000514/2011

Comodoro Rivadavia, de noviembre de 2011.-

VISTOS Y CONSIDERANDO

Estos autos caratulados **"S., G. J. c/MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA Y OTRO s/AMPARO", Expte. N°514/2011**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2, Secretaría N°4 (Expte. N°359/2011), por haber interpuesto y fundado la parte codemandada, a fs. 425/433vta., recurso de apelación contra la providencia de fs.231.-

I.- Se agravia la recurrente por la medida cautelar (clausura provisoria) del salón comercial "E. M.", por considerarla arbitraria, precipitada e irrazonable.- Sostiene que la actora no ha demostrado mínimamente su grado de afectación. Señala que el derecho que pretende conculcado puede ser protegido por otras vías que no violen su derecho de propiedad y el libre ejercicio del comercio. Expone que en el Juzgado de Paz N°2 (prueba documental que acompaña) la actora promovió una demanda contravencional por ruidos molestos, ambos arribaron a una justa composición del conflicto, suscribiendo un acuerdo y abnegando penas. Continúa diciendo que se designó un perito especializado a fin de que realice la obra encomendada y que en fecha inmediata posterior y en un claro acto de mala fe, la actora peticiona la medida mas gravosa para el afectado, la clausura. Remarca que hace menos de un mes el actor aceptó continuar con el trámite entablado en sede judicial a sabiendas del plazo de ejecución, además de negarse injustificadamente a permitir durante extenso tiempo el ingreso a su domicilio para efectuar la medición

acústica, conforme se desprende de las actas de constatación. Afirma que no se observan los presupuestos de las medidas cautelares, la verosimilitud del derecho no es tal, toda vez que la actora se vale de argumentaciones endebles, sin respaldo probatorio. Aduce que el informe del Lic. C. carece de autenticidad, se ha realizado sin su participación, impidiéndole ejercitar el derecho de control. Asimismo, no ha sido realizado conforme lo prescripto por la Ordenanza Municipal N° 3779/91.- Indica que no hay en la actualidad adhesión a la norma IRAM, por lo cual la misma no puede aplicarse, coexistiendo además criterios dispares en relación a la Ordenanza Municipal. Concluye que la normativa aplicable a fin de determinar si el nivel sonoro es considerado molesto o no, es la establecida por la ordenanza mencionada, art.87, específica en el tema. Argumenta que el informe utilizado para fundar la verosimilitud, no precisó el horario de medición ni el ámbito de percepción, como requiere la ordenanza, por lo que frente a estas irregularidades, debe ser descartado. También arguye que no es admisible la medida cautelar si para determinar la verosimilitud del derecho se hace necesario tratar por anticipado los temas que debe ser objeto de la acción principal. También señala que no se acreditó cual sería el peligro que se seguiría de continuar la tramitación del juicio sin disponer de la medida de clausura del salón de fiestas, solamente se limitó a declarar mezquinos e hipotéticos daños, los cuales rebate. Asimismo se agravia de la irrisoria suma decretada en concepto de caución, toda vez que los daños que provoca la medida ha sido erróneamente valorada, transformándose en

ilusoria desde que no se reparó en el perjuicio económico que ella acarrea.-

II.- La actora promueve la presente acción de amparo a fin de obtener la clausura provisoria y el acondicionamiento acústico que sea necesario del local comercial en el que funciona el Salón de Fiestas "E. M." por la constante emisión de sonidos por sobre los niveles normales de tolerancia y en horarios no permitidos que afectan su descanso y el de su grupo familiar. Relató que vive en una vivienda sobre calle Colonos Galeses N°**** y que lindero a su vivienda a la altura catastral N°**** funciona un salón de eventos "E. M.", explotado por la Sra. P., en el que realizan eventos hasta altas horas de la madrugada, especialmente los fines de semana, haciendo imposible el descanso normal y habitual de los vecinos linderos, por lo que ha llegado a tener que trasladarse al departamento de su hermano los fines de semana.-

Precisó que luego de sendos reclamos e informes técnicos y a través de mediciones y actas notariales se ha comprobado que los niveles de emisión sonoros superan los límites establecidos, no solo por el ordenamiento jurídico municipal sino también por la Organización Mundial de la Salud, sin perjuicio de lo establecido en el art. 2618 del C.C.-

Señaló que se encuentra violado en forma continua y actual el derecho al descanso consagrado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la salud, y al medioambiente sano y equilibrado. Invocó normas que protegen la contaminación ambiental por ruidos, art. 41 de la Constitución Nacional, art. 2618 del C.Civ., art. 109 de la Constitución Provincial y 14 de la Carta Orgánica

