

# Nueva resolución judicial reduce las chances de Gama SA

Córdoba, 22 de Marzo de 2018

Excma. Cámara:

La Fiscal de las Cámaras Civiles y Comerciales que suscribe en estos autos caratulados "ADARSA (ASOCIACION AMIGOS RIO SAN ANTONIO) C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE CORDOBA (CPO DE COPIAS) RECURSO DE APELACIÓN – EXPEDIENTE INTERIOR (CIVIL)" (Expte. N° 1174894, por ante la Excma. Cámara 8ª en lo Civil y Comercial, ante V.E. comparece y dice:

I. Que viene a evacuar el traslado corrido a fs. 1371, con motivo de los recursos de apelación incoados por Oreste Colavino, en representación de Gama S.A. y el Dr. Pablo Juan M. Reyna, en contra de la Sentencia Número 104, de fecha 30/05/2017, en cuanto dispuso admitir la acción de amparo ambiental entablada por ADARSA, en contra de Gama S.A., Provincia de Córdoba y Municipalidad de San Antonio de Arredondo. Declarar inconstitucional por vicio de ilegalidad la Ordenanza Número 034/12 dictada por la Municipalidad de San Antonio de Arredondo por cuanto debe revocar toda autorización que por ella se diera a la empresa Gama S.A. a fin de iniciar y/o proseguir con el emprendimiento Gran Dorado III. Ordenar a la empresa Gama S.A. a recomponer el daño ambiental producido por el desmonte llevado adelante en el predio, en un plazo de 180 días a partir de que quede firme la resolución, previo relevamiento del daño que deberá realizarse en conjunto con la Secretaría de Ambiente y de Bosques de la Provincia de Córdoba.

II. El recurso de apelación de Gama S.A.

Al expresar agravios en su libelo de fs. 1239/1255 el Sr. Oreste Colavino, con el patrocinio letrado de los Dres. Antonio María Hernández y Sergio Mario Muzi, fustigan la resolución de la magistrada de la anterior instancia por cuanto entienden que se ha incurrido en una verdadera falacia argumental.

En este orden, manifiestan que la premisa menor del razonamiento silogístico de la a quo es errónea y constituye un error colosal, pues el cambio del uso del suelo al que se refiere la excepción del artículo 7 de la ley 9814 de bosques nativos, sancionada en el mes de Agosto de 2010, se corresponde con aquellas situaciones en que con anterioridad a la ley de bosques que crea las zonas rojas, amarillas y verdes, exista un cambio de uso de suelo, es decir, que se haya cambiado la zona de bosque nativo por otro uso de suelo, previendo la ley que en este supuesto dicha zona quedaba excluida de la prohibición.

Sostienen que es lógico que ello fuera así, pues si una comuna o municipalidad había cambiado el uso del suelo asignado al a zona de bosque nativo por un uso determinado, como por ejemplo un uso residencial (habiendo otorgado factibilidades, aprobado planos, etc.) la nueva ley de bosques no podía válidamente alterar esta situación.

Explican que éste es, precisamente, el caso de la Municipalidad de San Antonio de Arredondo.

En esta línea, explican que el mencionado Municipio, en ejercicio de las facultades constitucionalmente asignadas (art. 180, 185 y 186 de la C.P.) emitió la Resolución 019/2008 (Código de Edificación para su territorio), ratificada con fecha 16 de Diciembre de 2011 por Ordenanza 002/2001 y que en dicha resolución se consigna, entre otras cosas, que a los efectos de su aplicación, el ejido de la localidad de San Antonio de Arredondo se divide en las siguientes zonas: a) Zona centro: Comprende los lotes cuyos frentes den a l sector de la ruta provincial número 14, comprendido entre el empalme del camino a Las Jarillas y el límite con la vecina población de Mayu Sumaj; b) Zona residencial especial a las comprendidas entre la Ruta Provincial número 14, desde el límite con Villa Carlos Paz hasta el empalme con el camino a Las Jarillas y el Río San Antonio y c) zona residencial especial a las comprendidas entre la ruta provincial número 14, desde el límite con Villa Carlos Paz hasta el empalme del camino a las Jarillas y el cordón montañoso denominado Sierras Chicas y ambos lados del camino a Las Jarillas, hasta la línea de límite del ejido.

Desde esta perspectiva, considera que la sanción de esta Resolución, casi dos años antes que la Ley de Bosques Nativos, estableció en los hechos, que una parte de la fracción de terreno de GAMA (precisamente donde se proyectó la construcción de las viviendas que constituye una continuación de la línea urbanística colindante al norte de la referida fracción, quede incluida dentro del uso de suelo correspondiente a la “Zona Residencial Especial 2”.

En párrafo siguiente, se explayan diciendo que de lo expuesto se advierte sin mucho esfuerzo que con anterioridad a la Ley de Bosques, existía una resolución comunal que había cambiado el uso del suelo, pasando la zona de bosque nativo a Zona Residencial Especial 2.

Entienden que fue justamente por ello que la Municipalidad de San Antonio de Arredondo, mediante Decreto 034 del 18/02/2012, otorgó la pre factibilidad del proyecto de Urbanización tipo condominio denominado “El Dorado III” Condominio en Altura” a la firma GAMA.

