expresamente en su artículo 11 el derecho a un medio ambiente sano.

En el inciso 1° del citado artículo 11 expresa que "*Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con los servicios públicos básicos*".

Se señala como fundamento jurídico del derecho al agua "[...] 2. *El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua*

*suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica*" (Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Por su parte: " *El derecho al agua ha sido reconocido en un gran número de documentos internacionales, tales como tratados, declaraciones y otras normas. Por ejemplo, en el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se dispone que los Estados Partes asegurarán a las mujeres el derecho a "gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de [...] el abastecimiento de agua". En el párrafo 2 del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño se exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante "el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre*" (v. art. 4 y la nota quinta, sus citas de la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Tal como ocurre con otros derechos económicos, sociales y culturales, debería concederse prioridad a las personas más vulnerables, es decir "*a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los niños, los grupos minoritarios*" ( v. N° 16 de la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", conf. https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional).

Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente, el 28 de julio de 2010 a través de la Resolución 64/292, el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que tanto el agua potable limpia, como así el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos.

En dicha oportunidad se afirmó el acceso al agua potable como un derecho humano básico y urgió a garantizar que los casi 900 millones de personas que carecen del líquido vital puedan ejercer ese derecho.

En una resolución adoptada por 122 votos a favor, ninguno en contra y 41 abstenciones, la Asamblea General estipuló también que el acceso a los servicios sanitarios básicos es un derecho en vista de que la contaminación del agua es una de las principales causas de mortalidad en los países más pobres (http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml).

La ministra Ana María Bianchi, en su condición de representante de Argentina en esa reunión organizada por las Naciones Unidas explicó el voto a favor de nuestro país en los siguientes términos:

"*La Argentina entiende que es una de las responsabilidades principales de los Estados asegurar a sus habitantes el derecho al agua como una de las condiciones fundamentales para garantizar el derecho a la vida y para asegurar un nivel de vida adecuado*" (http://blogs.lanacion.com.ar/ecologico/econoticias/el-agua-potable-un-derecho-humano/).

En la resolución aprobada por dicha Asamblea, se reconoció la importancia de disponer de agua potable y saneamiento en condiciones equitativas para la realización de todos los derechos humanos.

Estos principios fueron nuevamente reiterados y profundizados en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, titulada "*Río +20*" (Río de Janeiro (Brasil) 20 a 22 de junio de 2012).

Se expresó en dicho documento, en la porción que se considera más relevante para la resolución del presente, que:

"*Reconocemos que el agua es un elemento básico del desarrollo sostenible pues está estrechamente vinculada a diversos desafíos*

*mundiales fundamentales. Reiteramos, por tanto, que es importante integrar los recursos hídricos en el desarrollo sostenible y subrayamos la importancia decisiva del agua y el saneamiento para las tres dimensiones del desarrollo sostenible*". "*Reafirmamos nuestros compromisos relativos al derecho humano al agua potable y el saneamiento, que ha de hacerse efectivo gradualmente en beneficio de nuestra población…*" (conf. http://www.un.org/es/sustainablefuture/about.shtml, v. reconocimientos N° 119 y 121).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver el caso "*Kersich, Juan Gabriel y otros c/* ABSA" ("Fallos", T. 337:1361; 2014) reafirmó que muchos instrumentos internacionales mencionan y aseguran la tutela del derecho al agua potable, en los siguientes términos: " *…la 'Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer'* (1979), *artículo 14, párr. 2 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 'Protocolo de San Salvador' del 17/11/1988, predican que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano y a contar con los servicios básicos; la 'Convención sobre los Derechos del Niño', artículo 24, 2° párr.* (1989), *exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades mediante el suministro de agua potable salubre*" (considerando 12).

También en dicha causa, en el mismo considerando se recordó que "*en el mes de septiembre de 2000 los dirigentes de todos los países se comprometieron en la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas a reducir a la mitad para el año 2015 la proporción de personas que carecían de acceso al agua potable o que no podían costearla. Y que, en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002, celebrada en Johannesburgo, se acordó un objetivo similar para reducir a la mitad, también para el año 2015, las cifras de personas sin saneamiento básico*".

Continua: "*Asimismo, numerosos documentos de organizaciones internacionales, incluyen declaraciones en ese sentido, como la que surge de la Observación General N° 15 del "Comité de Derechos Económicos, Sociales*

*y Culturales" de Naciones Unidas, que el 15/11/2002, en virtud de la cual se dijo que: "El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos".*

Por la tal razón, el Máximo Tribunal de la Nación concluyó afirmando que "*resulta de fundamental importancia el derecho de acceso al agua potable y la aplicación del principio de prevención y, aun en la duda técnica, del principio precautorio, como sustento de ese derecho*".

La Legislatura de la Provincia de Buenos Aires por medio de los claros preceptos que surgen de la ley 14.782 (BOBue, 21-12-2015) reconoce el "*Derecho Humano al Agua*", entendido como "*el derecho de todas las personas a disponer oportunamente de agua suficiente, salubre, aceptable y accesible para el consumo y el uso personal y doméstico*" (v. art. 2 inciso 1°).

Añade: "*El derecho humano al agua potable y saneamiento debe garantizar:*

*a) El acceso oportuno a la cantidad de agua que sea necesaria y apta para el consumo y el uso personal y doméstico, y para promover la salud pública. b) El acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen el suministro necesario y regular de agua salubre. c) La distribución equitativa y no discriminatoria de todas las instalaciones y servicios de agua potable disponibles. d) La adopción de estrategias y planes de acción provincial sobre el agua para toda la población, que deberán ser elaborados y revisados periódicamente con base en un proceso participativo y transparente. e) La vigilancia sobre el grado de realización del derecho al agua y al saneamiento. f) La puesta en marcha de programas de acceso al agua y al saneamiento destinados a los grupos vulnerables. g) La adopción de medidas adecuadas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua. h) Establecer un nivel mínimo esencial de disponibilidad diaria de agua*

*potable por persona, que permita cubrir las necesidades básicas de consumo y para el uso personal y doméstico, y garantizarán su pleno acceso*" (v. art. 3).

Esta relevante y esencial cuestión del agua, constituye una preocupación para el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires.

Así en el año 2003 fue abordado este tema en el marco de un importante congreso organizado por la Procuración General de la Suprema Corte, conjuntamente con la Universidad Nacional de La Plata: "*Foro del Agua*" (27/30 octubre), en el año internacional del agua dulce, auspiciado por la Organización Mundial de la Salud, la Unesco- en respuesta al informe "*Agua para todos, agua para la vida*"- (Kyoto, Japón), y por el Colegio de Abogados de La Plata, entre otras importantes entidades.

Ya en ese entonces los especialistas, en forma interdisciplinaria, advertían la necesidad del cuidado de las napas de agua, los cursos naturales y su aprovechamiento, el drama de las inundaciones, el peligro de la contaminación, y el derecho de todas las personas de acceder en calidad y cantidad suficiente a este vital elemento, entre otras cuestiones abordadas.

El derecho de acceso al agua potable (en la especie acceder a condiciones dignas del servicio domiciliario) incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y -en particular- en el campo de los derechos de incidencia colectiva, por lo que es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia (CSJNA, "*Fallos*", "*La Pampa, provincia de*", t. 340:1695; 2017, consid. décimo primero; "*Kersich*" cit., consid. décimo segundo).

Para ir concluyendo, la Suprema Corte en un caso que poseía similitudes con el presente sostuvo que el derecho a la salud de los habitantes previsto en el artículo 36 inciso 8° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires "*implica que la actividad estatal -o en su caso la privada- no generen situaciones que la pongan en peligro genérico, sin olvidar que el Estado debe*

*garantizar la preservación de dicha prerrogativa con acciones positivas*"), doctrina general que encuentro aplicable al sub judice (SCJBA, A 70.011, "*Conde, Alberto José Luis y otro c/ A.B.S.A. s/ amparo*", sent. del 30-11-2011 y sus citas: B. 65.643, sent. del 3-XI-2004, con cita de Ac 82.843, sent., 30-03-2005).

**V.-**

Por lo expuesto, a tenor de las pretensiones esgrimidas que merecen atención, valorando la prueba acompañada y producida, considero que la solución dispuesta en la sentencia de primera instancia, -luego ratificada por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo-, deviene razonable, de ahí que tengo la convicción de que debería ser confirmada (Linares, Juan Francisco, "*Razonabilidad de las Leyes*", Segunda Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1970, en especial páginas 136 y 137).

De esta forma, por medio de la intervención dispuesta por el artículo 27 de la Ley de Defensa al Consumidor N° 13.133 (cc. Art. 52, ley 24.240), este titular de la Procuración General propicia que debería V.E. rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la empresa ABSA, y de esta forma, adquirir firmeza en todos sus términos la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con sede en Mar del Plata (v. fs. 1107/1129).

La Plata, 13 de febrero de 2019.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 76.096

**“Caselles, Ezequiel P. y Otros c/ Aguas Bonaerenses SA s/ amparo”, fecha: 20/11/2019**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Caselles Ezequiel P. y Otros c/ Aguas Bonaerenses SA s/ Amparo"
**A 76.096**

**Suprema Corte de Justicia:**

Vienen las presentes actuaciones a esta Procuración General en vista, a tenor de lo dispuesto por los artículos 27 de la ley 13.133 y 52 de la ley 24.240, respecto del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte demandada, ante la sentencia dictada por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial San Martin (cfr. fs. 379/392 vta. y 418).

**I.-**

Surge de lo obrado que la parte actora promueve demanda de amparo colectivo contra Aguas Bonaerenses SA (en adelante: ABSA) y la Provincia de Buenos Aires reclamando por la omisión de los requerimientos efectuados, al no darse respuesta adecuada a la prestación del servicio de agua potable por fuera de los módulos de calidad contemplados en el anexo A del marco regulatorio aprobado por la ley 11.820 y artículo 982 del Código Alimentario Argentino, conforme la adhesión por la Provincia de Buenos Aires a través de la ley 13.230.

Peticiona, asimismo, se decrete en forma urgente una medida cautelar comprensiva de la realización de las obras o medidas necesarias para brindar un servicio de agua conforme a la normativa vigente; se suministre a los actores bidones del líquido esencial en cantidad, para satisfacer las necesidades básicas; el análisis mensual del agua en diez domicilios con publicación de los resultados en las boletas de pago del servicio y la suspensión del pago de las facturas hasta el cumplimiento efectivo del objeto pretendido. Medida que fuera concedida parcialmente.

En su oportunidad, el juez de grado hace lugar a la acción de amparo (v. fs. 310/320vta.).

Contra dicho acto apela el apoderado de ABSA (v. fs. 325/337vta.

A su turno, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martin rechaza en lo sustancial el recurso de apelación y lo admite parcialmente en cuanto requiere el análisis en relación a los restantes domicilios cuyas muestras no se hubieran realizado y que alude el *a quo* en el marco de la ejecución de la sentencia.