Municipal, Ordenanzas Municipales 5382/94; 5874/99 art. 283 que refieren a las condiciones estipuladas en las Normas Iram 4044, 4063 en lo referido a exigencias mínimas de aislación sonora entre viviendas.-

Agrega que hasta el inicio de la presente medida el comercio no posee habilitación comercial, contraviniendo abiertamente lo normado por las Ordenanzas N° 1082/81 art. 2 inc. o, N° 920/81 y 1633/82 art. 1, que específicamente disponen la previa habilitación comercial para poder funcionar.-

Relató y acompañó constancias, que en el año 2007 inició reclamo ante la Municipalidad y ante la policía formando los expedientes administrativos, N° 3611/2007 "B., M. G. s/ Habilitación Comercial del local comercial sito en calle Colonos Galeses N° **** B° Roca, para explotar rubro salón de fiestas" y con fecha 02 de junio de 2010 se inicia el expediente administrativo N° 3027/2010 "P., Z. V. s/ Habilitación Comercial del local comercial sito en calle Colonos Galeses N° **** B° Roca para explotar rubro: salón de eventos".- Señala que al ser requerida la Sra. P., presenta informe de determinación física y presión sonora realizado por la C. D. T. de M. D. C. L., quien por otra parte no acredita idoneidad técnica ni profesional para determinar qué cantidad y calidad de material es necesario para evitar el escape de sonido hacia el exterior y vecinos lindantes.-

Su parte presentó informe de los estudios de medición por parte del Lic. C. comprobándose que el local "E. M." produce ruidos molestos hacia la vivienda ubicada en Colonos Galeses N° ****, asimismo se han efectuado actas de

constatación por la Escribana S. con fechas 06 y 14 de noviembre de 2010 y 17 de abril y 30 de julio de 2011.-

Señala que la Sra. P. continuó con la explotación del local y con fecha 09 de enero de 2011 se procede a una nueva clausura preventiva, por no contar con el certificado de habilitación municipal.-

Agrega que a la fecha del presente, aún estando clausurado por la corporación municipal y sin habilitación municipal continúa funcionando y pese a hacer reiterados reclamos ante el municipio local, se siguen ocasionando ruidos molestos en horas de descanso.-

Indicó que actualmente existen formas de acondicionar acústicamente este tipo de locales, con materiales aislantes.-

Solicitó como medida cautelar la clausura provisoria tendiente a impedir que se sigan verificando los resultados dañosos, hasta la resolución del presente.-

A fs. 680 y vta. la actora ha hecho uso de la facultad que le confiere el art. 11 de la Ley V N° 84.-

III.- Corresponde recordar que la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora constituyen los requisitos específicos de fundabilidad de la pretensión cautelar y junto con la contracautela, configuran la tutela precautoria en nuestro régimen procesal.-

Respecto del primero de estos recaudos, reiteradamente se ha sostenido que en el análisis de cualquier medida cautelar, es menester partir de la base que la precautoria a dictarse debe significar un anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional,

para impedir que el derecho cuyo reconocimiento pretende obtener a través del proceso pierda su virtualidad o eficacia durante el lapso que transcurre entre su iniciación y el pronunciamiento de la sentencia definitiva (conf. Falcon: "Código Procesal" T. I, 234/5/6, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1988, Fassi: "Código Procesal", T.2 pág. 40/1, Ed. Astrea 1989, Eduardo de Lazzari "Medidas Cautelares", tomo 1, p. 19, 2da. edición, Ed. Librería Editora Platense, La Plata, 1995; CN Fed Contencioso administrativo, Sala IV, enero 16, 1995).-

Ello así, por cuanto, dadas las características del proceso cautelar, no puede pretenderse un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el principal, sino solo uno periférico o superficial, encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad sobre la existencia del derecho discutido y la probabilidad de éxito por parte de quien la pretende, además de contener los requisitos del art. 197 segundo párrafo del Código de Procedimientos. Es que, "la verosimilitud del derecho debe ser entendida como la probabilidad de que el derecho exista, y no como una incontestable realidad, que sólo se logrará al agotarse el trámite" (De Lazzari, opus cit. P. 24).-

En el caso, el actor ha peticionado una medida cautelar consistente en la clausura provisoria del local (salón de fiestas- "E. M."), tendiente a impedir, hasta la resolución del principal, que se sigan verificando los resultados dañosos a él y su familia. Surge de la documentación acompañada y del relato de los hechos la verosimilitud del derecho que invoca.-

