------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut a los 28 días del mes de junio del año dos mil veintidós, se reúnen en Acuerdo los integrantes de la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de Familia, Rural y de Minería del Excmo. Superior Tribunal de Justicia con la Presidencia del señor Ministro Ricardo Alberto Napolitani y con la asistencia del señor Ministro Mario Luis Vivas, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"M. A. S.A. c/ MUNICIPALIDAD de ESQUEL s/ Contencioso Administrativo (Expte. N° 23.525 – Año: 2014)"**. Teniendo en cuenta la integración dispuesta en la hoja 477, y el sorteo efectuado en la hoja 480 de conformidad a los Acuerdos Plenarios N° 4.949/20 y N° 5.053/21, correspondió el siguiente orden para la emisión de los respectivos votos: **Dres. Vivas, Panizzi y Napolitani**.--

------ Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es procedente el Recurso de Apelación? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------ **A la Primera Cuestión el Dr. Mario Luis Vivas dijo:** ----------

----- **I. <u>CUESTIONES PREVIAS</u>**.----------

------ En una primera oportunidad, vinieron estos autos por vía del Recurso de Apelación -art. 138° de la Ley XVI N° 46- que la parte actora articuló a fs. 238 (a tenor de la expresión de agravios que corre agregada a fs. 253/267 y vta.) contra la Sentencia Definitiva N° 35/2014 dictada por la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel (fs. 224/235 y vta.) y que fuera concedido de modo libre y con efecto suspensivo.----------

------ Recibida la causa en estos Estrados, este Superior Tribunal de Justicia rechazó la queja en base a los argumentos jurídicos que dan fundamento a la Sentencia Definitiva N° 07/SCA/16 que luce a fs. 295/314 y vta. Se alzó contra esa decisión M. A. Sociedad Anónima a tenor del escrito incorporado a fs. 317/362, siendo denegado ese recurso Extraordinario Federal por las razones dadas en la Sentencia Interlocutoria N° 85/SCA/16 (fs. 374/379).----------

------ En ese estado, interpuso la actora “Recurso de Queja por Recurso Extraordinario Denegado” por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fs. 390/440 y vta.). Radicados allí se corrió vista, en forma previa, a la señora Procuradora General que aconsejó fuera declarada la admisibilidad del referido remedio, se revocara la Sentencia en crisis y se devolvieran los autos al Tribunal de origen para el dictado de un nuevo fallo (fs. 445/448).----------

------ Fue así que, mediante el **Fallo: 344:1657** emitido el 1° de julio del año 2.021 -fs. 461/470 y vta.-, el Alto Tribunal de la Nación declaró, por mayoría, procedente el recurso extraordinario, dejó sin efecto la sentencia que lo había motivado y devolvió los autos a este Superior Tribunal para que dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo que expresó en sus Considerandos.----------

------ En particular, siguiendo los dichos de la Procuración General de la Nación, señaló que este Superior Tribunal de Justicia omitió considerar que la prohibición de la actividad minera establecida por la Ordenanza N° 33/03 tiene por finalidad la protección del medio ambiente, de los recursos naturales y de la salud humana en el ámbito territorial de la Municipalidad de Esquel, conforme surge del texto del art. 2°.----------

------ Destacó que tal circunstancia debió haber sido ponderada cuando se analizó si la habilitación comercial requerida lo era a los fines de realizar *“actividades accesorias, complementarias o conexas”* a otras prohibidas por la Ordenanza N° 228/12. Pues, enfatizó que la remisión genérica de la norma *“a actividades que se encuentren prohibidas o de cualquier forma no permitidas por la legislación municipal…”*exigía que se aplicara una disposición complementaria para posibilitar una interpretación armónica y razonable del ordenamiento público.----------

------ En ese sentido, consideró que se omitió explicar de qué modo la instalación de una oficina comercial en la localidad de Esquel podría afectar los bienes jurídicamente tutelados por aquella, para juzgar mediante afirmaciones

dogmáticas, que había *accesoriedad* entre la habilitación comercial pretendida y la actividad minera que la accionante desarrolla en una localidad vecina. Y opinó: "*...nada dijo el Tribunal a-quo acerca de la necesaria idoneidad que debía reunir la denegación de la habilitación comercial para lograr la finalidad perseguida por el ordenamiento municipal de proteger el medio ambiente, los recursos naturales y la salud humana en su ámbito territorial y, en consecuencia, respetar el principio de razonabilidad que debe regir la actividad de la administración…"* (4to. Considerando).----------

------ Sobre esta base, el Voto mayoritario pronunció -en el 6to. Considerando- que la sentencia recurrida no constituía una derivación razonada del derecho vigente con referencia a las circunstancias de la causa al no brindar adecuada respuesta a los argumentos formulados por la recurrente. En consecuencia, sostuvo que era procedente la descalificación del fallo como acto jurisdiccional con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad; ordenándose la remisión a este Tribunal de origen para que se dicte un nuevo fallo.----------

------ Por otra parte, resta sintetizar la opinión de los Magistrados que conformaron la minoría.----------

------ Dígase que luego de describir los agravios expuestos por la quejosa y narrar en extenso los argumentos de los Ministros de este Cuerpo a partir de los cuales, fundamentalmente, se justificó dónde radicaba la *conexidad* o *accesoriedad* entre la actividad principal y la que se desarrollaría en Esquel. Como así también, en cuanto a la imposibilidad -remarcada por la Sentencia en crisis- de escindir la vinculación directa e inmediata entre el objeto productivo de la Sociedad apelante y su faz administrativa; recordaron que las cuestiones que guardan relación con el derecho público local, o con la interpretación de aspectos de hecho y prueba son propias de los jueces de la causa y ajenas a la instancia del art. 14° de la Ley N° 48.----------

------ A ello agregaron, en el apartado final del 7° Considerando que, en respeto al régimen federal de gobierno y al ejercicio pleno de la zona de reserva

jurisdiccional de las provincias, desde que la sentencia se funda en argumentos no federales que son suficientes para sustentarla y, concluyeron, al no haber sido acreditado en el recurso la necesaria descalificación de la Sentencia como acto jurisdiccional válido; el recurso debe ser desestimado.----------

------ **II. *<u>ANTECEDENTES del RECURSO de APELACIÓN.</u>***----------

------ **a. <u>La demanda y la contestación.</u>**----------

------ "M. A. S.A." dedujo la presente acción contencioso administrativa persiguiendo la declaración de nulidad de las Resoluciones N° 1118 y 1240, ambas del año 2013 y de la Municipalidad de la ciudad de Esquel.----------

------ En relación con la primera, fundó el planteo de nulidad en la violación del principio de razonabilidad; considerándola arbitraria porque, según alegó, obedecía al *"voluntarismo del funcionario"* al apartarse del contexto fáctico y fundándose únicamente la Ordenanza N° 228/12, por la que se agregó el art. 166° bis al Código Tributario Municipal. Según arguyó ello vulneraba los arts. 14°, 17°, 28°, 31° y 75° inc. 12) de la Constitución Nacional; toda vez que, según acusó, no se mencionaba cuáles eran las actividades que, supuestamente, ella realizaba o desarrollaba y estaban prohibidas o no permitidas por la legislación vigente.----------

------ Se alzó también contra la legalidad de la Resolución N° 1240/2013 que había desestimado los recursos en sede administrativa contra la decisión anterior al considerarla inmotivada. Según adujo, no contenía presupuesto o razón que hubiese dado sustento a su dictado carente de fundamentación fáctica y jurídica.----------

------ Mencionó que la obtención de la Licencia Comercial 5062 otorgada por la Municipalidad de Esquel importaba derechos adquiridos, que no podían ser desbaratados por el dictado de las Resoluciones cuya nulidad pretende. Según censuró esas prescinden de sujeción a la ley y contienen un razonamiento falso.

Reiteró que se fundaban solo en la voluntad o veleidad personal del emisor para justificar el vicio de *"desviación de poder"*, en el que habrían incurrido los funcionarios municipales intervinientes que -según aludió- no habían expuesto fundamentos serios ni explicado adecuadamente los motivos concretos de esas decisiones. Completó su queja haciendo referencia a las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.----------

------ Expuso, en el apartado V., lo atinente a la "Inaplicabilidad de la Ordenanza N° 33/03" que, al no haber sido mencionada en los actos administrativos cuestionados, dificultó el ejercicio de su defensa. Aclaró haber solicitado que se le otorgara el certificado de habilitación comercial definitiva y describió su actividad, para argumentar -en base a ello- que no era titular de ningún emprendimiento minero dentro del ejido municipal de Esquel.----------

------ Subsidiariamente, planteó la inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 33/03 que fija esa "prohibición" porque, según desarrolló, vulneraba los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y Provincial, tales como: a ejercer industria lícita y a trabajar; restricciones a derechos y garantías; supremacía constitucional; exceso normativo y de razonabilidad.----

------ Añadió que, la Municipalidad de Esquel al venir a juicio, había controvertido la realidad fáctica descripta por la accionante. Subrayó, fundamentalmente, que la habilitación comercial mencionada había sido otorgada "provisoriamente" y por el término de un año. Especificó que para esa data, se había efectuado una nueva inspección en la que se había constatado la falta de ciertos recaudos por lo que se le concedió un plazo hasta el día 13 de mayo de 2.013 para cumplimentarlos. Destacó que, en ese ínterin, se dictó la Resolución N° 1118/13 para responderle acerca del pedido de habilitación comercial definitiva con fundamento en la Ordenanza N° 228/12, por la cual se prohibió el otorgamiento de permisos para el ejercicio de actividades accesorias, conexas o complementarias de actividades prohibidas o de cualquier forma no permitidas.----------

------ Por tal motivo, recordó haber cuestionado esa decisión y que el Ejecutivo Municipal con fundamento en la necesidad de apegarse a esa legislación local hizo alusión al ejercicio del "poder de policía" y a su reglamentación. Recordó que las autoridades administrativas aclaraban que, en relación con esa, podían ser limitados ciertos derechos individuales en beneficio de la comunidad.------

------ **b. <u>La Sentencia de la Cámara de Apelaciones de Esquel.</u>**----------

------ Los señores Jueces de Cámara, en voto individual y fundado, ciñeron la pretensión de la accionante al estudio y resolución de los siguientes postulados, a saber: 1) falta de motivación suficiente porque los actos atacados no especifican cuáles serían las actividades prohibidas que desarrollaría quien acciona, que a la par alega no ser titular de ningún emprendimiento minero en Esquel; 2) violación de derechos adquiridos y aplicación retroactiva de la ley, esgrimiendo haber cumplido todos los requisitos para obtener la habilitación comercial antes de la sanción de la Ordenanza N° 228/12; 3) la inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 33/03 porque vulnera su derecho a ejercer industria lícita y el derecho de propiedad. Para ello, sostuvo que el municipio invadió atribuciones propias del Congreso Nacional, transgrediendo los arts. 10° y 102° de la Constitución Provincial.----------

------ En resumen, el Primer Votante señaló que como el acto administrativo atacado refería a la pretendida habilitación comercial su fundamentación debía aludir al cumplimiento o no de las normas necesarias para concederla; por ello, juzgó suficiente que se hubiera invocado en ese la norma impeditiva. Remarcó que, aunque no estuviera expresado, la *actividad conexa* prohibida era la explotación minera contenida en el estatuto de la sociedad actora.----------

------ Mencionó las normas locales y destacó la claridad de su texto. Sobre esa base, indicó que ambas corresponden a la rama del Derecho Ambiental y desestimó el agravio de la recurrente que hizo referencia a la falta de actividad de su industria en ese momento. Precisó el Sentenciante que el principio preventivo consagrado por aquella tornaba innecesario que la actividad

prohibida estuviera desarrollándose, tampoco requería la existencia de certeza científica de que pueda dañarse el ambiente. Basta -completó el Magistrado- la mera posibilidad que ello ocurra.----------