Se precisa, que los peritos de la Asesoría Pericial de La Plata indiquen cuáles ser los parámetros de toma de muestras de agua a partir del cual pueda concluirse válidamente el cumplimiento de la normativa vigente en todo el ejido del Partido de Chivilcoy. Y se añade: "*Sobre la base de lo que se informe, la OCABA deberá realizar los estudios en los mismos como paso previo a que en la instancia se acceda al levantamiento de la medida cautelar* (v. fs. 382).

**II.-**

A continuación, trataré, los agravios interpuestos por el representante de la parte demandada que residen esencialmente en la violación en su interpretación entre otras, de la doctrina legal de esa Suprema Corte de Justicia concerniente a las causas "*Boragina*" y "*Kersich*"; la violación a los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional y los alcances de la ley 13.230 en relación al Código Alimentario Argentino (en adelante CAA) y la afectación del principio de división de poderes.

En ese orden expone que el agua potable se encuentra regulada por el Anexo "A" de la ley local 11.820 que dispone cuáles son los parámetros de calidad que debe ajustarse para ser considerada potable.

Puntualiza que la norma tolera el arsénico en un límite máximo de 0,05mg/l como dispone el artículo 982 del CAA según la ley 13230 (ley

18.284 conf. Res. 494/94 del Ministerio de Salud y Acción Social).

Destaca que la ley 13.230 adhiere al CAA con la reserva de no menoscabar las facultades no delegadas de la Provincia en materia alimentaria (cfr. art. 6).

Que, en el año 2007, el CAA fue modificado reduciéndose los parámetros de calidad exigidos para la presencia de Arsénico en agua de 0,05 mg/l a 0,01 mg/l, medida a la que no habría adherido la Provincia de Buenos Aires.

En este punto considera que sería inaplicable la modificación del CAA, al requerirse una ratificación expresa por parte de la autoridad de aplicación ante la modificación del régimen local de calidad del agua por una resolución conjunta de la administración nacional que no alcanza a transformar las leyes, contratos de concesión y sus marcos regulatorios (arts. 4, 5, 31, 121 y 122 Constitución Argentina).

En función de ello sostiene la violación de la doctrina de las causas "*Boragina*", "*Kersich*", "*Solari*", "*Florit*" (2010), que habrían determinado con respecto al arsénico contenido en el agua, que no debería superar los 0,05 ml/l.

Así también refiere la violación del principio de legalidad con cita de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional.

Ello, por cuanto la sentencia habría vulnerado el principio, al ordenar hacer lo que la ley no manda al disponer un parámetro de calidad de agua que no exige, o sea, el CAA cuando establece 0.01 mg./l de arsénico en agua habría determinado un valor que no sería el dispuesto por la normativa de la provincia de Buenos Aires.

Subraya que el pronunciamiento habría menoscabado la virtualidad jurídica a la reserva efectuada por la provincia en la ley de adhesión.

Destaca que el legislador provincial no habría tenido la intención de delegar facultades en materia alimentaria a la Nación, tampoco el

Ministerio de Salud provincial ante la inexistencia de actos administrativos a este respecto, como parte del "*bloque de legalidad*" del servicio público de distribución de agua potable y desagües cloacales.

Deduce que al no delegar la Provincia de Buenos Aires las facultades en lo relativo a la materia alimentaria y reservarse el poder no delegado a la Nación, el Código Alimentario Argentino no prevalecería, pese haber sido dictado por el Congreso Nacional.

Remarca que la sentencia resultaría violatoria del principio de división de poderes consagrado en los artículos 1° y 103 inciso 13 de la Constitución Provincial y 1° y 5 de la Constitución Nacional.

**III.-**

Recibidas las presentes actuaciones en vista del remedio procesal deducido -en el marco de la acción de amparo que en el caso tiende a proteger como vía idónea el derecho a la salud- me encuentro en condiciones de sostener que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley no podría ser atendido.

**1.-** En este orden la ley 11.820 (BOBue, 11-09-1996) aprueba el "*Marco regulatorio para la prestación de los servicios públicos de agua potable y desagües cloacales en la Provincia de Buenos Aires*", reglas que ser respetadas por los prestadores (cfr. artículo 5° del anexo primero y bajo el Capítulo VI, "*Calidad del servicio*", arts. 23 II y 26 II, b del anexo segundo).

Por su parte, la calidad del agua también encuentra regulación en el Código Alimentario Argentino, decreto ley 18.284 (BONA, 28-07-1969), que en su artículo 982 determina las características químicas del "*agua potable de suministro público*".

A su vez la Provincia de Buenos Aires adhiere a dicho régimen por ley 13.230 (BOBue, 29-09-2004).

Paralelamente con fecha 9 de junio del año 2003, el Poder Ejecutivo Provincial dicta un nuevo marco regulatorio para el servicio de

agua y desagües cloacales (decreto 878/2003 (BOBue, 02-07-2003), convalidado por ley 13.154 -Presupuesto 2004-, artículo 33 inciso a, BOBue, 30-12-03).

Dichas disposiciones cobran vida a la luz de nuevas circunstancias relacionadas con el servicio, de las que da cuenta el decreto 517/2002, que convalida la ley 12.989 (BOBue, 11-02-2003).

Con esta perspectiva, pero sin antinomias en cuanto a la calidad de este elemento vital, el decreto 878/2003 se encarga de definir como "*agua potable*" a aquélla que cumple con todos y cada uno de los límites impuestos por una comisión especial prevista al efecto (arts. 8 inc. "a" y 33, dec. 878/2003; decreto reglamentario 3289/2004, BOBue, 14-01-2005) mientras no constan en este último los parámetros cualitativos mínimos a los que se refieren los citados artículos 8 inciso "a" y 33 del decreto citado.

Este último precepto establece: "*La Comisión Permanente estará facultada para requerir a las entidades prestadoras del servicio público sanitario y a organismos públicos la información y estudios con que cuenten para efectuar el inventario a su cargo, así como solicitar opiniones específicas a expertos reconocidos en el orden nacional e internacional que resulten necesarias para el cumplimiento de su cometido* [...]".

**2.-** A partir de este análisis previo e impuesto del contenido de cada uno de los votos emitidos por los camaristas soy de la opinión que la sentencia impugnada en definitiva es material y sustancialmente correcta ajustándose al enunciado probatorio que goza de justificación a través de las constancias citadas por la Alzada.

Con este lineamiento el embate contra el resultado decisorio lo encuentro insuficiente por reproducir argumentos ensayados en las instancias de grado y no hacerse cargo del verdadero contenido de los desarrollos realizados por los sentenciantes de los fundamentos de hecho y de derecho (cfr. SCJBA, doct. A 74.440 "*Amarillo, Pablo Maximiliano*", res., 10-10-2018 y sus citas).

De este modo entiendo que lo resuelto, en su motivación, posee la conexión lógica relativa a los hechos expresados a través de la existencia de las pruebas acompañadas que le atribuyen mayor aproximación a cada hipótesis de subsunción de los argumentos que derivan del contexto y contenido del proceso.

En relación a este tópico la solución definida con esta lógica ha alcanzado el equilibrio del conflicto a través de la relación de las disposiciones con las circunstancias específicas y valores comprometidos en el caso.

Preciso, siendo ello así, en este andarivel, no detecto la quiebra de la normativa adjetiva, tampoco sustancial, cuestión que evidencia la autosuficiencia resolutoria.

No obstante, el recurrente se maneja bajo una hipótesis negacionista para asentar su parecer sobre la composición impugnativa.

En otro aspecto, el recurso pierde solidez por la ausencia de réplica adecuada a las motivaciones esenciales del pronunciamiento impugnado, por cuanto el desarrollo argumental no convence en tanto no se refiere directa y concretamente a los conceptos sobre los que el *a quo* ha asentado su decisión (cfr. SCJBA, Ac. 93.390, "*Wilches*", sent., 07-02-2007; C 121.425, "*Municipalidad de Avellaneda*", sent., 14-11-2018, e. o.).

En función de ello, la crítica se agota en la exposición de una mera divergencia de opinión sobre la base de una reflexión personal acerca del modo en que debieron apreciarse las distintas constancias de la causa (cfr. SCJBA, C. 120.616 "*Cardenas*", sent., 07-02-2018, e. o.).

De tal manera frente a la inhabilidad del embate traído, permanece incólume la decisiva conclusión de segundo nivel que exhibe el resultado de la explícita valoración de las distintas cuestiones esgrimidas por la demandada (cfr. SCJBA, Ac. 67.950, "*Baggini de Cavo*", sent., 28-09-1999; C 120.650, "*Ricart*", sent., 12-07-2017, e. o.).

De ello se desagrega que los sentenciantes valoraron el contexto de la situación y compartieron parcialmente la solución a que había arribado el *iudex*, en el marco de una adecuada e integral justipreciación del caso, a tenor de la sana crítica (conf. art. 384, CPCC).

En definitiva, no se habría cumplido con la carga que le impone el artículo 279 del Código Procesal Civil y Comercial, que reitero, al estructurar su impugnación sólo exhibiría un criterio discrepante nota característica de la insuficiencia recursiva.

Luego se verifica, sin hesitación, que el recurrente se habría manejado con un supuesto para dar por justificada su propia estimativa, sin socavar los fundamentos y fines del decisorio, frente al rol decisivo de la existencia del caso análogo resuelto por ese Tribunal, interpretando las normas que rigen la relación sustancial debatida en esta controversia. Así, a lo resuelto en el caso A 71.263, "*Florit*" (sent., 25-04-2012).

En esa oportunidad el Tribunal recuerda y afirma que el derecho a la salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida y desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional -artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional- siendo extensivo no sólo a la salud individual sino también a la colectiva.

En tal sentido, señala que el derecho a la salud de los habitantes (art. 36 inc. 8, Constitución provincial) implica que la actividad estatal -o en su caso la privada- no generen situaciones que la pongan en peligro genérico, sin olvidar que el Estado debe garantizar la preservación de dicha prerrogativa con acciones positivas. Con mención entre otras, de lo decidido en las causas B. 65.643, "*M., N. M. c/Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud) s/Amparo*", sent., 03-11-2004; Ac. 82.843, "*A., O. D. y o. c/H. I. d. P. F. y o. s/Daños y perjuicios*", sent., 30-03-2005 y C 89.298, "*Boragina*", sent., 15-07-2009 (v. voto del Señor Juez de Lázzari).

Por cuanto, en base a las reglas de la autoridad reglamentaria, el poder administrador goza de innovar e instituir condiciones

o requisitos limitantes que, aun cuando no hayan sido contemplados por el legislador de una manera expresa, sean congruentes con el "*espíritu*" de los nuevos principios constitucionales que contribuyen, prudentemente, a la finalidad esencial a la que aquélla se dirige.

Por ende, aprecio en el camino de este proceso constitucional la vigencia de la reglamentación cuando la descripción y progresos que introduce no entran en contradicción con la ley superior o no desvirtúa su marco regulador (arts. 2 y 12, PIDESC, 36 inc. 8 de la Constitución Provincial; 3, 42 y 75 incs. 19 y 22 de la Constitución Argentina).

Por lo antes expuesto, V.E. podría proceder al rechazo del recurso extraordinario interpuesto.