Observamos que del Expediente Administrativo N° 3027/P/2010 "P., Z. V. s/ Habilitación Comercial del Local sito en calle Colonos Galeses N° **** B° Roca para explotar rubro: Salón de Eventos" surge, conforme informe de la Asesoría Letrada de fecha 20 de octubre de 2011 (fs. 64), que el local en cuestión no posee habilitación comercial y que está pendiente de cumplimentar con informe de Estudio Acústico. Agrega que mediante Acta N° 58450 de fecha 09/01/2011 se efectúa Clausura y que dichas actuaciones se elevan al Juzgado de Faltas N° 1. Asimismo informa que el 17/04/2011 a las 2:30h se presentan Inspectores de Habilitaciones y de Subsecretaria de Medio Ambiente con el Ing. C., en el domicilio en cuestión para realizar el estudio de acústica, y el Sr. S. no permite el ingreso (Acta N° 6401 de Medio Ambiente).-

Asimismo a fs. 66 obra copia del Acta por constatación N° 58450 de fecha 09 de enero de 2011, donde consta la clausura del local por falta de certificado de habilitación, infringiendo la Ordenanza Municipal N° 1082/81 art. 2. A fs. 67 obra Acta por Constatación N° 61999 de fecha 21 de octubre del corriente año donde no contando con habilitación comercial se restituye la faja de clausura.-

Con los elementos administrativos a que se ha hecho referencia en los precedentes párrafos, cabe concluir que hay apariencia de buen derecho para confirmar la medida cautelar despachada en la instancia de origen, pues se aprecia en concreto, que está pendiente de cumplimentar el informe de estudio acústico y la actora no posee certificado de habilitación comercial para funcionar.-

Por otro lado, no se puede desconocer que existe una moderna tendencia en materia de medidas precautorias que revierte el sentido tradicional de las mismas, en orden a que su interpretación debe ser restrictiva por cuanto son de carácter excepcional, orientándose hacia un criterio amplio en torno a su admisibilidad que permita la adecuada tutela de las pretensiones articuladas y evite la eventual inocuidad de los pronunciamientos (esta Cámara, Sents. Ints. Nros. 164/1986, 28/87, 76/87, entre otras), habiéndose acogido esta tendencia por éste Cuerpo (sala A, Sent. Int. N°s.: 122/98, 172/99, G.… SI 204/02, entre otras).

Finalmente, no podemos soslayar que la actora no cuenta con habilitación comercial para explotar el local, dicha circunstancia no escapa a la autoridad administrativa ni judicial, conforme las Actas de constatación obrantes en autos.-

Debe señalarse además, que al existir clausura del local impuesta por la autoridad administrativa, ninguna actividad puede desplegar allí válidamente la codemandada.- Es sorprendente entonces que la propia codemandada traiga a éste proceso documentos comerciales de los que resulta la realización de eventos en franca violación a la orden de clausura y en los que se consigna la participación de un número de personas (100 ver fs.385) superior a número de 72 autorizada como máximo de personas conforme superficie del local, informe de fs. 266, de fecha 29 de agosto de 2011, de la Asesoría Letrada de la Dirección de Obras Particulares.-

En atención a las circunstancias mencionadas están verificados los presupuestos generales para la confirmación de la medida cautelar -

clausura provisoria- hasta tanto recaiga sentencia definitiva en la acción principal.-

En este contexto, se concluye que los agravios deben desestimarse y confirmarse la providencia de juez de grado.-

IV.- Costas de la Alzada a la codemandada vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota art. 69 del C.P.C.C.Ch.- Los honorarios profesionales se fijarán teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, el mérito de la labor desarrollada, éxito obtenido y situación económica de las partes (arts. 5, 6, 6bis. 13, 32, 35, 46 ley XIII N° 4 modif. N° 15).

Por ello, la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1) Rechazar el recurso interpuesto y fundado por la codemandada a fs. 425/433vta. y confirmar la providencia de fs. 231 en su parte pertinente.-

2) Costas al codemandado vencido, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de las Dras. L. M. y R. O., conjuntamente, en la suma equivalente en OCHO (8) JUS y los Dres. O. H. e I. C., conjuntamente, en la suma equivalente a TRES (3) JUS.-

3) Regístrese, notifíquese, devuélvase.-

La presente Resolución se dicta por dos vocales de Cámara en razón de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara, Dr. Julio Antonio Alexandre y concordar en la solución del caso (ley V N°17 D.J.).-

REGISTRADA BAJO EL N° 204 DEL AÑO 2011

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS