Puerto Madryn, Noviembre de 2010

VISTOS:

Estos autos caratulados: "**P., O. J. c/ MUNICIPALIDAD DE PUERTO MADRYN s/ PLANTEO DE NULIDAD" (Expte. N° 219, f° 14, 2010)**, en los que el recurrente apela a fs. 176/177 la sentencia de fs. 172/173.

CONSIDERANDO:

1.

Que sin perjuicio de lo que se expresa más adelante respecto de la competencia de esta Cámara, corresponde que la misma se expida en orden al agravio del rubro formulado y en los términos del art. 198, 2ª. parte del CPCC.

En efecto, ante la urgencia, la jurisdicción -para la protección de los ciudadanos- puede ser ejercida por cualquier magistrado, con independencia de las reglas de la competencia, que han de ceder ante un interés mayor. En tal sentido ha de dejarse establecido la excepcionalidad de la medida por hallarse en juego razones de gravedad institucional que así lo ameritan (cfr. FALCON, Enrique M., "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial",T° IV, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 122).

2.

En esa inteligencia ha de analizarse en primer término la legitimación del actor para solicitar la medida cautelar y en consecuencia su capacidad para obrar por la vía del recurso que impetra.

A partir del fallo "S." (94/10 S.R.O.E) de nuestro máximo Tribunal provincial, ha quedado establecido (conforme remisión que expresa a S.I. n° 021/SCA/02 de ese Tribunal) que el carácter contencioso administrativo de una causa judicial se halla determinado por la concurrencia de dos factores:

el subjetivo, que está dado por la circunstancia de ser parte en el conflicto un órgano de la Administración Pública (con las reservas que se formulan más abajo respecto del Poder constituyente), y el objetivo, que deriva de la naturaleza o normas aplicables. En tal sentido, y más allá de las conclusiones a que arribó en lo atinente a la competencia, ninguna duda cabe que el ámbito de aplicación es el del Derecho público.

Independientemente de la vía elegida por el actor, lo cierto es que quien solicita la medida cautelar es un vecino, con domicilio en la Ciudad de Puerto Madryn, calidad que acredita con la documental agregada a fs. 152/154 y detenta en la actualidad.

Se pone en tela de juicio la validez de las normas emanadas de una Convención Constituyente municipal, invocando razones de caducidad en los plazos de su funcionamiento.

El interés legítimo del peticionante, bien ha de fundarse en la existencia de una norma jurídica cuya validez se pone en duda.

Dicho interés nace primordialmente de lo dispuesto en los arts. 18, inc. 8 y 21 de la Constitución provincial. El primero de ellos confiere a todo ciudadano el derecho a peticionar individual o colectivamente ante las autoridades y a obtener respuesta adecuada y por escrito en la forma que determina la ley; al tiempo que el segundo señala que los derechos personales y garantías reconocidos y establecidos por esta Constitución se consideran operativos salvo cuando resulte imprescindible reglamentación legal a los efectos de su aplicación, la que en todos los casos debe respetar sus contenidos esenciales, debiendo los jueces arbitrar en cada caso los medios para hacerlos efectivos mediante procedimientos de trámite sumario.

Por su parte, la Carta Orgánica municipal del 15 de diciembre de 1994, establece en su art. 12 que *"Todo vecino de Puerto Madryn tendrá legitimación sustancial y procesal para exigir el cumplimiento de lo establecido en la presente*

Carta Orgánica...", por lo que le otorga a cada ciudadano capacidad para obrar en orden a hacer cumplir la manda de su carta magna local.

Tal disposición guarda directa relación con lo dispuesto en el art. 201 del mismo cuerpo legal, en tanto prevé el procedimiento de reforma de la misma, extremo que se cuestiona en autos.

De ello se colige que, siendo el vecino de la Ciudad parte interesada en el fiel cumplimiento de su Carta Orgánica municipal, se encuentra habilitado para cuestionar el proceso de formación de una nueva norma que, nada más ni nada menos, viene a modificarla.