La Plata, 20 de noviembre de 2019.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

*Sumario* ⬆

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 75.414

**“Mancuso Antonio Fortunato c/ Municipalidad de San Antonio de Areco s/ amparo”, fecha: 01/03/2019**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Mancuso Antonio Fortunato c/ Municipalidad de San Antonio de Areco s/Amparo"
**A 75.414**

**Suprema Corte de Justicia:**

Vienen las presentes actuaciones a esta Procuración General a fin de que me expida en relación a los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos por la parte demandada y el tercero interesado (v. fs. 289/298, 304/312 y 358).

**I.-**

El titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N°1 del Departamento Judicial Mercedes resuelve rechazar la acción de amparo interpuesta por el señor Antonio Fortunato Mancuso (v. fs. 153/159).

Dicha decisión, al ser apelada por la parte actora, fue revocada por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo del mencionado Departamento Judicial (v. fs. 160/175vta. y 262/269).

Disconformes con ese pronunciamiento, mediante sus apoderados, la demandada y el Club Atlético Huracán de San Antonio de Areco, dedujeron recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley.

**II.-**

Paso a referenciar los respectivos recursos.

**II.1.-**

El representante y apoderado de la Municipalidad comienza señalando el cumplimiento de los requisitos procesales para recurrir (v. fs. 289 vta.).

Al realizar una reseña de los antecedentes de la causa indica la falta de presupuestos fácticos para la admisión del amparo ambiental, en cuanto entiende que no se habría acreditado una situación de peligro al ambiente, a los recursos naturales, conforme el artículo 34 de la Ley 11.723 (v. fs. 292).

Argumenta que no se encuentra el caso vinculado a una autorización de emplazamiento de un centro deportivo, que las canchas de futbol del Club Atlético Huracán vienen funcionando en la fracción indicada por el accionante y que se aprueba la construcción de los vestuarios atendiendo al expediente administrativo municipal N° 4102-2006-C/2015, a la Ordenanza 3498/09, al Decreto 503/16, y que por Decreto 1136/17 se extiende el certificado final de obra.

Sostiene que el actor pretende por la vía excepcional del amparo ambiental cuestionar actos administrativos de antigua data, que están consentidos y que podrían haber sido objeto de reclamos administrativos (v. fs. 292 vta.).

Agrega que en la acción iniciada no se darían las notas de actualidad o inminencia que requieren los artículos 20 inciso 2 de la Constitución Provincial y 43 de la Constitución Nacional.

Puntualiza que al demandar no se esboza y menos se prueba, cuáles son los efectos negativos sobre el ambiente, especialmente atendiendo que se trataría de un predio fácilmente inundable (v. fs. 293).

Manifiesta que habría correspondido el rechazo "*in limine*" del amparo ante la ausencia de cumplimiento de los presupuestos de admisibilidad (v. fs. 293).

Invoca el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 13.928 -plazo para demandar por amparo-.

Entiende que la accionante ha tomado conocimiento en el año 2009 de la concesión del predio con la publicación oficial cumplida, por

lo que a la fecha de interposición de la demanda se encontraría vencido el plazo legal; cita jurisprudencia local (v. fs. 293 vta.).

Asimismo, plantea que se ha utilizado la vía del amparo para introducir extemporáneamente cuestionamientos a las ordenanzas y actos firmes que gozan de la correspondiente presunción de legalidad y ejecutoriedad, que concedieron la utilización del predio al Club Atlético Huracán y al Areco Rugby Club, y que sobre estas decisiones no cabría medida precautoria alguna (v. fs. 294 y vta.).

Apunta que, so pretexto de tratarse el emplazamiento de un centro deportivo, lo cierto es que el expediente administrativo municipal N° 4102-2006/C/2015, hace referencia únicamente a la construcción de vestuarios. Cita jurisprudencia local y el artículo 2 incisos 1° y 2 de la Ley 13.928.

Con relación a la jurisprudencia local acercada por la parte actora y referenciada por el *a quo*, casos:"*Rodoni*", "*Estivariz*", *Longarini*" y "*Cabaleiro*", indica que ninguna resultaría aplicable. Subraya que no existe antecedente que califique o permita interpretar que las instalaciones construidas configurasen un centro deportivo.

Postula que las canchas de futbol y de hockey, sin tribuna, sin infraestructura, como espacio de pasto natural no pueden ser consideradas como se habría pretendido.

Aclara que lo construido no resulta comparable a una planta industrial como la de "*Atanor*", o a una explotación ganadera en un predio que funciona como humedal o fondo de laguna, o a la construcción de un puente, por lo que tampoco se cambiaría el entorno de los vecinos. Recuerda la jurisprudencia arriba invocada (v. fs. 296).

**II.2.-**

Por su parte, el citado como tercero Club Atlético Huracán, al describir los antecedentes de la entidad deportiva, da cuenta que la Municipalidad de San Antonio de Areco le otorga permiso de uso mediante

las ordenanzas 3498/2009 y 3772/13, respecto de parcelas de terreno que se encuentran a la vera del río Areco.

Afirma que, para el cumplimiento de su finalidad, celebra un acuerdo -contrato de comodato- el día 23 de junio de 2013.

Que, en el predio en cuestión, se organizan dos canchas de futbol y una de hockey, ambas de pasto natural, sin tribunas u otras instalaciones.

Que posteriormente, mediante expediente N° 2006/C/2015, se inicia el permiso de obras particulares para la construcción de vestuarios y sanitarios, cuyos planos son visados por el Colegio de Arquitectos con intervención de la oficina Técnica Municipal, desechando de tal modo cualquier consideración de clandestinidad (v. fs. 305 vta.).

Refiere que las obras se aprueban a través del dictado del Decreto 503/2016 -con permiso para construir- y por Decreto 1136/17 se otorga el certificado final de obra.

Estima que la acción iniciada no presenta las notas de actualidad e inminencia requerida por el artículo 20 inciso 2 de la Constitución Provincial. Que tampoco se han logrado probar los daños al ambiente que se esgrimieran al demandar o un eventual actuar con arbitrariedad o con ilegalidad manifiesta (v. fs. 306).

Sostiene que se da cumplimiento a la Ordenanza 4078/2016 en cuanto a "*Restricción hidráulica*" que incorpora por el artículo 17 un agregado al capítulo 6 del Código de Ordenamiento Territorial -Ordenanzas 3647/11 y 3754/12- el artículo III.6.6.

Aduna que por dicha modificación se establecen, entre otras obligaciones, construcciones elevadas mediante pilotes a nivel fijo de 2,20 mts. tomados desde el punto medio de la línea municipal, la intervención y permiso de la oficina técnica municipal y la prohibición de rellenado del terreno que supere los 20 cms. atendiendo a los parámetros determinados (v. fs. 306 vta.).

Expone en su crítica a la sentencia la equívoca aplicación de los artículos 1, 10, 23 y 35 de la Ley 11.723; 11 y 12 de la Ley 25.675 y 28 de la Constitución Provincial (v. fs. 308 vta.).

Hace saber que el fallo aplica erróneamente el artículo 1° de la ley 11.723, por cuanto la suspensión que se habría ordenado de la actividad en el predio perjudica a los niños y adolescentes que practican fútbol y hockey.

Expresa que la manda constitucional comprende tanto la protección del ambiente como el uso funcional del mismo.

Esgrime que se busca asegurar un buen uso para el desarrollo de las generaciones futuras, con mención de los artículos 36 y 37 de la Constitución de la Provincia y 1° de la Ley 11.723.

Recuerda que el Concejo Deliberante de San Antonio de Areco, en el año 2009, da la autorización para el uso de un predio que calificaba de fácilmente inundable "...***por lo que su utilización para la construcción y emplazamiento de canchas para la práctica deportiva del futbol y del rugby, se adecuan a las características citadas*** (v. fs. 309, el resaltado pertenece al original)

Continúa: "*Que las autoridades de los clubes Atlético Huracán y Areco Rugby actuar en consonancia con las características de los predios y de las actividades que desarrollen y cuidar de las personas que allí concurran y que los bienes y cosas que se establezcan no obstaculicen el normal desagote y escurrimiento de las aguas...*". Cita la Ordenanza 3498/09 (v. fs. 309).

Afirma que la ciudad le da a un club en préstamo un terreno para uso deportivo, con pasado y presente inundable, circunstancia que tampoco habría sido analizada por la Alzada.

Da cuenta que la Constitución Nacional en el artículo 41, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en el artículo 28 y las Leyes 25.675 y 11.723, mandan –en lo que es de interés al presente proceso- "*a conservar y proteger, para mantener un medio ambiente sano*" (v. fs. 309).

Recuerda que en los considerandos de la ordenanza municipal se pone de manifiesto el carácter inundable del terreno en que se encuentra el emplazamiento autorizado al Club Huracán, y la ley cuida, en el estado en que se encuentra, el ambiente.

Trae a consideración lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 25.675: "*…toda actividad que sea susceptible de degradar el ambiente en forma significativa, estará sujeto a un procedimiento de impacto ambiental*".

Pasa a atender las disposiciones de los artículos 10 de la Ley 11.723, 11 y 12 de la Ley 25.675, en cuanto establecen un margen de ponderación respecto o a partir del cual deviene exigible la declaración de impacto ambiental.

Estima que la sentencia aplica erróneamente el artículo 23 de la Ley 11.723, al cargar la obligación de realizar la declaración de impacto ambiental a una actividad que no se encuentra en la etapa de proyecto, sino que cuenta con final de obra (v. fs. 309 vta.).

Explicita que deviene absurdo dar carácter de proyecto a lo que es una obra concluida y como consecuencia, resultaría contrario al sentido común ordenar la suspensión de las actividades que se venían desarrollando, afectando a los usuarios habituales, niños y adolescentes que practican deporte. Cita doctrina sobre absurdo de la Suprema Corte de Justicia (v. fs. 309 vta.).

También hace referencia a la verificación *in situ* realizada por el Juez de primera instancia y la constatación de la existencia de canchas de fútbol, hockey y vestuarios, "*más nada dice el acta que allí funcione la sede del club*" (v. fs. 310).

Aduce que se aplica erróneamente el artículo 35 de la Ley 11.723, cuando allí se establece la necesidad del agotamiento de la instancia administrativa -cuestión que indica- estaría ausente en las presentes actuaciones (v. fs. 310).

Observa que la Cámara de Apelación no sustenta su decisión en la ley que cita; que ello sería así en cuanto: "*a) no incluye en*

*ningún pasaje a los destinatarios y usuarios actuales: niños y adolescentes; b) habla en su considerando 6° de suspender un proyecto, cuando claramente la construcción cuenta con final de obra, lo que efectivamente logra es interferir en un proyecto de vida -de los niños y adolescentes, así como de los directivos del club- al suspender las actividades; c) califica a lo construido como sede del club, cuando claramente se utiliza -en la medida de las incidencias climáticas y ambientales- para la práctica deportiva y cuando la sede está en calle Bolívar N° 317; d) realiza una ponderación muy estructurada de la ley 11.723. habla del ambiente y de las actividades del hombre y no lo trata como tal -dinámico y cambiante-, y olvida que ya los ediles en el año 2009 autorizaban a dar el uso de un lote fácilmente inundable, así como lo dicho ... en ocasión de contestar la demanda no fue rebatido y que recoge el a quo. En ese lugar se indica que ´... el predio soportó las inundaciones de diciembre de 2009 y la de los años 2014, 2015, 2016 e innumerables crecidas y desbordes del río Areco que afectan la superficie que ocupa el club ...´ (del fallo de 1° instancia, considerandos, punto 4, párrafo 30); e) es errático en cuanto al encuadramiento del proceso, que entiende va por el carril de la ley 11.723, pero luego no merita su alcance ni cumplimiento de los recaudos, ni tampoco indica que daño -real o potencial- se desprende de la obra realizada que habilite el reclamo del particular; f) el fallo es absurdo -en los términos de la SCBA y su práctica en esta modalidad recursiva- en cuando argumenta acerca de la falta de estudio y funda en normas que regulan la etapa de proyecto y la realidad del presente es el de la obra concluida y manda suspender no el trámite, sino las actividades; g) exceso argumentativo (considerandos, punto N° 4, párrafo 4), al utilizar como fundamento de postura respecto de la obligatoriedad del estudio de impacto lo decidido por la SCBA en causa...´ Longarini´, en la que trata denuncia por contaminación con talio del aire, tierra y agua por parte de la empresa Atanor, al no coincidir mínimamente los hechos y circunstancias de esa causa con las del presente; h) errónea composición de lugar en relación a las instalaciones realizadas por el Club Huracán. El argumento reiterativo (canchas, vestuarios, asfalto, gas natural) que da la idea de una gran e invasiva construcción, no es*

*contrastado con las fotografías agregadas y que resultan de la constatación judicial, que da cuenta de la incidencia fundada en el uso precario, que tiene la obra realizada*" (v. fs. 310 y vta.).

La recurrente entiende que el Tribunal no ha ponderado que el emprendimiento se ha realizado y dado en el marco de las atribuciones y competencias municipales establecidas por la ley orgánica municipal, y en cumplimiento de la manda constitucional que le asigna la administración de los intereses y servicios locales, entre los cuales estaría presente lo relativo a la gestión y defensa del interés general. Cita el artículo 190 de la Constitución provincial.

En su reproche a la sentencia remite a lo decidido y sostenido en la primera instancia al ponderar la existencia de las ordenanzas municipales que habrían originado el emplazamiento: números 3498/09, 3772/13, 3754/12 y 3574/10. Menciona de dicho acto sentencial los considerandos, punto III, párrafos 4, 5 y 8 (v. fs. 311).

Encuentra respuesta al presente proceso en los artículos 10 y concordantes de la Ley 11.723, 11 y 12 y de la Ley 25.675, en las condiciones y circunstancias que se habrían acreditado, sin omitir el encuadre del artículo 1° de la citada ley y el artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Asimismo, en la competencia atribuida a las municipalidades en relación a la gestión de los intereses públicos locales por el artículo 190 de la Constitución de la Provincia y las ordenanzas involucradas en autos.

Afirma que la interpretación de la letra de la ley no puede provocar el resultado del fallo en crisis: exigir el cumplimiento de una disposición que no cuenta con fundamento en los hechos por cuanto seguiría anegándose el terreno, pese a lo que en contrario argumente el actor o pondere la Alzada y que la habría llevado a suspender el ejercicio colectivo de actividades deportivas. Menciona los artículos 1, 10 y concordantes de la Ley 11.723.

Requiere a V.E. que, en su oportunidad, haga lugar al recurso interpuesto y ordene revocar la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en todos sus términos.

III.-

Sin perjuicio de los términos en los que se me confirió vista (fs. 358), he de intervenir en la presente causa en atención a intereses superiores comprometidos de niños, niñas y adolescentes (arts. 1 y 21 incs. 7 y 24, Ley 14.442 y 103 inc. "a", CCC).

**III.1.- Antecedentes**

La parte actora describe sus pretensiones de la siguiente manera: "...vengo a promover esta ACCION DE AMPARO AMBIENTAL contra la Municipalidad de San Antonio de Areco...a fin de obtener una sentencia que ordene la clausura e inmediata paralización del emplazamiento de la sede del Club Atlético Huracán que se encuentra ubicado en la margen izquierda del Rio Areco entre el puente Gabino Tapia y el puente Norberto de la Riestra en la ciudad de San Antonio de Areco, provincia de Buenos Aires, por violentarse lo normado por el artículo 23 de la Ley 11.723, por cuanto han iniciado una obra que requiere para su inicio una Declaración de Impacto Ambiental favorable, sin contar con ella. La clausura y paralización de la obra clandestina denunciada, permitirá exponer en el marco de la Declaración de Impacto Ambiental las consideraciones respecto de los daños ambientales que provoca este tipo de obra, y terminar en su caso con la eventual Declaración de Impacto Ambiental favorable, si es que la obra cumple los requisitos de la Ley 11.723 (fs. 14).

A fs. 53 vta. el actor afirma que la presente "es una acción de cese, sin perjuicio de posteriores acciones de recomposición ambiental que se puedan llegar a iniciar" (fs. 53 vta.).

Asimismo, observo que el demandante presentó el 26 de junio de 2017 ante la Municipalidad de San Antonio de Areco, un escrito titulado "Denuncia falta de Declaración de Impacto Ambiental del emplazamiento de un

centro deportivo en favor del Club Atlético Huracán", en el cual afirmó que "el emplazamiento de **un nuevo centro deportivo** en favor del Club Atlético Huracán se encuentra en franca violación a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 11.723, dado que ha sido comenzada su construcción sin la correspondiente Declaración de Impacto Ambiental. Consecuentemente, y dada la flagrante irregularidad, no cabe más que corroborar tal circunstancia a través de una inspección, y de ser ello comprobado, deberá realizarse un acta de comprobación y clausura de obra, para luego continuar el trámite correspondiente por ante la Justicia de Faltas" (énfasis agregado, ver fs. 11/vta.).

En el expediente administrativo en cuestión, el Presidente del Club Atlético Huracán solicitó el 3 de diciembre de 2015 un permiso de obra nueva destinada a la construcción de vestuarios y sanitarios, con una superficie cubierta proyectada de 121,76 metros cuadrados (fs. 4, 11 y 15 del expte. adm. N° 4102-2006 C/15). El "permiso de obra a construir" fue aprobado por Decreto del Intendente de San Antonio de Areco N° 503 (29/4/16), funcionario que también otorgó el certificado final de obra mediante Decreto N° 1136, dictado el 8 de agosto de 2017; es decir, poco tiempo después de interpuesta la demanda (5/7/17, ver fs. 27).

Además, obra la Ordenanza del H. Concejo Deliberante de San Antonio de Areco N° 3772/13, que dispone: "ARTÍCULO 1°: Autorízase al Departamento Ejecutivo a otorgar el uso precario de los lotes indicados…al Club Atlético Huracán…" (fs. 36). En los considerandos de la referida ordenanza se lee, en lo pertinente: "Que el Club Atlético Huracán solicita autorización para el uso del espacio público destinado a la práctica de actividades deportivas; Que de acuerdo a su ubicación, a la vera del Río Areco, las parcelas que la componen son fácilmente inundables, por lo que su utilización para la construcción y emplazamiento de canchas para la práctica deportiva del fútbol se adecuan a las características citadas. Que las autoridades del Club Atlético Huracán actuar en consonancia con las características de los predios y de las actividades que desarrollen y cuidar de las personas que allí concurran, y que los bienes y cosas que se establezcan no obstaculicen el normal desagote y escurrimiento de las aguas" (fs. 36).

Asimismo, cabe tener en cuenta el Decreto del Sr. Intendente de San Antonio de Areco N° 162 del 15 de marzo de 2013, que decidió: "ARTÍCULO 1°. Promulgar la Ordenanza N° 3772/13 – Otorgar uso precario lotes en zona ribereña para la práctica deportiva al Club Huracán- sancionada en el seno del Honorable Concejo Deliberante el día 13 de marzo de 2013" (fs. 37). Al mismo tiempo, es necesario meritar el texto de las Ordenanzas de San Antonio de Areco Nros. 3589/10, 3647/11, 3754/12 y 4078/16.

En lo que atañe a los términos de la sentencia recurrida, se lee en la parte resolutiva: "1°) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y revocar la sentencia de grado en tanto rechazó la demanda. En consecuencia, ordenar la suspensión de las actividades que se desarrollan en el predio de la sede del Club Atlético Huracán sito en la margen izquierda del Río Areco entre el puente Gabino Tapia y el puente Norberto de la Riestra en la ciudad de San Antonio de Areco hasta tanto la autoridad municipal competente proceda a efectuar la correspondiente Declaración de Impacto Ambiental (Cfr. arts. 1, 10, 11, 12, 15, 22, 23, 34, 35 y anexo II de la Ley N° 11.723, arts. 7, 8, 11, 12 y 13 de la Ley N° 25.675)..." (fs. 268 vta./269).

Para así decidir, la Cámara sostuvo, en lo esencial, que la obra en cuestión –considerada centro deportivo- requiere la declaración de impacto ambiental, atento los términos del art. 10° y Anexo II inc. 2. "b" de la Ley 11.72 (fs. 262/269).

Por otro lado, en lo concerniente a las normas aplicables en la especie, conviene transcribir especialmente lo prescripto en el artículo 10° de la Ley 11.723, que reza como sigue: "Todos los proyectos consistentes en la realización de obras o actividades que produzcan o sean susceptibles de producir algún efecto negativo al ambiente de la Provincia de Buenos Aires y/o sus recursos naturales, deberán obtener una DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL expedida por la autoridad ambiental provincial o municipal según las categorías que establezca la reglamentación de acuerdo a la enumeración enunciativa incorporada en el anexo II de la presente ley".

En el referido Anexo II, apartado II de la Ley 11.723 titulado “Proyectos de obras o actividades sometidas al proceso de evaluación de impacto ambiental por la autoridad ambiental municipal” se lee, en cuanto aquí interesa: “1) Con excepción de las enumeradas precedentemente en el punto I., cada municipio determinará las actividades y obras susceptibles de producir alguna alteración al ambiente y/o elementos constitutivos en su jurisdicción, y que someterá a Evaluación de Impacto Ambiental con arreglo a las disposiciones de esta ley. 1) Sin perjuicio de lo anterior serán sometidos a Evaluación de Impacto Ambiental municipal, los siguientes proyectos: a) Emplazamiento de nuevos barrios o ampliación de los existentes. **b) Emplazamiento de centros** turísticos, **deportivos**, campamentos y balnearios. c) Cementerios convencionales y cementerios parques. d) Intervenciones edilicias, apertura de calles, y remodelaciones viales. e) Instalación de establecimientos industriales de la primera y segunda categoría de acuerdo a las disposiciones de la ley 11.459” (énfasis añadido).

**III.2.**

En mi opinión, las particulares características del terreno implicado (fácilmente inundable) y de la obra construida □vestuarios y sanitarios con una superficie cubierta de poco más de 120 metros cuadrados□, la cual se ajustó a las previsiones de las normas municipales con la debida intervención de los equipos técnicos competentes, conducen a sostener que la parte demandada ha cumplimentado los recaudos exigidos por la normativa aplicable.

En rigor, a la luz del marco fáctico y probatorio acreditado a partir de la construcción de los vestuarios y sanitarios en el inmueble en cuestión, parece desacertado entender que allí se encuentra emplazado un “centro deportivo” en orden a la tramitación de la evaluación de impacto ambiental. Ello así, máxime que el concepto de “centro deportivo” no ha sido definido en el glosario que integra el Anexo I de la Ley 11.723 ni en alguna otra norma específica, lo cual conduce a una razonable interpretación del juzgador en el caso concreto sometido a estudio.

Nótese que no aparece controvertido que en el citado predio de cuatro hectáreas y media existen dos canchas de fútbol y una cancha de hockey, todas de césped natural y sin tribunas ni banquillos, a las que se sumó un área de vestuarios y sanitarios para una adecuada atención de los niños, niñas, adolescentes y familias que los acompañan en las actividades deportivas (fs. 98 y 143/150).

Tampoco encuentro sólidos y fundados argumentos que impliquen un potencial daño al medio ambiente a partir de la obra construida en el club, que, reitero, ha sido construida respetando las normas vigentes que permiten un correcto y rápido escurrimiento del agua en esa zona particularmente inundable (fs. 77 vta./86 vta.; 144/150).

Vale recordar que V.E. tiene dicho que "A tenor de lo normado en el art. 10 de la citada ley [11.723], no toda obra o actividad ha de estar precedida de la mentada declaración, pues ésta resulta imperativa sólo respecto de aquéllas que "produzcan o sean susceptibles de producir algún efecto negativo al ambiente de la Provincia de Buenos Aires y/o sus recursos naturales", extremo que también es exigido por la ley 25.675 en aquellos casos en que la obra o actividad "sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población en forma significativa" (arts. 11 y 12). Es decir, que -en principio- la Declaración de Impacto Ambiental constituye un acto administrativo de obligatoria expedición únicamente cuando los efectos nocivos derivados de la obra superen el umbral previsto en el art. 10 de la ley 11.723, en concordancia con el art. 11 de la ley 25.675, lo que remite a la previa indagación fáctica acerca de las potenciales consecuencias de la obra o actividad. Importa destacar, sin embargo, que en aquellas hipótesis donde una norma disponga imperativamente su realización, la Administración deberá emitir la pertinente Declaración de Impacto Ambiental con independencia de cualquier valoración acerca de los eventuales efectos que pudieren derivarse de la obra" (causa A

68.965, “Rodoni, Juan Pablo y otros c/ Municipalidad de Bahía Blanca. Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, del 3/3/10).

Cabe tener en cuenta también el informe del Organismo Provincial para el Desarrollo Sustentable (O.P.D.S.), que referenció que “… en el sector…no se encuentran bosques nativos incluidos en el Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos (OTBN) que es parte integrante de la Ley 14.888 de “Protección de los Bosques Nativos de la Provincia de Buenos Aires”, de la que este OPDS es Autoridad Local de Aplicación, dejándose constancia que tampoco se encuentran en el lugar mencionado Paisajes Protegidos ni Espacios Verdes de Interés Provincial alcanzados por la Ley 12.704” (fs. 256/vta.).

**III.3.**

A mayor abundamiento, vale considerar que tanto las autoridades locales como el propio club han puesto en primer plano la problemática que acontece en el lugar: las inundaciones ocurridas en 2009, 2014, 2015, 2016 y 2018; innumerables crecidas y desbordes del río Areco que afectan, entre otras zonas, a la superficie que ocupa el Club Atlético Huracán (Ordenanzas 3498, 3772; v. fs. 35; 36, 42 vta., 92 y vta. y 154 vta.).

Puntualizo las múltiples normas locales, planes y proyectos que implican en materia hídrica a San Antonio de Areco (vrg. Ordenanzas 1300/1992, 1998/1997, 2128/1999, 2613/2002, 2839/2004 y 3770/13; el Plan de Ordenamiento Territorial del Partido de San Antonio de Areco, Convenio Municipalidad de San Antonio de Areco-UNLP, septiembre de 2006, Informe final, pág. 71 y sgtes.: www-mininterior.gov.ar/planificación/pdf/planes-loc/BUENOS AIRES/PlanOrdenamiento-Territorial-Partido-de-San-Antonio-de-Areco.pdf).

Cabe precisar que la Provincia de Buenos Aires, conforme el expediente Nº EX-2018-07543939-GDEBA-DPCLMIYSPGP, gestiona el llamado a Licitación Pública Internacional en el marco del “*Proyecto de Drenaje y Control de Inundaciones en la Provincia de Buenos Aires*”, para la realización de la obra: “*Adecuación del Cauce del Río Areco-Partido de San Antonio de Areco*” (v.

Res. 2018-674 GDEBA-MIYSPGP). También por expediente Nº EX-2018-15142176-GDEBA-DPCLMIYSPGP tramita la autorización para efectuar un llamado a expresar interés para la contratación del servicio de "*Inspección Técnica y Socio-Ambiental de la obra Ampliación del Cauce del Río Areco*", en el marco del "*Proyecto de Drenaje y Control de Inundaciones en la Provincia de Buenos Aires*" (v. res. 2018-1178 GDEBA-MIYSPGP).

La gestión se encuadra en las previsiones establecidas en la Ley 14.812 (BOBue, 20-04-2016), reglamentada por el Decreto 443/16, que declara la emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, con la finalidad de paliar el déficit existente y posibilitar la realización de las acciones tendientes a la promoción del bienestar general. Esta normativa es alcanzada por las prórrogas del Decreto 5217 E del 17 de abril de 2017 y por la Ley 15.022 (BOBue, 19-04-2018).

Con motivo del llamado a la contratación del servicio de "*Inspección Técnica y Socio-ambiental de la obra Ampliación del Cauce del río Areco*, se produce el "*Estudio de Impacto Social y Ambiental: Proyecto de ampliación del cauce del Río Areco Aguas Debajo de la RN8 y ampliación de Puentes de RN8 y RP41*" de la Dirección Provincial de Obra Hidráulica DPOH, Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires, del mes de octubre de 2017 (v. www.mosp.gba.gov.ar/sitios/hidraúlica/información/EIAS).

En el referido informe se expone que todo ello se realiza en el marco de un Sistema de Gestión Ambiental (SGA) organizado, que permite tratar los impactos y conflictos que pudieran ocurrir, utilizando de manera adecuada los mecanismos de comunicación, cumplimiento legal y normativo, monitoreo y control operativo. Para este proyecto, el SGA incluye: el Plan de Gestión Ambiental y Social (PGAS) y el Plan de Afectación de Activos (PAA).

El PGAS es considerado un instrumento de gestión socio-ambiental que establece medidas para prevenir, mitigar o compensar los impactos negativos y potenciar los positivos, identificados en la Evaluación

Ambiental y Social del proyecto. En este marco, el objetivo principal del PGAS incluye: i) resguardar la calidad ambiental del área de influencia del proyecto, minimizando los efectos negativos de las acciones del proyecto y potenciando aquellos positivos; ii) cumplir con la legislación nacional, provincial y municipal aplicable al proyecto; iii) garantizar un desarrollo social y ambientalmente responsable de las obras; iv) prever y ejecutar acciones específicas para prevenir, corregir o minimizar los impactos socio-ambientales detectados; v) programar, registrar y gestionar todos los datos socio-ambientales en relación con las actuaciones del proyecto en todas sus etapas; y vi) prevenir conflictos con la comunidad, manteniendo una comunicación fluida sobre el desarrollo de las obras y atender correctamente a sus reclamos.

Con fundamento en las características del proyecto, el PGAS está compuesto por doce Programas. Cada uno incluye el conjunto de Medidas de Mitigación recomendadas para lograr la correcta gestión ambiental y social. El objetivo prioritario a tener en cuenta será arbitrar los medios necesarios para evitar y atenuar los impactos y eventuales conflictos ambientales y sociales vinculados a la obra.

Observo que el proyecto evalúa la actividad deportiva desarrollada por el Club Atlético Huracán y tiene en cuenta que por Decreto 919/2005 fue reconocido como entidad de bien público a nivel municipal.

En cuanto a la evaluación de "*Línea de base socio ambiental*" -atendiendo a la descripción del medio natural caracterizada en el área de influencia, EIAS de 2016- se menciona que se encuentra el Club Atlético Huracán cuya cancha de fútbol, parquización y equipamiento lumínico se verá afectado por la obra. Por este motivo, la DPOH prevé la reconstrucción total de la cancha, la reparquización y ambientación de espacios públicos y reinstalación de artefactos lumínicos, a fin de subsanar los daños acontecidos por la obra (v. p. 123, 4.2.5.5 Club Atlético Huracán en el área de influencia del Proyecto; p. 192. 7.2 Programas y medidas de mitigación-Programa de gestión social). Se aclara que el área de vestuarios, recientemente construida, no se verá afectada por la obra

(v. p. 129, 5. Área de influencia directa del proyecto). Se contemplarán medidas de remediación, otorgándole equipamiento deportivo, reubicación de la cancha desplazándola unos metros hacia el norte del terreno, luminarias, parquización y la realización de una cancha de jockey de césped, a fin de completar los requerimientos deportivos del sector (v. p. 239, 7. "*Identificación e inventario preliminar de las afectaciones*").

La reseña precedente vale para meritar que el caso bajo análisis se enmarca en proyectos en curso y acciones adoptadas bajo emergencia declarada por la Provincia de Buenos Aires, que conllevan medidas que involucran zonas y actividades de interés social y cultural, como las desarrolladas por el Club Atlético Huracán.

**IV.-**

En tales condiciones, opino que V.E. debería revocar el pronunciamiento recurrido con arreglo a los argumentos expuestos en este dictamen.

La Plata, 1 de marzo de 2019.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 74.060

**“Abal, María Cristina y otros c/ ‘Aguas Bonaerenses Sociedad Anónima’ –ABSA- s/ pretensión indemnizatoria”, fecha: 15/08/2016**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Abal, María Cristina y otros c/ 'Aguas Bonaerenses Sociedad Anónima' –A.B.S.A.- s/ Pretensión indemnizatoria"
**A 74.060**

**Suprema Corte de Justicia:**

Vienen las presentes actuaciones a esta Procuración General a los efectos de emitir dictamen respecto al recurso extraordinario de nulidad previsto en los artículos 296 y siguientes, interpuesto por el Dr. Jorge Pablo Martínez, invocando el artículo 48 del CPCC (fs. 448/464).

**I.-**

El recurso va dirigido contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial de La Plata departamental del día 14 de julio de 2015, por la que se había rechazado el recurso de apelación intentado por la parte actora contra la sentencia de la Jueza de Primera Instancia.

