RAWSON, 23 de Noviembre de 2007.-

VISTOS:

Estos autos caratulados: “P. R. , C. N. c/ MUNICIPALIDAD DE CORCOVADO s/Recurso Contencioso Administrativo” (Expte. Nº 21.068–P-2.007).

DE LOS QUE RESULTA:

Que el actor, Sr. C. N. P. R. , interpuso a fs. 26/27 “Recurso de Reposición con Apelación en subsidio” en contra de la Sentencia Interlocutoria N° 173 del año 2.007 (fs. 24/25), dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Esquel agregada a fs.24/25, que denegó la medida cautelar que aquél solicitara a fs. 17 vta./19 en el marco del proceso contencioso-administrativo que instó, dado por los arts. 127 y sgtes. de Ley N° 3098 .

La Reposición fue denegada por improcedente -con fundamento en el art. 238 del CPCC- y concedido el Recurso de Apelación a fs.28.

La cautela persigue -punto 9 de la demanda, a fs. 17 vta./19- “que se suspendan los efectos de la Resolución 56/2.007 dictada por el Intendente de la Municipalidad de Corcovado y consecuentemente se abstenga a iniciar y/o proseguir cualquier tipo de acción judicial ///tendiente a obtener el desalojo... de la cuasi parcela, cuasi manzana *, Sector ** de 20 metros de frente por 18 metros de fondo del ejido municipal de Corcovado...”.- Esto es, la suspensión de los efectos de los arts 1 y 2 del acto administrativo que cita, en copia simple a fs. 7 y vta., cuya nulidad demanda por esta vía, a más de la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal Nº 82/2000 (Reglamento del Régimen de la Tierra Fiscal del Ejido de Corcovado).

Destaca que en los fundamentos dados por el a quo para su denegación, se ha reconocido que se encontraba acreditada la verosimilitud del derecho requerida para su otorgamiento, mas no otro de sus presupuestos cual es el peligro en la demora, expresando que “lo aquí decidido admite la posibilidad de una eventual acción de desalojo y en esa instancia, el actor tendrá la oportunidad de ejercer sus defensas “.

Cuestiona este criterio, aseverando que los actos administrativos, atento la presunción de legitimidad y ejecutoriedad que los caracteriza, no están sujetos a suspensión por interposición de un recurso administrativo o de una acción judicial, desde que se presumen legítimos y eficaces, con total independencia de su validez.- Y en ese entendimiento aduce que la revocación del permiso precario de ocupación que ostentaba y el consiguiente incumplimiento por su parte a la intimación para desocupar el predio fiscal en 48 horas, habilitan a la Municipalidad de Corcovado para iniciar la correspondiente acción de desalojo, que puede ésta intentar en cualquier momento.

Entiende que si se atiende a los plazos más exiguos que tiene el proceso de desalojo, en relación con los de esta acción contencioso ///administrativa existe una fundada probabilidad de que si la Municipalidad de Corcovado inicia “a la brevedad” aquel proceso judicial, termine antes que el presente, tornando ilusoria una sentencia definitiva eventualmente favorable.- Así -en la hipótesis que plantea- no podría impedirse el daño que pretende evitar con la cautela que ha sido denegada, esto es, el desalojo del predio que ocupa.

A más, estima que el Tribunal se equivoca cuando manifiesta que ante “una eventual acción de desalojo... el actor, tendrá la oportunidad de ejercer sus defensas”, y afirma que frente a ese accionar, por el contrario, no tendrá “ninguna posibilidad” de ejercer defensas válidas para repeler la acción con éxito, porque a la Municipalidad de Corcovado sólo le bastará acreditar la titularidad de la tierra fiscal, acompañar la Resolución N° 56/07 e invocar la Ordenanza Municipal N° 82/2000 para que proceda dicha acción.- Entonces, encuadraría –dice- entre los ocupantes cuyo deber de restituir es exigible, atento que aquella Resolución le impone esa obligación y dice que no podría ejercer frente a ello ninguna defensa con probabilidad cierta de éxito.- Ello derivaría –reitera- de la presunción de legitimidad y de la ejecutoriedad del acto administrativo, que habilitarían al Municipio a iniciar dicha acción de desalojo.

Es justamente en ello que finca el peligro en la demora para requerir la medida cautelar: porque la iniciación de un proceso de desalojo lo dejaría indefenso, y porque los plazos abreviados de ese tipo de juicios tornarían totalmente ilusoria una hipotética sentencia a dictarse en esta acción contencioso administrativa que le fuera ///favorable, produciéndose –afirma- un perjuicio irreparable cual es la desocupación y la destrucción de lo construido.

Solicita, en consecuencia, que se revoque la Resolución de fs. 24/25 y se haga lugar a la medida de prohibición de innovar peticionada.

CONSIDERANDO:

1.- Que procede el tratamiento por esta Sala de la Apelación deducida, de conformidad con las previsiones del art. 133 de Ley N° 3098 y normas del CPCC a las que éste remite.

2.- Que atenta la pretensión instaurada –descripta en las resultas- según los términos de la demanda y los actos cuya nulidad se procura, la Municipalidad de Corcovado hubo otorgado al actor permisos precarios de ocupación y uso sobre dos terrenos fiscales ubicados en el ejido de esa comuna que está ocupando al tiempo de interponer la acción y desde hace varios años.

El primero, mediante la Disposición Nº 2/90, sobre la Parcela *, Mza. **, Ejido Corcovado -atento la nueva nomenclatura catastral, conforme art. 3º de la Resolución Nº 56/07- de 30 metros de frente por 20 metros de fondo, donde habría construido el actor su vivienda y un local de comidas.- El segundo, conferido por una supuesta Disposición sin número de fecha abril de 1.998, es el terreno fiscal de 20 metros de frente por 18 metros de fondo lindero a aquél en que posee su vivienda y que ocupa... -según el art. 2º de la misma Resolución.

Expone el acto administrativo impugnado, respecto de este segundo lote, que el Sr. P. R. ha procedido a cercarlo y efectuar mejoras sin contar con el permiso municipal de construcción; que se le notificó de ello, haciéndole conocer “que dicho terreno fiscal resulta de utilidad municipal a los fines de poder concretar la proyección de la calle lindera al hospital denominada calle Ñanculef, calle que además comunicará los dos márgenes del Arroyo, con el consecuente beneficio que dicha obra posee para toda la comunidad”.- Se consideró además que esta “construcción irregular que pretende efectuar el ocupante, demora seriamente el desarrollo del Proyecto de Urbanización que el Ejecutivo viene desarrollando en beneficio del bien común, habiéndose concretado ya los trabajos de mensura, deslinde y fraccionamiento de tierras fiscales mediante Expte. P974-06 iniciado en la Dirección de Catastro de la Provincia”.

Con esta motivación revocó el permiso otorgado sobre este lote en cuestión intimándolo a desocuparlo en 48 hs. “bajo apercibimiento de desalojarlo y destruir la Municipalidad lo allí construido irregularmente, sin más trámite y a su exclusivo cargo...”. También lo intima para que en el mismo plazo proceda a iniciar los trámites de regularización y adjudicación en venta y pago del otro inmueble –el ocupado y en el que ha construido vivienda y negocio- “bajo apercibimiento de ser revocados los derechos precarios de ocupación oportunamente otorgados”.

En el Capítulo 5 de la demanda (fs. 11 vta./12)- el actor señala respecto del terreno que se le intima a desocupar, que se habría ///decidido otorgárselo por cuanto era de poco fondo -por detrás corre un arroyo- y por estar ubicado entre dos lotes que tenían ocupantes.- Refiere que comenzó a construir después de mucho trabajo y esfuerzo un anexo al restaurante –ubicado en el lote lindero que también le otorgó la comuna y al que alude el art. 3 de la Resolución que ataca- a los efectos de poder ampliar su rubro y poder hospedar gente construyendo habitaciones con destino a los turistas que se acercan a esa localidad atraídos por las bellezas de esa índole...- A partir de ese momento –dice- comenzó una “persecución despiadada y arbitraria” de parte del Sr. Intendente de Corcovado en su contra, por ser un “consabido opositor a su gestión”.- Recuerda que primero se intentó denunciarlo penalmente por amenazas y resultó absuelto por falsa imputación; que luego se promovió un Interdicto de Obra Nueva –individualiza los autos- y que ahora, este acto administrativo al que viene atacar de nulidad, “fue dictado no en pos del interés público sino en el interés personal del Intendente cual es el de perjudicar...” al apelante –concluye.

3.- Al impetrar el caso contencioso, el actor solicitó como “medida cautelar de prohibición de innovar” la ya transcripta en las resultas, que importan, como se dijo, la suspensión de los efectos de los arts. 1 y 2 de la Resolución 56/2.007 que dice nula, dictada por el Intendente de la

Municipalidad de Corcovado.- Ello para evitar acciones dirigidas al desalojo del terreno que allí individualizado.

Fundó los recaudos de la cautela, radicando la verosimilitud del derecho en la ilegitimidad del acto cuestionado o la violación del orden jurídico, remitiendo a lo expuesto en la demanda al respecto e insistiendo en la incompetencia del órgano que dictó el acto y en la ///vulneración de derechos adquiridos, afectando su derecho de propiedad.- Luego de transcribir el requisito contenido en el inciso 2 del art. 230 CPCC, se refirió al peligro en la demora y en particular aduce lo que insiste al apelar: que de no decretarse la cautela que pide, se podría tornar ilusoria una futura sentencia definitiva que declarase la nulidad de la Resolución N°56/07, atento que nada impedirá a la Municipalidad de Corcovado ejecutar dicho acto administrativo o acudir al órgano judicial a los efectos de desalojarlo, aún durante el trámite del presente juicio, vulnerando la tutela judicial efectiva y la garantía de defensa.- Explica que pretende con la cautelar –para el primer supuesto-evitar futuros perjuicios graves, y demandas de daños y perjuicios ocasionados por ese Municipio; y -para el segundo- evitar la desocupación y la destrucción del complejo en construcción, más todo lo que ello significaría, atento que se encuentra controvertida la legitimidad del acto administrativo.

4.- La Excma. Cámara de Apelaciones de Esquel, admitió claramente la existencia del recaudo de verosimilitud del derecho, mas denegó la medida cautelar por Sentencia Interlocutoria N° 173 del año 2.007 (fs. 24/25), objeto de esta Apelación, al considerar que no está configurado el presupuesto de peligro en la demora en los términos que transcribió el actor, ya glosados.

Como fundamento, dijo primero que la cautela peticionada ha sido prevista en el art. 230 inciso 2°) y “que podría decretarse la prohibición de innovar si existe el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la ///modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera la ejecución en ineficaz o imposible...”.- Luego –con citas de doctrina- refirió a los caracteres que debe reunir el requisito del “peligro en la demora... que legitima la procedencia de la medida... que se traduce en la posibilidad que, de no hacerse lugar a la medida, podría sobrevenir un perjuicio o daño inminente que transformaría en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión”.- Por último concluye en que el “presupuesto se configura... con el estado de peligro que se traduce en un temor fundado de sufrir un daño o perjuicio, siendo insuficientes las meras apreciaciones subjetivas basadas en la particular susceptibilidad de quien reclama”.

Todas apreciaciones resistidas por el actor al acudir a esta alzada, en los términos que exponen las resultas.

6.- Que este Superior Tribunal, en ausencia de Código Contencioso-Administrativo en la Provincia, ha establecido desde su jurisprudencia una serie de pautas en materia de medidas cautelares en este tipo de procesos.

6.1.- En Sentencia Interlocutoria N° 47/SCA/99 se decía que “....en el estadio actual de desarrollo del proceso cautelar es indiscutible, ante la imposibilidad de la satisfacción instantánea de una pretensión de conocimiento, el preordenamiento de las resoluciones judiciales definitivas, asegurando su eficacia práctica a través del instrumento de la tutela preventiva.- Sus connotaciones, sin embargo, son particulares en el orden contencioso-administrativo, que porta como característica una contienda entre intereses jurídicos de naturaleza diferente: el ///privado o individual -por una parte- y el general representado por el órgano estatal en ejercicio de función administrativa por la otra, cuya característica es el régimen exorbitante que se refleja en su encauzamiento en el proceso (COMADIRA - Derecho Administrativo - Abeledo Perrot 1996 - pág.196/197)”.... “La protección cautelar en el proceso administrativo –como muchos otros de sus institutos- resulta teñida de, e imbuida por, los principios sustanciales del derecho de fondo al que adjetivamente sirve y su regulación depende de la fuerza o la influencia de aquéllos según la organización estadual a la que se aplique”.

Que, consecuente, y -en concordancia con la doctrina que emana de la Corte Suprema de Justicia Nacional- viene sosteniendo que las medidas cautelares no pueden aplicarse automáticamente para suspender los actos de los poderes públicos, en virtud de la presunción de legitimidad de la que gozan, sin perjuicio de lo cual su procedencia es aceptada excepcionalmente, previa acreditación y valoración de los requisitos que condicionan la misma (CSJN Fallos: 250:154, 251:336, 307:1702, LL 1993-B-264, 1993-E-629, STJCH S.I. Nº 26/93,

11/94, 58/SCA/97, entre muchas otras).- Esto es, el control de admisibilidad debe efectuarse con un criterio restrictivo.

Que en particular, respecto de las medidas cautelares llamadas “innovativas” –tal el caso de la presente en tanto pretende retrotraer la situación jurídica a un estadio previo al acto administrativo enjuiciado- viene fallando que “dentro de las tutelas cautelares o urgentes, la medida cautelar positiva, innovativa o anticipatoria es en todo caso ///una decisión excepcional porque altera el estado de hecho y derecho existente al tiempo de su dictado, y configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que exige una mayor prudencia en los recaudos que hacen a su admisión” (conf. CSJN, 24/8/93, in re "Bulascio c/Banco de la Nación Arg..."; íd. 23/11/95 in re "Grinbank c/Fisco Nacional..."; íd. 25/6/96 in re "Pérez c/Estado Nacional..."; íd. 16/7/96 in re "Frigorífico Litoral Argentino S.A.", íd. CNFCA Sala III – 11/11/99 en “H. A. S.A. –Incidente...” STCH SI Nº 5 y 40/SCA/02).- No obstante, señala siempre, las mismas han sido admitidas excepcionalmente previa acreditación de los requisitos que condicionan su procedencia.

Que la estrictez descripta, deviene de la influencia del Derecho Europeo –en particular Francia, Inglaterra y España- donde la división de poderes, el interés público comprometido en la actividad administrativa y la presunción de legitimidad del acto administrativo limitan los poderes dispositivos del Tribunal contencioso, que sólo puede disponer la cautela por suspensión de actos administrativos a petición de parte y en un marco de discrecionalidad, a diferencia de la jurisdicción contencioso-administrativa alemana, en que la regla es la tutela cautelar como mandato constitucional y los recursos administrativos y las acciones impugnatorias tienen “per se” y como consecuencia automática efectos suspensivos “ope legis” (Karl Peter Sommermann en La justicia Administrativa en el Derecho Comparado - Civitas - Andalucía, pág. 100)(SI Nº 47/SCA/99 ya citada).

Aunque así es, en aquellos países se ha avanzado, y este Tribunal ya ha precavido que –en general, en la actualidad- la doctrina científica y la jurisprudencia marchan en dirección favorable a retrasar la ///ejecución de los actos administrativos hasta que los tribunales digan su última palabra (Francisco GONZÁLEZ NAVARRO -Catedrático de Derecho Administrativo- España- en las Jornadas Provinciales y III Regionales de Derecho Administrativo en Corrientes 9 y 10/10/97), atendiendo a los perjuicios irreparables que podrían generarse derivados del transcurso del tiempo que el proceso genere, de tal modo que si se mantienen o no se alteran los efectos del acto, la sentencia a dictarse corre el riesgo de ser ilusoria (SI N° 81/SCA/98; 33/SCA/01; 5 y 40/SCA/02).

Incluso el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA –citado por Ramón SIMÓN PADRÓS- hace un llamado a la reflexión a los jueces respecto a la íntima relación existente entre las medidas cautelares y la garantía de defensa en juicio, aludiendo a un caso en que se aludía a un hipotético ejercicio discrecional de la facultad de otorgar las cautelas (el “podrá” de nuestro art. 230 CPCC), concluyendo en que “la medida cautelar es contenido inseparable del derecho a la tutela judicial efectiva... los jueces tendrán que otorgarlas cuando de no hacerlo se pone en riesgo la efectividad del fallo final.- Toda discrecionalidad hipotética del juez para otorgar o denegar las medidas cautelares queda excluida” (“La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa”, pág. 136/vta.).

Corresponde entonces a la judicatura, en el marco de la discrecionalidad que le es autorizada, procurar conciliar, atendiendo a las circunstancias del caso, el criterio restrictivo primero enunciado y los principios de los que deriva, con aquéllos que gobiernan el derecho de los particulares a obtener una tutela provisoria efectiva, ya que el ///reconocimiento judicial del derecho y su eventual ejecución ulterior, insumen un tiempo más o menos prolongado, según la mayor o menor complejidad de las cuestiones involucradas en la litis, y ello trae aparejado el riesgo de que mientras se aguarda su normal desenlace, se alteren las circunstancias fácticas y jurídicas existentes al momento en que se reclamó la intervención del órgano jurisdiccional, con lo cual se tornan ilusorias o ineficaces las resoluciones judiciales destinadas a restablecer la observancia del Derecho (Pablo O. GALLEGOS FEDRIANI en la obra colectiva “Derecho Procesal Administrativo”, Hammurabi, T° 1, pág.728).

Ha de considerarse también, que –como se ha dicho- las providencias cautelares están dirigidas más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y, por así decir, la seriedad de la función jurisdiccional... a impedir que la soberanía del Estado, en su más alta

expresión, que es la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados... a llegar demasiado tarde.- Y que se ha considerado que la tutela provisoria se dispone –dice GALLEGOS FEDRIANI- más que en el interés de los individuos, en interés de la administración de justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento y el buen nombre... ya que cuando el Estado pone su autoridad al servicio del acreedor en peligro –según el caso- no actúa sólo en defensa de la satisfacción de un interés privado, sino en beneficio del orden jurídico en su integridad.

CALAMANDREI recuerda en este sentido, que las dos exigencias frecuentes opuestas de la justicia, celeridad y ponderación, tienden a ser conciliadas por las medidas cautelares, porque entre hacer las cosas pronto pero mal y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares ///procuran, ante todo hacerlas pronto y dejar el problema del bien y el mal, esto es de la justicia intrínseca de la decisión, para más tarde, con la necesaria ponderación.-(cita de GALLEGOS FEDRIANI, en la obra ante citada T° 1, pág.729, 730, 731).

Así, esta “garantía cautelar” puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional...está destinada más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia para que cumpla eficazmente su obra, a asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado para que la justicia no sea burlada haciéndola de imposible cumplimiento (El mismo autor en “Las medidas cautelares contra la Administración Pública”, Edit. Abaco, pág. 29).- Y este Tribunal lo ha expresado de este modo “La tutela preventiva o justicia "provisional", tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se quiere obtener a través de un proceso, pierda virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre su inicio y el dictado del pronunciamiento definitivo, intentando salvaguardar la efectividad del cumplimiento de la sentencia favorable” (SI N° 81/SCA/98; 33/SCA/01; 5 y 40/SCA/02 antes citadas entre otras más).

Aplicando este criterio conciliador, es que este Cuerpo ha compartido –al fallar en sentido favorable al otorgamiento de tutelas preventivas en procesos contencioso-administrativos- la opinión de HUTCHINSON -que a su vez cita a REIMUNDIN y PEYRANO- autor que razona que si la medida cautelar innovativa tiende a mantener el estado de hecho y de derecho existentes antes de su dictado, en el caso ///de un acto administrativo del que se alegue su nulidad, si aquélla es dictada, se retrotraería la situación al estado anterior a su emisión, y carecería de toda lógica -y no sólo jurídica- que un tribunal declarara “provisoriamente” que el acto no existe -efecto natural de esta cautela.- Lo que el juez debe hacer -aconseja- si entiende que el acto presumiblemente no es legítimo, no es excluir provisoriamente su existencia, sino suspender su eficacia, esto es suspender los efectos del acto.- Así se armonizan las potestades de la Administración con las del Juez... y lo que particularmente le interesa al administrado mientras discute su legalidad, es que el acto no se aplique, que no produzca efectos en su perjuicio; no le interesa su existencia.- (conf. “La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional”, ED 124-677; y SI Nº 5 y 40/SCA/02, entre otras).

6.2.- Que es sabido, y en autos está indiscutido, que para la procedencia de las medida cautelares -se requiere- la configuración de determinados extremos: la verosimilitud del derecho-fumus bonis iuris, y el peligro de un daño inminente -periculum in mora- e irreparable (SCJN Fallos 307:2267, LL 1985-A-46) a los cuales debe añadirse la constitución de contracautela- prevista en el art. 199 del ordenamiento procesal.- La irreparabilidad del perjuicio está vinculada a situaciones derivadas del transcurso de tiempo que el proceso genere, de tal modo que si se mantienen o no se alteran los efectos del acto, la sentencia a dictarse corre el riesgo de ser ilusoria (SI Nº 2/SCA/96 y otras).- Y la ponderación de estos requisitos, debe efectuarse con una apreciación atenta de la realidad comprometida, a fin de establecer si las secuelas que produzca el hecho que se pretende evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en cuestión (CSJN en “Club ///Universitario de Bs.As...” del 28/5/98 en Supl. Der. Adm. del 16/4/99, pág. 31).

Que la Cámara a quo ha tenido en por configurado en el caso el primero, esto es, la verosimilitud del derecho, aspecto por ende éste excluido del conocimiento de este Tribunal de Alzada atento sus límites.

Que en tanto, ha sostenido la inexistencia de peligro en la demora, punto específico objeto de apelación, pues el actor insiste en que de no impedirse la ejecución de los arts. 1 y 2 de la Resolución Nº 56/07 de la Municipalidad de Corcovado, se hará ilusorio el derecho que reclama y

para sostener el cual demanda la nulidad del acto: sufrirá el desalojo, la destrucción de lo que construyó, y se verá frustrada la eficacia de una eventual sentencia definitiva favorable.

DE LAZZARI, enseña con cita de PODETTI, CHIOVENDA, CALAMANDREI, que la doctrina coincide en señalar que el dictado de la medida cautelar responde a la necesidad de evitar aquellas circunstancias que en todo o en parte impiden o hacen más difícil o gravosa la consecución del bien pretendido, o en cuya virtud el daño temido se transforma en daño efectivo, de tal suerte que si tales acontecimientos se registraran efectivamente -los que se pretende evitar con la cautela- ocasionarían directamente la frustración del derecho- ("Medidas Cautelares" T° 1, pág. 36; conf. SI Nº 14 y 38/SCA/01).- El requisito del periculum in mora exige, que la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que se aguarda de la sentencia a pronunciarse ///en el proceso principal, no pueda, en los hechos, realizarse, es decir, "que los efectos del fallo final resulten inoperantes" (del fallo de 1ra. Instancia, CN Fed. Cont. Adm., sala IV, noviembre 6-997, en "Y., M. c/Secretaría de Comunicaciones...", LL 1997-F, 270, publicado en LL Repertorio LVII-1798).

7.- Que en orden a los conceptos dados, es evidente que en el caso, tal como el apelante viene a sostenerlo, la ejecución del acto contra cuya legitimidad acciona por esta vía contencioso-administrativa, podría hacer ilusorio el fallo que se dicte si le fuera favorable.- La afirmación del a quo de que –aún reconociendo la verosimilitud del derecho - no existe peligro en la demora- no se presenta coherente, ya que si bien determina con certeza cuándo se configura el presupuesto, y admite la posibilidad de su irreparabilidad refiriendo al desalojo –lo que dista de ser una "mera apreciación subjetiva basada en la particular susceptibilidad de quien reclama" como lo expresa - remite a eventuales defensas en ese juicio impracticables para la actora cuyos derechos son precarios, y además no advierte que de ser así –de sustanciarse y producirse el desalojo- su propio fallo resultaría ineficiente.- Qué sentido tendría una sentencia que declare la nulidad de la Resolución que se ataca en este juicio si –de acuerdo a lo en ella ordenado- el actor sufrió el desalojo del predio...o se destruyó lo construido...

Ha desoido además el decisorio apelado, la doctrina que enseña que "el rigor del fumus se puede atemperar, cuando existe riesgo cierto de periculum in mora y viceversa" (SI N° 51/SCA/00, conf. CN Fed. Cont, Adm. LL 120-763, 1984-A-265 -1993-B-424, Supl. Der. Adm. LL 20/2/98).

En definitiva, el fallo venido en recurso no ha atendido las circunstancias particulares de la causa, pues las mismas indican con evidencia que la ejecución del acto administrativo nulidicho –al menos en sus acápites 1 y 2- podría aparejar mayores perjuicios que su suspensión hasta que finiquite el juicio.

Objetivamente, el alcance de la intimación y apercibimiento contenido en el art. 2° del acto impugnado, permite arribar a la conclusión de que existe una fuerte probabilidad de no poder restablecer las cosas a su estado anterior.- Ello, advirtiendo que quien solicita la tutela cautelar quiere que el bien tutelado permanezca íntegro y no que se le asegure una indemnización, lo que demuestra la circunstancia que en el terreno aledaño –al que se busca proteger con la cautela- se encuentra su vivienda y su comercio, que pretende extender habiendo iniciado construcciones...y a tal fin es menester considerar que el daño susceptible de ser evitado, en cuanto de difícil o imposible reparación, no significa que sea irresarcible, sino irreversible.- Basta que la reparación in natura sea imposible, o al menos difícil, para que proceda la suspensión del acto recurrido... (Conf. "Medidas cautelares contra la Administración Pública", Luis R. CARRANZA TORRES, con cita de CHINCILLA MARTÍN, GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, pág.132).- En el mismo sentido MAIRAL enseña que existe un gravamen irreparable en el supuesto –entre otros- de que la sentencia no pueda reponer las cosas al estado anterior a la ejecución del acto y la diferencia resultante no sea adecuadamente compensable en dinero (Control Judicial de la Administración Pública, ///Tº II, pág. 818 a 827; cit. por GALLEGOS FEDRIANI en "Las medidas cautelares contra la Administración Pública", pág. 69).