El actor es titular de un interés legítimo actual en tanto cuestiona el proceso de formación de una ley de su ciudad que a la fecha ha entrado en vigencia.

Y son los jueces los que, en caso de controversia o incertidumbre, con auxilio de los principios generales, la analogía y costumbre en sus diversas especies, conforme los arts. 16 y 17 del Cód. Civil deben perfilar dicho interés. Medida y prueba de la existencia del interés legítimo es no sólo la necesidad del bien que lo suscita sino también su conveniencia, sin que por ello se legitime cualquier apetito o ventaja sino aquellos que coincidan con el interés general; y para no caer en direcciones meramente utilitarias y materialistas no cabe prescindir al juzgar en cada caso concreto la legitimidad de los intereses invocados, de considerar la justicia de la pretensión y los criterios morales, políticos y sociales sobre los que se funda el bien común y la vida de la Nación, todo mediante valoraciones objetivas de los reclamos que incluyan una estimación prudente de las postulaciones (cfr. GUASTAVINO, Elías P, "Interés legítimo", La Ley 1985-E, 723).

La calidad de "vecino" invocada por el actor adquiere especial relevancia en el presente caso, pues denuncia la concreta afectación de su situación jurídica a la par que proclama la violación de normas de derecho público en el proceso de gestación de su ley magna local. Esa norma cuestionada

impone a la autoridad una obligación de conducta que significa para el particular y la comunidad toda la protección de su situación individual.
El"vecino" debe exigir el cumplimiento de las reglamentaciones cuya observancia está contemplada para el bienestar de la comunidad, y puede reclamar en tanto la afectación concreta se produzca respecto de su situación jurídica (cfr. SCJBA, caso "Rusconi", julio 4-995, L.L. 1996-C, 22, del voto del Dr. Hitters).
De lo dicho, se concluye que el actor se encuentra habilitado procesalmente para solicitar la medida cautelar en los términos que se formulan en su líbelo de inicio.

3.

Sentado ello, y admitida la legitimación procesal del peticionante, corresponde el tratamiento del recurso respecto de la medida cautelar denegada en primera instancia.
La Sra. Jueza de la otra instancia denegó la medida por entender que no se encontraban reunidos los requisitos inexcusables para su procedencia, esto es la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.
Se agravia el actor pues sostiene encontrarse sometido a la vigencia de una ley nula; y que no se trata de una ley común, sino una que regula las relaciones sociales, culturales, productivas y económicas de la Ciudad. Agrega que el peligro en la demora se ve plasmado por la puesta en vigencia de una norma a todas luces inválida.

4.

Un amplio sector de la jurisprudencia viene sosteniendo en reiterados pronunciamientos (ver Fallos 303:625; 307:2267 y jurisprudencia de la CNFed. Contencioso Administrativa) que para el otorgamiento de la tutela cautelar resulta necesario resguardar el interés público comprometido en el

acto administrativo sobre el que recae la medida.

Señala al respecto CASSAGNE ("Las medidas cautelares en el contencioso administrativo", L.L. 2001-B, 1090, LLP 2002, 01.01.2002, 132) que este requisito, que no se funda en norma alguna, ha sido como una muleta procesal creada por los jueces para apoyar el rechazo de medidas cautelares y favorecer a la Administración.

"Si el derecho del particular resulta verosímil y si ha demostrado, llegado el caso, la configuración de una nulidad absoluta y manifiesta, no puede haber interés público que se oponga al restablecimiento efectivo y rápido de la legalidad administrativa", sentencia el autor mencionado. Claro está, que mayor razón habrá cuando dicho interés se encuentra en juego.

Del texto del art. 201 de la Carta Orgánica de 1994 que regía el procedimiento de reforma, surge claramente que *"La Honorable Convención Municipal se reunirá dentro de los treinta días de la fecha en que el Tribunal Electoral haya proclamado a sus miembros, debiendo expedirse dentro de los noventa días del inicio de sus deliberaciones, pudiendo prorrogar sus sesiones hasta noventa días más, si hubiere causa para su postergación"*.