Respecto a la admisibilidad, considera que se cumplen con todos los requisitos de carácter formal previstos en la normativa para este tipo de remedios extraordinarios, (arts. 278, 279, 296 y concordantes del C.P.C.C.). Así entiende que: fue interpuesto en el plazo legal; la decisión es de carácter definitivo y por lo tanto resulta de imposible reparación ulterior; los actores actúan con el beneficio de gratuidad previsto en el artículo 25 de la Ley Provincial Nro. 13.133, por lo que consideran que estarían eximidos de efectuar el depósito previsto en el artículo 280 del C.P.C.C; y se cumpliría con el requisito del monto mínimo (fs. 448 vta.).

Luego de efectuar vagas consideraciones respecto a cuestiones que exceden la presente litis, el abogado gestor en nombre de los

actores fundó el recurso extraordinario de nulidad (artículo 161 inciso 3 de la Constitución Provincial).

Sobre este remedio extraordinario denuncia que la sentencia debería ser declarada nula, por no haber –supuestamente- cumplido la Cámara de Apelaciones con asiento en La Plata con las formas establecidas en el artículo 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y por violación a "las reiteradas enseñanzas de la Casación provincial en torno al mismo". (fs. 454).

De esta forma explican que la sentencia posee errores "*in procedendo*", que se vería reflejado en la omisión de tratamiento de cuestiones esenciales. Esto se advertiría en el hecho de que la Cámara de Apelaciones no habría analizado ni valorado que se trataba de una cuestión de carácter "colectiva". Se afirma que los actores habrían promovido "tres pretensiones". La primera, con el objeto de que se ordene a ABSA S.A. "…abstenerse -cesar en su abusiva e ilegítima práctica- de intimar (intimidar) a los vecinos del barrio La Rotonda –dimensión colectiva de la demanda"; la segunda incluye la solicitud de resarcimiento a favor de dichos vecinos por el presunto "daño moral padecido por los actores- aspecto individual". Y la tercera pretensión estaría enderezada a solicitar que se le aplique a la demandada "una multa civil por la abusiva y vejatoria práctica desplegada, eco de la dimensión colectiva" (fs. 454).

Agrega que en la sentencia de la Cámara de Apelaciones "no existió decisión expresa, positiva y precisa sobre la cuestión colectiva debatida en el sub lite. Ningún párrafo, ninguna línea, ninguna palabra se le dedica a tal cuestión" (fs. 455 vta.).

A renglón seguido considera que la Cámara omitió tratar si las "intimaciones prejudiciales" y los "avisos de corte" recibidos por los vecinos del barrio constituyen o no el carácter de "vejatorios e intimidatorios", tal como lo establece el artículo 8 bis de la Ley 24.240, y en tal caso si correspondía ordenar que la empresa estatal demandada cese ese comportamiento (fs. 455 vta.).

Por ello entiende que “la omisión de expedirse sobre una cuestión esencial produce, por mandato constitucional, la nulidad del fallo (artículo 168 de la Carta local)…”. Y agrega a modo de conclusión, que la Cámara interviniente debió tratar bajo pena de nulidad esta supuesta “pretensión colectiva que integra la litis” y que considera haber sido planteada al momento de expresar agravios.

De esta forma sostiene que V.E. debería declarar la nulidad en esta instancia extraordinaria de la sentencia del tribunal *a quo* (conforme arts. 296,298 C.P.C.C.).

II.-

Respecto a los pasos procesales del presente, cabe señalar que la señoras María Cristina Abal, María Edelba Mendoza y Norma Beatriz Lezcano, y el señor Lino Godoy, con domicilio en el Barrio La Rotonda “y en representación del interés colectivo de toda la población del Barrio La Rotonda, Florencio Varela- Buenos Aires (sic)” y por medio del patrocinio letrado del Dr. Jorge Pablo Martínez, “en su condición de Director del Programa de Clínicas Jurídicas de Derecho del Consumidor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Secretaría de Extensión Universitaria de la UNLP”, interpusieron demanda ante el fuero en lo Civil y Comercial de esta ciudad, contra la empresa “Aguas Bonaerenses Sociedad Anónima” (ABSA), solicitando el cese de la conducta ilegítima desplegada , la reparación del daño moral ocasionado a los actores y la aplicación de una multa civil (fs. 102/124).

La demanda fue contestada por el apoderado de “ABSA”, tal como consta en a fojas 184 a 202. En dicha oportunidad solicitó que la titular del Juzgado en lo Civil y Comercial interviniente se declare incompetente y remita al fuero en lo contencioso administrativo, a tenor de lo establecido en el artículo 166 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y lo ordenado en la Ley Nro. 12.008. La Jueza en lo Civil y Comercial rechazó esta presentación, por lo que la demandada “ABSA” interpuso recurso de apelación contra la decisión de no declinar la competencia (fs. 211/212 y 213/217).

Luego de la concesión del recurso, la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata hizo lugar al recurso de apelación y declaró, por lo tanto, la incompetencia del Juzgado en lo Civil y Comercial Nro. 4 de La Plata y la remisión al Juzgado en lo Contencioso Administrativo que corresponda (fs. 221 y 237/240).

Las presentes actuaciones recayeron en el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Nro. 2 de esta ciudad (fs. 245). Luego de vencido el período de producción de prueba, fueron puestas a disposición de las partes para efectuar el alegato de bien probado. Este derecho fue ejercido tanto por la parte actora (fs. 377), como así por la parte demandada (fs. 367/376).

Con fecha 21 de febrero de 2014 la Juez de Primera Instancia dictó sentencia, resolviendo "desestimar la pretensión indemnizatoria interpuesta" (fs. 389/394).

Contra esta decisión, los actores interpusieron recurso de apelación. La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata rechazó el recurso presentado y, por lo tanto, confirmó la sentencia de primera instancia (fs. 398/409 y 436/444).

Contra esta última los actores interpusieron sendos recursos extraordinarios de Inaplicabilidad de Ley y de Nulidad.

Sólo dictaminaré respecto a este último remedio extraordinario, único sobre el cual esta Procuración General está llamado a intervenir (artículo 297 del CPCC).

Por las razones que se expondrán a continuación, entiendo que V.E. debería rechazar el presente recurso extraordinario de nulidad (art. 298 del CPCC).

III.-

Los actores esgrimieron que en autos se encuentra configurada una violación a la manda prevista en el artículo 168 de la Constitución

de la Provincia de Buenos Aires -que determina que los Tribunales de Justicia resolver todas las cuestiones que le son sometidas por las partes, al igual que lo establecido en el artículo 171 de la Constitución Provincial.

Consideran los recurrentes, y este es el núcleo del presente recurso extraordinario de nulidad, que la Cámara de Apelaciones con asiento en La Plata habría omitido tratar lo referente a que en las presentes actuaciones, los actores habrían actuado en **nombre de todos los vecinos del barrio**, en una suerte de demanda de carácter colectivo. Así en la pieza recursiva expresa el abogado Jorge Pablo Martínez –invocando el artículo 48 del CPCC- que en las presentes **existiría "una dimensión colectiva del conflicto**", la cual derivaría de la pretensión en el escrito de demanda (fs. 401 vta.).

Como se advierte, en autos el abogado interviniente, alegó su condición de Director de una Clínica Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, y de esta forma patrocinó a cuatro vecinos que firmaron la demanda por considerar, entre otras cuestiones, que actuaban en la creencia de estar representando a todos los habitantes del barrio. Así reclamaron a "ABSA" que cese con las intimaciones "vejatorias" y que por ello se les reconozca el derecho al pago de una indemnización "por el daño moral", que habrían sufrido, justamente por haber sido "intimados" al pago del servicio, con el correspondiente aviso de corte en caso de no regularizar el pago del mismo.

En primer lugar considero que en cuestiones de carácter patrimonial no es posible la configuración de un caso de carácter colectivo tal como se pretende.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo –refiriéndose al Defensor del Pueblo, pero con mayor razón aplicable al presente- que queda exceptuada de la legitimación "la protección de los derechos que son de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados" " (CSJN "Defensor del Pueblo de la Nación - inc. dto. 1316/02 v. E.N. - P.E.N.- dtos. 1570/01

y 1606/01 s/ amparo ley 16.986", Considerando 11°, sentencia del 26 de junio de 2007).

Y agrega el Máximo Tribunal del país que "en estos casos será cada individuo, titular del derecho lesionado quien podrá demandar su reparación. La reforma de 1994 de ningún modo ha querido conferir la legitimación al Defensor del Pueblo para reemplazar a los particulares en la defensa de sus derechos patrimoniales. Es que, tal como se ha establecido supra, la legitimación del Defensor del Pueblo se encuentra condicionada a que la acción u omisión que se intenta cuestionar por vía judicial, provoque un perjuicio a un derecho supraindividual, indivisible y no fraccionable en cuotas adjudicables a cada uno de sus titulares. En consecuencia, esta legitimación es improcedente en los casos en los que se encuentra en juego solamente el interés particular" (CSJN "Defensor del Pueblo de la Nación", *ut supra*, citado).

Por lo tanto, entiendo que la sentencia de la Cámara de Apelaciones, atento la insuficiente y poco fundada pretensión de que el presente sea considerado como una cuestión de naturaleza colectiva, pretirió el planteo y lo subsumió en el rechazo total de la pieza recursiva.

Advierto que la supuesta omisión en tratar el carácter colectivo de la demanda no es tal, toda vez que el reclamo ha sido desplazado y tratado implícitamente, ya que lo que el artículo 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires sanciona con nulidad es la ausencia de consideración por parte de un órgano jurisdiccional de una cuestión por descuido o inadvertencia, más no la forma en que fue resuelta.

De esta forma, el presente recurso interpuesto por el abogado patrocinante y los cuatro vecinos actores, fue dirigido contra la decisión de la Cámara en lo Contencioso Administrativo, y fue fundado en que supuestamente dicho órgano jurisdiccional habría omitido el tratamiento de una cuestión esencial. Esta omisión en entender en una supuesta cuestión esencial, y tal como se expresó, estaría configurada por no haber abordado el Tribunal *a quo* lo supuestamente atinente al carácter colectivo del reclamo efectuado a ABSA,

para y que de esta forma "cesen las intimaciones y amenazas de corte del servicio de tipo amenazante y vejatoria llevadas a cabo por la citada empresa".

La parte actora en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, sostuvo que "la dimensión colectiva del conflicto resulta la esencia de las pretensiones accionadas en el escrito de demanda... es que se hizo pie, en el contexto descripto, en el comportamiento abusivo y vejatorio, es decir, en el trato indigno padecido por todos los vecinos del barrio "La Rotonda", cuya representación colectiva invocaron los actores (fs. 401 vta.). Es a su vez llamativo que justifiquen no haber pagado las facturas emitida por ABSA, en el convencimiento de estar eximidos por lo "ordenado" por un Juez de Faltas de la ciudad de La Plata (fs. 401).

Entonces, si bien la Cámara de Apelaciones no abordó en forma expresa el supuesto carácter colectivo de la pretensión cuando dispuso que "se rechaza el recurso de apelación intentado y se confirma la sentencia de grado, en todo cuanto fuere materia de agravio", en forma implícita rechazó también esta pretensión actora.

Es decir, la Cámara de Apelaciones resolvió que los actores "mal pueden considerar abusiva la conducta de la prestadora si son ellos mismos quienes se pusieron en la situación de deudores remisos al no abonar las facturas correspondientes sin causa jurídica". De esta forma el citado tribunal está afirmando que no se encuentra configurada ninguna conducta abusiva por parte de ABSA., sea en contra de los cuatro actores ni de ningún otro integrante del barrio "La Rotonda".

A *contrario sensu*, la empresa prestadora del servicio de agua bonaerense habría ejercido el legítimo derecho de reclamar el pago por la contraprestación del servicio. Y este reclamo no puede considerarse "ni abusivo", "ni vejatorio", sino debe entenderse como el ejercicio regular de un derecho. Al respecto el actual Código en lo Civil y Comercial de La Nación en su artículo 10 dispone que "el ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto".

En definitiva, los meros argumentos de derecho o de hecho en que la parte actora aquí recurrente sustentan su pretensión no reviste el carácter de cuestión esencial en los términos del artículo 168 de la Constitución Provincial, por lo que su falta de consideración no genera la nulidad de la sentencia del tribunal *a quo* (conforme S.C.B.A., "Vuelta del Salado S.A.", sentencia del 5/IV/2016).

Ha ilustrado V.E. en el sentido de que la cuestión esencial está integrada por puntos o capítulos "de cuya decisión depende el sentido y alcance del pronunciamiento". Así completó este concepto afirmando que "la omisión que genera la nulidad del pronunciamiento es aquella en la que el tribunal incurre por descuido o inadvertencia y lo la que se refiere a puntos cuyo abordaje ha quedado desplazado como consecuencia de otras decisión del juzgador" ("Vuelta del Salado S.A.", s. 5/IV/2016, citado).

También ha afirmado el Máximo Tribunal que para que proceda un recurso extraordinario de nulidad, debe darse el caso de una omisión de una cuestión de carácter relevante para la dilucidación del asunto a tratar, más no el sentido o forma en que la misma fue resuelta (SCBA, "Forni, Angel Pedro c. IPS", s. del 4/V/2016).

Por lo expuesto entiendo que en el presente caso la supuesta falta de abordaje de uno de los temas puestos en consideración por el recurrente perdidoso, quedó desplazado por la forma en que fue decidida la sentencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativa de La Plata del día 14 de julio de 2015.

Tal es mi dictamen

La Plata, 15 de agosto de 2016.

**DRA. MARÍA DEL CARMEN FALBO**

Procurador General
de la Suprema Corte de Justicia

*Sumario* ⬆

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 76.427-1

**“Taquima SA c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ expropiación inversa - otros juicios”, fecha: 15/07/2020**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

**A-76427-1**

"Taquima S.A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Expropiación inversa – Otros juicios"

**A 76.427**

**Suprema Corte de Justicia:**

Vienen las actuaciones a la Procuración General a fin de emitir dictamen respecto del recurso extraordinario de nulidad interpuesto por apoderado del Fiscal de Estado.

Se recurre la sentencia dictada por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial de San Nicolás que confirma el pronunciamiento dictado en primera instancia.

Cabe señalar que ambas partes deducen también recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley, limitándose mi intervención a los términos del artículo 297 del Código Procesal Civil y Comercial.

**I.- Antecedentes.**

**I.1.-** La firma Taquima SA promueve demanda de proceso de expropiación irregular respecto de los inmuebles rurales de su propiedad identificados catastralmente con las Matrículas 5127 y 3690, ubicados en el Partido de General Pinto, los cuales habrían sido desposeídos a partir de la instrumentación de la ley 12542, que declara sujetos a expropiación los predios necesarios para la ejecución del proyecto "Plan Maestro Integral de la Cuenca del Río Salado" (Fecha de inicio del proceso: **26 de abril del año 2012**).

Peticiona el valor de la tierra expropiada con más intereses y la actualización por la depreciación monetaria, con costas.

Corrido el traslado de ley se presenta la accionada aseverando que el inmueble cuya expropiación se propicia es un cauce natural, por ende, un bien de dominio público; que no correspondería admitir la expropiación en virtud de la inexistencia de plano de afectación.

Apunta que la ley 12542 sólo enuncia el Plan Maestro en la Cuenca del Salado, pero no la decisión del Poder Ejecutivo de llevar adelante la expropiación por lo que desconoce la fecha de desapropio, y añade que el avance de las aguas sobre el inmueble de Taquima SA habría sido el resultado de un hecho natural, no provocado.

Plantea el Fisco la prescripción en el supuesto del reclamo de daños y perjuicios por el avance de las aguas y afirma que en el supuesto que la planimetría indicare la ejecución de obras estatales debe indicarse que parte del mismo pertenecía desde antes al dominio público.

Añade que sólo si afectan al mencionado reservorio podría hablarse de afectación pública y refiere que la actora ostenta la seguridad de su campo, libre de inundaciones y desastres hídricos que lo asolaban.

Reitera que la carencia del plano de afectación, fortalece el rechazo de la expropiación inversa, enumerando medios de prueba para producir y requiriendo el dictado de una sentencia congruente a su posición, con la pertinente imposición de costas a la parte actora.

Abierto el juicio a prueba, se presentan pericias y se realiza la audiencia del artículo 32 de la ley 5708.

Con fecha 29 de mayo del año 2019 el señor Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de Junín resuelve hacer lugar a la pretensión de expropiación inversa promovida por Taquima SA, declara expropiada en favor de la Provincia de Buenos Aires la superficie de 3.706.86 has. y fija como indemnización a favor de la actora la suma de pesos cuatrocientos cuarenta y nueve millones trescientos treinta y ocho mil ciento cincuenta y cinco c/48 ($ 449.338.155,48) más intereses a calcularse

desde la desposesión el 1° de diciembre del año 2011, según el valor del bien correspondiente a tal fecha (conf. acta notarial del 20-XII-2011), de acuerdo a la tasa pasiva tradicional y/o digital más beneficiosa para la firma. que haya pagado, pague o pagare el Banco de la Provincia de Buenos Aires en los depósitos a treinta días vigentes en sus diversos períodos de aplicación y hasta el efectivo pago, con costas a la demandada.

Ambas partes apelan el pronunciamiento y presentan memoriales y réplicas.

La Cámara de Apelación rechaza los recursos, confirma la sentencia de primera instancia y fija costas por su orden.

En lo que respecta al recurso de la parte demandada, no hace lugar al agravio referido a la errónea determinación de la superficie expropiable.

Pondera que, ante la falta de determinación de la línea de ribera por esa parte, a quien atribuye responsabilidad por la demora, el juez de grado había logrado estimarla con otros medios de prueba detallados en la sentencia, deviniendo inoficiosa la determinación extemporánea en tanto la cuestión se resolvería sobre la situación actual del predio, modificado por las obras realizadas.

Respecto del agravio referido a la determinación de la fecha de desposesión, la Cámara de Apelación no consigna motivos diferentes a los expuestos para el rechazo del anterior agravio.

**I.2.- La ley 12542** (BOBue, 07-12-2000):

"*Artículo 1º - Decláranse de utilidad pública y sujetos a expropiación a la totalidad de los inmuebles necesarios para la ejecución del Proyecto "Plan Maestro Integral de la Cuenca del Río Salado", comprendidos dentro de los cincuenta y ocho* (58) *partidos de la Provincia que se prescriben en el artículo 2º. Artículo 2º - Los partidos de la Provincia que integran el Proyecto "Plan Maestro Integral de la Cuenca del Río Salado" son: Zona A. Noroeste: Bragado, Carlos*

*Casares, Carlos Pellegrini, Carlos Tejedor, Daireaux, Florentino Ameghino, General Arenales, General Pinto, General Viamonte, General Villegas, Hipólito Yrigoyen, Junín, Leandro N. Alem, Lincoln, Nueve de Julio, Pehuajó, Rivadavia, Salliqueló, San Carlos de Bolívar, Trenque Lauquen, Tres Lomas y Veinticinco de Mayo.*

*Zona B. Salado-Vallimanca: Alberti, Ayacucho, Azul, Benito Juárez, Castelli, Chacabuco, Chascomús, Chivilcoy, Dolores, General Alvear, General Belgrano, General Guido, General Lavalle, General Paz, Las Flores, Lobos, Maipú, Navarro, Olavarría, Pila, Rauch, Roque Pérez, Saladillo, San Miguel del Monte, Suipacha, Tandil, Tapalqué y Tordillo.*

*Zona C. De las Lagunas Encadenadas del Oeste: Adolfo Alsina, Coronel Pringles, Coronel Suárez, General La Madrid, Guaminí, Laprida, Puán y Saavedra.*

*Artículo 3º -* ***Se considerará abandonada la expropiación, si el expropiante no promueve el juicio dentro de los quince (15) años de sancionada la presente Ley****.*

*Artículo 4º - En los supuestos que se compruebe en forma indubitable que la Dirección Provincial de Saneamiento y Obras Hidráulicas no ha arribado a un acuerdo con los titulares de los inmuebles para ingresar a los predios ubicados sobre la traza de las obras, para permitir la realización de los trabajos preliminares de topografía y de geotécnia que servirán de base para los proyectos ejecutivos de las obras, se autoriza al Director Provincial de esa repartición a dictar el acto administrativo correspondiente que habilite en forma inmediata su ingreso a los mismos, pudiendo requerir al efecto el auxilio de la fuerza pública.*

*Artículo 5º - Es de aplicación en todos sus términos la Ley General de Expropiación 5708".*

**II.- Del recurso extraordinario de nulidad**

La recurrente sostiene que en el caso la alzada ha omitido considerar cuestiones esenciales que fueran oportunamente planteadas vulnerando lo dispuesto en el artículo 168 de la Constitución provincial.

Afirma que tal omisión viola gravemente los derechos de defensa en juicio, de propiedad y los principios de igualdad procesal y de congruencia. Hace mención de los artículos 9 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 16, 17 y 18 de la Constitución Argentina.

Asevera que los argumentos plasmados en el recurso interpuesto contra la sentencia de primera instancia no fueron tenidos en cuenta, lo que habilita la procedencia del presente remedio extraordinario, imponiéndose la nulidad de la sentencia atacada.

Sostiene que tanto el juez, como la alzada, han dictado sentencia sin tener a la vista prueba esencial.

Explica que, en el supuesto de autos, para establecer el justo valor a que se refiere el artículo 8 de la ley 5708, debería determinarse la cosa expropiada, es decir, la fracción de tierra sujeta a expropiación. Pero para ello, previamente, precisar el tamaño del espejo de agua preexistente a la afectación de los terrenos por las obras allí realizadas, bien de dominio público que sólo podría ser delimitado por autoridad competente, en el caso, lo sería la Autoridad del Agua. Se sustenta en lo dispuesto en el artículo 18 de la ley 12257 y su decreto reglamentario 3511/2007.

Esgrime que la supuesta demora del Fisco en la demarcación de la línea de ribera, argumento base en ambas instancias para convalidar su accionar irregular, no sería suficiente, razonable, ni sustituiría la ausencia de un elemento esencial para determinar una justa indemnización.

Arguye que al momento de dictarse la sentencia de Cámara se contaba ya con la demarcación provisoria de la línea de ribera de los predios en cuestión, información obrante en un expediente administrativo que, siendo público, podría o debería haber sido fuente de consulta para dictar la resolución final.

En segundo término, se agravia de la falta de tratamiento de la impugnación formulada respecto de la determinación de la fecha en que se

produjo la desposesión del bien sujeto a expropiación, con base en un acta notarial que también cuestiona y que alude a la existencia de máquinas trabajando en el predio.

Explica que la fecha de desposesión resultaría esencial a los fines de la determinación del valor histórico del bien expropiable y del cómputo de los intereses compensatorios correspondientes necesarios para establecer una justa indemnización.

**III.-**

El recurso extraordinario de nulidad interpuesto por Fiscalía de Estado debe prosperar.

En primer lugar, cabe recordar que dicho remedio sólo puede sustentarse en la omisión de tratamiento de alguna cuestión esencial, falta de fundamentación legal, incumplimiento de la formalidad del acuerdo y voto individual de los jueces o en la no concurrencia de la mayoría de opiniones (conf. causas L. 79789, "*Olivera*", sent., 10-08-2005; L. 84064, "*Decile*", sent., 22-03-2006; L. 83016, "*Ardiles*", sent., 15-11-2006; L. 89528, "*Maldonado*", sent., 23-07-2008; L. 116854, "*Orellano*", sent., 19-02-2014; L. 119719, "*Lertora*", sent., 6-09-2017; entre otras).

La primera causal señalada es la que acontece en el caso bajo examen y justifica la solución que aquí se propone. Tal como denunciara el recurrente, el fallo en crisis adolece de un defecto sustancial que lo descalifica como acto jurisdiccional válido.

Ello es así en tanto, al rechazar la procedencia del recurso de apelación intentado por la parte demandada -dirigido a dejar sin efecto la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda de expropiación inversa promovida por la firma Taquima SA contra la Provincia de Buenos Aires, declaró expropiadas en favor de esta última la superficie indicada en los considerandos y fijó indemnización a favor de la actora-, da tratamiento fundado únicamente al agravio tendiente a atacar la cuestión de la superficie expropiable,

pero omite pronunciar fundamento respecto al agravio esgrimido con relación a la fecha de desposesión del inmueble -cuestión esencial directamente vinculada a la *justa indemnización*-, incumpliendo la exigencia del artículo 168 de la Carta local que establece que los Jueces que integran los tribunales colegiados deberán dar su voto en todas las cuestiones esenciales a decidir.

Según una inveterada doctrina de la Suprema Corte de Justicia, las cuestiones esenciales son aquéllas que conforman la estructura de la traba de la *litis* y el esquema jurídico al que la sentencia debe atender para la solución del pleito (conf. causas Ac 86578, "*Vargas*", sent., 16-06-2004; C 114018, "*Boragina*", sent., 14-06-2017, entre otras).

En el caso, la Cámara de Apelación debía tratar en forma diferenciada dos cuestiones sometidas a su conocimiento -y decisión- y se expidió fundadamente sólo sobre una de ellas.

Puntualmente estimó el rechazo del recurso -y con ello confirmó la declaración de la expropiación y la indemnización fijada por el juez de grado- por encontrar suficientemente resuelta la cuestión de la determinación de la superficie a expropiar con la prueba pericial producida en la causa a pesar de no ser la legalmente exigida; pero omitió analizar acabadamente la otra cuestión sometida a su conocimiento, esto es, la determinación de la fecha de desposesión del inmueble.

Ahora bien, surge de la lectura del pronunciamiento en crisis, que el Tribunal de Alzada específicamente indicó en el punto II del voto del Juez que hizo mayoría, que "*...el Fisco cuestiona básicamente dos puntos: primero, la decisión de haber determinado la superficie a expropiar y, consecuentemente, la indemnización reconocida, sin contar con el acto formal de demarcación de la línea de ribera por parte de la Autoridad del Agua; y -segundo- se agravia de la fijación de la fecha de desposesión.*"

No obstante esa premisa inicial, en el desarrollo argumental de la sentencia, limitó su revisión al primer agravio, omitiendo

pronunciarse motivadamente respecto del segundo y, sin más, rechazó el recurso interpuesto por la demandada.

La falencia evidenciada resulta una omisión de una cuestión esencial, en tanto la sentencia de primera instancia versó sobre ambos tópicos y el recurso atacó las conclusiones a las que arribó dicha sentencia, prescindiendo el Tribunal de Alzada de dar fundamento a la consideración del agravio relativo a la fecha de desposesión (conf. arts. 168, Const. prov. y 266, CPCC).

Tras el análisis de los antecedentes expuestos, se impone concluir que esta anomalía configura una violación de lo preceptuado por el artículo 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que requiere el tratamiento de todas las cuestiones esenciales sometidas a juzgamiento.

Es fundado el recurso extraordinario de nulidad en el que el recurrente denuncia violación a dicho precepto, si el fallo de la Cámara efectúa una remisión global al de primera instancia, no constituyendo ello debida resolución, pues priva a la sentencia de su independencia formal y material, despojándola así de su carácter de resolutorio.

Sobre el particular tiene reiteradamente dicho la Suprema Corte de Justicia que la ausencia de tratamiento de asuntos trascendentes oportunamente planteados constituye una incongruencia por omisión (decisión *citra petita*) que conlleva a la nulidad del fallo (causas L 99.171, "*Torres*", sent. de 16-02-2011; L 107839, "*B., G.R.*", sent., 03-10-2012; L. 117.219, "*Arriola Camacho*", sent., 12-12-2014; L. 119.555, "*Bocca*" sent., 15-08-2018; L 120303, "*Muretta*", sent., 27-05-2020, e. o.).

**IV.-**

Sin perjuicio de ello, suficiente para acoger el recurso, estimo oportuno señalar otras circunstancias que podrían tener incidencia en la ponderación de la idoneidad de la vía procesal intentada.

**IV.1.** Para contextualizar la situación cabe recordar que la expropiación inversa o irregular tiene por objeto obligar al expropiante

a consumar la expropiación y a pagar la indemnización al expropiado que, de alguna manera, padece una situación total o parcial de indisponibilidad en el goce de su propiedad afectada a la expropiación que se demora (en el caso, el Fisco puso en duda la existencia de tal afectación).

Sin embargo, no cualquier limitación o restricción al derecho de propiedad justifica el inicio de esta acción, sino que la afectación debe provocar un menoscabo cierto al derecho del titular. Sobre el punto la Corte Suprema de Justicia sostiene que la declaración por el Estado de que un inmueble se halla sujeto a expropiación no crea un derecho a favor del propietario para obligar a aquél a hacerla efectiva; es potestad del expropiante elegir el momento para ello salvo que medie ocupación del inmueble, privación de uso o restricción del dominio.

La concurrencia de tales extremos no se desprende de la mera existencia de una norma que califique de utilidad pública el bien (“Fallos”, “*Lecturia de Iglesias*”, T. 310:1865 y sus citas; 1987).

Pues bien, en el caso, la ley 12541 declara de utilidad pública y sujetos a expropiación a la totalidad de los inmuebles *necesarios* para la ejecución del Proyecto “Plan Maestro Integral de la Cuenca del Río Salado”, comprendidos dentro de los cincuenta y ocho (58) partidos de la Provincia que se prescriben en el artículo 2º, entre los cuales se menciona el Partido de General Pinto (art. 2°, Zona A) donde se hallaría el inmueble objeto del presente litigio.

La necesidad del inmueble a tal fin, en mi criterio, no surgiría directamente de esa ley -que es genérica-, sino de la ulterior manifestación de voluntad estatal tendiente a promover el juicio de expropiación, circunstancia que no aconteció.

Y ello es así porque respecto de la ejecución del aludido Proyecto inciden factores de diversa índole que la ley citada no resuelve (vgr. oportunidad, factibilidad, disponibilidad de recursos económicos, entre otros.).

Ergo, sin acto administrativo expropiatorio y sin juicio de expropiación, la promoción de un juicio de expropiación inversa no logra revertir la indeterminación del bien a expropiar en el marco de la ley 12541, y menos aun resolviendo la cuestión con prescindencia de la prueba cuya producción se encontraría a cargo del sujeto expropiante.

La ley 12541, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires el día 7 de diciembre del año 2000, establece que se considerará abandonada la expropiación si el expropiante no promueve el juicio dentro de los quince (15) años de sancionada (art. 3°), habiendo transcurrido en exceso dicho plazo sin que se haya promovido el juicio de expropiación cabe preguntarse si se mantiene en la actualidad el interés estatal de expropiar.

Cuando circunstancias sobrevinientes o hechos desconocidos con anterioridad demuestran -a juicio de los poderes políticos del Estado- que la utilidad pública declarada no existe o ha desaparecido, no puede negarse a dicho Estado el derecho a desistir de la expropiación, en su caso, o el de hacer valer de haberse configurado los extremos, el abandono, aun configurado luego de la promoción de una "expropiación irregular" y en tanto no haya quedado perfeccionada esta, obligándolo a concretar una expropiación que no tiende a la satisfacción de necesidades de utilidad general ni a la consecución de las exigencias propias del bien común (CSJNA, "Fallos", "*Nación*", 291:507, 1975; "*Cerda*", 304:1484, 1982; "*Figueroa de Cornejo*", T. 339:468, 2016).

**IV. 2.** Por último, cabe mencionar la falta de consideración de alguna de las *Determinaciones Previas requeridas en los artículos 4° y 5° de la Ley General de Expropiaciones* 5708, a saber: estudio integral, planificado, con tasaciones, determinación de los valores indemnizatorios aproximativos, previsión de recursos y un informe del organismo técnico a quien le correspondería la efectivización y utilización de la misma (art. 4°), recaudos que cumplirse en todos los casos con antelación al dictado de la ley que declare la utilidad pública. Asimismo, en la actuación administrativa que se efectúe, deberá cursarse comunicación al Registro de la Propiedad para que se lleve a cabo la

pertinente *anotación preventiva* de expropiación en el asiento concerniente al bien expropiado (art. 5°).

Se destaca en particular la obligación de requerir la *opinión de la autoridad municipal* que corresponda para conocer si el bien a expropiar está afectado con alguna ordenanza de plan regulador, ordenamiento edilicio y/o zonificación especial (art. 4°, tercer párrafo, ley cit.).

En sentido concordante, el decreto ley 6769/1968, Ley Orgánica de las Municipalidades, en su artículo 58 establece que corresponde al Concejo Deliberante autorizar las expropiaciones de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en la ley vigente que rija la materia. Tal imperativo legal ha sido incumplido.

**V.-**

En virtud del cúmulo de razones expuestas, propongo hacer lugar al recurso extraordinario de nulidad interpuesto (arts. 168, Constitución provincial; 298 del CPCC).

La Plata, 15 de julio de 2020.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

*Sumario* ⬆

CIJur Centro de Información Jurídica

Ministerio Público
Provincia de Buenos Aires