Continúan diciendo que el error que fulmina de nulidad la resolución de la a quo es no considerar que el cambio del uso del suelo no estaba dado por los proyectos presentados por GAMA sino por una Resolución Comunal dictada casi dos años antes que la Ley de Bosques.

Así, explican que no existió un cambio de uso de suelo sino precisamente lo contrario, un total encuadre del proyecto al uso del suelo previsto y reglamentado por una Resolución comunal perfectamente válida.

Considera que la Municipalidad otorgó la pre factibilidad por la sencilla razón de que no existe ninguna contradicción con las leyes de bosque nativo y porque el proyecto encuadra en la Zona Residencial Especial 2 prevista en su Código de Urbanización, siendo ésta una zona que está excluida de la ley de bosques.

Continúan diciendo que no puede predicarse ilegalidad de la ordenanza 034/DE/2012 y de la Resolución 933/2012, pues ambas se refieren a un proyecto que está emplazado en una parte de la fracción de terreno que se corresponde con la “Zona Residencial Especial 2” establecida por la Municipalidad de San Antonio de Arredondo casi dos

años antes de la Ley de Bosques, con lo cual a pesar de estar en la zona amarilla, el proyecto encuadra en la excepción prevista por la Ley de Bosques para dicha zona y que fue debidamente aprobado por la Administración a través de sus órganos.

Consecuentemente, consideran que ha quedado por demás comprobado el agravio que produce a su parte la sentencia impugnada, pues en base a un argumento falaz, hizo lugar a la demanda en forma totalmente arbitraria e improcedente, provocando un importante perjuicio patrimonial a GAMA en cuanto no puede avanzar con la construcción de un proyecto en relación al cual se aprobó el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental y se otorgó la pre factibilidad.

Más adelante, con cita de jurisprudencia en aval de su posición, exponen que la acción de amparo no resulta idónea para el cuestionamiento del accionar del poder ejecutivo en ejercicio del poder de policía que le confiere la ley, en el caso, el poder de policía ambiental.

En relación a la cuestión de la temporalidad del amparo, sostiene que tanto su parte como el Estado Provincial y el Municipio de San Antonio de Arredondo, han cuestionado la admisibilidad formal del amparo en orden a que el mismo fue interpuesto una vez vencido el plazo previsto en el art. 2º inc. e) de la ley 4915, sin que ninguna alusión se haya hecho en la sentencia por parte de la magistrada de la anterior instancia.

En este sentido, puntualizan que el resolutorio se encuentra viciado, en cuanto omite pronunciarse sobre una de las defensas esgrimidas por las partes y que tiene fundamental importancia para la decisión del pleito, como lo es el cumplimiento del recaudo temporal.

Dicen que resulta claro que la inminencia requerida por el art. 1º de la ley 4915 está constituida en el presente caso por el conocimiento del Decreto 034/2012 por el cual se otorga la pre factibilidad al emprendimiento, documento de fecha muy anterior a la fecha de presentación de la demanda de amparo.

En suma, pide se admita el recurso de apelación incoado y se revoque la resolución recurrida en todo cuanto fue materia de agravio.

### III. La respuesta.

De su lado, a fs. 1312/1329, evacua el traslado del recurso la Dra. Marcela S. Fernández, pregonando su improcedencia en base a las razones que expone en su memorial, a cuya lectura remitimos en honor a la brevedad.

### IV. La impugnación adhesiva del Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba.

A fs. 1330/1333, el Dr. Pablo Juan M. Reyna, en su carácter de Procurador del Tesoro de la Provincia, de conformidad a lo dispuesto por los arts. 15 y 17 de la ley 4915, que remiten al art. 372 del C.P.C. adhiere al recurso de apelación interpuesto por la codemandada GAMA S.A. y fustiga la sentencia de primer grado sólo en lo que respecta a la defensa de legalidad, firmeza y regularidad de la Resolución 933/2012, dictada por la Secretaría de Ambiente de la Provincia.

En este orden, señala que agravia a su parte lo resuelto por la juez, en cuanto en base a una equivocada valoración de los términos en que quedó trabada la litis y una igualmente arbitraria interpretación y aplicación del derecho aplicable, concluye que la resolución 933/2012 se encuentra inficionada por “ilegalidad manifiesta”, declarando así la ineficacia de un acto administrativo firme, que el propio decisorio reconoce como emitido en el marco del ejercicio “razonable” de la competencia material que ejerce la Secretaría de Ambiente.

Así, manifiesta que el decisorio achaca al Estado Provincial haber emitido la Resolución, sin llamarse a audiencia pública previamente, tal cual lo prevé la Ley General de Ambiente. Afirma que, sin embargo, más allá de que la audiencia se efectivizó por orden de la magistrada -lo que torna absolutamente inoficiosa la discusión- no puede dejarse de remarcar que dicha decisión comportó una ilegal invasión a la órbita de discrecionalidad del Poder Ejecutivo y del ejercicio del poder de policía, habiendo así la Juzgadora sustituido ilegal y abiertamente la zona de reserva de la Administración.

Insiste en que, pese a la inoficiosidad del punto por haberse efectivamente materializado la audiencia al disponer su realización, la sentenciante decretó una medida contraria a derecho e ilícitamente invasora de órbitas administrativas exclusivas de competencia del Poder Ejecutivo, cuyo ejercicio y funciones no le competen, aplicando así retroactiva e inconstitucionalmente el nuevo régimen de la Ley 10.208, cuya vigencia es posterior al dictado de la Resolución objetada en el fallo.

Manifiesta que el reproche referido a la falta de realización de tal audiencia pública, resulta una arbitrariedad normativa en contradicción con el principio ya señalado de irretroactividad de la ley.

Agrega que, además, agravia a la Provincia la infundada ilegalidad atribuida la resolución, en la equivocada consideración sentencial, que interpreta que la zona Amarilla II de Bosque Nativo existente en el emprendimiento cuyo Estudio de Impacto Ambiental se aprobara, no encuadra dentro de la excepción prevista en el régimen de las leyes Nacionales y Provinciales de Bosque Nativo, y se opone a los principios precautorio y de progresividad.

Explica que la lesión finca en que la Resolución que aprueba el Estudio de Impacto Ambiental sin duda alguna se basó en la pre factibilidad otorgada por la Comuna, dentro de su órbita de competencia, lo que evidentemente también se justificó por el ente local en el cambio de uso de suelo adoptado con anterioridad por el mismo ente comunal dentro de su ejido y competencia material.

Advierte que en este punto el presupuesto de la excepción previsto en dicho art. 7 de la ley de Bosques Nativos Provincial, no requiere de un cambio material del uso del suelo, sino que tal modificación se genera legislativamente. Es que jamás puede haber un cambio de uso de suelo, sin un marco legal que lo habilite previamente.

Consecuentemente entiende que el yerro sentencial finca en que las normas municipales relativas a urbanización y edificación dictadas por el Municipio con anterioridad a la emisión de la Resolución, que fueron sin duda alguna el pilar de la pre factibilidad otorgada por el mismo ente local, desacredita y desbarata la pretendida ilegalidad

achacada a la Resolución, ya que la pre factibilidad se otorgó, precisamente, con sustento en el ordenamiento territorial previamente dispuesto por San Antonio.

Más adelante afirma que los principios precautorios y preventivos invocados para justificar la ilegalidad con que se tildó a la Resolución, en modo alguno impedían o inficionaban el dictado del a misma, en virtud de que justamente tales estándares deben conjugarse con otros valores, igualmente relevantes, como lo son el de irretroactividad de la ley, la seguridad jurídica y la discrecionalidad de los presupuestos de la excepción consagrada en el art. 7 de la ley de Bosques.

Así entiende que la Zona Amarilla grado II, quedó incluida en la excepción de la normativa de bosque nativo, por cuanto su patrón de uso de suelo ya había sido modificado para fines urbanísticos en la ordenanza municipal pertinente, no habiéndose jamás cuestionado la misma ni la excepción legal del art. 7 de la ley provincial de Bosque Nativo.

En suma, pide se admita el recurso incoado y, en consecuencia, se revoque la resolución en todo cuanto fue materia de queja.

#### IV. La respuesta.

Por su parte, a fs. 1340/1356, la Dra. Marcela Susana Fernández en su carácter de apoderada de ADARSA, evacua el traslado corrido, inclinándose por su rechazo, de conformidad a los argumentos que brinda en su libelo, al que nos remitimos en homenaje a la brevedad.

#### V. El tema objeto de dictamen.

Así las cosas, este Ministerio Público advierte que la cuestión que se debate en autos gira en torno a determinar si resulta posible la realización del emprendimiento proyectado por GAMA S.A. en el inmueble que se encuentra en la Comuna de San Antonio de Arredondo, en función de encuadrar aquél en la excepción prevista por la Ley de Ordenamiento Territorial de Bosque Nativo de la Provincia de Córdoba (9814) y la Ley Nacional de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos (26.331).

Asimismo, la demandada GAMA S.A. puso en tela de juicio –y por tanto corresponde expedirse sobre dichos tópicos- cuestiones atinentes a la extemporaneidad en el planteo de la acción de amparo y la inidoneidad de la vía elegida.

#### VI. Análisis.

##### VI.1. La intervención del Ministerio Público.

La Ley 24.946 en su artículo 41 encomienda a los Fiscales “hacerse parte en todas las causas o trámites judiciales en que el interés público lo requiera de acuerdo con el artículo 120 de la C.N., a fin de asegurar el respeto al debido proceso, la defensa del interés público y el efectivo cumplimiento de la legislación, así como para prevenir, evitar o remediar daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud y al medio ambiente.

Si bien la ley 7826 carece de una disposición específica en relación a la materia ambiental, la analogía con la normativa nacional es evidente y bien pueden subsumirse los supuestos señalados por aquella norma nacional en la misión de “actuar en defensa del interés público” y los derechos de las personas, procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social” (art. 1 Ley 7826) “deducir toda acción fiscal que interese al orden público” (art. 33 inc. 1 y art 3 de la ley 25.675) no pudiendo prevalerse de la falta de una norma adjetiva que expresamente refiera a la materia ambiental como obstante de su intervención, so pena de incurrir en exceso ritual manifiesto.[1]

Definida entonces la necesaria intervención de la Fiscalía de Cámaras, a tenor de la argumentación previamente realizada, corresponde ingresar en el análisis de los reproches traídos a la Alzada por los recurrentes.

En este abordaje, independientemente del orden en que han sido planteados los agravios y con el objeto de brindar coherencia al discurso, se abordarán en primer término los aspectos relativos a la idoneidad de la vía elegida y la temporaneidad de su interposición, para luego ingresar en el examen atinente a la determinación de la eventual configuración de la excepción a la conservación de Bosques Nativos establecida en el ordenamiento tanto provincial como nacional.

VI.2. La aptitud del camino adoptado por la actora: La posibilidad de vía subsidiaria.

El artículo 43 de la C.N. habilita la acción expedita y rápida del amparo, en las condiciones que establece la normativa constitucional, en defensa de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley.

De tal guisa que el derecho subjetivo a la calidad de vida como garantía constitucional, puede poner en actividad la acción de amparo, a la que lógicamente también puede recurrirse, como vía expedita y rápida, en defensa de los derechos que protegen el ambiente, los cuales poseen incidencia colectiva en general, aunque no se halle afectado un derecho subjetivo meramente particular.

Ahora bien, como presupuesto de admisibilidad del amparo se necesita la acreditación por parte del promotor de que, prima facie, no existen otros procedimientos útiles para la tutela de los derechos que se encuentran en juego.

De allí que se haya asignado, con la ley 16.986 a nivel nacional y 4915 a nivel provincial, el carácter o la naturaleza de acción residual o subsidiaria que operará ante la inexistencia de otros caminos procesales idóneos para reparar la lesión o amenaza.

Del mismo modo, la reforma constitucional de 1994 limita la admisión del amparo a la circunstancia de que “no exista otro medio judicial más idóneo”.

Así, se ha llegado a sostener que en el supuesto en que existiera un proceso que fuere de igual utilidad y efectividad del amparo, se habilitaría la vía alternativa. Mientras tanto, la naturaleza de remedio excepcional y subsidiario de este tipo de acción, impide su promoción ante la posibilidad de transitar por un sendero que sea considerado de mayor aptitud para analizar y decidir en relación a los derechos y garantías que se encuentran debatidos.

Sin perjuicio de lo expuesto, se ha destacado[2] que la jurisprudencia de la Corte Federal[3] advierte que el mero señalamiento de la existencia de otras vías procesales, implica desconocer que no se debe resistir dogmáticamente la admisibilidad del amparo, ya que de otro modo cabría considerar que la Constitución Nacional en su artículo 43 ha establecido una garantía procesal que, en definitiva, resultaría intransitable.

De tal guisa que, en todo caso, el examen del recaudo de inexistencia de vía más idónea, no puede practicarse en abstracto, sino que debe atender a las particularidades de cada caso concreto, pues siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, deben los jueces habilitar las vías del amparo[4].

### VI.3. La situación de marras.

En autos, no puede dejar de destacarse que la celeridad de la vía procesal resulta proporcionada con los valores que intentan protegerse y los derechos que pretenden tutelarse.

En efecto, la rapidez de tramitación que trae aparejada la acción de amparo, adquiere gran importancia a los fines que la tutela judicial resulte efectiva, ya que el transcurso del tiempo que normalmente insumiría la sustanciación del proceso judicial previsto como vía ordinaria, habría de conducir a la imposibilidad de ejercer el derecho cuya composición se persigue, produciendo un daño irreparable o de difícil reparación ulterior.

Asimismo, no puede hablarse de cercenamiento o privación de la amplitud de la defensa y prueba por cuanto de la simple constatación del volumen del expediente se colige que a lo largo de cinco cuerpos se ha incorporado documentación, testimonios, informes, etc. que han sido de utilidad a las partes intervinientes para sustentar sus reclamos y resistencias, aún cuando la acción ha sido encauzada a través de la vía del amparo.

El amparo, como proceso subsidiario y residual, es procedente cuando resulta necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto.

Acertadamente y en criterio que compartimos, la a quo ha expuesto que la vía del amparo se erige como la más idónea para proveer a una eficaz protección contra las agresiones ambientales pues se encuentra regulada expresamente en la Constitución Nacional y la Ley de Medioambiente Nacional (Número 25.675), habiendo también sido aceptada jurisprudencialmente para plantear las cuestiones mencionadas de carácter ambiental, como la que se presenta en el subexámine.

### VI.4. La admisibilidad del amparo frente al principio precautorio del derecho ambiental.

Ante la eventual falta de consenso acerca de la efectiva existencia de un daño manifiesto y los efectos que puede producir la tala indiscriminada de bosque nativo, es que los recurrentes sostienen que el tema en debate escapa a las posibilidades probatorias contenidas en la acción de amparo, razón por la cual entienden que se impone la necesidad de un proceso que permita mayor amplitud de debate y prueba.

Al respecto, cabe hacer referencia a que la materia ambiental se asienta en diversos principios que han sido consagrados legislativamente en variados instrumentos normativos en el orden internacional, nacional y provincial.

Una de esas directrices es el principio precautorio.

La doctrina[5] ha definido que "... consiste en una obligación por parte del sujeto decisor de agotar las vías para alcanzar las certezas necesarias en torno a la existencia o no del riesgo sospechado antes de autorizar una actividad y cubrir las seguridades básicas acordes al potencial riesgo dudoso afrontado. De permitirse la actividad, obrando con ligereza ante la duda y producirse un daño, se habría incurrido en imprudencia en la gestión de gobierno, gestión que lleva implícita la custodia de los bienes comunes de conformidad a las previsibilidades disponibles...".

Desde esta perspectiva, puede decirse que justamente la falta de certeza aludida por los impugnantes configura una "amenaza".