Esta Cámara, a los efectos de expedirse sobre la cautelar solicitada se ha de limitar estrictamente al cómputo matemático de los plazos, de conformidad con los antecedentes agregados en autos y ajustándose a los establecidos en la Carta predecesora.

Así, del acta de fs. 04/05 surge que los Sres. Convencionales se reunieron el 18.09.09 a los fines del art. 201 de la Carta Orgánica, lo que se colige que era ese el *dies ad quem* a los fines del cómputo de los 90 días que la norma contempla. Huelga recordar que la proclamación de sus miembros por el Tribunal Electoral sucedió el 18.07.09, esto es sesenta días antes.

Debe tenerse particularmente en cuenta el texto de dicho acta, a la que los Sres. Convencionales le otorgaron carácter de *"reunión prevista en el art. 201*

de la Carta Orgánica Municipal". No puede conferirse a ella otra interpretación que aquella que indica que dicha asamblea constituyó el día de "inicio de las deliberaciones" a la que se refiere la norma municipal. La misma Convención lo señaló, y surge claramente del texto de fs. 04.

Con respecto a la forma del cómputo de los días, a mérito del mencionado instrumento (ver fs. 05, pto. 3°) se dejó establecido que los días a que se refiere el mentado art. 201 debían computarse como "hábiles administrativos", cuando no surge ello del texto legal que condiciona su funcionamiento.

Se advierte *"prima facie"* que un acta dictada en una sesión (presumiblemente preparatoria, aunque claramente señalada como principiante de las deliberaciones) ha venido a interpretar y modificar el propio texto de la Carta Orgánica vigente a la fecha de tal reglamentación (18.09.09), sin que surjan facultades otorgadas para ello a la H. Convención. Ningún texto legal la habilitaba para ello.

A lo señalado debe adunarse que a esa fecha no sólo no habían reglamentado formalmente su funcionamiento, sino que ni siquiera habían prestado juramento los Sres. Convencionales (que por mayoría decidieron hacerlo el 10.12.09, según el pto. 4°).

Es una verdad axiológica insoslayable que algo no puede ser y no ser al mismo tiempo. Si el *dies ad quem* fue el 18.09.09, desde allí, lógicamente deberá computarse el período que la ley anterior ordenaba para sus deliberaciones. Si lo ha sido el día de la jura, pues no tendría entonces validez lo decidido con anterioridad (verbigracia, la libre interpretación practicada sobre los plazos establecidos en la norma del art. 201), ya que no se entenderían las razones del juramento. De uno u otro modo, sea que se entiendan días hábiles o corridos, los plazos de la norma orgánica local evidentemente se encontraban desbordados al 06.09.10, fecha de su sanción, aun con la prórroga contemplada en la citada normativa.

Tales elementos permiten concluir que existen razones de gravedad institucional en la gestación y desarrollo del proceso constituyente.

No escapa a esta Cámara que los recaudos de viabilidad de las medidas cautelares deben ser ponderados con especial prudencia en tanto una decisión favorable pudiese alterar el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, a fin de evitar excesos jurisdiccionales (cfr. CSJN, "Provincia del Neuquén", 26.09.06, La Ley online). Pero no puede dejar de juzgarse que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia y la fundabilidad de la pretensión, que constituye su objeto.

No depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, ya que ello es lo que permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda relación jurídica (cfr. CSJN, 27/03/2007, "Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c. Provincia de Mendoza").

Surge, a juicio de este Tribunal, de la simple confrontación de fechas y de los textos aludidos, la verosimilitud del derecho exigida como requisito inexcusable para admitir la medida solicitada.