------ Argumentó, con mención de la prueba documental que, a tenor del Estatuto, la principal actividad de la accionante estaba en franca contradicción con lo establecido en el art. 5° de la Ordenanza N° 33/03.----------

------ Concordó el Sentenciante que se pronunció en segundo lugar, en cuanto a la legalidad de las resoluciones impugnadas, juzgó que aparecían ajustadas a derecho de acuerdo -dijo- a los arts. 1° de la Ordenanza N° 33/03 y *166° bis* del Código Tributario Municipal, precepto que fue agregado en ese por la Ordenanza N° 228/12.----------

------ Luego de referir a conceptos tales como sustentabilidad, control de contaminación, degradación del paisaje y al modo en que su explotación afecta a los recursos o a la calidad de vida de los vecinos; advirtió que es legítimo que el municipio pueda prever o precaver todo riesgo, daño o peligro; al amparo de los nuevos paradigmas ambientales.----------

------ Sobre tales argumentos efectuó lo que dio en llamar un *test de razonabilidad* de las decisiones administrativas cuestionadas y, luego de transcribir fundamentos doctrinarios y precedentes jurisprudenciales, lo desestimó. Añadió que la accionante tenía una habilitación provisoria que supone un derecho en expectativa y que no generaba para el Municipio de Esquel la posibilidad de tornarla en definitiva.----------

------ **c. <u>Del Recurso de Apelación y Nulidad</u>**:----------

------ El apoderado de la accionante acusó por ante este Cuerpo que el pronunciamiento de grado había vulnerado los derechos de propiedad, de defensa en juicio, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. Además, el

principio de razonabilidad y el de igualdad ante la ley. Desarrolló, a continuación, ocho agravios.----------

------ Controvirtió la legalidad de la decisión administrativa confirmada por la Cámara de Apelaciones e insistió en que su nulidad radicaba en la falta de motivación; pues, según enfatizó, la cita de la normativa aplicable era insuficiente para tener por cumplido ese recaudo.----------

------ Insistió en que se había inobservado lo normado en la Ordenanza N° 228/12 y que el *a-quo* no había considerado que, según alegaba, no desarrollaba ninguna actividad prohibida en el ejido municipal de Esquel. Además, subrayó que no era titular de ningún permiso de explotación, entonces -completó- mal podría efectuar tareas con sustancias tóxicas, ni actividades accesorias, conexas o complementarias de una principal prohibida por la ley, todo lo que vulnera el derecho a ejercer una industria lícita (art. 14° CN).----------

------ Sostuvo que son inaplicables al caso los principios preventivos y precautorios típicos del derecho ambiental, toda vez que -remarcó- no advierte de qué manera podría afectarlos su pretensión de instalar una oficina comercial y administrativa. Aseveró que la sentencia en crisis contiene una *"lectura deformada"* de esos principios, y opinó que se arribaba a una conclusión equivocada, a partir de un razonamiento circular que tergiversaba lo planteado, incurriendo en una *falacia*.----------

------ Indicó que la habilitación de una oficina comercial de ninguna manera constituía una actividad accesoria de otra prohibida. Definió los vocablos "*accesorio", "conexo"* y *"complementarios"* y reiteró que no había relación con lo regulado en la Ordenanza N° 33/03.----------

------ Adujo que el fallo cuestionado planteaba un "*falso dilema de protección ambiental o desarrollo"*, haciendo colisionar el derecho a trabajar y ejercer una industria lícita con la normativa a un ambiente sano y sustentable. Con mención de los principios de la Ley General de Ambiente esgrimió que las limitaciones

previstas en las Ordenanzas N° 33/03 y 228/12 resultaban excesivas porque no se adecuaban a los principios de política ambiental mencionados.----------

------ Refiriéndose a la afectación del principio de seguridad jurídica y de confianza legítima, censuró la postura del *a-quo* que consideraba a la habilitación provisoria que le había sido dada por la autoridad local como un derecho en expectativa, que no generaba la obligación municipal de otorgar la autorización definitiva. Enfatizó que la conducta administrativa consistente en la concesión de la licencia comercial y el posterior desconocimiento de su otorgamiento, debía ser encuadrada dentro de la teoría de los actos propios.----

------ Remarcó que el pronunciamiento impugnado denotaba un "*profundo preconcepto ideológico"* sobre la actividad anti minera. Creando -mencionó- una nueva categoría legal al entender que toda actividad minera es sospechosa de contaminar el ambiente y perjudicar al pueblo.----------

------ Finalmente, acusó la violación del principio *"in dubio pro actione"* ya que -según dijo- fue desconocido por la Cámara de Apelaciones de Esquel que había omitido interpretar que, en caso de duda, debía estarse a favor de la accionante.----------

------ Por su parte, corrido el traslado de rigor, la Municipalidad de Esquel se presentó y contestó los agravios a tenor del escrito agregado a fs. 272/279.-----

------ **d. <u>Sentencia Definitiva N° 07/SCA/16.</u>**----------

------ Recibida la causa en esta sede y, luego de la debida intervención del señor Procurador General (fs. 285/286), este Cuerpo se avocó al examen del Recurso de Apelación. Escrito que sorteó el estándar mínimo de suficiencia y habilitó el ingreso al estudio de los fundamentos de aquel.----------

------ No obstante ello y sin perjuicio de su extensión, se advirtió que algunos agravios no alcanzaban a constituir una crítica concreta y razonada de las partes

de la Sentencia de Grado que la quejosa consideraba equivocadas. Por ello, se precisó que solo había superado ese umbral procesal el cuarto agravio, indicándose: "*... la habilitación de una oficina comercial no constituye una actividad accesoria de una actividad prohibida…"*. De todos modos, al fundarlo, también se subrayó que Minas había abordado algunos aspectos mencionados en los demás.----------

------ Dicho ello, véase que la cuestión medular del fallo en crisis transitó la temática relativa a las reglas interpretativas en materia ambiental, delineó el "*modelo federal*" adoptado en nuestra Constitución Nacional y, con citas normativas y doctrinarias se mencionó que, a partir de la reforma del año 1.994, a la "*dualidad de poderes*" se añadió una tercera referida a *la autonomía municipal*.----------

------ Al amparo de esas consideraciones, se destacó que la Municipalidad de Esquel sancionó una Ordenanza, objeto de cuestionamiento por parte de la accionante, encaminada a regular las habilitaciones comerciales que otorgaría en su ejido a partir de las actividades desarrolladas por la persona física o jurídica. En ese marco, se remarcó que *"…el legislador local había considerado que las actividades complementarias o conexas de actividades prohibidas no serían permitidas en el Municipio…"*. Razonándose que la objeción constitucional esgrimida por la apelante en contra de esa denegatoria no sería atendida por la claridad normativa (Ap. 8. - Voto Dr. Pfleger).---------

------ Seguidamente, se explicaba de qué manera operaba la revocación en relación con la data de expiración del permiso provisorio y la sanción de la Ordenanza N° 228/12, modificatoria del "Código Tributario sobre habilitaciones Comerciales de Actividades No Permitidas". Entonces, se subrayó, en ese ínterin la normativa aplicable sufrió modificaciones.----------

------ En relación con el agravio relativo a la imposibilidad de escindir la vinculación del objeto productivo de la Sociedad Anónima con su faz administrativa, expuesto por los Sentenciantes de grado, se compartió el

argumento y se juzgó: *"... resulta claro que una oficina del talante de la que se pretende es, por decirlo, la usina de decisiones o el cerebro de todo emprendimiento productivo ...cuya actividad según el Estatuto Societario se encuentra prohibida por la legislación comunal ...se dedica a la explotación y extracción de minerales ...si el legislador se pronunció en contra del desarrollo de este tipo de actividad, no sería sensato revertir el razonamiento del a-quo relativo a la accesoriedad de las tareas que M. A. SA puede desarrollar dentro de su ejido..."* (Ap. 9 - 2do. párrafo, voto Dr. Pfleger).----------

------ Por su parte, el segundo Votante, manifestó que el escrito recursivo contenía un prolongado discurso sin la correspondiente justificación jurídica, concreta y suficiente, como para conmover la decisión del Tribunal *a-quo*. A más, se observó que la Sociedad Anónima impugnante reeditaba las argumentaciones contenidas en la demanda sin haberse hecho cargo de descalificar el criterio de aquel, habiendo omitido individualizar dónde fincaba el agravio que endilgaba al fallo.----------

------ Evaluada la crítica de la quejosa, advirtió que sostendría lo resuelto por la Cámara de Apelaciones de Esquel. En resumen, por la siguiente razón: "*…encontrándose vedada dentro del ejido municipal la actividad principal de la Sociedad y siendo imposible otorgar una habilitación comercial en los términos del art. 166° bis de la Ord. N° 228/12, no he podido establecer al amparo de los elementos que surgen incontrastables del expediente, qué podría hacer M. A. S.A. en la oficina de Esquel, sin que hubiese entre esa acción y la actividad principal -que recuerdo está vedada- una interna relación económica …integrante de un mismo emprendimiento societario. ...si la empresa se dedica a la exploración y/o explotación de minerales…de qué modo es posible desvincular o considerar que no es extensión de aquella la operatoria para la cual requiere una sede en Esquel…"* (Punto b. -4to. párrafo Voto Rebagliati Russell).----------

------ A continuación reiteró que la apelante no había expuesto cuál era la actividad que estaba en condiciones de desarrollar en esa, tampoco había

demostrado que no era a los fines de aprovechar la actividad principal. Por tal motivo, juzgó que la quejosa no había logrado probar la arbitrariedad achacada a los actos administrativos ni cuál era el yerro que, a su criterio, contenía la interpretación que, de la legislación aplicable, había realizado el *aquo*.----------

------ En mérito de tales razones, este Superior Tribunal de Justicia de Chubut rechazó el recurso de apelación intentado por M. A. S.A. contra la sentencia N° 35/14 de la Cámara de Apelaciones de Esquel.----------

------ **III. ANÁLISIS:**----------

------ **1. El reenvío.**----------

------ Tal como expuse en la relación de causa, llegan estos autos a conocimiento de este Superior Tribunal en razón de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 01 de julio de 2021 [CSJ 001509/2016/RH01 Fallos: 344:1657) que, por voto de la mayoría de sus Miembros, hizo lugar a la queja extraordinaria federal deducida por la actora con sustento en el art. 14° de la Constitución Nacional.----------

------ Dicho pronunciamiento declaró procedente aquella, dejó sin efecto la sentencia de este Cuerpo y ordenó su reenvío en los términos y de conformidad con lo expresado en el 6° Considerando. A tenor del cual, este Cuerpo habrá de reexaminar el recurso de apelación que M. A. S.A. (en adelante M.) dedujo contra el fallo de la Cámara de Apelaciones de Esquel que desestimó el acuse de nulidad deducido contra las Resoluciones N° 1118/13 y 1240/13 del Departamento Ejecutivo Municipal y, subsidiariamente, la alegada inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 33/03.----------

------ **2.- Objeto del examen.**----------

------ Siendo ello así, a fin de satisfacer tal requerimiento, analizaré los fundamentos expuestos en la expresión de agravios que corre acordelada a fs. 253/267 vta. con la cual M. fundó dicho cuestionamiento del que hizo mérito,

con otra integración, este Superior Tribunal de Justicia en la Sentencia Definitiva N° 07/SCA/16.----------

------ Dejaré sentado desde el inicio dos cuestiones.----------

------ Por una parte, que no voy a reeditar ahora los extremos de los antecedentes del caso porque fueron descriptos, pormenorizadamente, en los párrafos anteriores. Entonces, en virtud de la amplitud del detalle los daré por reproducidos aquí en honor a la siempre deseable brevedad y a fin de evitar una reseña que sería reiterativa a más de tediosa.----------

------ Y, por la otra, que la evaluación de la queja será abordada siguiendo el criterio aceptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforme el cual los jueces no estamos obligados a ponderar una por una, y exhaustivamente, todas las cuestiones expuestas ni a analizar cada argumento utilizado que no sean, a nuestro juicio, decisivos en relación con el punto constitucional que convoca (*Fallos*: 276:132; 294:427; 308:2263; 329:1951).--

------ **3. La apelación de M.**----------

------ Dicho ello, un estudio exhaustivo de los fundamentos en los que subdividió la recurrente su ataque contra el referido pronunciamiento en crisis, me permiten aseverar que pese al arduo esfuerzo para proyectar con certeza tal embate, la mayoría de los argumentos en los que se sustentan los agravios no poseen entidad suficiente para dar por tierra tanto el tratamiento como la solidez del razonamiento lógico-jurídico que denota la Sentencia de Grado. En síntesis, no logran sortear airosamente el deber de cumplimentar los recaudos legales exigidos, pues evidencian la mera discrepancia con lo resuelto en aquella.------

------ Sin embargo, tal como se hizo en la ocasión anterior, someteré a evaluación la queja alcanzó ese estándar exigido por el ordenamiento adjetivo y dio lugar a la sentencia de que Cuerpo emitió con otros integrantes.----------

------ En ese sentido, observo, tal como lo hicieron oportunamente mis Colegas esta Alzada debe merituar el cuestionamiento de M. por el cual se ataca lo juzgado por el *a-quo* que ratificó la negativa municipal de habilitarle una oficina comercial en la ciudad de Esquel porque la actividad que desarrollaría importaba una *accesoria* de otra *prohibida*.----------

------ Para expedirse de manera favorable acerca de la legalidad del obrar estatal, el Sentenciante que se pronunció en primer lugar, analizó los preceptos Constitucionales -nacionales y locales- ya individualizados y, aludiendo a la Ley General de Ambiente, recordó el derecho subjetivo que posee todo habitante de Chubut a gozar de un ambiente sano, equilibrado y libre de deterioro. Concordando ello con el art. 233° de la Constitución Provincial -que fija las competencias municipales- trajo a colación las atribuciones a ellas asignadas por la Ley XVI N° 46 y resolvió: *"...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* (esa)*..."* (fs. 229 vta.). Así, desestimó el planteo de inconstitucionalidad esgrimido por M. contra la Ordenanza N° 33/03.----------

------ En idéntico sentido, el segundo Sentenciante, destacó que las resoluciones impugnadas resultaban ajustadas a derecho pues tanto el objeto social de la accionante como la actividad principal que sustentó su conformación estaban prohibidas en la ciudad de Esquel. En base a un test de *razonabilidad* descartó la afectación de los derechos adquiridos alegados por aquella. Recordó que la habilitación comercial a la que había accedido era provisoria e importaba un derecho en expectativa. Razonó que ello no generaba para el municipio demandando la obligación de otorgarla de manera definitiva.----------

------ Entonces, en virtud del reenvío que genera este nuevo pronunciamiento habré de evaluar si le asiste razón en derecho a M. cuando se alza contra la Sentencia Definitiva N° 35/14 acusándola de arbitraria en tanto vulnera los derechos, principios y garantías constitucionales ya descriptos. Y, como consecuencia de ello que las Resoluciones N° 118 y 1240 ambas del 2.013

dictadas por el Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de Esquel devienen nulas y así debe ser declarado por esta jurisdicción. Con fundamento en que carece de motivación y solo responde al *"voluntarismo del funcionario"* emisor que -siguiendo su razonamiento- se habría apartado del contexto fáctico y la habría fundado únicamente en la Ordenanza N° 228/12.----------

------ Completa su queja, insistiendo en que la actuación administrativa violentó lo establecido en los arts. 14°, 17°, 28°, 31° y 75° inc. 12) de la Constitución Nacional al no mencionar cuáles eran las actividades que supuestamente realizaba o desarrollaba y se encontraban prohibidas o no permitidas por la legislación vigente. Finalmente, en relación con la Resolución N° 1240/13 -que rechazó los recursos administrativos contra la decisión anterior- enfatizó que es inmotivada pues no describe una fundamentación fáctica y jurídica, ni motivos que le proporcionen sustento a su dictado.----------

------ Tales los extremos de la apelación que serán atendidos.----------

------ **4.- Las normas aplicables.**----------

------ Ahora bien, para discernir una solución que de finiquito al presente y se ajuste al mandato del Alto Tribunal de la Nación, no puedo prescindir de la normativa vigente y aplicable al caso, que transcribiré a continuación. No sin antes mencionar que la potestad municipal de legislar en materia de recursos naturales y medio ambiente conforme fuera analizada no ha merecido crítica y, en consecuencia, arriba a este estadio procesal exenta de cuestionamientos. Ergo, dicha legislación es la que proporcionará sustento a la decisión que propicie.----------

------ **4.1.** Haciendo un poco de historia, diré que el 02 de abril de 2003 el Honorable Concejo Deliberante de Esquel sancionó la **Ordenanza N° 033/03** por la cual declaró ***"…no tóxico y ambientalmente sustentable…"*** (art.1°) al municipio de esa ciudad; originándose de ese modo la reglamentación que fija

qué actividades se encuentran habilitadas para funcionar o no y el modo en que deben hacerlo.----------

------ También en esa, los legisladores locales decidieron: "*...prohíbanse 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…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…"* (art. 2°).----------

------ En concordancia con ello, el 23 de noviembre del año 2.012 ese Cuerpo Legisferante dictó la **Ordenanza N° 228/12** que modificó el Código Tributario Municipal (Ord. N° 194/10 - N° 176/11) incorporándole el *art. 166° "bis"* que prevé "***…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."*** ----------

------ Véase que, de ese modo, los señores Concejales imponen cuáles son los recaudos que deben ser cumplidos para solicitar una habilitación comercial, previo al inicio de una actividad, por ante el Departamento Ejecutivo Municipal.----------

------ Conforme puede leerse en la motivación de dicho acto que, como la legislación local no se hacía expresa referencia *"...a la posibilidad de habilitar comercialmente a personas físicas o jurídicas que tengan como actividad principal o accesoria dentro de su objeto social, actividades prohibidas en el ejido municipal…"*. Y, dada la existencia de **"actividades vedadas"** por diversas normas, era imprescindible establecer que *"...tampoco pueden admitirse aquellas actividades que resulten complementarias, accesorias o conexas de las que no están permitidas, habida cuenta que* ***si la prohibición se***

<u>funda en el carácter perjudicial, nocivo o inmoral</u>*…tampoco pueden tolerarse aquellas que le sirvan de complemento o apoyo…"* (Conc.: 2°, 3° y 4° Considerando) (el destacado lo agrego y volveré sobre ello más adelante).-----

------ **4.2.** Previo a continuar, insisto en dejar sentado que la Corte Suprema de Justicia de la Nación al atender y tratar el recurso extraordinario de M. no efectuó disquisiciones ni puso en duda la constitucionalidad de las normas extensamente glosadas.----------

------ En cambio, y conforme se resolviera en el voto mayoritario, reprochó a la Sentencia N° 07/SCA/16 de este Superior Tribunal la omisión de *"…toda explicación acerca del modo en que la instalación de una oficina comercial… podía afectar los bienes tutelados por la norma a la que remite la Ordenanza 228/2012* (pues) *se limitó a concluir,…*(con)… *afirmaciones dogmáticas que existe accesoriedad entre la habilitación comercial pretendida por la actora y la actividad minera que esta desarrolla en una localidad vecina…"*.----------
------ Razón por la cual, una primera conclusión se impone.----------
------ Esto es el pronunciamiento que adopte para finiquitar el caso deberá, necesariamente, subsumirse en dicho plexo normativo porque es el que rige la cuestión y se encuentra vigente. Recuérdese que ya había sorteado el planteo de inconstitucionalidad que de manera subsidiaria dedujo M. en Primera Instancia y, rechazado que fuera por esa, tal criterio se confirmó por este Superior Tribunal en grado de Alzada. Sin que dicha cuestión hubiera merecido análisis ni pronunciamiento en contrario por ante el Alto Tribunal de la Nación, su vigencia e interpretación ha quedado incólume.----------

------ **5. Los actos administrativos – El acuse de nulidad:**----------

------ Dicho ello, me introduzco en el estudio de los actos administrativos cuya legitimación si bien fue ratificada por la Cámara de Apelaciones de Esquel, no se encuentra firme como consecuencia del reenvío dispuesto. Por tal motivo, habré de hacer mérito nuevamente acerca de la aptitud y suficiencia de los argumentos contenidos en la apelación instada por M. contra las Resoluciones

comentadas; dando por reproducido aquí el relato de los agravios que hice en el apartado 3).----------

------ Para ello, recordaré el inveterado criterio de este Superior Tribunal conforme el cual para que una acción contencioso administrativa -como la que dio inicio a esta causa- prospere, es necesario que, quien se considera agraviado, inste la impugnación del acto administrativo, basada en la presunción de legitimidad que accede necesariamente a éstos, y fundamentalmente por el respeto al principio republicano de la división de poderes, en tanto, de no darse tal acuse de nulidad, la judicatura se encuentra vedada de disponerla *ex officio* (Conf. SD N° 13/90, 10/91, 9, 37 y 38/93, 4, 5, 7, 26, 38/94, 20, 22, la ya citada 23/95, 6/SCA/97 y 16/SCA/06).----------

------ Siguiendo esa doctrina, en la Sentencia Definitiva N° 128/SCA/16 completé que "…esta presunción de legitimidad ... es considerada relativa, provisional, transitoria, calificada como presunción *iuris tantum*, que puede ser desvirtuada por el interesado en la medida que demuestre que el acto controvierte el orden jurídico, es decir, en tanto pueda el particular acreditar que el acto tiene alguna ilegitimidad; pues aún cuando el impugnante considere manifiesto y gravísimo el vicio y diga que origina la nulidad del acto, éste no puede cesar por eso automática e instantáneamente los efectos que produce. ...En virtud de la presunción mencionada, la principal carga que pesa sobre quien promueve una acción contencioso administrativa es la demostración de la ilegitimidad del acto que lo agravia; es obligación del recurrente incoar una impugnación concreta, metódica y razonada de los argumentos que sustentan la decisión que se cuestiona; su omisión no se salva con la remisión a piezas obrantes en el expediente agregado a la causa y la consecuencia de este déficit es que los fundamentos esenciales de aquélla adquieran firmeza...".----------

------ Entonces, si lo que se pretende es que el Poder Judicial ejerza el control de legalidad sobre las resoluciones municipales que denegaron la habilitación comercial solicitada por la Sociedad Anónima, ésta debió -necesariamente-

haber descripto y probado cuáles eran los supuestos vicios que, siguiendo su criterio, portaban los elementos de esas.----------

------ Sin embargo, el cuestionamiento de las decisiones administrativas conforme ha sido descripto extensamente no siguió tal lineamiento. Antes bien, la quejosa ensaya un ataque genérico con un sustento limitado a la tacha de arbitrariedad que endilga a la negativa estatal. Y, de esa manera, omite fatalmente hacerse cargo de su principal obligación en este tipo de juicios, como lo es platear y fundar cuáles serían -conforme su criterio- los supuestos vicios que afectarían la legitimidad de las decisiones del Departamento Ejecutivo Municipal. Su inobservancia, no puede suplirse y torna insuficiente alegar, en forma meramente declamativa, que la nulidad finca en que habrían sido emitidas sin sustento alguno, por *la simple voluntad de los funcionarios* generando ello un *desvío de poder*. De ser así, implicaría tener como cierto que la decisión tomada por el señor Intendente municipal fue adoptada de manera antojadiza o basada solo en el capricho del emitente. Tampoco ha sido demostrado en el *sub-judice*, como viene a plantearlo la apelante, que las Resoluciones opugnadas sean demostrativas o evidencien un apartamiento de las circunstancias de hecho ni que sin sustento lógico jurídico adecuado hubieran afectado su derecho de propiedad y el de desarrollar una industria lícita.----------

------ Adelanto desde el vamos que ese razonamiento no se encuentra reflejado en las constancias documentales traídas a juicio. Las cuales, no está demás destacarlo, se integran por las que acompañó M. al demandar (fs. 4/57) y que se completan, posteriormente, con las que agregó la Municipalidad accionada (fs. 124/204) a pedido del *a-quo* mediante el Oficio respectivo. Finiquitando esta descripción advierto que se trata de una serie de copias de las actuaciones administrativas que no respetan el formato típico de un expediente como los que habitualmente se generan en aquella Sede. Además, posteriormente, a instancia de M., la causa fue declarada de puro derecho.----------

------ En resumen, según expuse, carente de elementos probatorios que brinden apoyo a los dichos de M., insisto, el ataque contra lo decidido por el DEM no puede prosperar. Consideración que se sustenta en una atenta y pormenorizada lectura de los actos administrativos que me ha permitido avizorar, sin más, las razones legales y administrativas que le dan sustento y aventar la crítica infundada que se evalúa.----------

------ **5.1.** Por ejemplo, véase que los Considerandos de la Resolución N° 1118/13 luego de referirse a la ya descripta Ordenanza N° 228/12; recuerda que el Honorable Concejo Deliberante de la ciudad de Esquel había sido autorizado (Decreto N° 16/12) para efectuar consultas técnicas y legales, en relación con las consecuencias que podrían ocasionar la modificación de las habilitaciones comerciales provisorias ya existentes y que tuvieran las actividades prohibidas descriptas en aquella Ordenanza. Seguidamente, y con despacho favorable, resolvió incorporar al texto del Código Tributario el art. 166° bis ya glosado. Entonces, con mención de las atribuciones que la Ley de Corporaciones Municipales otorga al Departamento Ejecutivo Municipal, el séptimo Considerando recordó: *"…el art. 75° inciso 2) (…) establece como deber* (de ese) *dar cumplimiento a todas las Ordenanzas (…) y adoptar las medidas preventivas para evitar el incumplimiento y las medidas necesarias para hacer efectivos los fines del Municipio…"*.----------

------ Fue al amparo de tales fundamentos que, el señor Intendente municipal, en el artículo 1° resolvió: "*…no hacer lugar a la solicitud… presentada por el…vicepresidente de M. A. S.A., en virtud de lo establecido mediante la Ordenanza N° 228/12…".*----------

------ **5.2.** Atacada esa decisión por la Sociedad, el 28 de mayo de 2013 fue rechazado el recurso de nulidad y reconsideración instado. En esta oportunidad, el titular del ejecutivo habiendo efectuado un relato de los antecedentes de hecho que habían dado lugar a la emisión de la resolución cuestionada, fundó *"… corresponde que el Departamento Ejecutivo Municipal integre de manera coherente el mandato estricto del Legislador, que ha plasmado en Derecho*

Positivo la voluntad inequívoca de prohibir el otorgamiento de habilitaciones comerciales para el ejercicio de actividades accesorias, complementarias o conexas de actividades que se encuentran prohibidas o de cualquier forma no permitidas por la Legislación Municipal"; "...no siendo facultad del Departamento Ejecutivo legislar en tal materia, decir por vía de interpretación extensiva considerar supuestos que violenten el sentido de la norma ...resultan un mandato de inequívoca claridad..." (7mo. y 8vo. Considerando).----------

------ Sumado a ello, y en respuesta al argumento específico relativo al dictamen del asesor legal dependiente de la autoridad comunal que opinaba la carencia de afectación de las tareas administrativas a la prohibición de la legislación ya comentada se remarcó que dicho dictamen no resultaba vinculante con la decisión a adoptar.----------

------ Todos y cada uno de los motivos narrados en ambas resoluciones, determinan la necesidad de que recuerde, tal como sostuve en mi voto en la S.D. N° 109/SCA/17 que "... no corresponde al juez sustituir (…) sino sólo controlar que el criterio adoptado por la Administración tenga su propio consenso y sustentabilidad en el marco de la juridicidad. Ello quiere decir que no se puede imponer un punto de vista distinto acerca de lo que es más razonable, sino sólo verificar si el *iter lógico* y la ponderación ya efectuada por la Administración se ajusta a pautas objetivas aceptables, aun cuando fueren opinables." (Domingo Sesin. "El Juez sólo controla. No sustituye ni administra. Confines del derecho y la política", La Ley2003-E, 1264).----------

------ Pronunciamiento, en el que además previne que la *presunción de legitimidad* a la cual referí en párrafos anteriores, puede estar configurada por lo que ha dado en llamarse "***motivación in aliunde***". Es decir, "...esa expresión del o los motivos que determinan el acto... puede resultar de cualquiera de los momentos que componen la forma del mismo: en el proceso de formación o en el de la expresión de la voluntad de la Administración Pública. Esto es, la motivación puede ser concomitante o contemporánea con la de declaración de voluntad, o anterior a tal declaración, apareciendo en este último caso en el

proceso “de formación” del acto administrativo. Se ha dicho inclusive, que no es necesaria una relación analítica o circunstanciada, sino que basta una relación sucinta que sea ilustrativa de la causa del acto...**incluso cuando una norma legal aplicable es suficientemente comprensiva su mera referencia puede surtir efectos de motivación, resultando así que la simple cita de la disposición legal valdría como tal...** (Conf. Marienhoff - Tratado de Derecho Administrativo - T. II - pág. 323 y sgtes. Conc. CN Cont. Adm. Sala I in re "Crespo de Basanta...” sala II, en “Beamurguia, Narciso c/Estado Nacional...” 23/12/93; citado en STJ CH - SD N° 129/SCA/16 y 5/SCA/2.019)”(el destacado lo agrego).----------

------ En resumen, arribo a la conclusión que la apelante yerra al desplegar su estrategia procesal. Puesto que el texto de las Resoluciones cuya nulidad persigue permiten dilucidar, claramente, cuáles fueron las circunstancias de hecho examinadas como así también las de derecho que, encontrándose vigentes y tornándose aplicables al caso; justificaron que la petición fuera desestimada. Para que no queden dudas, efectuada una verificación de todo lo acontecido, el titular del Departamento Ejecutivo Municipal rechazó, de manera definitiva, la solicitud de M. para habilitarle una oficina comercial en la ciudad de Esquel y que, con anterioridad, le había otorgado ***provisoriamente***.----------

------ Pero esa variación de criterio del órgano administrativo que pudo incluso haber sorprendido a la Sociedad Anónima requirente, no fue antojadizo, tampoco caprichoso, ni infundado, como acusó al demandar. Sino que respondió a las particulares circunstancias del caso, acompasado al devenir histórico y ajustado con la realidad lógico-jurídica imperante en ese momento, y que surge incontrastable si se realiza un breve raconto del modo en que se sucedieron los hechos, a partir de los elementos incorporados al expediente y proporcionados por las partes que tengo a la vista.----------

------ Véase que durante el mes de marzo del año 2.012 M. gestionó, a través de los formularios respectivos, la “Habilitación comercial” para su oficina

administrativa (fs. 195/197). A modo de ejemplo, me detengo en describir el que luce en la fs. 196 cuyo texto refiere: *"... previo al inicio de la actividad, deberá solicitar la Habilitación Comercial Municipal. […] se otorgará una vez practicadas las inspecciones ... y siempre que resulten reunidos los requisitos de seguridad, higiene, salubridad, moralidad* ***y similares****, conforme a las* ***disposiciones legales vigentes****…"* (la negrita se añade).----------

------ En el mes de abril, se efectuó una primera visita que dio como resultado la necesidad de que M. presentara planos de seguridad y adecuara el acceso al local para personas con capacidad reducida. A tales fines, si bien fue habilitado su local ***provisoriamente***, tenía un plazo de sesenta días para cumplimentar ello (fs. 14 y 194).----------

------ Posteriormente, el día 13 de mayo de 2.013, se hicieron presentes por segunda vez los funcionarios municipales. En esta oportunidad, manifestaron la necesidad de aplazar la habilitación gestionada porque en el local se debía *"…adecuar el acceso vehicular en vereda y las barandas de rampa de acceso…"* (fs.43).----------

------ De todas maneras, remarco que en el lapso temporal sucedido entre ambas inspecciones, el contexto fáctico de la ciudad de Esquel operó una **modificación legal** que debe considerarse puntualmente y que afectaba directamente a la cuestión que se debate y se vuelve determinante para la resolución del presente. Subrayo que ese cambio en las circunstancias de hecho iniciales pues ahora incluyen un marco jurídico diferente de aquél al amparo del cual M. había obtenido la ***habilitación comercial provisoria***. Repárese que no debe perderse de vista que la prohibición reglamentaria que vino a impedir el desarrollo de *ciertas actividades* había sido aprobada en el mes de **noviembre del año 2.012**, mientras que la primera visita de los empleados municipales que, aun con observaciones, posibilitaron *la apertura temporal* de la sede comercial, databa del mes de marzo de ese año.----------

------ Por lo tanto, es al amparo de esta ***nueva legislación*** que procede se evalúe la variación de criterio que puede observarse adoptada por el titular del Departamento Ejecutivo Municipal. Puesto que las autoridades administrativas no ponen el acento en el cumplimiento o no de las "observaciones" indicadas por los inspectores en aquellas planillas como condicionantes de "*la apertura de su local"*. Sino que, evaluada que fuera la *actividad principal* que desempeñaría la peticionante, su instalación en un local comercial -en tanto accesoria de aquella- fue denegada; cercenando de ese modo la posibilidad de que la apelante la obtuviera "*definitivamente"*. Pero debo insistir en esta arista, ese cambio de razonamiento se encuentra justificado, sencillamente, porque para ese momento, mayo del año 2013, era otra la legislación que se tornaba aplicable a la materia; recuérdese que se había introducido el *art. 166 "bis"* en el Código Tributario local.----------

------ Por lo tanto, los argumentos fundantes del acuse de *arbitrariedad* con el que la recurrente pretende obtener un pronunciamiento favorable para su postura, se da de bruces con la flamante incorporación del referido artículo en el citado plexo normativo, consagrando una novedosa prohibición que, como subrayé, tenía solo ciento ochenta días de vigencia.----------

------Lo dicho, trae aparejada una segunda conclusión.----------

------ Que aquella habilitación comercial extendida por la Municipalidad de Esquel a favor de M. en la que pivotea su estrategia para exigir el reconocimiento de sus derechos, era solo transitoria, temporal, eventual; característica ésta plenamente conocida por la empresa. Así lo demuestran los sucesivos formularios mediante los cuales abonó la tasa municipal respectiva ínterin que efectuaba las remodelaciones requeridas- en los que puede leerse que dicho pago correspondía a la habilitación ***provisoria*** (recibos acordelados a fs. 46/58).----------

------ De lo que deriva que únicamente tenía una **expectativa** de acceder a aquella definitivamente. En consecuencia, la invocada vulneración del derecho de propiedad que ha sido invocada al demandar de ninguna manera puede ser atendida.----------

------ **6.** Sentado lo anterior, debo decir también que se me presenta como un razonamiento ilógico sostener -como lo hace la apelante- que mientras el Municipio prohíbe por aplicación de la Ordenanza el desarrollo de la actividad en su ejido, tanto sea principal como complementaria; para el caso en que esa principal se realice más allá de sus límites territoriales, deba consentir y habilitar la instalación de una oficina vinculada con la actividad extractiva negada. Pretendiendo con ello que, en definitiva, al **municipio de Esquel que, por mandato popular,** se ha definido como ***"…no tóxico y ambientalmente sustentable…"*** (art. 1° - Ord. 33/03) poco le importe la afectación del ambiente y la preservación de la salud de sus comprovincianos. Ello implicaría una actuación incoherente, antojadiza y discriminatoria.----------

------ También deviene improcedente la descalificación esgrimida por la quejosa contra el pronunciamiento en crisis en base a la *arbitrariedad* que acusa porque, siguiendo su postura, aquélla no se efectuaría dentro de ese ejido sino que, llegado el caso, lo haría en otro Departamento Provincial. Toda vez que, al amparo del marco legal descripto, el sitio en el que se instale el yacimiento de la recurrente, aunque fuese en la localidad de Paso del Sapo, no trae aparejado sin más que la Municipalidad de Esquel ***deba*** acceder a su solicitud y emitirle la habilitación comercial para tareas administrativas que gestiona. Si este supuesto se realizara implicaría que, en un Municipio ***"no tóxico y ambientalmente sustentable"*** se facilitara el progreso de una Sociedad Anónima cuyo objeto social gira en torno a una actividad que se encuentra prohibida dentro del territorio de aquel.----------

------ Es claro que esa lógica evidencia una diferencia que aunque puede ser sutil resulta de fundamental importancia para pronunciarme en relación con esta cuestión.----------

------ En principio, no soslayo la consideración hecha por el Alto Tribunal de la Nación que, cuando habilitó el Recurso Extraordinario Federal de M. que provocó la remisión de la causa, reprochó a este Cuerpo haber omitido ponderar la necesaria idoneidad que debía reunir la negativa para habilitar la sede administrativa porque, para lograr la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico municipal de proteger el medio ambiente, los recursos naturales y la salud humana dentro de su territorio, no había evaluado el lugar en el que se llevaría a cabo la actividad principal. Concluyendo con ello que lo razonado por este Superior Tribunal Provincial se tornaba *dogmático* por falta de definición de algunos conceptos empleados y por carecer de un estudio adecuado de los vicios que fueron achacados a los actos administrativos.-------

------ Es por ello que comencé mi análisis con la verificación del ataque que dedujo M. contra la presunción de legitimidad de ambas Resoluciones municipales que, en virtud de los fundamentos expuestos anteriormente, tal cuestionamiento no tendrá cabida.----------

------ Sin embargo, para aventar toda posibilidad de que se evalúe nuevamente que esa arista ha quedado sin tratar, aun persuadido de que lo referido supra es más que suficiente, habré de retomar la motivación que contienen las decisiones administrativas. Para lo cual, traigo a colación aquí una situación de hecho autóctona a fin de proporcionar cuál es el origen de las prohibiciones que se tratan que -no está demás remarcar- para los habitantes de esta región no es preciso declarar pero sí puede resultar esquiva para los de otras latitudes.-------

------ Al amparo de esa descripción, será factible responder, entre otras cosas, ¿cuál es la razón que movilizó al legislador local para sancionar una norma que deniegue, de manera expresa, la posibilidad de habilitar un local comercial de una actividad que ya estaba vedada por otra norma.----------

------ Siendo más claros, ¿con qué necesidad los señores Concejales de la ciudad de Esquel se ocuparían de pronunciarse negativamente para que no se abrieran locales administrativos y/o comerciales de otras tareas ilícitas?. No

resultaría sobreabundante a más de innecesario seguir reglamentando, con imposición de determinados recaudos y presupuestos atinentes a la posibilidad de que se instale un espacio de funcionamiento de actividades emanadas de otras que jamás podrán desarrollarse dentro de su ejido.----------

------ Quizá la respuesta a estos interrogantes sea sencilla y hasta pudiera ser respondida rápidamente por cualquier desprevenido. Pero ello, para quienes habitan en la Provincia del Chubut y con mayor razón para los ciudadanos de Esquel es una cuestión sumamente delicada, compleja, tan sensible para la comunidad que dio lugar, hace aproximadamente 20 años, a una histórica movilización que desencadenó en un pronunciamiento unánime: *"No a la Mina"*. Frase que se acuñó como una marca y vino a constituir la impronta del pueblo de Esquel.----------

------ Narraré de manera sucinta y para graficar lo anterior, que el día 23 de marzo de 2.003 es recordado como un día trascendental para la ciudad de Esquel, puesto que luego de una larga lucha encarada por los vecinos, se desarrolló un plebiscito para decidir la instalación de un proyecto megaminero hidrotóxico **en adyacencias** de esa localidad; el cual se llevó a cabo en un clima de absoluta paz y normalidad que arrojó un contundente resultado. Véase que concurrieron a votar el 75% de los empadronados, de los cuales un 81% optó por el **"NO a la mina"** siendo ello receptado y atendido por el gobierno local y provincial, pese al estado avanzado del proyecto minero de la compañía transnacional M. G., cuya explotación estuvo a punto de ser aprobada.-

------ Pero, sin ánimo de abrumar, debo destacar que se arribó a esa decisión sin menospreciar los eventuales beneficios económicos que aquel emprendimiento podrían traer aparejados para la Provincia; pero se imponía y debió primar la necesidad de alcanzar la paz social que aquella ciudad había perdido. La ciudad de Esquel estuvo convulsionada frente a la factibilidad de la instalación de aquella, tanto así que se generaron protestas de vecinos autoconvocados con una adhesión multitudinaria; la cantidad de ciudadanos era tan abrumadora que puede decirse generaron envidia a cualquier otra convocatoria popular

realizada posteriormente. Sumado a ello, el desánimo que provocaba la factibilidad de que se instalara una empresa minera en las proximidades de la ciudad, generó quema de cubiertas, rotura de ventanales y ataque a las estructuras de edificios públicos. También se atentaba contra todo lo que evidenciaba pertenencia o ser de propiedad de la empresa M. G., cuyos vehículos eran violentados al ser individualizados por las calles de Esquel.-----

------ En fin, retomar la tranquilidad en la Ciudad fue uno de los principales objetivos tenidos en mente por la dirigencia política del sector para denegar la explotación minera y, atendiendo el mandato popular, legislaron a tales fines.-

------ Habida cuenta de ello, retomo aquí la remisión efectuada en el acápite **4.1.** cuando expuse las razones que dieron origen a la Ordenanza N° 228/12.--

------ Completaré con la fundamentación que surge a partir del Acta de Sesiones N° 15 del día 22 de noviembre del año 2.012, al amparo de la cual fue sancionada.----------

------ En resumen, para justificar la necesidad de modificar el Código Tributario local, tomó la palabra el Concejal **G. S.** y afirmó que: *"...podría entenderse que se trate de una Ordenanza o regla interpretativa, así lo entendemos algunos en el sentido de que viene a poner en forma expresa lo que ya estaba implícito en la legislación Municipal, (...) en todo Municipio (...) hay actividades que por alguna u otra razón no se encuentran permitidas. Hay Municipios en nuestro país, muchos que no permiten el juego,* ***en el nuestro hay distintas actividades no permitidas*** *y la interpretación más lógica es que cualquier solicitud de ejercicio de estas actividades debe ser rechazada por el Municipio porque* ***las actividades no están toleradas por la legislación, y lo mismo debería ocurrir con actividades que sean complementarias o de apoyo a estas actividades no permitidas,*** *(...)* ***si se entiende que el pueblo de Esquel, los vecinos de Esquel a través de este Concejo Deliberante que es su representante ha prohibido determinadas actividades, es porque las considera perjudiciales, nocivas o inmorales; entonces tampoco podría con el mismo razonamiento permitir actividades que sean complementarias o de***

apoyo o conexas porque la razón sería la misma, estaría apoyando una actividad que de por sí se considera no conveniente por las razones que fueren. *Insistimos en que esto surge implícito de la legislación actual, sin embargo, como hubo discusiones y distintas interpretaciones y lo que abunda no daña, Señor Presidente, nos parece aconsejable que la norma esté expresa y esto, nada más que esto, hace este artículo bis. (…) esta Ordenanza…* (refiere al Código Tributario)…*es genérica, no apunta a ninguna actividad en especial porque precisamente el razonamiento sirve para todas las actividades prohibidas; pero lo más importante …es que esta Ordenanza que hoy estamos votamos no tiene autor determinado,* ***es de todos.*** *Creo que eso es lo más importante (…) hubo absoluta e indiscutible unanimidad, nadie dudó en apoyar este proyecto;* ***los diez Concejales*** *(…) estuvimos de acuerdo en estos conceptos en el espíritu de la Ordenanza (…) esto pasa a hacer* ***Política de Estado*** *porque no es política de un partido, ni de una fracción de un partido (…)* ***y como no va a ser Política de Estado, si el pueblo de Esquel se expresó hace 10 años con una mayoría abrumadora en el sentido de que determinadas actividades no las quiere, deben ser prohibidas, no se aceptan*** *(…) esta es la casa donde los vecinos de Esquel deben sentirse representados, yo creo que es nuestra obligación representarlos, tenemos mandato (…) y hoy estamos cumpliendo ese mandato…"*(la negrita se añade).----------

------ Se suma a esta opinión, las expresiones del Concejal **G.** integrante de otro Bloque- que, luego de señalar que acompañarían la Ordenanza, aclaró *"… para nosotros es algo obvio y redundante porque nunca se puede habilitar una actividad que tiene un objeto prohibido, nada más…".*----------

------ El extenso relato anterior expone dos verdades inobjetables.----------

------ Por una parte, el **Pueblo** de **Esquel -**entendido como uno de los elementos del Estado local- se opone, expresa, manifiesta y determinantemente a la actividad minera, a sus métodos, a la instalación, a su expansión, cualquiera fuera el lugar en el que se emplace el yacimiento o se lleven a cabo las tareas

extractivas sean estas dentro de su ejido municipal o fuera de su territorio. Obsérvese que la referida consulta popular impidió la instalación de la empresa antes citada en **adyacencias** de la ciudad y no sólo dentro de esa.----------

------ Por la otra, los miembros del Honorable Concejo Deliberante, en ejercicio de ese Poder Soberano del que están investidos sancionaron, entre otras, las dos Ordenanzas que fueron puestas en vilo en estos obrados. Una de ellas, describe aquellas actividades consideradas ilegítimas por ser *perjudiciales, nocivas* ***o inmorales*** para los ciudadanos de Esquel. Y, aun cuando pudiera interpretarse que ello es suficiente y reputarse innecesario su dictado, fue mediante la Ordenanza N° 228/12 que quisieron expresarlo normativamente; en el sentido de que tampoco se considera *legal* aquellas que sean ***complementarias o de apoyo o conexas porque la razón sería la misma***. Como una manera -justificaron- de no proporcionar apoyo a una actividad que de por sí está vedada.----------

------ Este es el *núcleo central* de la cuestión del cual no puede desentenderse la recurrente.----------

------ No resulta determinante para este debate dónde lleve a cabo el emprendimiento minero. Antes bien, cualquiera fuere la actividad que tiene pensado ejecutar M. en el local comercial cuya habilitación pretende; sus tareas en la ciudad de Esquel importarían una extensión, derivación, ramificación o prolongación de la *actividad principal* que constituye su objeto social y su razón de ser como empresa.----------

------ Como quedó expuesto, para la ciudad de Esquel no solo ha sido considerada ilegítima la actividad minera, sino también todas aquellas que le sirvan o favorezcan su desarrollo. Ante lo inobjetable de los argumentos que dieron razón de ser a tal prohibición, la quejosa tampoco alegó ni fundamentó las razones o los motivos que tornaran imposible que esa *habilitación comercial* fuese gestionada en otra localidad distinta de Esquel. Es decir, no explicó la

necesidad de exigir que se le conceda en un lugar cuya posibilidad está vedada legalmente, sin señalar al menos la imposibilidad de establecerse en otro lugar.-

------ En consecuencia, solo pueden ser calificadas como *accesorias, conexas* o *complementarias* de otra que *se encuentra prohibidas* por la legislación municipal (Ord. N° 228/12) en los términos y de conformidad con lo reglado en el art. 2° de la Ordenanza N° 33/03. Como tales, al amparo de una interpretación armónica de las Ordenanzas glosadas, cuya inconstitucionalidad no ha sido declarada, solo puedo juzgar que ese agravio para fundar la apelación debe ser rechazado. La alegación de que no se afecta el ambiente porque su emprendimiento estaría en otra localidad no será de recibo.----------

------ Por una parte, a tenor de los motivos que dieron origen a las Ordenanzas descriptas, se torna razonable e idóneo que se busque desalentar la instalación de oficinas comerciales o de apoyo a la actividad minera independientemente del territorio en el que se lleve a cabo ello. Pues, insisto, se trata siempre de una actividad negada en Esquel por considerarla *perjudiciales, nocivas* ***o inmorales*** por la comunidad toda.----------

------ Y, por la otra, siendo más claros, de permitirse la apertura de un local comercial para desempeñar tareas con la íntima vinculación que tendría, en el caso de M., con la actividad minera; ella estaría obteniendo un trato diferente en relación con otros a quienes se les hubiese negado.----------

------ Recuérdese que "…el art. 16 de la Constitución de la Nación establece que "Todos sus habitantes son iguales ante la ley...". La noción de "igualdad jurídica" -reiteradamente referida por doctrina y jurisprudencia- exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones y por ello, implica el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (...) "...la igualdad jurídica consiste en que la ley debe ser igual para todos los iguales en igualdad de circunstancias, y que no se pueden establecer privilegios que concedan a unos lo que se niega a otros bajo las mismas circunstancias. Así la

igualdad supone la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición porque lo contrario sería legalizar la desigualdad...” (STJ CH - SD N° 24/2020).----------

------ **7. La Solución del Caso:**----------

------ En mérito de las consideraciones expuestas en los acápites anteriores, dejo propuesto al Acuerdo que el recurso de apelación sea rechazado. Así lo juzgo y Voto.----------

------ **A la primera cuestión el Dr. Ricardo Alberto Napolitani juzgó:**-------

------ **A. Introito y remisión**:----------

------ Se encuentran radicados por ante los Estrados de este Superior Tribunal los presentes actuados como consecuencia de lo establecido en el Fallo 344:1657 del 1° de julio de 2.021 que hizo lugar a la queja extraordinaria federal interpuesta por M. A. S.A. (también habré de citarla en adelante como M.), con fundamento en el art. 14° de la Constitución Nacional.----------

------ Adelanto desde el vamos que, en virtud del orden en el que me ha tocado pronunciarme, por razones de celeridad y economía procesal, no voy a incurrir en extensas reiteraciones en relación con el mencionado reenvío de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De todos modos, voy a señalar que ceñiré mi examen al requerimiento emanado del 6° Considerando de la que resultó la posición mayoritaria de los señores Magistrados nacionales.----------

------ Debo decir también que la prolijidad y precisión que luce en la reseña confeccionada por el Dr. Vivas que expuso en detalle cómo se sucedieron los antecedentes del caso y cuáles fueron los fundamentos esgrimidos en la Sentencia de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel para rechazar lo argumentado por la Sociedad en el Recurso de Apelación (Ley XVI N° 46), me exime de reiterarlos.----------

------ Del mismo modo, observo que ha dado cuenta de la sustanciación de esa queja por ante este Cuerpo y de los extremos de los agravios que habían sido traídos por M. para probar la alegada *arbitrariedad* en la que, según su postura, habría incurrido el razonamiento lógico-jurídico con el que este Tribunal -en anterior integración- ratificó la Sentencia de Grado.----------

------ En síntesis, la precisión y extensión del resumen descripto fiel reflejo de los escritos y elementos probatorios que tengo a la vista, facilita que haga una remisión y lo de por reproducido ese, a fin de evitar repeticiones innecesarias.-

------ **B. Objeto del reenvío:**----------

------ De manera preliminar, véase que conforme fue juzgado por la Corte la sentencia de este Superior Tribunal ha sido recurrida exitosamente. Al considerar que no constituía una derivación razonada del derecho vigente al no brindar una respuesta adecuada a los argumentos formulados por la quejosa en defensa de sus derechos. Así, luego de interpretar que se trataba de un pronunciamiento *dogmático*, el Alto Tribunal centralizó la descalificación como acto jurisdiccional con arreglo a la *doctrina de la arbitrariedad*.----------

------ Conforme lo adelanté, ese fue el criterio del Voto de la mayoría, a tenor del cual se ordenó la devolución por ante esta Sede para que se dicte un nuevo pronunciamiento, ajustado a derecho.----------

------ En ese sentido, se falló que si bien la Sentencia Definitiva N° 07/SCA/16 (hojas 295/314 y vta.) había considerado que la ordenanza municipal que prohibía la actividad minera tenía por finalidad la protección del medio ambiente, de los recursos naturales y de la salud humana en el ámbito territorial de Esquel; no explicaba con sustento lógico jurídico de qué manera la instalación de una oficina comercial afectaría esos bienes tutelados; cuando en realidad -se interpretó- el desarrollo de la actividad de la quejosa se llevaría a cabo fuera de su ejido.----------

------ Además juzgó que, partiendo de conceptos que se encontraban suficientemente explicados, se arribó a conclusiones que de ningún modo proporcionaban tratamiento y respuesta al ataque esgrimido por la quejosa contra lo decidido por el Departamento Ejecutivo Municipal. Ese, puntualmente, fue el reproche que se hizo a lo resuelto por este Cuerpo.--------

------ **C. Del Recurso de Apelación**:----------

------ Debo prevenir, antes de introducirme en el estudio del recurso deducido por M. y fundado a tenor del escrito acordelado entre las hojas 253/267 y vta., que únicamente haré mérito del agravio que reunió los presupuestos impuestos por el Código de rito y superó el estándar de suficiencia requerido para cuestionar los argumentos del *a-quo.* En tanto los demás, por la insuficiencia de sus fundamentos necesarios para un embate apropiado los juzgo, a esta altura de mi análisis, indubitados y firmes.----------

------ Entonces, en concordancia con lo razonado por el Dr. Vivas, considero pertinente ceñir la evaluación y estudio del caso al planteo de nulidad esgrimido por la quejosa contra las decisiones emitidas por el Departamento Ejecutivo Municipal. Pues del mismo modo que lo razonó el Colega preopinante, ese cometido debe llevarse a cabo al amparo de la normativa vigente y aplicable al caso que ha regresado, luego del minucioso examen efectuado por el Tribunal Nacional, sin cuestionamiento alguno. De manera tal que su consideración deviene de toda lógica.----------

------ I) Sobre esa base, recordaré que, en relación con la **Resolución N° 1.118/13**, adujo la apelante que su texto evidencia haber sido emitida con sustento tan solo en la *"…la veleidad personal del emisor y/o voluntad del funcionario…"*, agraviándose, además, de un notorio apartamiento de los hechos del caso. También arguye que la decisión ha violentado los arts. 14°, 17°, 28°, 31° y 75° inc. 12) de la Constitución Nacional, con vulneración de los derechos constitucionales de propiedad y de ejercer una industria lícita. Motivo por el cual la tacha de *arbitraria,* dada la omisión de respetar el principio de

razonabilidad que, necesariamente, debe predominar en toda actuación administrativa.----------

------ Asimismo, mencionó que el único sustento de aquella era la **Ordenanza N° 228/12** por la cual se incorporó al Código Tributario Municipal el *art. 166° "bis"* que establece la imposibilidad de que fueran otorgadas habilitaciones comerciales para el ejercicio de actividades accesorias, complementarias o conexas de actividades que se encontraban prohibidas o de cualquier modo no permitidas en la legislación municipal.----------

------ II) Disconforme con esa medida, la impugnó por ante las autoridades municipales, recurso de apelación que fue denegado por la **Resolución N° 1.240/13.** Dígase que ésta también arribó impugnada por ante la Cámara de Apelaciones de Esquel. Puesto que, según alegaba M. al reseñar sus agravios, esa desestimación era *inmotivada* al no contener los presupuestos o razones que le proporcionan sustento.----------

------ III) En definitiva, y para resumir debo decir que la lectura de la queja contra la actuación administrativa ronda en torno al acuse de inobservancia de los derechos que dice la apelante haber adquirido; en el aludido desvío de poder que fincó en un supuesto obrar de los funcionarios municipales con una finalidad distinta a la perseguida por la ley. Derivando ello en las dos Resoluciones que calificó como "*…arbitrarias, discriminatorias, autoritarias, persecutorias, contrarias al orden constitucional y carentes de fundamentación legal…"*. Siendo ello así, el cuestionamiento de M. estuvo ceñido al vicio en la motivación de aquéllas que, a su criterio, determinan la nulidad absoluta e insanable y así requiere sea declarado.----------

------ No está demás mencionar que, al finalizar el escrito recursivo, dejó planteado subsidiariamente la declaración de inconstitucionalidad de la **Ordenanza N° 33/03** la que acusó de atentatoria del derecho a ejercer la actividad que desarrollaba. De ese modo, completó que se lesiona no solo la posibilidad de trabajar sino, también, la oportunidad de dar trabajo y de ejercer

una industria lícita, tal y como se autoriza en el Código de Minería. Agregó que esa también es promovida por la Constitución Local y se queja porque no estima que su reglamentación pueda ser efectuada por las autoridades municipales. En base a ello, alegó un "*exceso normativo"* y acusó que aquella norma no supera el *test de razonabilidad* ante la falta de *proporcionalidad* entre el medio empleado y el fin perseguido.----------

------ Hasta aquí los extremos del Recurso de Apelación que debe ser sometido, nuevamente, a mérito de esta Sala del Superior Tribunal de conformidad y ajustado a los extremos del 6to. Considerando del Voto mayoritario del pronunciamiento Nacional ya referido.----------

------ **D. Reseña de los Hechos y de las normas aplicables:**----------

------ **a)** Adelanto desde el vamos que, para efectuar ese cometido habré de verificar y detallar, aunque sea sucintamente las circunstancias del caso, en honor a la remisión que hice antes al resumen del preopinante. Su mérito, se torna imprescindible para determinar, conforme los elementos incorporados en el expediente, cómo se sucedieron los hechos que motivaron las decisiones administrativas en crisis. Pues no quiero dejar de responder al acuse puntual que realiza la apelante del apartamiento de esas. Según su postura, los acontecimientos previos no se condicen con la descripción hecha en las Resoluciones municipales y justifica que, al desentenderse del contexto fáctico y no encontrarse ajustadas a derecho, resultan hábiles para demostrar la carencia de motivación que les achaca.----------

------ Entonces, habiendo realizado un pormenorizado estudio de las abultadas constancias acordeladas en estos obrados, habré de señalar lo que surge incontrastable, a saber:----------

------ M. requirió por ante las autoridades respectivas de la Municipalidad de Esquel la habilitación de un local para realizar tareas administrativas; obteniéndola el día 13 de abril del año 2.012 ***provisoriamente*** (hoja 14) ya que

-conforme puedo leer en el formulario pertinente- el inspector municipal indicó la carencia de algunos recaudos legales para su expedición plena; a cuyos fines concedió un plazo para cumplimentarlos.----------

------ Fue así que, transcurrido un año, se produjo una nueva visita de esos funcionarios (13.05. 2.013) quienes esta vez fijaron un nuevo plazo (60 días) ante la necesidad de que la requirente adecuara el acceso vehicular en la vereda y la baranda de la rampa de acceso del inmueble en el que se emplazaría el local cuya apertura se gestionaba. Esto, surge indubitable del Acta que luce agregada en la hoja 126 la cual, reitera: *"…cumple para ser habilitado* ***provisoriamente…"***.----------

------ En ese carácter ***temporal, transitorio, momentáneo*** es que M. abonó la respectiva Tasa Municipal **sin efectuar consideraciones al respecto**; de ello dan cuenta los recibos incorporados entre las hojas 44/58.----------

------ Por otra parte, quiero destacar también que en la hoja 131 observo una nota suscripta por el vicepresidente de M. -en calidad de Apoderado-, que el día 6 de mayo de 2.013 ingresó por la Mesa de Entradas y Salidas de la Municipalidad de Esquel a través de la cual se solicitaba el certificado de habilitación comercial definitiva. Pues, conforme lo afirmaba allí: *"… mi representada dio acabado cumplimiento a todos los requerimientos efectuados por el municipio con fecha 01 de agosto de 20.12…".*----------

------ A tenor de la fecha en que aquella tuvo lugar, es posible deducir que podría haber sido confeccionada por la proximidad con el vencimiento del primer término referido. Aunque ciertamente, realizada la visita por los inspectores siete días después de la data de la nota, dieron cuenta de que aún no se habían cumplido con las obligaciones a su cargo señaladas en el Acta del 13 de abril del 2.012.----------

------ En síntesis, hasta aquí tengo probado que frente al pedido de la empresa para que se habilitara la instalación de una oficina comercial en la ciudad de

Esquel, fue autorizada de manera *provisoria*. Surge indubitado que la obtención de aquella con carácter definitivo, concluyente y/o permanente estaba condicionado a la realización de los faltantes descriptos en las Actas respectivas. Y, no está demás remarcar que no avizoro, a lo largo de estos actuados, prueba contundente que demuestre lo contrario. En consecuencia, viene a deducir la presente acción por ante la Cámara *a-quo* manteniendo tan solo la posibilidad de obtener una habilitación comercial definitiva.----------

------ Debo decir, además, y en relación con el contexto normativo vigente con el que debe juzgarse el caso que, entre la primera visita a la sede de la empresa (abril de 2.012) y la segunda oportunidad en la cual las autoridades municipales (13.05.2.013) evaluaron las exigencias que habían quedado pendientes de realización en aquélla y debidamente apuntadas por los inspectores en el Acta respectiva; el Honorable Concejo Deliberante de la ciudad de Esquel, en la 15ª. Sesión Ordinaria del año 2.012 llevada a cabo el día 23 de noviembre, sancionó la **Ordenanza N° 228/12** que vino a incorporar al texto del Código Tributario vigente para esa ciudad, *el art. 166 bis* que dispone *"... no se otorgará habilitación comercial para el ejercicio de actividades accesorias, complementarias o conexas de actividades que se encuentren prohibidas o de cualquier forma permitidas por la legislación Municipal..."*.----------

------ Pero ¿a qué actividades está haciendo referencia?----------

------ Claramente a las que surgen de la Ordenanza N° 33/03 que ya para el 1° de abril del año 2.003, había resuelto declarar al Municipio de Esquel ***"no tóxico y ambientalmente sustentable"*** (art. 1°), prohibiendo en el **art. 2°** dentro de ese ejido el desarrollo las actividades industriales y **mineras** con empleo de técnicas que requieran el uso de explosivos, insumos tóxicos o que liberen en el ambiente sustancias de cualquier índole. Aclarando, en relación con éstas, ya sea que por sí y en combinación con otras pudieran resultar tóxicas o nocivas para la salud humana, al conjunto de los recursos naturales, agua, suelo, flora, fauna, gea, paisaje, fuentes de energía convencional y no y atmósfera en función de los valores del ambiente.----------

------ En el Visto de aquella se cita *"El resultado de la Consulta Popular realizada el 23 de Marzo de 2002, en relación con el Emprendimiento M. C. Esquel…"*. Mientras que, en los Considerandos, entre otros argumentos, se expresó: *"…la comunidad de Esquel, se ha manifestado en forma contundente pronunciándose en contra…; mandato de la ciudadanía que está en consonancia con la Constitución Nacional, …Provincial…Ley de Ambiente …y de Corporaciones Municipales…"* (2do. y 3er. Cons.).----------

------ Legislación ésta que no solo vino a establecer un *"nuevo escenario"* para evaluar la solicitud de M. sino que, conforme lo señalé en los párrafos anteriores, se encuentra vigente y resulta aplicable al caso de autos. Pues su constitucionalidad no ha merecido reproches durante el análisis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ni fue declarada. En consecuencia, a su amparo, habré de pronunciarme para resolver el ataque de nulidad deducido por M. contra las decisiones administrativas.----------

------ Reanudo el estudio de las actuaciones, que me permiten visualizar de qué manera vio la luz en el mundo jurídico la **Resolución N° 1.118/13** ahora en crisis.----------

------ En primer lugar, diré que por su intermedio se dio respuesta expresa a la inquietud del representante de la Sociedad Anónima plasmada en la misiva; tal como observo en el Visto de esa.----------

------ En segundo lugar, la lectura de los Considerandos permite destacar la cita de la Ordenanza que introdujo una variante en el texto del Código Tributario, subrayando -en el 4to. Considerando- que su texto había sido aprobado por unanimidad en la reunión de Comisión del Concejo Deliberante.----------

------ Y, finalmente, al amparo de lo expuesto en esa es que el señor Intendente Municipal resolvió: "*…no se hace lugar a la solicitud de la Nota … en virtud de lo establecido mediante Ordenanza N° 228/12 …incorporó …art. 166 Bis en el cual se establece que "no se otorgarán 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…".----------

------- Ahora bien, contra ello, se alzó la accionante en sede administrativa y obtuvo como respuesta la **Resolución N° 1.240/13** del Departamento Ejecutivo Municipal que rechazó *"…el recurso de nulidad y reconsideración (…) confirmar la Resolución N° 1118/13 y declarar expedita la vía judicial…"*. Y también arriba acusada de nula por ante este Superior Tribunal.----------

------ No está demás señalar que, al proporcionar las razones tenidas en cuenta para dictarla, entre otras, se argumentó *"…corresponde que el Departamento Ejecutivo Municipal integre de manera coherente el mandato estricto del Legislador, que ha plasmado en Derecho Positivo su voluntad inequívoca de prohibir el otorgamiento de habilitaciones comerciales 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…"* (7mo.Cons). Justificación que se completa con cita de aquella modificación normativa para remarcar que, en relación con ello, al Intendente le está vedado legislar, no puede realizar una interpretación extensiva que violente el contenido de esa norma y, además, sostiene que del *art. 166 bis* resulta ***"…un mandato de inequívoca claridad…".***----------

------b) **<u>El origen de esa reglamentación:</u>**----------

------ Tanto el desarrollo del análisis del *sub-lite* como los argumentos que he podido leer en ambos actos administrativos, como certeramente puntualizó el Dr. Vivas en su voto, deben ser evaluados a partir de las particularidades que, en la Provincia del Chubut, desde hace tiempo, presenta la cuestión minera y el *clima social* que esa genera.----------

------ Claro está que ello no condiciona el razonamiento lógico-jurídico ni la conclusión a la que habré de arribar, sujeta -como en todos los casos- a los

límites que imponen los agravios al juzgador examinados conforme la crítica que pretenden efectuar del pronunciamiento en crisis y, obviamente, de lo que resulte probado en cada caso a partir de las probanzas producidas a tales fines.-

------ De todas maneras, no puedo soslayar que el cabal entendimiento de la legislación aplicable al caso de autos, me predispone a recordar la realización histórica de una *consulta popular* (como forma de democracia directa), convocada por las autoridades municipales para someter a decisión de la voluntad de los electores una situación social que apremiaba a la Comunidad toda. Estoy refiriéndome, al plebiscito ocurrido en el año 2.003 donde la ciudadanía de Esquel fue llamada a opinar en relación con el desarrollo de un emprendimiento minero que, ante la posibilidad de su explotación en cercanías y su íntima relación con la factibilidad de afectación al medio ambiente había exacerbado los ánimos de los vecinos. A partir de allí, lo que sucedió es de público y notorio. Se llevaron a cabo diversas manifestaciones de ciudadanos "*auto convocados*" que generaron una serie de protestas, demostrativas de la desconfianza generalizada que daba lugar la supuesta instalación ***en cercanías de su ciudad*** del proyecto minero de la multinacional canadiense M. G. Inc. Emprendimiento que, para ese momento, ya contaba con el visto bueno del Gobernador y del Intendente de la ciudad y, de todos modos, dado el resultado desfavorable y el triunfo social que obtuvo una amplia mayoría que votó por el "*no"*, debieron retroceder en tal tesitura.----------

------ Entonces, haciéndose eco del resultado del referido plebiscito, que tuvo una altísima concurrencia de los vecinos, se sancionó la Ordenanza N° 33/03 en aras del respeto a la voluntad popular. Los acontecimientos recientes vividos en la Provincia permiten aseverar que ese *pensamiento comunitario* no se ha desvanecido con el tiempo. No resulta esquivo lo delicado y sensible que resulta para los ciudadanos de Esquel y la Provincia en su totalidad; ya que se encuentra "latente" y con plena vigencia. Basta, para fundar lo que digo, hacer alusión a las populosas manifestaciones públicas desarrolladas durante los últimos meses del año pasado, las que estuvieron acompañadas por diversas presentaciones judiciales tendientes a evitar que se aprobara una Ley de

zonificación minera. Más aún, habiendo sido sancionada por el Honorable Cuerpo Legislativo, en medio de un clima de protestas y concurrencias multitudinarias a la Capital provincial con serios incidentes que dieron lugar a la derogación de la flamante legislación a los pocos días, a fin de obtener la *Paz Social* que se había visto vulnerada.----------

------ En consecuencia, y dentro de ese marco, no se me ofrece *arbitraria* tampoco *irrazonable* la motivación que tuvo en miras el legislador para *desalentar* o *desmotivar* el desarrollo de los métodos productivos que típicamente importa la exploración y explotación minera y las consecuencias gravosas que se ha informado en algunos casos conlleva a la afectación del medio ambiente. Basta para ello, leer con detenimiento y prestar atención a lo expresado en el 4to. Considerando de la **Ordenanza N° 228/12** donde se especifica que la prohibición de tales actividades *"...se funda en el* ***carácter perjudicial, nocivo e inmoral*** *de estas últimas, tampoco pueden tolerarse aquellas que le sirvan de complemento o apoyo..."*.----------

------ Y reparo en el adjetivo que se mencionó en último lugar. Pues lo *inmoral* quiere decir que para la ciudad de Esquel, tanto el desarrollo de una *actividad prohibida* de las enumeradas en la **Ordenanza N° 33/03**, como así también aquellas que le sirvan de accesorio, complemento o fueran anexas **Ord. N° 228/12**- serán consideradas por imperio legal *obscenas*, *indecorosas*, también reputarse *"indecente"* su explotación o desarrollo. Entiéndase bien, como señalaron los Legisladores, de ese modo ha sido establecido por los Representantes del Pueblo en ejercicio pleno de las atribuciones otorgadas por el Mandato popular.----------

------ En síntesis, subsumiendo en esa reglamentación el cuestionamiento del obrar estatal que me ha convocado y sin deshacerme del espíritu que el Legislador tuvo en miras al aprobarla, no puedo sino advertir que la verificación de los argumentos en los que finca su crítica la recurrente serán sometidos a ese tamiz para establecer si resultan útiles o no a fin de desvirtuar la legalidad de lo decidido por el Departamento Ejecutivo Municipal.----------

------ **E. De los vicios del acto administrativo.**----------

------ Con ese cometido, recordaré de manera preliminar la doctrina de este Cuerpo que dejó sentado:"...cuando de controlar la actividad -discrecional o no- de la Administración se trata, los tribunales deben hacerlo desde la única herramienta que -en virtud de la competencia que les ha sido constitucionalmente asignada- poseen, es decir, bajo el prisma de la juridicidad de aquella actividad […] En definitiva, los jueces son sólo los guardianes del componente jurídico de la actividad desarrollada por el poder público (…) circunscripto a la razonabilidad, en la medida en que sea reclamada -después- por el sujeto legitimado..." (SD Nº 08/SCA/00).----------

------ Al amparo de ello y con cita de anteriores fallos, en la Sentencia Definitiva N° 45/2.020 se juzgó que *el acto administrativo* no puede aparecer caprichosamente desvinculado de toda relación precedente, sino que debe motivarse, debe reconocer como antecedente necesario la existencia de circunstancias que se tuvieron en cuenta para dar origen al acto en sí mismo (SD N° 07/SCA/06, 09/SCA/08, 06/SCA/09 y 02/SCA/11). Se puntualizó entonces que: "...la motivación traduce... una exigencia fundada en conferir mayor protección a los derechos individuales, por lo que (de) su cumplimiento depende que el administrado pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto... la motivación suficiente -en cuanto justificatoria de una decisión- es el santo y seña de cualquier proceder razonable, o sea la única garantía para proscribir la arbitrariedad... el ojo del juzgador abarca la integridad de la materia administrativa a efectos de averiguar si en el contenido total de su ejercicio aparece alguna arbitrariedad o alguna sinrazón..." (doctrina que se reiteró en la SD N° 23/SCA/19).----------

------ Entonces, la **Resolución N° 1.118/13** del DEM de la ciudad de Esquel se me ofrece como una decisión administrativa típica, de esas que se estructuran con un Visto que hace referencia a los antecedentes que la tornaron necesaria.-

------ En el caso, detalla la nota de solicitud de la habilitación comercial deducida por el representante legal de la quejosa y las normas que resultan aplicables. Proporciona luego, en la *motivación* -conforme la describí arriba- las razones por las cuales la medida será adoptada. Y, finalmente, en la parte resolutiva se vale de su articulado para indicar lo que pretende declarar con validez legal; ajustada a las competencias del órgano del cual emana y, aunque se trate de una manifestación del señor Intendente no puede desentenderse su justificación de la exposición de argumentos relatada antes.----------

------ Acertadamente, ha referido el Magistrado que me precede con su exposición cuya opinión comparto, que la Resolución cuestionada no carece de motivación sino que puede encasillarse en lo que ha dado en llamar la doctrina como motivación *"in aliunde"*. Entendiendo por tal, "…aquella se puede hallar en los informes y antecedentes con fuerza de convicción que obren en las actuaciones administrativas. Y responde básicamente a dos principios: unidad de Expediente e informalismo; el primero obliga a tener en cuenta el procedimiento administrativo globalmente; el segundo se entiende como la no exigencia de rigurosidades innecesarias, que diseñado a favor del administrado se extiende a la administración no sin cuestionamientos…" (SD N° 12/SCA/06 y 32/2020). ----------

------ Ello encuentra justificación, a partir de la sustanciación de los presentes obrados, en los cuales no ha logrado demostrar M. que las decisiones administrativas tomadas por el señor Intendente municipal, al amparo de la Ordenanza N° 228/12 -indubitada- resulte *arbitraria* o *irrazonable*, tampoco atentatoria de la legitimidad que debe resguardar. No ha desvirtuado la quejosa los motivos expuestos en la Resolución en crisis ni justificó objetivamente, como le estaba impuesto por imperio legal, la carencia de argumentos o fundamentación que le proporcionara apoyatura a la decisión estatal ni que la resolución allí adoptada solo responda a la *"…voluntad o veleidad personal del funcionario emisor…"*. Nuevamente señalo aquí que la legislación sobre la que basa su decisión el funcionario ha quedado incuestionada.----------

------ Antes bien, cuando arguye la vulneración de derechos constitucionales y los enumera, omite demostrar de qué modo esos resultaron afectados. Sin haber advertido que, en realidad, el marco normativo vigente y aplicable en la ciudad chubutense en la que pretendía instalarse había *declarado ilegal* el desarrollo de la actividad que constituye la actividad principal del objeto societario. También, por extensión, en Esquel se había reglamentado la imposibilidad de habilitar todas las tareas que pudieran entenderse como efectuadas en "*apoyo"* para esa. Ciertamente, no he podido escindir ni proyectarme la posibilidad de que aun cuando fuese a cumplir tareas administrativas, contables, financieras, bancarias o de cualquier otra especie no evidenciaran una *íntima relación* con la que resulta ser su actividad principal que, como ya destaqué, se encuentra prohibida por las Ordenanzas comentadas.----------

------ No dejo de ponderar que, ya encontrándose prohibida la extracción minera en Esquel por la Ordenanza N° 33/03, la sanción del art. 166° *"bis"* introducida por la Ordenanza N° 228/12, si solo se refiriera a aquellos proyectos a desarrollarse dentro del ejido municipal sería, ciertamente, innecesaria pues ya existía la prohibición genérica. Por ello, el legislador local avizoró la necesidad de extender el impedimento a las actividades accesorias de aquellas prohibidas, aunque estas últimas no tengan su centro en el radio de la ciudad de Esquel.---

------ Dicho de otro modo, y también en este aspecto concuerdo con el Dr. Vivas, resulta dirimente para arribar al pronunciamiento que en definitiva habré de adoptar, subrayar que M. no manifestó, explicó ni mucho menos pudo probar qué otra tarea o trabajos estaba en condiciones de llevar a cabo diferentes o ajenas a la actividad minera. En consecuencia, para qué necesitaba habilitar un local comercial en la ciudad de Esquel si, conforme fue previsto legislativamente, cualquiera que tuviese íntima vinculación con la exploración y/o explotación derivada del desarrollo de un yacimiento dedicado a la minería está vedado en esa; cualquiera fuese el sitio en el que ello sucediera. Es decir, aun cuando sucediera fuera del ejido municipal de la accionada.----------

------ En resumen, esa falta de demostración, no haber clarificado para qué debía tener un local comercial funcionando en Esquel, no haber alegado ni explicado con elementos probatorios contundentes y hábiles para desbaratar la presunción de legitimidad de las decisiones administrativas; puntualmente de la Resolución N° 1.118/13 pues su consecuente correría idéntica suerte; determina que me pronuncie por el rechazo del planteo de nulidad. Así lo juzgo, al amparo de la contundencia de la legislación aplicable, de las razones en que justificó el señor Intendente municipal su dictado, como así también en la falta de demostración de la existencia de los vicios que han sido alegados. Y así lo dejaré propuesto al Acuerdo.----------

------ **F. En relación con los derechos constitucionales supuestamente vulnerados por la Resolución N° 1.118/13.**----------

------ Finalmente, debo decir que idéntica será la conclusión que habré de propiciar en relación con la alegada vulneración de los derechos de propiedad y el ejercicio de una industria lícita que ha sido desarrollada por la quejosa en el escrito recursivo.----------

------ Por una parte, sintéticamente y a riesgo de sobreabundar pues ha sido razonado en párrafos anteriores, voy a remarcar que la autorización emitida por la Municipalidad de Esquel en el mes de **mayo** del año **2.012** (en forma previa a la sanción de la Ord. N° 228/12) indicaba que M. debía cumplimentar una serie de recaudos para que pudiera ser otorgada con carácter de **definitiva** y generar, de ese modo, plenos efectos. No obstante, como ha sido demostrado, con anterioridad a la verificación de las autoridades municipales de la efectivización de aquellos; en el mes de **noviembre** de ese año surge un nuevo escenario normativo que, por todo lo dicho antes, resultó de trascendental importancia para este caso (art. 166° *bis* Código Tributario local).----------

------ En ese sentido, véase que sancionada esa reglamentación los agravios esgrimidos se tornan improcedentes. Pues, para el momento en que comenzó a derramar sus efectos en el mundo jurídico la habilitación comercial que M.

tenía acordada para instalarse en la ciudad de Esquel había sido expedida de forma *temporaria o eventual*. Entonces, no puede la recurrente venir a juicio pretendiendo sustentar con tal carácter y dada la precariedad de la titularidad que invoca el perjuicio o la afectación del derecho de propiedad al que alude; pues ha quedado indemostrada la vulneración que se alega.----------

------ Y, por la otra, tampoco puede esgrimirse que la actividad estatal resulte *arbitraria* ante la supuesta afectación que se le habría causado en virtud de la imposibilidad de desarrollar una industria lícita. Tal como lo expliqué la exploración y explotación de un yacimiento típicamente minero, se encuentra expresa y puntualmente prohibida por la legislación local. Entonces, si al amparo de ese planteo se tornara factible que la recurrente obtuviera una sentencia favorable que -hipotéticamente- hiciera lugar a su planteo, declarase nula la Resolución N° 1.118/13 y estuviese en condiciones de radicar su comercio en la ciudad de Esquel, porque el desarrollo sería fuera de su ejido, dicha medida la posicionaría en una mejor situación que a cualquier otra persona que deseara asentarse en la ciudad cordillerana con idéntico objetivo.-

------ Lo cual deviene, a todas luces, desatinado e improcedente al configurar una discriminación arbitraria que obedece a un indebido privilegio contrario al derecho y al principio constitucional de igualdad, toda vez que consagra un trato desigual y arbitrario entre la recurrente y otros solicitantes de habilitaciones comerciales a los que se les hubiese negado. Circunstancia ésta que valoro no solo irrazonable sino también desigual.----------

------ Cuando el Máximo Tribunal precisó el alcance del principio general del art. 16° de la Constitución Nacional, previno que: “...El principio de igualdad de todas las personas ante la Ley según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en igualdad de circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos, y que cualquier otra inteligencia o acepción de este

derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social (Fallo 16:118)". Con esa cita, este Superior Tribunal en la SD N° 08/SCA/10, juzgó que "…La garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase o ilegítima persecución" (…) "...o de indebido privilegio de personas o grupos de personas." "...Para que haya denegación de igualdad ante la ley no sólo ha de existir discriminación, sino que además ella debe ser arbitraria…".----------

------ **G.** En mérito de lo expuesto, juzgo procedente que se rechacen los planteos de nulidad deducidos contra las Resoluciones N° 1.118/13 y 1.240/13 emitidos por el Departamento Ejecutivo de la ciudad de Esquel, por las razones dadas en el presente. Así lo Voto y dejo propuesto a Acuerdo.----------

------ **A la segunda cuestión, el Dr. Mario Luis Vivas dijo:**----------

------ Tal como he resuelto la primera cuestión propicio: 1°) Rechazar el recurso de apelación deducido contra la Sentencia Definitiva N° 35 de 2014 dictada por la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel; 2°) Fijar las costas de esta instancia a cargo de la recurrente vencida (art. 69 del CPCC); 3°) Regular los honorarios profesionales de los letrados intervinientes teniendo en cuenta las tareas realizadas, su extensión y el resultado obtenido, de la siguiente manera: a la Dra. L. D., representante legal del Municipio, en el 30% de los que fueran regulados a los letrados de su parte para la Primera Instancia; y a los Dres. D. S. -Apoderado de la Sociedad apelante- y J. H. W., su letrado patrocinante, en forma conjunta y en proporción de ley, en el 25 % calculado de la misma manera (arts. 5°, 8°, 9°, 13° y 46° de la Ley XIII N° 4 modif. Por Ley XIII N° 15). Todas las sumas con más el IVA si correspondiere.----------

------ **A la misma segunda cuestión, el Dr. Ricardo Alberto Napolitani dijo:**

------ Tal como he votado, coincido en la solución dada por el Dr. Vivas.-------

------ Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se firma por dos Miembros de esta Sala por haberse logrado la mayoría y encontrarse el Dr. Panizzi en uso de licencia (art. 16 de la Ley V N° 174 y Ac. Plenario N° 4.949/2.020). Por lo que corresponde dictar la siguiente:-------

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

------ **1°) RECHAZAR** el Recurso de Apelación intentado por M. A. SA contra la Sentencia Definitiva N° 35/2014 de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel, obrante a fs. 224/235 y vta., la que se confirma.----------

------ **2°) FIJAR LAS COSTAS** a la recurrente vencida (art. 69° del CPCC).--

------ **3°) REGULAR** los honorarios profesionales de la Dra. L. D., representante legal del Municipio, en 30% de los que fueran regulados a los letrados de su parte para la Primera Instancia; y a los Dres. D. S. Apoderado de la Sociedad apelante- y J. H. W., su letrado patrocinante, en forma conjunta y en proporción de ley, en el 25 % calculado de la misma manera (arts. 5°, 8°, 9°, 13° y 46° de la Ley XIII N° 4 modif. Por Ley XIII N° 15). Todas las sumas con más el IVA si correspondiere.----------

------ **4°) REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

Fdo. MARIO LUIS VIVAS y RICARDO A. NAPOLITANI.

RECIBIDA EN SECRETARÍA EL 29 de junio de 2.022. S.D. REGISTRADA BAJO EL Nº __/2.022- CONSTE.----------

Fdo. Mónica Cristina Dencor. Secretaria en lo Contencioso Administrativa.---