Frente a un apercibimiento de desocupación, ante la solicitud de no innovar, se ha fallado "en el reducido marco que permite el proceso cautelar es posible es posible establecer que la ejecución del acto administrativo puede traer mayores perjuicios que su suspensión hasta la decisión final del pleito....la Administración podría llegar a disponer del predio luego de su desocupación coactiva, por lo que la actora podría verse en la imposibilidad de recuperar la posesión del inmueble...lo que tornaría inútil una eventual sentencia a su favor..." (Cám.Ap. en lo Cont.Adm. y Trib. Ciudad autónoma de Bs.As. – 28/5/01 "Asoc.Mutual Per.Leg..." elDial BG103).

Así es que en el caso, dadas sus circunstancias particulares, debe estimarse configurado el peligro en la demora, revocando el fallo venido en recurso, otorgando como cautela la suspensión de la ejecución de los arts. 1 y 2 de la Resolución Nº 56/07 del Intendente de la Municipalidad de Corcovado, como medida cautelar genérica (art. 202, 203 conc. 230 CPCC).

Atento el efecto de la suspensión del acto que como tutela se propicia otorgar –que será indefectiblemente la imposibilidad del Municipio demandado de desalojar- no cabe desconocer, si bien la Cámara a quo no lo menciona en su motivación, que se registra numerosa jurisprudencia que se inclina por limitar el otorgamiento de cautelas cuyo efecto resulte en impedir o interferir el inicio de otros procesos.- Sin embargo ello no es así mecánicamente o de manera indiscriminada, pues aún en aquéllos casos más estrictos en que se ///encuentra comprometida la renta pública (V.g., de ejecuciones en materia impositiva), la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha otorgado cautelas ordenando la abstención de ejecuciones cuando de los antecedentes agregados a la causa surgen suficientemente cumplidos los requisitos de su procedencia atendiendo al fumus bonis iuris acreditado, juzgando el peligro en la demora de acuerdo con un juicio objetivo, o estimando que puede derivar de hechos que pueden ser apreciados incluso por terceros (“Aguas Argentinas SA...” – 31/10/02 – elDial AA14B3; “Transportes Metropolitanos...” – 23-9-03 – elDial AA1D4F) Idem los Tribunales inferiores (Cám. Ap. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Autónoma de Bs. As. “Sistemas Temporarios SA...” 22/2/02 – elDial BG353; conc. CNCAF – Sala V- “Banco Peña SA...” 12/4/00 – elDial AH2E23; SCBA “Centini...”, elDial AE12EO – 26/11/96 - elDial WC5A; CNac.Civ. Sala H – 25/3/99) que también se pronunciaron convalidando fallos que las admitían (vg.el de la C.C.A.F., Sala III in re “Video Cable Comunicación SA...”, LL 1993-D-397).- Y en el mismo sentido se pronuncia este Cuerpo (SI Nº 19/SCA/02, 16/SCA/05 entre otras).- Siempre, precedido de un análisis serio y exhaustivo, que aún en la perspectiva limitada del proceso cautelar, indique la procedencia de la medida que se peticiona.

Ahora bien, efectuado ese análisis y admitida que es la cautela solicitada, en ejercicio de la atribución que compete a los jueces y emana del art. 204 CPCC, atendiendo al interés público comprometido, cabe también imponer al actor la limitación de no innovar en la situación fáctica y jurídica existente al momento de emitirse la Resolución Nº 56/07 de la Municipalidad de Corcovado, en particular ///la abstenerse de continuar con la construcción que ha comenzado en el terreno en cuestión, hasta tanto se dicte la sentencia definitiva en la causa y/o nuevamente sea analizada la cautela que se ordena, dada su connatural provisoriedad, bajo apercibimiento de levantarla si incumple lo ordenado.- Asimismo, y por idénticos motivos, la tutela que se dispone queda sujeta a la diligencia procesal que el actor imprima a la causa, a controlar por la accionada, con el mismo apercibimiento.

Cabe además, en cumplimiento del art. 199 CPCC imponer contracautela, y atenta la naturaleza de los intereses comprometidos en la acción, considerando que el daño que puede devenir al Municipio por la suspensión de su acto en las condiciones en que se ordena, es sólo un diferimiento en obtener el “recupero” del terreno, la misma se satisface con la caución juratoria del actor o su letrado apoderado, y deberá ser satisfecha previo a su traba.

Que con relación a las costas de esta medida tutelar, corresponde posponer su imposición para la oportunidad del pronunciamiento de la sentencia definitiva, pues “el carácter accesorio y provisional de las medidas dispuestas excluyen la posibilidad de una condena específica de costas en las sentencias que la ordenan; la imposición de costas de las medidas cautelares solamente podrá tener lugar al tiempo de dictarse la sentencia definitiva, que es el momento idóneo para apreciar quien es el vencido en la cuestión de fondo” (Roberto G. Loutayf Ranea “ Condena en costas en el proceso civil” Edit. Astrea, Año 1998, página 261 y jurisprudencia citada CSJN, 16/11/76, Rep. LL, XXXIX-540, sum. 113; CN Com, Sala A, 26/3/92, ED, 150-271 – STCH SI N° 81 y 120/SCA/98, 35/SCA/00, 35/SCA/01, 16/SCA/05 y otras).- Sin costas en el Recurso.-

Que de acuerdo a la manda del art. 47 del Dto. Ley Nº 2.200, T.O. Dto. N° 138/99, procede regular los honorarios del Dr. D. G. A., en el 15 % de lo que resulte regulado a los representantes procesales de su parte en el juicio, atendiendo a la calidad y eficiencia del trabajo cumplido respecto de la cautela.- En el 25% de esa suma por los trabajos realizados en esta instancia (arts. 6, 33, 14 y 47 y conc. Dto. Ley citado).

Por ello la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y Minería del Superior Tribunal de Justicia;-

R E S U E L V E :

1°) HACER LUGAR al Recurso de Apelación interpuesto por el actor C. N. P. R. a fs. 26/27, REVOCANDO la Sentencia Interlocutoria Nº 173 del 04 de Septiembre de 2.007 de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Circunscripción Judicial de Esquel agregada a fs. 24/25.

2°) HACER LUGAR a la medida cautelar solicitada por el actor C. N. P. R. a fs. 17 vta./19, de conformidad con el art. 230, 232 y concordantes del CPCC, y consecuentemente SUSPENDER la ejecución de los arts 1 y 2 de la Resolución Nº 56/07 dictada por el Señor Intendente de la Municipalidad de Corcovado.

3º) La medida cautelar decretada lo es bajo la responsabilidad del actor en las condiciones enunciadas en la presente, previa caución juratoria a prestar por éste o su apoderado (art. 199 CPCC).

4º) El actor no innovará en la situación de hecho y de derecho previa al dictado de la Resolución Nº 56/07, en particular se abstendrá de construir, o de dar continuidad a la construcción de mejoras en el predio (art. 204 CPCC) bajo apercibimiento de levantar la cautela si incumple lo ordenado.

5º) Formalizada que sea la caución, la Cámara de Apelaciones librará Oficio a la Municipalidad de Corcovado.

6º) POSPONER la imposición de costas en la Primera Instancia de acuerdo a los fundamentos dados en el respectivo considerando.- SIN COSTAS en la Alzada.

7º) REGULAR los honorarios del Dr. D. G. A. por su actuación en la Primera instancia en el 15 % con más el 30% de lo que resulte regulado a los representantes procesales de su parte en el juicio, atendiendo a la calidad y eficiencia del trabajo cumplido En el 25% de esta suma, por su actuación en esta Alzada (arts. 6, 33, 14 y 47 del Dto. Ley N° 2.200 -T.O. Dto. Nº 138/99).

8°) REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.

La presente se firma con dos Miembros de la Sala, por encontrarse el Sr. Ministro, Dr. Fernando S.L. Royer, en uso de licencia.
Fdo. Dres. Daniel L. Caneo y José L. Pasutti.
Recibida y registrada en Secretaría bajo el N° 89/SCA/07 el 26/11/07.-