Las medidas cautelares no exigen el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, siendo que el juicio de verdad se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad. (CSJN, 18/12/2003 " S.E. G. c. Provincia de Buenos Aires y otro", LA LEY 2004-C, 464 - DJ 2004-1, 848, AR/JUR/4560/2003).

En cuanto al peligro en la demora, también entiende esta Cámara que se encuentra configurado.

En efecto, nos encontramos en el marco de un proceso ordinario con declaraciones de incompetencia que han de dirimirse, conforme se fundamenta más abajo. En tanto, de la lectura de la Carta Orgánica cuestionada (hasta hoy en vigencia) se desprenden aspectos, verbigracia, de disposición patrimonial (ver arts. 192 a 215), los que bien podrían implementarse y tornarse operativos en el curso de este proceso, causando así un perjuicio irreparable para el erario municipal.

Esto es, el peligro en la demora es un hecho objetivo si se consideran los diversos efectos que podría provocar la aplicación de la norma impugnada, entre ellos, su gravitación económica y los eventuales conflictos que se podrían suscitar con relación a la política de recursos económicos municipales.

"El peligro en la demora debe resultar en forma objetiva de los diversos efectos que podría provocar la aplicación de las disposiciones impugnadas, entre ellos su gravitación económica" (CSJN, 06/12/2005, Fallos : 328:4309).

Es un agravante, como ya se explicitara, que se encuentre comprometido el interés público, que no es siempre el interés que persigue la Administración sino el que representa el interés de la comunidad. Además, en la ponderación hay que hacer un balance entre el daño a la comunidad y el que se le ocasiona al demandante de la suspensión (cfr. Cassagne, op. cit).

En el primer aspecto, la apreciación de si la medida precautoria afecta o no al interés público corresponde al órgano judicial. Y éste ha de ser prudente en el acogimiento de medidas que suspendan normas, que como tales gozan de presunción de legalidad.

Pero, habiendo atendido tales prevenciones, sostiene este Tribunal que es justamente el interés público el que queda afectado de no admitírselas en el marco de la cautelar solicitada. No se trata de un interés público genérico, sino el específico que constituye regirse por una Carta Orgánica, que por un posible proceso de formación deficiente (se han contrastado para ello los

elementos que surgen a simple vista), se erija en una norma viciada de nulidad.

En esa línea de ideas es dable señalar que cuando KELSEN equipara validez de la norma con fuerza vinculante está usando "fuerza vinculante" en un sentido especial (para referirse, por ejemplo, a la circunstancia de que otra norma del sistema prescribe obedecer la norma en cuestión) y que, cuando equipara validez con existencia, "existencia" significa aquí pertenencia de una norma a un sistema jurídico.

Así, en su "Teoría Pura del Derecho" (p. 193) dice: "*Que una norma referida a la conducta de un ser humano es válida significa que es vinculante, que un individuo debe comportarse de la manera determinada por la norma*"(cfr. NINO, Carlos S. "La validez del derecho", ED. Astrea, p. 11).

Si tratándose de la ley fundamental de un municipio, generara a su vez otras normas (como así lo hará, pues constituye su propio fin), y si aquélla fuera anulada, y mantuviéramos su vigencia mientras tanto, se correría el riesgo que las segundas sigan su misma suerte.

Así ha concluido NINO: *"En la teoría de KELSEN, la validez de una norma jurídica requiere que su dictado sea autorizado por otra norma que es, ella misma, válida. El juicio de que cierta norma es válida presupone, por lo tanto, un juicio de que otra norma, que autoriza la creación de la primera sea válida"* (op. cit, p. 11).

En cuanto al segundo aspecto, tanto la comunidad como el peticionante de la medida, como parte integrante de ella, resultan indemnes, en tanto habrán de regirse, hasta que recaiga decisorio en los presentes, por la norma que los venía reglando desde noviembre de 1994.

