------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de agosto del año dos mil catorce, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Jorge Luis Früchtenicht y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Claudio Alejandro Petris y Günther Enrique Flass, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"M. A. S.A. c/ MUNICIPALIDAD DE ESQUEL s/ Contencioso Administrativo"*** (Expte. N° 94/13 CANO), que tramitan ante esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 221 el sorteo establecido por el art. 271 de la Ley XIII N° 5 del DJP –CPCC–, correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FLASS –FRÜCHTENICHT – PETRIS.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justo el acto administrativo recurrido? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------

------A fs. 61/76 vta. M. A. S.A., mediante su apoderado el Dr. Jorge H. W. incoa acción contencioso administrativa en contra de la Municipalidad de Esquel para que se declare la nulidad de las Resoluciones Municipales nº1118/2013 y 1240/2013.----------

------A fs. 107/109 contesta la demandada mediante su apoderada la Dra. Laura Duhagón, oponiéndose al progreso de la acción.----------

------La Resolución Municipal nº 1118/2013 rechaza el pedido de licencia comercial de la empresa M. A. S.A., debido a que el art. 166 bis del Código Tributario Municipal impide otorgar habilitación cuando se trate de actividades conexas con otras prohibidas por la legislación municipal.----------

------La Resolución Municipal nº 1240/2013, rechaza los recursos de nulidad y reconsideración opuestos por la actora.----------

------La actora, tal como lo dije, impugna vehementemente las mencionadas resoluciones municipales. No sin esfuerzo, logro deducir

que los fundamentos de su pretensión son los siguientes: 1) Falta de motivación suficiente pues las resoluciones atacadas no especifican cuales serían las actividades prohibidas que desarrolla M. A. S.A. Aduce que la empresa no es titular de ningún emprendimiento minero en Esquel. 2) Violación de derechos adquiridos y aplicación retroactiva de la ley, pues dice que antes de la sanción de la ordenanza 228/12 ya había cumplido con los requisitos para la habilitación comercial. 3) Plantea la inconstitucionalidad de la ordenanza 33/03 por violación al derecho a ejercer industria lícita así como también al de propiedad. Explica que la Municipalidad de Esquel se excedió en sus facultades legislativas, invadiendo atribuciones propias del Congreso de la Nación y transgrediendo los arts. 10 y 102 de la Constitución Provincial.----------

------Corresponde ahora analizar las pretensiones de la actora:----------

------1) Nulidad de las Resoluciones Municipales nº 1118/2013 y 1240/2013:----------

------M. A. S.A. pretende que se declare la nulidad de la resolución que rechaza su pedido de habilitación comercial, así como también el recurso administrativo que confirma aquélla. Funda su pretensión en dos argumentos. El primero de ellos refiere a una cuestión formal y radicaría en que las resoluciones atacadas no mencionan cual sería la actividad accesoria prohibida. El segundo argumento es la ausencia del presupuesto fáctico pues, aduce, no realiza ninguna actividad minera en Esquel sino que lo hace en "Paso del Sapo".----------

------*1).A. Falta de mención expresa respecto a la actividad accesoria prohibida*:----------

------El objeto del acto administrativo atacado es resolver sobre la habilitación comercial pretendida por la actora. La fundamentación del mismo ha de referirse a si se cumplen o no las normas necesarias para conceder lo pedido, en consecuencia basta con referirse a la dispuesto

por la norma impeditiva (art. 166 bis), para tener por suficientemente fundado el acto.----------

------Dice Marienhoff *"… no es necesaria una relación analítica o circunstanciada: basta una relación sucinta, siempre que sea ilustrativa. A su vez. Cuando la norma aplicable es suficientemente comprensiva, su mera referencia puede surtir efectos de motivación, resultando así que la simple cita de la disposición legal valdría entonces como motivación"*[1]----------

------Entiendo que la motivación del acto administrativo atacado, aunque escueta, es suficiente, pues se expresó con claridad cuál es la norma jurídica que impide la habilitación comercial solicitada.----------

------Además de lo dicho, ha de tenerse en cuenta que, aunque el acto administrativo no lo diga expresamente, queda claro que la "actividad conexa prohibida" es la explotación minera, actividad que surge de los propios estatutos de la sociedad actora y ninguna duda planteó ella a lo largo del trámite.----------

------La actora sostiene que la falta de mención de la ordenanza 33/03 dificultó su derecho de defensa, pero subsidiariamente impugna la aplicabilidad de la misma.----------

------Realmente no encuentro donde fue vulnerado el derecho de defensa. La actividad anexa considerada ilegítima es la misma actividad a la que refiere la Ordenanza 33/03 y la actora tuvo suficiente oportunidad de argumentar en contra de dicha norma tanto en el ámbito administrativo como ante esta jurisdicción, de allí que la invocada nulidad solo obedece a la nulidad misma pues ningún perjuicio le irroga el pretendido vicio que, además, como ya lo dije, no es tal.----------

------*1).B Ausencia de actividad minera en la jurisdicción*:----------

------Aduce la actora que ella no realiza ningún emprendimiento minero en Esquel y que sólo lo hace en "Paso del Sapo". Sostiene que

[1] Marienhoff, Miguel S. "Tratado de derecho administrativo" T. II. Abeledo Perrot 4ª ed. Buenos Aires 2010 pag. 301/302

no se cumple el presupuesto fáctico invocado para negarle la habilitación.----------

------Esto hace necesario analizar el texto del art. 166 bis del Código Tributario Municipal y de la Ordenanza 33/03, pues ello permitirá determinar si la actividad prohibida accesoria debe estar realizándose efectivamente en la jurisdicción, o si sólo basta con que el objeto de la solicitante se relaciones a una actividad vedada aunque esta última no tenga ejercicio actual.----------

------El art. 166 bis, agregado al Código Tributario Municipal por ordenanza nº228/12 dice *"No se otorgará habilitación comercial para el ejercicio de actividades accesorias complementarias o conexas de actividades que se encuentren prohibidas o de cualquier forma no permitidas por la legislación municipal"*.----------

------La ordenanza 33/03 establece la prohibición de *"las actividades industriales y mineras que empleen técnicas de lixiviación con sustancias tóxicas o cualquier otra técnica que requiera el uso de explosivos e insumos tóxicos, como asimismo técnicas que liberen en el ambiente y dejen disponibles en el mismo sustancias de cualquier índole que por sí mismas y en combinación con otras pudieran resultar tóxicas y/o nocivas para la salud humana, al conjunto de los recursos naturales, agua, suelo, flora, fauna, gea, paisaje, fuentes de energía convencional y no convencional y atmósfera en función de los valores del ambiente"*.----------

------El texto del artículo 166 bis es demasiado claro y no deja lugar a dudas. Es ilícito otorgar habilitación comercial cuando las actividades del peticionante sean accesorias de otras que se encuentren prohibidas. No resulta indispensable que las actividades prohibidas se estén desarrollando de hecho y efectivamente en Esquel. No es indispensable una trasgresión actual. Para que proceda la negativa a habilitar comercialmente basta con que se registren dos extremos. Primero que la actividad comercial, objeto de la petición, sea accesoria de otra. Segundo, que esa otra se encuentre prohibida.----------

------Tanto el art. 166 bis del Código Tributario como la ordenanza 33/03, son normas ambientales. Procuran la protección y resguardo del medio ambiente y, por lo mismo obedecen a los principios propios de esta nobel rama del derecho. Entre esos principios caben mencionar dos: el de prevención y el precautorio.----------
------Para que el Estado proteja el medio ambiente, no es imprescindible que la lesión sea actual. Es posible y preferible efectuar un cuidado preventivo (principio de prevención).----------
------Tampoco es necesario tener la certeza científica de que la actividad fuera a dañar el ambiente, basta con la mera posibilidad de que esto ocurra (principio precautorio).----------
------Repito, la defensa intentada por la actora, en el sentido de que todavía no desarrolla ninguna actividad prohibida en Esquel, carece de fundamento y lógica, pues, según el texto de las normas expuestas, basta con que la actividad accesoria se encuentre prohibida sin que sea necesario su actual desarrollo.----------
------Es necesario ahora analizar si la actividad comercial que pretendía ejercer Minas Argentinas S.A. es accesoria de una actividad prohibida.-
------Según la documental obrante a fs. 148, M. A. tiene como actividad principal, realizar *"Estudios geológicos y prospección"*. En el estatuto social de "M. A. S.A". Artículo 3ª (fs. 179/180) puede leerse que *"la sociedad tiene por objeto dedicarse por cuenta propia … a las siguientes actividades: a) Exploración y explotación de minas, extracción, procesamiento de sus minerales, comercialización de sus productos, subproductos, componentes y sustancia afines; b) Elaboración y obtención de cualquiera de las materias primas, productos subproductos, substancias afines y derivadas minerales … podrá realizar asimismo todas las actividades necesarias o útiles para llevar a cabo la exploración, desarrollo, producción extracción, reducción, molienda, procesamiento, venta, transporte… de minerales … explotación de hidrocarburos … mediante cualquier otra*

modalidad … tratamiento, transporte, industrialización y comercialización de los mismos o sus derivados”.--

------El artículo 5º de la ordenanza 33/03 establece que no se autorizará ninguna actividad productiva, extractiva o industrial sin previo Estudio de Impacto Ambiental.----------

------Queda claro que hasta tanto no se apruebe el estudio de impacto ambiental, toda actividad minera es considerada clandestina en el Municipio de Esquel.----------

------M. A. S.A. no demostró contar con ningún estudio de impacto ambiental que autorice la actividad propia de sus estatutos.----

------Un silogismo de fácil comprensión me lleva a concluir que si la actividad propia de M. A. es clandestina en Esquel por no contar con estudio de impacto ambiental, la instalación de una oficina de dicha compañía es actividad accesoria de otra ilegítima o clandestina y por lo mismo no puede ser autorizada en virtud del artículo 166 bis del Código Tributario ya citado.----------

------Queda así pulverizado el argumento intentado por la actora.-------

------No obstante lo dicho, existe un motivo más para llegar a idéntica conclusión.----------

------El estatuto societario de la actora la autoriza a extraer y procesar minerales mediante cualquier modalidad, entre ellas la minería de oro a cielo abierto por lixiviación de cianuro expresamente prohibida por ordenanza 33/03.----------

------El principio precautorio surge de declaraciones efectuadas en la Conferencia de Estocolmo, en la Declaración de Río, en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, aprobado en Argentina mediante Ley 24.295. En el VII Congreso Internacional de Derecho de Daños, la Comisión nº II concluyó, por mayoría, que el principio precautorio es una derivación lógica del artículo 41 de la Constitución Nacional. Ninguna duda puede caber respecto a su vigencia, regencia y exigencia en el ámbito local.----------

------Conforme al principio precautorio es legítimo tomar medidas de prevención para tutelar el ambiente, aun cuando no exista certeza de que la actividad será lesiva.----------

------En consecuencia es legítimo vedar la radicación de una empresa cuyos estatutos sociales posibilitan la extracción de oro por lixiviación de cianuro, aun cuando todavía no haya certeza de que esa actividad será desarrollada. Basta la posibilidad o potencialidad del daño para que opere la prevención.----------

------2) Teoría de los actos propios:----------

------Según M. A. S.A., la Municipalidad de Esquel contradijo sus propios actos.----------

------Aduce que se le exigieron una serie de modificaciones arquitectónicas; que ella las cumplió puntualmente y no obstante ello, se le negó la habilitación aduciendo conexidad con actividad prohibida.----------

------Dos observaciones merecen ser hechas.----------

------La primera de ellas es que si, efectivamente, la Municipalidad de Esquel habría contradicho sus propios actos, ello sería motivo para una acción de daños pero no para exigir una habilitación. Si la Municipalidad de Esquel obró ilegítimamente al contradecir sus propios actos, no puede, por ello, exigírsele que cometa otra ilegitimidad como sería otorgar una habilitación contradiciendo el Código Tributario Municipal.----------

------La segunda observación que ha de tenerse en cuenta es que nadie puede tener una expectativa legítima y razonable de que la ley se habrá de incumplir. M. A. sabía desde un principio que la habilitación comercial era accesoria de una actividad prohibida e igualmente intentó conseguirla cumpliendo con todos los otros requisitos para obtenerla. La frustración de expectativas sólo se debió a la propia torpeza de la actora y no a expectativas legítimamente creadas pues, repito, nadie debe tener expectativas de que la ley habrá de incumplirse y, si las tiene, ellas nunca podrían calificarse de legítimas.-

------3) Constitucionalidad de la Ordenanza 33/03:----------

------La actora pretende que se declare inconstitucional la Ordenanza 33/03.----------

------Sostiene que se ha vulnerado su derecho a ejercer industria lícita y trabajar (art. 14 de la Constitución Nacional). Aduce que la Municipalidad de Esquel se atribuyó facultades reservadas al Congreso de la Nación, pues es este último quien debe dictar el Código de Minería. Sostiene además que la Ordenanza 33/03 viola el art. 102 de la Constitución de Chubut, en cuanto promueve la explotación minera y la industrialización de minerales en su lugar de origen.----------

------Voy a tratar las causales de inconstitucional invocadas en el orden en que fueron expuestas:----------

------*3).1 Las normas municipales impugnadas y el art. 14 de la CN:*---

------A este respecto seré breve pues la cuestión no da para mayor análisis.----------

------El derecho de trabajar y ejercer la industria, declarado en el artículo 14 de la Constitución Nacional tiene un límite muy claro que deriva de su propio texto: el trabajo o la industria a ejercer, deben ser necesariamente lícitos, caso contrario no existe tal derecho subjetivo constitucional.----------

------Hay una norma que prohíbe la actividad minera en Esquel, hay otra norma que prohíbe la habilitación comercial cuando hubiera conexidad entre ella y otra actividad prohibida.----------

------La industria aludida por la actora no es lícita y no existe garantía constitucional para ejercerla.----------

------*3).2. Las normas municipales impugnadas y el Código Minero:*--

------Sostiene la actora que los municipios no pueden prohibir la actividad minera en su ámbito pues la facultad de dictar Códigos de Minería fue delegada por las provincias en el Congreso de la Nación.----

------Se equivoca y su error es mayúsculo.----------

------En primer lugar, las facultades delegadas por las Provincias al poder central deben interpretarse, siempre, con criterio restrictivo y

esto surge claramente del artículo 121 de la Constitución Nacional en cuanto reza que *"las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución"*. Es cierto que según el artículo 75 inc. 12 las provincias delegaron en el poder federal la facultad de dictar el Código de Minería pero, al hacerlo, establecieron una limitación expresa cuando dijeron *"sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales"*.----------

------Ciertamente que ni las Provincias ni los municipios que en ella existan, pueden regular cuestiones tales como las relaciones entre el propietario del fundo y el minero (Tit. III Código de Minería); adquisición de minas (Tit. VI Código de Minería); pertenencia particular y demarcación (Tit. VII Código de Minería) etcétera. ---------

------Ahora bien, de ello no se desprende que las Provincias o los Municipios no puedan restringir o impedir la actividad minera en ciertas zonas de su territorio, limitarla a ciertos minerales o condicionar el método de extracción e industrialización pues, estas últimas cuestiones, no están incluidas en el Código de Minería y, por lo mismo, no pueden considerarse facultades delegadas al Gobierno Federal.----------

------Olvida la actora que, según el artículo 124 de la Constitución Nacional, las Provincias tienen el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio. ¿Qué clase de dominio sería este donde el dueño no puede, ni siquiera decidir en qué casos se puede usar la cosa y en qué casos no?----------

------Ya desde Roma se viene admitiendo que el derecho de dominio o propiedad confiere a su dueño tres tipos de facultades: usar la cosa, servirse de sus frutos y enajenarla. Si estas tres facultades desaparecen permanentemente, no hay dominio.----------

------Si las Provincias hubieran enajenado el total de estas facultades, tal como entiende la actora, dejaría de tener el dominio originario y la letra del artículo 124 sería un sinsentido absurdo. No puede ser esta la correcta interpretación, pues el constituyente no insertó disposiciones

superfluas o inútiles en el texto constitucional. Todo lo que hay en la Constitución Nacional tiene un sentido y un efecto.----------

------Queda claro que la sanción de un Código de Minería no altera la facultad de las Provincias para decidir qué zonas pueden ser sometidas a explotaciones mineras y cuáles no; qué tipos de minerales se pueden explotar y cuáles no; cuáles métodos de extracción e industrialización se pueden emplear y cuáles no.----------

------En segundo lugar, olvida nuevamente la actora que la cuestión bajo análisis se inscribe dentro del llamado "Derecho Ambiental" que resulta superador de principios arcaicos, tales como los que invoca.-----

------Reitero, la cuestión que estamos tratando versa sobre la protección del medio ambiente y se rige por los principios propios del "Derecho Ambiental".----------

------El Código de Minería, después de la reforma de Ley 24.585, también se ocupa de regular lo relativo a la protección ambiental (Título Complementario), mas ello no debe interpretarse como límite o "techo" tutelar, sino como un "piso" mínimo de protección, vigente en todo el país, independientemente de las medidas locales que brinden mayor resguardo.----------

------El artículo 41 de la Constitución Nacional, en su tercer párrafo, *"Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales"*.----------

------Es claro que la sanción del Código de Minería con normas que tutelan el ambiente, no significa renuncia de las autoridades locales para dictar normas que provean a una tutela más estricta, o que directamente prohíban las actividades mineras consideradas contaminantes, lesivas para el ambiente o dañinas para otros recursos naturales.----------

------El Tribunal Superior de Justicia de Neuquén ha dicho *"La competencia ambiental fue delegada a la órbita federal solo en lo*

referido a los presupuestos mínimos de protección. En todo lo demás, las Provincias conservan sus atribuciones para completar y extender el resguardo ambiental. Y ello es así, pues aunque existen necesidades y problemas comunes a todo el país, cada región requiere protección y soluciones específicas y propias. Por ello dentro de cada Provincia, las responsabilidades de los gobiernos locales son primarias y fundamentales para ampliar la protección y aplicar la normativa legal … ”[2].----------
-

------Concluyo que las normas locales de protección del ambiente, bajo análisis, no pueden considerarse como ejercicio local de facultades delegadas en el gobierno federal, sino ejercicio suplementario de facultades concurrentes.----------

------*3).3 Las normas municipales impugnadas y la Constitución Provincial:*----------

------También aduce la actora que la Ordenanza 33/03 sería contraria a la Constitución Provincial, pues el art. 102 de esta declara: *“El Estado promueve la exploración y aprovechamiento de los recursos minerales … Promueve así mismo la industrialización en su lugar de origen”*.----------

------Olvida la actora que la Constitución de nuestra Provincia, una de las más progresistas en el ámbito nacional, no se agota con el citado artículo, sino que contiene otras disposiciones cuya interpretación ha de hacerse coordinadamente.----------

------El artículo 109 declara el derecho subjetivo de todo habitante de la Provincia de Chubut a gozar de un ambiente sano, equilibrado y diverso, libre de deterioro.----------

------El artículo 233 establece que *“Es de competencia municipal … 14 Reglamentar, en el marco de sus atribuciones, las cuestiones vinculadas con la protección del medio ambiente y el patrimonio*

---

[2] TSJ de Neuquén, 12-4-2010 “Apache Energía Argentina S.R.L. c/ Provincia de Neuquén” LL on line AR/JUR/25600/2010.

natural y cultural”, lo cual, a su vez, es compatible con los artículos 224 y 225 de la Constitución Provincial, en cuanto consagran la autonomía municipal.----------

------A su vez, las atribuciones que la Constitución Provincial reconoce a los municipios, fue reglamentada por Ley XVI nº 46. El artículo 29 de dicha norma atribuye a las corporaciones municipales facultades originarias en materia de salud y planificación industrial. Según el artículo 33 inc. 1º, corresponde al Concejo Deliberante entender respecto al funcionamiento, ubicación e instalación de establecimientos industriales. Conforme al inciso 33 del mismo artículo y norma, corresponde al Concejo Deliberante establecer el régimen de minas y canteras de jurisdicción municipal.----------

------No me cabe ninguna duda. La municipalidad de Esquel tiene facultades para impedir, dentro de su jurisdicción, tanto la explotación minera como la habilitación comercial destinada a actividades accesorias de la explotación minera.----------

------Lo dicho hasta aquí es suficiente para desestimar el argumento de la actora respecto a la aducida inconstitucionalidad de la ordenanza 33/03, que, repito, nada tiene de contraria a la normas fundamentales de la Nación Argentina ni de la Provincia de Chubut, sino que fue dictada en ejercicio de atribuciones propias.----------

------No obstante, y a modo de *obiter dictum*, considero conveniente decir algo que se ha venido soslayando en esta causa y que si bien no fundamenta el decisorio, sirve para comprender la justicia intrínseca de lo decidido: ----------

------***Nuestro sistema de gobierno es republicano. La Constitución Nacional, a través de sus artículos, tiene por finalidad asegurar que las autoridades nacionales, provinciales y municipales, se erijan en gobiernos del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Esta ha de ser la luz bajo la cual deben interpretarse los artículos de las leyes fundamentales.***----------

------***Las normas impugnadas (Ord. 33/03 y art. 166 bis del Código Tributario Municipal) son el resultado de la consulta popular llevada a cabo el 23 de marzo de 2003. Decían los romanos que la voz del pueblo es la voz de Dios (Vox populi, vox Dei). Sorprende que, a más de diez años de haber manifestado su voluntad en forma contundente, los esquelenses sigan sintiendo que sobre ellos pende la "Espada de Damocles" minera.***----------

------***También decían los romanos en su sabiduría superlativa que, las luchas han de ser breves porque el hierro de las espadas necesita convertirse pronto en arados para labrar la tierra.***----------

------***Entre los fundamentos de la Ord. 33/03 surge, con claridad, que ella pretende asegurar lo decidido por el pueblo el 23 de marzo de 2003 y transmitir a los habitantes la seguridad de que su voluntad será respetada, tal como corresponde a una república y como manda la Constitución Nacional y la Constitución de Chubut cuya esencia no es otra que la democracia.***----------

------***Las normas impugnadas, ya lo dije, no son inconstitucionales, pero además es innegable que hacen a la esencia de nuestro sistema político republicano. Esquel decidió que no quiere ni minas ni mineras. Seguramente la opción no fue fácil. Hubo que elegir entre un rápido progreso económico o la preservación del medio ambiente para las generaciones futuras. La decisión ya fue tomada y hay que respetarla. Viene siendo hora que las espadas se conviertan en arados. La lucha debe tener un punto final.***----

------Resta referirme a las costas de la presente acción y no encontrando motivos para apartarme del principio objetivo de la derrota, voto por que las mismas se impongan a la actora vencida en

autos (art. 69 CPCC), debiendo regularse los honorarios de letrados actuantes en estos autos.----------

------A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT dijo:-----

------Dispuesto a emitir mi voto en estos autos de competencia originaria de este Cuerpo, entiendo prudente referir los antecedentes obrantes en ellos.----------

------1. Que a fs.61/76vta., la empresa “M. A. S.A.” deduce recurso contencioso administrativo contra la Municipalidad de Esquel, en los términos del Capítulo XI (arts. 132 y ss.) de la Ley XVI Nro. 46 DJP (antes Ley Nro. 3098), persiguiendo se declare la nulidad y consecuente revocación de las Resoluciones N° 1118/2013 y 1240/2013 y solicita se decrete medida cautelar. Funda su impugnación, sustancialmente, en la ausencia de motivación suficiente por cuanto a su juicio no señalan cuales serían las actividades vedadas legalmente que desarrollaría su parte; manifiesta que no desarrolla en este municipio ningún emprendimiento minero; invoca también la existencia de derechos adquiridos y una retroactiva aplicación de la ley, entendiendo que el municipio aquí demandado excedió sus facultades legislativas invadiendo atribuciones propias del Poder Legislativo Nacional, transgrediendo así los arts. 10 y 102 de la Constitución Federal; informa acerca de la procedencia de su acción; funda en derecho; ofrece prueba; acompaña documental; hace reserva de accionar por daños y perjuicios, y formula también la reserva del denominado caso federal.----------

------Que a fs. 78/79vta. y mediante SIC Nro. 130/2013 de fecha 23.07.2013, esta Cámara deniega la medida cautelar solicitada. Consentida esta denegación de cautela, a fs. 83 se corrió traslado del memorial de inicio al municipio demandado, diligencia de la que da cuenta la cédula agregada a fs. 87.----------

------Que a fs. 107/109, contesta demanda la Municipalidad de Esquel, y luego de realizar las negativas de estilo, hace su propio relato de los hechos; acompaña documental; se expide acerca de la procedencia de

la prueba ofrecida por la parte actora, formula reserva del caso federal y pide se declare la cuestión como de puro derecho, fundando su solicitud en la circunstancia que no existen en los presentes autos controversias fácticas sino que la cuestión a decidir se limita a un debate jurídico acerca de la interpretación y alcance de las normas en juego que diesen lugar a la resoluciones que se pretende impugnar. En apoyo de su postura defensista refiere que no existen derechos adquiridos o absolutos frente a la decisión de delimitar el otorgamiento de habilitaciones comerciales basados en el cumplimiento de una norma de carácter general, aludiendo al art. 166 bis del Código Tributario Municipal. Que la limitación reglamentaria surge como una necesidad de la convivencia social. Que la actuación del municipio obedece a la necesidad de proteger aspectos vinculados a la comunidad en general y que en su virtud, no existe discriminación alguna en lo resuelto.----------

------Que sustanciado el pedido de declaración de la cuestión como de puro derecho, la actora se aviene a lo pretendido, con la salvedad que se requiera al municipio accionado el Expediente B-05062 ME y el dictamen Nro. 08/2013, por constituir, a su juicio, "*...el meollo de la cuestión de puro derecho que se discute en autos*." (SIC).----------

------Que a fs. 116 y vta. y mediante SIC Nro. 210/2013 de fecha 04.11.2013, este Cuerpo resuelve requerir al Municipio demandado la documental ofrecida como prueba por la parte actora a fs. 75vta., pto. B) Documental en Poder de Terceros, ptos 1 y 2.----------

------Que agregada la prueba oportunamente requerida por este Cuerpo, a fs. 211 y mediante SIC Nro. 30/2014 de fecha 19.03.2014 se declara la cuestión de puro derecho, providencia que se encuentra firme y consentida por las partes.----------

------Firme también que se encuentra el llamado de autos para sentencia de fs. 214, y practicado a fs. 220 el sorteo que dispone el art. 271 del rito provincial, me dispongo a emitir mi voto, conforme las prescripciones de los arts. 274, 275 y 493 del rito, en función de lo dispuesto por los arts. 168 y 169 de la Carta Magna provincial.----------

------2. Expuestas en lo sustancial las pretensiones y defensas de las partes involucradas en este proceso, entiendo corresponde, en forma previa, formular algunas consideraciones que estimo pertinentes y útiles.----------

------Siendo que la cuestión a decidir se limita a "*…un debate jurídico acerca de la interpretación y alcance de las normas en juego…*" que diesen lugar a la resoluciones que se pretende impugnar, conforme lo consentido por las partes (v. piezas procesales de fs. 107/109 y fs. 114), se impone adelantar que –a mi juicio y a los fines de ponderar la impugnabilidad de las resoluciones municipales atacadas en el escrito postulatorio e inaugural de la instancia– tales normas individuales –para merituar su eventual legalidad o nulidad– deberán eventualmente superar sucesivos test de juridicidad; de sustentabilidad ambiental y, finalmente, de razonabilidad.----------

------Así las cosas, y dispuesto a abordar el primer test que referí, se impone adelantar que *prima facie* las resoluciones que se pretende impugnar aparecen ajustadas a derecho. Ello así pues conforme surge del art. 1º de la Ordenanza Municipal Nro. 33/03: "*PROHÍBENSE en el Ejido Municipal de Esquel las actividades industriales y mineras que empleen técnicas de lixiviación con sustancias tóxicas o cualquier otra técnica que requiera el uso de explosivos e insumos tóxicos, como asimismo técnicas que liberen en el ambiente y dejen disponibles en el mismo sustancias de cualquier índole que por sí mismas y en combinación con otras pudieran resultar tóxicas y/o nocivas a la salud humana, al conjunto de los recursos naturales, agua, suelo, flora, fauna, gea, paisaje, fuentes de energía convencional y no convencional y atmósfera en función de los valores del ambiente*." (las mayúsculas se corresponden con el original).----------

------Que el objeto de la sociedad anónima demandante y la actividad principal que dio sustento a su constitución, resulta ser que: "*La Sociedad tiene por objeto dedicarse por cuenta propia; de terceros o asociada a terceros: en el país y en el extranjero: a las siguientes*

actividades*: a) Exploración y explotación de minas, extracción procesamiento de sus minerales, comercialización de sus productos, subproductos, componentes y sustancias afines; b) Elaboración y obtención de cualquiera de las materias primas, productos, subproductos, sustancias afines y derivadas minerales; c) Compra, venta, importación, exportación y distribución de materias primas, productos, subproductos, sustancias afines y derivados minerales; d) (…)"* (v. estatuto societario fs. 180 y ss.), documental acompañada por el municipio demandado y no observado por la actora.----------

------A su turno, el art. 166 bis del Código Tributario Municipal del Municipio de Esquel (incorporado mediante Ordenanza Municipal Nro. 228/12) dispuso que: "*No se otorgará habilitación comercial para el ejercicio de actividades accesorias, complementarias o conexas de actividades que se encuentren prohibidas o de cualquier forma no permitidas por la legislación municipal.*" ----------

------Es entonces que las resoluciones cuestionadas aparecen inicialmente legales y legítimas a la luz de la legislación municipal vigente, atendiendo la actividad principal de la actora; los conceptos rectores de la Ley Nro. 25.675 General del Ambiente, en particular los principios preventivo y precautorio que prevé su art. 4; las previsiones que surgen del art. 1º de la Ley XVII Nº 68 DJP y la historia reciente de esta ciudad, estimo superado suficientemente el primer test al que sometí aquéllas resoluciones.----------

-------Así también, y relativo al segundo test propuesto en este voto, debo advertir que tengo para mí que el concepto de sustentabilidad aplicado a la explotación de los recursos naturales en general y a los emprendimientos mineros en particular, implica que aquélla actividad no genere efectos sobre el ambiente que afecten la explotación de otros recursos o la calidad de vida de los vecinos. En su consecuencia, el control de la contaminación y de la degradación del paisaje son aspectos nucleares a resguardar, aceptando para ello que el bienestar y el progreso de la especie humana resultan ser una causa valiosa.---------

------Oportunamente, el Informe Brundtland de la Comisión Mundial del Ambiente y Desarrollo (Naciones Unidas; 1987; p. 43) definió el concepto de *desarrollo sustentable* en el sentido de "*lograr las necesidades del presente sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para lograr sus propias necesidades*".----------

------Puedo válidamente concluir que es consecuencia de lo dicho que el progreso de la comunidad no puede comprometer su calidad de vida ni la integridad del ambiente natural o la habilidad de generaciones futuras para cubrir sus propias necesidades.----------

------En su virtud, resulta legítimo que el municipio local pueda *prever* –en tanto implica: Conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder (cfr. Diccionario Real Academia Española; 2da. acepción)– y *precaver* –en tanto significa: Prevenir un riesgo, daño o peligro, para guardarse de él y evitarlo (misma fuente)– y todo ello conforme los nuevos paradigmas ambientales surgidos a partir de la Constitución Nacional reformada (art. 41) y su consecuente Ley Nro. 25.675 antes citada, con más lo previsto por el constituyente provincial en el art. 109.----------

------Concluyo entonces que las resoluciones cuestionadas ostentan además la legitimidad que nuestro constituyente nacional y provincial pretendió al ponderar las previsiones a adoptar en resguardo de un medio ambiente sano.----------

------Sólo resta realizar el tercer test indicado, esto es: el control de razonabilidad. Tal razonabilidad se erige como una derivación del principio de legalidad, y en su función constituye una garantía sustancial del estado de derecho que, unida a la anterior, conforman la garantía fundamental de todo Estado de Derecho. En consecuencia, el respeto a los derechos individuales que caracteriza a aquel Estado de Derecho requiere de dos presupuestos o extremos, cuales son: el primero, vinculado con la existencia de normas que fijen un mínimo de protección a los derechos (garantía formal); y el segundo, referido a la

justicia del contenido de esas normas (garantía sustancial). Allí aparecen nítidas las garantías de legalidad y razonabilidad.----------

------Mas, existe acuerdo doctrinario y jurisprudencial suficiente en el sentido de otorgar a dicho control de razonabilidad un límite claro: en ese orden, está vedado a los jueces someter a su juicio la oportunidad, mérito, conveniencia, acierto o eficacia del criterio adoptado por el poder administrador, en tanto y cuanto no se encuentren afectados derechos sustanciales individuales y el acto de aquél se haya dictado conforme a derecho (v. Fallos 98:20; 147:402; 150:89; 160:247; 238:60; 247:121; 251:21; 275:218; 295:814; 301:341; 302;457; 303;1029; 308;2246; 314:424; 317:1541; 318;785; 320:1166; 323:2409; entre otros). Así, y advertida ya la legalidad y juridicidad formal de las resoluciones en cuestión, entiendo corresponde ponderar si en autos se han violentado derechos sustanciales individuales de la actora, atendiendo a su argumento de los eventuales derechos adquiridos que aquéllas normas individuales que pretende impugnar y que la afectarían.----------

------En orden al derecho de propiedad, no puedo obviar la breve y certera conceptualización político-constitucional que Joaquín V. González nos proveyera respecto de su significado. El autor citado afirmó: "*Hemos definido en parte la propiedad, como objeto y fin del trabajo del hombre y como atributo de la personalidad. Por consiguiente, ella es anterior a la Constitución, coexistente con la sociedad, y la Constitución no ha hecho más que reconocerla y, como al individuo mismo, rodearla de las más firmes garantías.*" (cfr. GONZÁLEZ, Joaquín V.; "*Manual de la Constitución Argentina*"; Ángel Estrada y Cía.; Buenos Aires; 1897; p. 130). Más modernamente y de modo más científico, se definió a la propiedad en su acepción constitucional como aquella que "*...abarca todos los derechos patrimoniales de una persona, sea ésta física o jurídica. La propiedad constitucional se refiere a todos los bienes, materiales o inmateriales que integran el patrimonio; esto es, todos los derechos susceptibles de apreciación económica y que no se confunden con la persona.*" (v.

LINARES QUINTANA, Segundo V.; "*Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*"; Plus Ultra; Buenos Aires; 1979; Tº 5; 2da. ed.; p. 30).----------

------A su turno, nuestro máximo tribunal federal, en el precedente "*Don Pedro Emilio Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital*" del año 1925 (CSJN; Fallos 145:327), concluyó que: "*El término 'propiedad' cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende, como lo ha dicho esta Corte, 'todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad'. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de 'propiedad'*".----------

------La misma idea fue reiterada por la Corte Suprema en ocasión de distintos precedentes posteriores (Fallos 268:112 [1967]; 285:89 [1973]; 295:973 [1976], entre tantos otros). Más recientemente, los ministros Lorenzetti y Zaffaroni han confirmado en la causa "*Rinaldi, Francisco Augusto c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y Otra*" que la definición de propiedad en clave constitucional dada por la Corte Suprema de Justicia en el caso "*Bourdieu*" es la que aún sigue sosteniendo el Máximo Tribunal (v. Fallos 330:855 del año 2007).------

------Relacionado con lo hasta aquí dicho, la propia Corte ha reconocido que: "*Si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido, aunque falte la declaración formal de una sentencia o de un acto administrativo, pues estos sólo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coactiva necesaria para que se haga efectivo. De no ser así,*

resultaría la inadmisible consecuencia de que la titularidad de un derecho individual vendría a depender de la voluntad discrecional del obligado renuente en satisfacer ese derecho." (v. Fallos 296:723 del año 1976 y en sentido similar: Fallos 304:871 [1982]; 306:2092 [1984]; 307:305 [1985]; 315: 2584 [1992]; 316:2090 [1993]; 317:1462 [1994]; 318:1700 [1995]; 319:1915 [1996]; 321:532 [1998]; 326:417 [2003], entre muchos otros).----------

------Es así que sometida la habilitación provisoria a la que accediera la actora al texto de leyes mencionadas al inicio, entiendo que la situación de la actora en orden a ella no reúne los estándares mencionados, toda vez que –a mi juicio– supone sólo un derecho en expectativa y no genera para el Municipio de Esquel la obligación de otorgársela definitivamente, pues debe verificar el cumplimiento de todos los extremos que hacen a ella.----------

------Entiendo que negarla ab initio hubiere significado un verdadero prejuicio, mas advirtiéndose que el objeto de la empresa solicitante continúa siendo una actividad vedada por la Ordenanza Municipal Nro. 33/03 y siendo la actividad por la que se pretende habilitar "*accesoria, complementaria o conexa*" de aquella actividad vedada (cfr. art. 166 bis del Código Tributario Municipal introducido mediante Ordenanza Municipal Nro. 228/12), la negativa a conceder habilitación definitiva aparece legítima, pese a la posterioridad de la última norma mencionada en orden a la solicitud de habilitación, pues dicha norma sólo positiviza el principio que el Estado, sea Nacional, Provincial o Municipal, no puede habilitar locales para administrar recursos y bienes que provengan de una actividad vedada o considerada ilícita en su jurisdicción. Sostener lo contrario, implicaría un peligroso precedente para la institucionalidad del Municipio, el que sólo realiza el deseo de la comunidad soberana expuesto en el Plebiscito del año 2003, y de actuar en sentido contrario, ello resultaría manifiestamente inmoral.----------

------Que en nada obsta al criterio así expuesto el contenido del dictamen no vinculante para esta judicatura, del servicio legal del Municipio demandado, referido por la actora a fs. 62 párr. 3ro.----------

------3. En virtud de lo manifestado, entendiendo legalmente legítimo, razonable y justo lo resuelto mediante la Resolución Nro. 1118/13, confirmada por su similar Nro. 1240/13, ambas emanadas del ejecutivo Municipal, advertido que en cumplimiento del mandato electoral de la mayoría sufragante y de la comunidad plebiscitaria no se han violentado derechos ni garantías constitucionalmente reconocidos a la actora, y no habiéndose opuesto ni contradicho la actora la circunstancia de su actividad principal (aunque desarrollada en otro municipio), la que se encuentra vedada en jurisdicción del municipio aquí demandado en función de las normas más arriba mencionadas, concluyo que la acción articulada no podrá prosperar en esta Sede, debiendo imponerse las costas a la actora vencida por imperio del principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCC), no advirtiendo motivos para apartarme de él y regularse los honorarios de los letrados actuantes en este proceso, en base a las disposiciones de los arts. 5, 6bis, 7, 8 y sgtes. y ccdtes. del Arancel). Así lo voto.----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------

------Por lo anteriormente expuesto propongo al Pleno: **1) RECHAZAR** la acción contencioso administrativa intentada por M. A. S.A. contra la Municipalidad de Esquel. **2) IMPONER** las costas a la actora vencida en autos (art. 69 CPCC). **3) REGULAR** los honorarios profesionales de la Dra. L. L. I. D. en la suma de $18.360 y los del Dr. J. H. W. en la de $15.300 (arts. 5, 6bis, 7, 8 de la Ley XIII N° 4 DJP), ambas sumas con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en el presente proceso. **4) TENER** presente la reserva del caso federal.------

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT dijo:----

------En atención a lo manifestado en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- RECHAZAR** la acción contencioso administrativa promovida por M. A. S.A. contra la Municipalidad de

Esquel; **II.- IMPONER** las costas a la actora vencida (art. 69 CPCC); y **III.- REGULAR** los honorarios profesionales de la Dra. L. D. en la suma de $18.360 y los del Dr. J. H. W. en la de $15.300, ambas sumas con más el IVA pertinente, si correspondiere, por su actuación en esta instancia (arts. 5, 6bis, 7, 8, sgtes. y ccdtes. de la Ley del Arancel). **IV.- TENER PRESENTE** la reserva del caso federal planteada.----------
---

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

----------S E N T E N C I A----------

------**Y VISTO:** Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***--

------**I.- RECHAZAR** la acción contencioso administrativa promovida por M. A. S.A. contra la MUNICIPALIDAD de ESQUEL.----------
---

------**II.- IMPONER** las costas a la actora vencida (art. 69 CPCC).-----

------**III.- REGULAR** los honorarios profesionales de la Dra. L. D. en la suma de $18.360 y los del Dr. J. H. W. en la de $15.300, ambas sumas con más el IVA pertinente, si correspondiere, por su actuación en esta instancia (arts. 5, 6bis, 7, 8, sgtes. y ccdtes. de la Ley del Arancel).----------

------**IV.- TENER PRESENTE** la reserva del caso federal planteada.--

------**V.- REGÍSTRESE** y notifíquese.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del DJP) y encontrarse en uso de licencia compensatoria el Dr. Claudio A. Petris..-

JORGE LUIS FRÜCHTENICHT GÜNTHER ENRIQUE FLASS

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIA DEFINITIVAS DEL AÑO 2014. CONSTE.