En efecto, tal como se sostuvo en antiguo fallo del Excmo. Tribunal Superior de Justicia cordobés[6], de esa falta de certeza se deriva un claro riesgo para la salud humana y para el medioambiente, ante el albur o cercanía de la producción de daños.

En esta inteligencia, entonces, las reglas de admisibilidad del amparo se condicen y compatibilizan con el principio precautorio, por cuanto ante hipótesis de incertidumbre científica, debe privilegiarse el resguardo del ambiente. Una interpretación distinta, que conduzca a la inidoneidad del amparo como vía procesal para la tutela del medioambiente, podría implicar la denegación del efectivo acceso a la justicia.

En suma, los fenómenos ambientales presentan principios específicos que requieren una tutela procesal también específica. Ante situaciones de incertidumbre científica, las reglas de la admisibilidad del amparo deben flexibilizarse a la luz del principio precautorio, en aras de resguardar la garantía constitucional de acceso a la justicia. La aplicación del principio precautorio, en definitiva, implica un fortalecimiento del instituto del amparo en la tutela efectiva del derecho al medioambiente.[7]

#### VI.5. El cumplimiento del plazo de interposición del amparo.

La demandada GAMA S.A., afirma que la interposición del amparo resulta extemporánea por no haberse observado el plazo de 15 días desde la configuración del acto lesivo para incoar la acción.

Al respecto, cabe decir que la entrada en vigor de la ley 16.986 introdujo, en el artículo 2 inc. e) un plazo de caducidad para la interposición de la acción de amparo, que debe computarse a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.

Sin perjuicio de ello, cabe observar que la redacción del artículo 43, luego de la reforma constitucional del año 1994, no establece exigencia de este tipo.

Consecuentemente, se perfilaron dos interpretaciones en el ámbito doctrinario: la primera, seguida por Quiroga Lavié[8], Rivas[9] y Gozáni[10] que entienden que si el artículo comentado es operativo, no resiste el agregado de otros requisitos que tengan

como presupuesto un diferente régimen constitucional y, por ende, consideran que el término de quince días para la promoción de la demanda de amparo ha quedado derogado en el contexto del precepto vigente.

La segunda, de carácter afirmativo[11], que estima que en razón de la naturaleza procesal del amparo, la determinación de un plazo de caducidad para que el interesado promueva la acción, tiene justificación lógica cuando el amparista dejó pasar un largo tiempo antes de deducir el amparo, lo que significaría que no resultaba urgente su planteamiento y, en consecuencia, no se precisa de una acción expedita y rápida.

Por su parte, el máximo Tribunal de la Nación[12] ha sostenido que el plazo establecido por el artículo 2 inc. e) de la ley 16.986 no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable ni es aceptable la interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Carta Magna Nacional (art. 43), cuando ha sido invocado y prima facie acreditado que se trata de la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial y comprometen derechos relativos a la supervivencia misma de quienes reclaman.

En definitiva, más allá de las disímiles y variadas opiniones sobre la cuestión bajo análisis, lo real y cierto es que resulta innegable que en el plano doctrinario y jurisprudencial se observa una tendencia a adoptar criterios interpretativos flexibilizadores del rigor de un plazo tan breve como el que fija la ley.

Por lo demás, coincidimos con la a quo en que el acto lesivo en el caso de marras, es de carácter continuado, entendiéndose por tal el que es originado tiempo antes de recurrir a la justicia, mantenido al momento de accionar y también en el tiempo siguiente.

#### VI.6. La distribución de competencias en materia ambiental.

El tema del epígrafe se encuentra tratado en el artículo 41 de la Carta Magna Nacional. En él, se dispone que la Nación debe dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y, las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

El dispositivo señalado es de gran trascendencia en orden a los poderes de policía concurrentes de la Nación y las Provincias en el ejercicio de las facultades que les compete en sus respectivas jurisdicciones para proteger la calidad de vida de los habitantes a través de la tutela al ambiente y asegurar la utilización racional de los recursos naturales.

Del tenor literal de la norma bajo análisis cabe colegir que corresponde a la Nación dictar las normas legales necesarias para la tutela del ambiente en toda la República, que contengan los presupuestos mínimos de protección. De su lado y concurrentemente, incumbe a las provincias dictar las disposiciones necesarias para complementarlas. De allí que las infracciones administrativas a las normas de seguridad preventivas, así como las violaciones a las normas de fondo que dicte el gobierno nacional, serán juzgadas en las respectivas jurisdicciones locales donde se hubiesen cometido las faltas o los ilícitos ambientales.

En definitiva, la Carta Magna en el artículo 41 pone en manos del Congreso de la Nación, el dictado de normativa básica que establezca directrices mínimas de protección

ambiental. Por su parte, las legislaturas provinciales deben dictar los dispositivos complementarios de aplicación en sus jurisdicciones, de forma de hacer efectiva la protección constitucional, adecuándola a las modalidades y particularidades del medio ambiente y desarrollo propios de cada una de ellas.

VI.7. Confluencia entre la normativa nacional y provincial en materia de protección de bosques.

El Estado Provincial, en ejercicio de la jurisdicción local en materia ambiental y de recursos naturales (artículos 41 y 124 de la C.N.), ha desarrollado políticas públicas ambientales tendientes a instaurar un régimen tuitivo en lo que concierne a la protección de los bosques nativos existentes en su territorio.

Desde esta perspectiva, cabe destacar la sanción de la ley 9814 (B.O. 10/08/2010) que establece las normas de Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos de la Provincia de Córdoba, en cumplimiento de la previsión instaurada en el artículo 6 de la Ley 26.331 de Presupuestos mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, sancionada por el Congreso Nacional el 28 de Noviembre de 2007, con la finalidad de:

- \* Promover la conservación del bosque nativo, la regulación de la expansión de la frontera agropecuaria, minera y urbana;
- \* Hacer prevalecer los principios precautorios y preventivos contemplados en la Ley Nacional 25.675 y 26.331;
- \* Implementar las medidas necesarias para evitar la disminución de la superficie ocupada por bosques nativos;
- \* Promover el incremento de la superficie total y calidad de los bosques nativos y mantener a perpetuidad sus servicios ambientales;
- \* Procurar el mantenimiento de la biodiversidad y de determinados procesos ecológicos;
- \* Promover la explotación racional y correcto aprovechamiento de los bosques nativos y fomentar las actividades productivas en el bosque nativo sujetas al Plan de Conservación, de Manejo Sustentable o de Aprovechamiento con Cambio de Uso del Suelo y Evaluación de Impacto Ambiental, según la categoría de conservación a la que pertenezca (art. 2 Ley 9814).

Mediante el Decreto Reglamentario 170 (B.O.C. 11, 14, 15 y 16/02/2011) se instituyen prácticas de manejo de las diferentes categorías de conservación en el ordenamiento territorial de bosques nativos, se instaura a la Secretaría de Ambiente de la Provincia como Autoridad de Aplicación, se establecen las directrices sobre las evaluaciones de impacto ambiental, audiencias públicas, autorizaciones de aprovechamiento sustentable, manejo sostenible y aprovechamiento con cambio de uso del suelo de Bosques Nativos.

VI.8. Las categorías de conservación de Bosque Nativo.

El ordenamiento Provincial tuitivo de los Bosques Nativos que se encuentran en los límites de nuestra jurisdicción, en consonancia con el régimen Nacional, establece diferentes categorías de bosques con su consecuente tipo de conservación.

Así, la Ley 9814, en su artículo 5 y la ley 26.331 en su artículo 9, establecen que en la primera categoría, a la que también se califica como “Rojo” se encuentran los sectores de bosques nativos de muy alto valor de conservación que no deben transformarse. Se incluyen áreas que por sus ubicaciones relativas a reservas, su valor de conectividad, la presencia de valores biológicos sobresalientes y/o la protección de cuecas que ejercen, ameritan su persistencia como bosque a perpetuidad, aunque estos sectores puedan ser hábitat de comunidades indígenas y campesinas y pueden ser objeto de investigación científica y aprovechamiento sustentable.

La segunda categoría, identificada con el color “amarillo” comprende sectores de bosques nativos de mediano valor de conservación, que pueden estar degradados o en recuperación, pero que con la implementación de actividades o de restauración pueden tener un valor alto de conservación y que podrán ser sometidos a los siguientes usos: aprovechamiento sustentable, turismo, recolección e investigación científica, en los términos de la ley.

Finalmente, en la tercera categoría, o “Verde”, engastan los sectores de bosques nativos de bajo valor de conservación que pueden transformarse parcialmente o en su totalidad dentro de los criterios de la Ley.

Por otro lado, la normativa local establece que quedan excluidos de cada una de las categorías, aquellos sectores de bosques nativos que hayan sido sometidos con anterioridad a un cambio de uso del suelo.

A su vez, en ambos ordenamientos se prohíbe la realización de desmontes de bosques nativos clasificados en las categorías I y II, es decir en las zonas roja y amarilla respectivamente (arts. 14 de la Ley 26.331 y arts. 10 y 32 de la ley 9814).

Ahora bien, la mentada proscripción a nivel Provincial, contiene las excepciones establecidas en el artículo 14, entre las que se enumera la realización de obras públicas, de interés público o de infraestructura, siempre que para el otorgamiento de la autorización la Autoridad de Aplicación someta el pedido a un procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental y la correspondiente Audiencia Pública.

#### VI.9. La localización del emprendimiento.

De las constancias de marras se observa que no se encuentra controvertido que el emprendimiento proyectado por la demandada GAMA S.A. tiene emplazamiento en un perímetro que se encuentra catalogado por la ley de ordenamiento territorial provincial como “Categoría II (Amarillo)”.

En efecto, así lo pone de relieve la propia demandada en oportunidad de evacuar el traslado para producir el informe del artículo 8 de la Ley 4915, (vid fs. 161) la Provincia, a través de la Secretaría de Ambiente, al aprobar el Estudio de Impacto Ambiental en el que expresamente se consigna esta información y el informe remitido por la Dirección de Bosques, obrante a fs. 676, 708, 714 y 715 de autos.

Consecuentemente, conforme a lo expuesto en el acápite anterior, si bien en estas superficies se admite un uso con aprovechamiento sustentable, no puede realizarse desmonte alguno, salvo las excepciones contempladas en el ya mencionado artículo 14 o la exclusión de la categoría por “cambio de uso de suelo”, prevista en el mismo artículo 5 de la ley 9814.

Bajo este segundo argumento es que la recurrente se alza en contra de la decisión de la quo, fundamentando la viabilidad del proyecto en su firme convicción de que aquél puede ser llevado a cabo en el sector en que se le dio ubicación, pues ha sido objeto de autorizaciones anteriores que implican el “cambio de uso de suelo” previsto en la normativa, que lo excluiría de la categoría de bosque nativo amarillo (o categoría II).

Desde esta perspectiva, entonces, corresponde analizar el sentido y alcance que debe otorgársele a la proposición “cambio de uso de suelo” para que opere como una causal de excepción a la conservación de los bosques nativos que se encuentran en zona amarilla.

VI.10. La correcta interpretación de la expresión “cambio de uso de suelo”.

La ley 9814 contiene, en su artículo 6 consideraciones sobre diferentes definiciones que son utilizadas a lo largo de la normativa.

En este sentido, define al “cambio de uso de suelo” como cualquier proceso que implique una alteración severa total o parcial del bosque para su reemplazo por otro tipo de ambiente rural y su adecuación a una actividad productiva de tipo agrícola extensiva, urbanística o minera.

Así, es dable advertir que la norma ha regulado situaciones preexistentes de utilización del suelo, que hayan traído aparejadas acciones no conservatorias del bosque nativo – como por ejemplo desmontes- y que se hayan realizado en aquellas áreas que, a partir de la sanción y promulgación de la ley 9814, fueron catalogadas como zona I y II.

Dicho derechamente, la excepción contenida en el artículo 5 de la ley 9814, contempla todas aquellas circunstancias de “transición” de un régimen a otro, de modo de garantizar que el cambio legislativo operado no vulnere derechos adquiridos.

VI.11. El caso de autos: Las resoluciones 942/2005 y 034/2012 tachadas de ilegitimidad.

De las constancias de la causa surge que la demandada GAMA S.A. solicitó la autorización de dos proyectos de urbanización situados o establecidos en territorio que se encuentra en el ejido de la Comuna de San Antonio de Arredondo.

El primero, en el año 2004, que mereció respuesta por parte de la Administración a través de la Resolución 942/2005 y el segundo, que implicó una reformulación del anterior, en función del cual se originó la Ordenanza 034 del año 2012.

La Resolución 942/2005 da cuenta de que el emprendimiento proyectado se ajusta a los requisitos establecidos por disposiciones comunales en lo relativo al fraccionamiento de la tierra. No obstante, a los fines de otorgar la autorización solicitada especificó que

debía cumplirse previamente con la presentación del certificado de factibilidad de agua otorgado por la DIPAS.

Consecuentemente, no dispuso que el proyecto era definitivamente viable sino que, por el motivo antes aludido, otorgó la pre factibilidad para la realización del Barrio Privado, cuya autorización había solicitado GAMA S.A.

De su lado, la Ordenanza 034/2012 en sus considerandos hizo referencia a que la solicitud del proyecto databa de Marzo de 2007 y sin perjuicio de poner de manifiesto que la Comisión Comunal de turno había otorgado en su oportunidad la aptitud del mismo (aunque sin que se acompañe el resolutorio en tal sentido), igualmente dispuso la pre factibilidad del emprendimiento, ordenando el previo cumplimiento de las exigencias y disposiciones técnicas dispuestas por el Área de Obras Privadas de la Municipalidad, solicitando a la empresa GAMA S.A. los certificados de factibilidad de agua, autorización de descarga de efluentes cloacales, Estudio de Impacto Ambiental y viabilidad del emprendimiento por parte de la Dirección Provincial de Vialidad.

Surge prístino, entonces, que en ambos actos administrativos lo que se otorgó es la pre factibilidad.

Así, ni el primer anteproyecto de la empresa GAMA S.A. (año 2004) ni el de condominio en altura (año 2007) que fue una reedición del anterior, contaron con una aprobación definitiva para su realización.

Si de conformidad a lo que venimos diciendo, el “cambio de uso de suelo” implica la contemplación por parte de la ley de una situación de carácter transicional que se presenta ante el advenimiento de un nuevo ordenamiento normativo y con la finalidad de no vulnerar derechos adquiridos por quienes se encontraban ejecutando un proyecto que antes de la nueva ley era permitido pero que a partir de ella se encuentra prohibido, mal podría sostenerse que el otorgamiento de una simple pre factibilidad por parte de la Administración lo constituya.

En esta línea, es preciso remarcar que el principio de protección de la confianza legítima, según el cual deben mantenerse los efectos de determinadas situaciones, se justifica por la protección que merece el particular que confió legítimamente en la estabilidad de la situación jurídica creada por la propia Administración y, en el sublite, al no haber una autorización concreta, terminante y categórica por parte de la Municipalidad en relación a ninguno de ambos proyectos, nunca pudo generarse para GAMA S.A. un escenario de permanencia o inamovilidad que justifique la protección y, como consecuencia de ello, pueda considerarse exceptuada del régimen imperante.

Son elementales razones de seguridad jurídica, vinculadas sustancialmente con la certeza jurídica, las que exigen la previsibilidad en los actos de la Administración pues ello contribuye –precisamente- a crear esa confianza legítima de los ciudadanos, susceptible de ser lesionada por la incertidumbre respecto de las reglas jurídicas en juego y, en marras, no puede afirmarse que se haya presentado vacilación alguna desde que –insistimos- jamás se autorizó en forma irreversible la realización del emprendimiento.

En suma, la alteración que supone el “cambio de uso de suelo” debe haberse consolidado con anterioridad a la promulgación de la ley 9814 y al no haber GAMA S.A. cumplimentado la totalidad de los recaudos exigidos por la Municipalidad de San Antonio de Arredondo para efectuar la construcción pretendida, no es posible afirmar que conquistó derecho alguno que merezca en la actualidad su reconocimiento, por haber adquirido la situación que lo genera carácter de permanencia.

Una posición contraria –como la mantenida por las apelantes- sólo conduciría a destruir el carácter tuitivo de la normativa bajo análisis y llevaría al absurdo de “blanquear” permisos otorgados en zonas que conforme a la ley poseen amplias restricciones, generando una evidente incongruencia con los presupuestos mínimos de protección previstos en la legislación Nacional.

#### VI.12. La Resolución 933 de la Secretaría de Ambiente.

Por lo demás, y en lo que al recurso de la Provincia se refiere, este Ministerio Público observa que la Audiencia pública a los fines del análisis del Estudio de Impacto Ambiental se encuentra prevista en la Ley General de Ambiente Número 25.675 (arts. 19 y siguientes) y también posee recepción en la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, Número 26.331 (art. 26) y en la Ley de Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos de la Provincia de Córdoba, Ley 9814 (arts. 41 y sgtes.).

De tal guisa, no puede predicarse –y el argumento cae por su propio peso- que se ha hecho una aplicación retroactiva de la Ley Provincial de Ambiente Número 10.208, pues el instituto de la Audiencia Pública ya se encontraba previsto en toda la normativa a la que se ha hecho mención precedentemente y que resultaba de aplicación en la oportunidad del dictado de la Resolución 933 por parte de la Secretaría de Ambiente de la Provincia.

#### VI.13. La posibilidad de revisión de los actos de gobierno.

Finalmente, en relación a las quejas vinculadas acerca de la ausencia de facultades del Poder Judicial para revisar las decisiones administrativas y la invasión que, a criterio de los recurrentes, ello apareja a la “discrecionalidad” de los actos de gobierno, sólo cabe hacer referencia a que de manera clara y concreta la magistrada de la anterior instancia ha abordado la cuestión manifestando que la imposibilidad de tal examen tiene su límite indiscutido en la afectación inminente, arbitraria e ilegal de derechos con protección constitucional.

La fundamentación brindada por la a quo no logra ser torcida por las apelantes, quienes en su embate sólo echan mano a motivaciones dogmáticas.

Al respecto, este Ministerio Público tiene ya dicho que, en casos como el sublite, se justifica plenamente la intervención del Poder Judicial a los fines cumplir su rol de “custodio” de la Constitución.

En igual sentido, la Corte Federal ha postulado la plena revisabilidad judicial toda vez que se discuta la compatibilidad de un acto u omisión estatal con los derechos y garantías constitucionales.

En esta línea, sostuvo enfáticamente que “...cuando una política es lesiva de derechos siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona”. [13]

Desde el punto de vista doctrinario, y en simetría con la línea jurisprudencial de la Corte Federal, Ricardo Haro postula que “...existe justiciabilidad en todo aquello en que los principios y las normas constitucionales han regulado de tal forma la cuestión sub-examine, que en menor o mayor medida pueda realizarse el juicio cierto, concreto y objetivo, que permita detectar y declarar alguna violación a la regulación constitucional o legal, mediante un adecuado juicio comparativo de compatibilidad”. [14]

Asimismo, indica que “...lo realmente definitorio es que una cuestión es justiciable en todas las implicancias que afecten el “bloque de juridicidad”, la normatividad constitucional, legal o reglamentaria. Allí donde penetra la juridicidad legal, debe penetrar la revisabilidad jurisdiccional”. [15]

A lo dicho cabe agregar que, el autor citado, compartiendo la opinión de Linares Quintana, precisa que “...Lo que escapa a la competencia del Poder Judicial (...) es exclusivamente la revisión del juicio de valor de sustancia política, pero en manera alguna las proyecciones del acto político sobre los derechos constitucionales, cuyo amparo es misión específica de los tribunales de justicia”. [16]

Así, haciéndonos eco del pensamiento doctrinario y jurisprudencial imperante, cabe sostener que “...solo un punto de vista estrecho podría pasar por alto que el control de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución, no la del Poder Judicial o de la Corte Suprema (Fallos: 316:2940). Así lo entendió el constituyente de 1994 que en el artículo 43 del Texto Fundamental expresamente reconoció la facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes para hacer efectivos los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional”. [17]

En esta línea, resulta menester remarcar que cuando las decisiones adoptadas por el Estado, aún vinculadas con sus actividades esenciales, afectan derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, no es posible –a requerimiento de parte- eludir la intervención del órgano jurisdiccional para su verificación, en tanto constituye el deber funcional por antonomasia según expresa manda constitucional (arts. 116 C.N. y art. 160 C.P.)

## VII. Conclusión.

En definitiva y por todo lo expuesto, es criterio de este Ministerio Público, que corresponde rechazar el recurso de apelación incoado y, en consecuencia, confirmar la resolución recurrida en todo cuanto dispone.

Así opino.

Dios guarde a V.E.

Córdoba, 22 de Marzo de 2018.