Corresponde entonces revocar el decisorio recaído en la sede anterior, admitiendo la medida cautelar solicitada, con la prevención formulada en el primer párrafo del ap. 1. de los presentes, y en el carácter de Alzada del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de esta Circunscripción Judicial para entender en una medida cautelar, por él

dictada.

Consecuentemente, corresponde disponer cautelarmente la suspensión de la vigencia de la Carta Orgánica de la Municipalidad de Puerto Madryn sancionada el 06.09.2010 a partir de su notificación al referido Municipio y hasta tanto recaiga decisión definitiva en el presente proceso (arg. art. 234 del CPCC).

5.

Con relación a la contracautela, cabe señalar que, conforme lo indica el art. 201 del CPCC, *"la medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que lo solicitare"*. Esta caución, cuyo monto y calidad discierne al juez *"de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y circunstancias del caso"* (arg. art. 201, última parte) debe ser exigida en todos los casos sin que, en principio, pueda sustituirse por una caución juratoria, a excepción de las hipótesis de máxima verosimilitud del derecho contempladas en el ordenamiento procesal (arts. 211, inc. 2 y 212, inc. 2 y 3 del CPCC). No puede soslayarse que eximir de la contracautela de modo indiscriminado implica consagrar un privilegio inadmisible y una flagrante injusticia (cfr. CASSAGNE, op. cit).

Por tal razón, deberá el peticionante prestar caución de instituciones bancarias o de personas de acreditada solvencia económica (arg. art. 201, última parte del CPCC) dentro del plazo de CINCO (05) días de notificada la presente, bajo apercibimiento de remitirlo al Superior Tribunal de Justicia provincial para que dirima la cuestión de competencia planteada y que se decide mas abajo. Sin imposición de costas, en razón de no haber habido contradictorio (art. 69, 2ª parte del CPCC).

6.

La Sra. Jueza en lo Civil y Comercial de Refuerzo señaló en su decisorio que

la cuestión de fondo que se ventila en autos es materia contencioso administrativa municipal, disponiendo su incompetencia.

En tal sentido, consideró que el art. 127 de la Ley XVI N° 46 atribuye a esta Cámara en grado originario.

El claro texto del art. 132 de la citada ley le niega razón a la sentenciante. El mismo, reza: ”Corresponde a las Cámaras de Apelaciones y del Trabajo conocer originariamente los recursos contencioso-administrativos que se interpongan contra las resoluciones de las Corporaciones Municipales o de los Organismos Autárquicos creados por ellas en ejercicio de sus funciones propias”.

Es del caso señalar que en autos, con abstracción de la forma en que fue deducida la demanda y que es privativa de la decisión de fondo, se pretende la nulidad de una norma que no ha emanado ni del Municipio, ni de un Organismo autárquico creado por aquél. Se trata de una Convención constituyente, elegida por la voluntad popular, con presupuesto propio, autoridades y personal administrativo propio (arg. art. 202, C.O. del 15.11.94). Es decir, el sistema vigente en la Provincia sólo autoriza la intervención originaria de este Cuerpo en supuestos específicos, donde se demanda al Municipio o una entidad autárquica por él creada. En modo alguno computa el examen de una reforma de la carta Orgánica, al menos en grado originario. De otro modo, este Tribunal incurriría en exceso jurisdiccional.

Desde la perspectiva de la técnica jurídica, hallándose en discusión una reforma de la Carta Magna municipal, no sólo es estrictamente legal, sino conveniente y necesario que los tribunales inferiores emitan el juicio que el ordenamiento prevé en el ámbito de sus respectivas competencias.

Por otra parte, al decir de SÁNCHEZ VIAMONTE (SPOTA, Alberto A, “Origen y naturaleza del poder constituyente”, p. 46), “la separación fundamental entre el poder constituyente y los poderes constituidos es la

mayor creación jurídica de aquellos tiempos. En ella se funda el constitucionalismo, con el cual se inaugura la edad contemporánea, y gracias a él, tienen consagración y pueden estar asegurados los derechos del hombre y del ciudadano. La separación y diferenciación claras y precisas del poder constituyente y de los poderes constituidos es un rasgo esencial del Estado de Derecho. Por eso lo atacaban, lo atacan y lo atacarán con espíritu reaccionario los partidarios del absolutismo en cualquiera de sus formas".

Dicho lo cual, ha de afirmarse que el poder constituyente, en cualquiera de sus variantes, opera en un nivel superior, pues es el que establece los principios rectores sobre los cuales se asientan los poderes constituidos. Dicho de otro modo, Convención Constituyente Municipal y Corporación Municipal, son poderes bien distintos.

Se trata del Poder que dicta una norma fundamental, aunque local, que dispone a partir de su vigencia un orden al cual corresponde en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige (cfr. KELSEN, Hans, op. cit., p. 115).

En esa línea argumental, la pretendida disposición del art. 132 resulta inaplicable al caso en cuestión.

Por otra parte, se ha expedido el Superior Tribunal provincial en el caso "S.", ya citado.

En él ha dejado expresado sin duda alguna, y con referencia a un antecedente suyo (SI N° 021/SCA/02), que en el orden provincial no es sólo pertinente discernir la materia, para determinar la competencia para el conocimiento de causas contencioso administrativas, sino también "las personas" que intervengan en el pleito, ya que existen diferencias según el contencioso sea Provincial o Municipal, en la medida en que están regulados por diferentes normas".

De hecho, y como ya se adelantara, a juicio de este Tribunal, no es la

"Corporación Municipal" la legitimada pasiva en estos autos, pues no ha emergido de su seno la reforma cuestionada. En esa lógica, y conforme lo ya sostenido por el Alto Tribunal provincial, se trata de una competencia residual que no puede recaer sino en los Juzgados letrados de Primera Instancia (cfr. pto. I, párr. 3ero de la S.R.O.E 04/10, STJCh). Ello, sin perjuicio de lo estatuido en el art. 179, inc. 1.1. de la Constitución provincial para los supuestos de acciones declarativas de inconstitucionalidad.

Corresponde, consecuentemente, declarar la incompetencia de este Cuerpo para entender en los términos del art. 132 de la Ley XVI, n° 46.

En el entendimiento que a este Tribunal se han girado las actuaciones en su condición de instancia originaria, y frente al conflicto de competencia que se suscita, corresponde su elevación al Tribunal de instancia superior, común a ambos órganos jurisdiccionales (arg. arts. 11 y 13 del CPCC).

Por ello, la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn;

RESUELVE:

1) **DISPONER CAUTELARMENTE** la suspensión de la vigencia de la Carta Orgánica de la Municipalidad de Puerto Madryn sancionada el 06.09.2010 a partir de su notificación al referido Municipio y hasta tanto recaiga decisión definitiva en el presente proceso (arg. art. 234 del CPCC). PREVIAMENTE, deberá el actor prestar caución en autos de instituciones bancarias o de personas de acreditada solvencia económica (arg. art. 201, última parte del CPCC) dentro del plazo de CINCO (05) días de notificada la presente, bajo apercibimiento de remitirlo al Superior Tribunal de Justicia provincial para que dirima la cuestión de competencia planteada y que se decide mas abajo. Sin imposición de costas, en razón de no haber habido contradictorio (art. 69, 2ª parte del CPCC).

2) **DECLARAR** la incompetencia de este Tribunal para entender en las

presentes actuaciones y ELEVAR las mismas al Superior Tribunal de Justicia del Chubut (arg. arts. 11 y 13 del CPCC).

3) **REGISTRESE** y **NOTIFÍQUESE** al actor. Cumplida la caución, **LÍBRESE OFICIO** al Sr. Intendente Municipal de Puerto Madryn.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse vacante una vocalía y concordar en la solución del caso (arts. 1, 2, 3 y 5 de la Ley V N° 17).

REGISTRADA BAJO EL N° /2010 SIC.