RAWSON, 29 de Noviembre de 2.011.-

------ **VISTO:** ----------

------ Estos autos caratulados: **"C., A. D. c/ MUNICIPALIDAD de LAGO PUELO s/ Recurso Contencioso Administrativo"** (Expte. N° 22.353-C-2.011).----------

------ **DE LOS QUE RESULTA**: ----------

------ Conforme surge de autos, se presentó ante la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel la Sra. A. D. C., quien por derecho propio y con patrocinio letrado promovió acción declarativa de inconstitucionalidad contra actos administrativos dictados por la Municipalidad de Lago Puelo, los que identificó como Resoluciones Municipales N° 545/11 MLP, 417/08 MLP, 691/09 MLP y Ordenanza Municipal N° 072/08 ML.----------

------ Para justificar la procedencia de la acción intentada indicó que agotó la vía administrativa y -conforme manifestó-, no ser procedente la acción de amparo no le quedó otra alternativa que peticionar la declaración de inconstitucionalidad de los actos administrativos ya referidos.----------

------ Relató que es titular de un local bailable (bar) emplazado sobre la Ruta N° 16, Paraje E. R., de la localidad de Lago Puelo y que desde el comienzo de la explotación contó con las habilitaciones pertinentes.

Aseveró que el comercio funcionó de manera ininterrumpida desde el año 1954 en las instalaciones enclavadas sobre un inmueble de propiedad familiar. ----------

------ Rememoró que en el año 1953 su esposo -ya fallecido- donó al Estado Provincial una parcela para la instalación de un establecimiento educativo, y que allí funciona en la actualidad la escuela N° 109 de Paraje E. R. Comentó que por esa razón el establecimiento educativo ha quedado lindero al predio donde explota su negocio.------

------ Refirió que el 14 de agosto de 2008 la Municipalidad de Lago Puelo dictó la Ordenanza N° 072/08, por la que se dispuso la imposibilidad de establecer (entre otros) locales musicales y bailables en un radio no menor a cien (100) metros de establecimientos educativos, religiosos u hospitalarios, tomando como referencia los límites exteriores de los inmuebles donde se asienten. Con base en dicha ordenanza se dictó la Resolución Municipal 417/08 MLP que ordenó suspender la Resolución N° 865/06 que le había otorgado una habilitación comercial por cinco años. Manifestó que recurrió dicho acto pero el ejecutivo municipal dictó la Resolución N° 691/09 MLP, que tuvo por caducada automáticamente la habilitación comercial.------

------ Contra dicha resolución promovió acción de amparo, tramitada en los autos caratulados “C., A. D. c/ MUNICIPALIDAD DE LAGO PUELO s/ AMPARO” (Expte. N° 329 –Año 2009), la que fue rechazada in límine por entender el juzgador que existe otra vía mas idónea para

cuestionar los actos administrativos. ----------

------ En forma resumida expuso que con el dictado de la Ordenanza y sus Resoluciones se le impide seguir trabajando honestamente como lo hiciera durante muchos años.----------

------ En el acápite VIII de la demanda peticionó se dicte una medida cautelar innovativa, y se ordene a la Municipalidad de Lago Puelo que retrotraiga su situación jurídica a la que tenía con anterioridad al dictado de los actos atacados.----------

------ Consideró que la verosimilitud del derecho surge en forma palmaria del relato de los hechos efectuado, del derecho invocado, de la documental acompañada y de la obrante en la acción de amparo, que ofreció como prueba. Para el supuesto que no se considerara acreditado en forma suficiente el recaudo, peticionó que como prueba anticipada se requiera por oficio el expediente donde tramitara su acción de amparo, y se ordene producir la declaración de los testigos propuestos.----------

------ El peligro en la demora lo fundó en que la explotación comercial constituye el único ingreso de la actora y de su familia, y en que la sentencia sería de cumplimiento imposible si los actos administrativos atacados tuvieran plena vigencia durante la tramitación del proceso, atento el daño patrimonial infringido.----------

------ Como contracautela ofreció caución juratoria de responder por los eventuales daños y perjuicios que la medida pudiera ocasionar. Formuló petitorio de estilo.----------

------ La Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel denegó la medida cautelar en tanto entendió que con los dichos de la peticionante y la documental acompañada no se acreditó la ilegitimidad de los actos emanados del HCD y la MLP, puesto que sólo una arbitrariedad e ilegalidad manifiesta justifican la suspensión de los actos administrativos de carácter individual, en tanto se exige el máximo grado de prudencia para evitar caer en exceso jurisdiccional en menoscabo de los poderes y funciones atribuidos a las autoridades administrativas.----------

------ Añaden los Camaristas que tampoco se acreditó el peligro en la demora, en tanto no basta la eventual producción de un perjuicio importante sino que la magnitud de dicho perjuicio debe ser tal que, la no suspensión de los efectos del acto provoque un daño grave e irreparable. Señalaron que no existe perjuicio irreparable en tanto los interesados cuentan con las acciones ordinarias mediante las cuales podrán perseguir la reparación del daño que será asumido por el Estado Municipal atento la pretensión de solvencia que inviste.---------

------ La accionante plantea recurso de apelación y nulidad en los términos del art. 138 de la Ley XVI N° 46, y concedido, a fs. 48/52 presenta el memorial. Expone la recurrente que el antecedente de la resolución recurrida corresponde al recurso contencioso administrativo

interpuesto contra los actos administrativos dictados por la Municipalidad de Lago Puelo.----------

------ Se manifiesta agraviada por el carácter restrictivo otorgado a las medidas cautelares contra actos de los poderes públicos en virtud de la presunción de legitimidad de la que gozan. Entiende que dicha postura no condice con la doctrina que emana de lo normado en el art. 43 de la C.N. reformada en 1994, que consagra un cambio axiológico basándose en el principio democrático y republicano de la tutela judicial efectiva del administrado frente a los presuntos atropellos a sus derechos por parte de los órganos administrativos.----------

------ Controvierte en su segunda queja lo afirmado por la Cámara de Apelaciones en orden a que con la documental acompañada no se acreditó la ilegitimidad de los actos administrativos opugnados. Entiende aquí que se omite considerar que para demostrar la verosimilitud del derecho ofreció como prueba anticipada la remisión "ad effectum videndi" del expediente correspondiente a la acción de amparo previamente iniciada y la producción de la prueba testimonial. Acusa a la sentencia de arbitraria por ser violatoria del debido proceso adjetivo previsto en el art. 18 de la Ley Fundamental, y que significa el derecho a exponer y esgrimir las pretensiones, ofrecer y producir las pruebas que avalen las exposiciones realizadas como a obtener una resolución fundada.----------

------ Como tercer agravio cuestiona el razonamiento formulado en la decisión recurrida en cuanto a la ausencia de perjuicio irreparable, dado

que en el marco de las acciones ordinarias conferidas por el ordenamiento jurídico se puede perseguir la reparación del daño contra el Estado Municipal atento la pretensión de solvencia que inviste.------

------ Puntualiza que la prevención del daño constituye una de las finalidades del sistema de la responsabilidad civil, y que denegar una medida cautelar tendiente a prevenir o atenuar un daño con el argumento que en caso de producirse éste el peticionante puede entablar una acción resarcitoria posterior es ir en contra de la actual tendencia.----------
---

------ A fs. 59 y vta. emite dictamen el Sr. Procurador General, quien observa que “Corresponderá a la Cámara de Apelaciones, al despachar liminarmente la acción, analizar y resolver acerca de la competencia -con especial atención a lo dispuesto por el art. 179, 1.1 de la Constitución Provincial- así como acerca de admisibilidad de la acción contencioso administrativa municipal, al amparo de los diversos precedentes que al respecto ha dictado ese Superior Tribunal de Justicia”. Luego, en referencia concreta al rechazo de la medida cautelar, entiende que el criterio de la Cámara de Apelaciones es acertado e interpreta en forma correcta la doctrina sentada por este Superior Tribunal y la Corte Federal.----------

------ A fs. 61 se advierte que en los autos se habría planteado una acción declarativa de inconstitucionalidad de Ordenanza Municipal, y que se encontrarían involucradas cuestiones de competencia, a tenor

del art. 179 inc. 1.1 de la Constitución Provincial, por lo que se da intervención al Pleno del Superior Tribunal.----------

------ **CONSIDERANDO:** ----------

------ Que arriban a conocimiento de este Superior Tribunal los presentes autos en ocasión del recurso de apelación y nulidad previsto en el art. 138 de la Ley XVI N° 46 contra la decisión de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel, registrada bajo el N° 130/2011, que no hiciera lugar a la petición de una medida cautelar formulada por la actora.----------

------ Concedido el remedio a fs. 47, la actora presenta memorial a fs. 48/52 y el Sr. Procurador General emite dictamen a fs. 59 y vta. Al encontrarse los autos en estado de resolver por la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de Familia y de Minería, observa que en los presentes autos se habría planteado una acción declarativa de inconstitucionalidad de Ordenanza Municipal y que se encontrarían involucradas cuestiones de competencia a tenor del art. 179 inc. 1.1 de la Constitución Provincial, por lo que dejó sin efecto el llamamiento y dispuso la intervención del Pleno.----------

------ I.- Las circunstancias referidas imponen la necesidad de establecer, de modo preliminar, si es atinente en esta instancia resolver sobre la competencia del Tribunal o Juzgado llamado a decidir; entendida aquélla como la capacidad o aptitud que reconoce la ley a

cada órgano o conjunto de órganos judiciales para ejercer sus funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante una determinada etapa del proceso.----------

------ En este punto se advierte que la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel no se ha expedido sobre tal presupuesto procesal de su intervención, y circunscribió su actuación al análisis de la procedencia de la medida cautelar peticionada. Por lo tanto, como lo advierte el dictamen del Sr. Procurador General, corresponderá que esa Cámara, al tiempo de despachar liminarmente la acción proceda a analizar y resolver acerca de su competencia, teniendo en cuenta el objeto de la demanda incoada.----------

------ Que de esta forma, este Superior Tribunal entiende que al no existir pronunciamiento sobre este recaudo procesal emanado del Tribunal elegido por la actora para promover su acción, no corresponde en este estadio procesal expedirse al respecto.----------

------ II.- En orden a la medida cautelar peticionada, como ya se expusiera en el Visto, aún cuando el Recurso de Apelación deducido lo es en los términos del art. 138 de la Ley XVI N° 46, en atención al trámite dado a estos autos, este Pleno procederá a su resolución, a fin de evitar mayores dilaciones en el curso del proceso.----------

------ Atinente al carácter restrictivo del análisis de la procedencia de la cautelar peticionada, cabe recordar que es criterio de este Tribunal -en

Pleno-, que la medida precautoria contra actos de los poderes públicos -en general- en virtud de la presunción de legitimidad de la que gozan, no puede aplicarse automáticamente para admitir su suspensión, no obstante lo cual procede excepcionalmente, previa acreditación de los requisitos que condicionan su viabilidad, los que habrán de ser apreciados con mayor estrictez (S.I. Nº 12/SROE/10).----------

------ También se ha señalado que cuando la medida -en el orden provincial- se traduzca en evitar la consecuencia de Leyes y Decretos, la misma debe considerarse con un criterio restrictivo y excepcional. Este criterio es completamente trasladable al orden municipal, en cuanto lo que se está cuestionando es una Ordenanza local de carácter general. En este sentido, hemos adherido a la posición que indica, que la presunción de validez que ostentan los actos administrativos y legislativos, -y sustenta aquella doctrina- "debe ceder cuando se los impugna sobre bases "prima facie" verosímiles" (CS Fallos 250:134, 251:336, 307:1072, 314:695, "Obra Social de Docentes..." del 15/2/94, "Baliarda..." del 30/5/95. "Espinoza Buschiazzo..." del 30/8/95). Fundamentalmente por cuanto, como lo ha entendido la Corte Suprema, la medida cautelar peticionada en autos constituye una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (conf. Fallos: 316:1833, 319:1069 y 320:1633). En idéntico tenor, se ha indicado que en tanto la medida cautelar

innovativa adelanta virtualmente la pretensión principal, sólo debe decretarse en supuestos excepcionales pues de lo contrario puede violarse el derecho de defensa en juicio (CNCiv, Sala A, LL 1997–F–936). ----------

------ Sin perjuicio de lo señalado, puede además mencionarse

-siguiendo a PEYRANO- que la procedencia de una medida innovativa presupone la concurrencia de los tres requisitos comunes a toda cautela -fumus bonis iuris, periculum in mora y contracautela- y además debe estar presente un cuarto requisito, que le es propio y característico: la irreparabilidad del perjuicio o del daño infligido por la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar ("El proceso atípico", Peyrano-Chiappini, Ed. Universidad, parte segunda pág. 20/21). En este marco, y puesta a analizar la Alzada si la petición reunía los recaudos referidos para su procedencia, entendió que no se acreditó la alegada ilegitimidad de los actos administrativos atacados, y acotó que ésta debe surgir en forma manifiesta. Tampoco encontró acreditados el peligro en la demora y la irreparabilidad del perjuicio.----------

------ La queja de la actora referida a que en el análisis de la verosimilitud del derecho la Cámara de Apelaciones omitió considerar que para demostrar tal extremo ofreció como prueba anticipada la remisión “ad effectum videndi” del expediente correspondiente a la acción de amparo previamente iniciada y la producción de la prueba testimonial es claramente improcedente. Olvida la quejosa que la verosimilitud del derecho debe desprenderse de las propias constancias del expediente, sin necesidad de remisión a la producción de pruebas aún no incorporadas, como, por ejemplo, la testimonial. Así, se ha dicho que la ésta “...debe surgir manifiesta de los elementos obrantes en la causa y resulta improcedente el análisis exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, cuya naturaleza y extensión habrán de ser dilucidadas con

posterioridad”... (Conf.: Pablo GALLEGOS FEDRIANI- “El Control Judicial de la Administración - Medidas Cautelares - Derecho Procesal Administrativo - Hammurabi -T° I- pág. 746)” (S.I. N° 05/SCA/10 y 20/SCA/11).----------

------ Tampoco es adecuada la impugnación dirigida a cuestionar la decisión recurrida en cuanto entiende que no existe en autos irreparabilidad del perjuicio, por preservar siempre la accionante la facultad de formular un eventual reclamo contra el Estado Municipal tendiente a la reparación del perjuicio.----------

------ El argumento traído en su recurso por el recurrente se limita a cuestionar el juicio expuesto por los Sres. Camaristas sin demostrar el error de aquélla conclusión. Pero no sólo esta razón podría sustentar el rechazo del recurso sino que, vale aclararlo, el decisorio apelado es concordante con el criterio que este Superior Tribunal viene exponiendo en cada ocasión que ha resuelto peticiones cautelares innovativas en instancia originaria (S.I. 12/SROE/10). En forma coherente con ello, refiere MAIRAL, Héctor A. que “…En ausencia de un vicio manifiesto, el particular deberá demostrar que la ejecución del acto le acarreará un perjuicio grave y de tal naturaleza que la sentencia que finalmente se dicte en su favor no podrá restablecer la situación anterior a dicha ejecución o, por lo menos, que dicho perjuicio excede considerablemente el daño emergente de la suspensión del acto” (Control Judicial de la Administración Pública, Ed. Depalma, 1984, Tomo II, pág. 816). ----------

///

------ En este orden, puede observarse que la recurrente no demostró que la resolución sobre el fondo de la cuestión -de serle favorable- pueda tornarse de dificultosa o imposible ejecución, atento la falta de cuestionamiento acerca de la solvencia de la demandada.----------

------ Por lo hasta aquí señalado, corresponde rechazar el recurso deducido y confirmar la resolución apelada en todas sus partes.---------

------ Por ello, el Superior Tribunal de Justicia, en Pleno: ----------

---------- **R E S U E L V E** ----------

------ 1º) **RECHAZAR** el Recurso de Apelación Ordinaria interpuesto a fs. 46 y fundado a fs. 48/52.----------

------ 2º) **COSTAS** a la recurrente. Regular los honorarios del letrado interviniente en el mínimo legal de 8 (ocho) JUS (art. 7 última parte de la Ley XIII N° 15).----------

------ 3º) **REGISTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------ La presente se dicta con cinco Miembros, por encontrarse ausente, en uso de licencia, el Señor Ministro, Dr. Daniel Luis CANEO.----------
---

///

Fdo. Dr. Jorge PFLEGER-Dr. José Luis PASUTTI-Dr. Daniel A. REBAGLIATI RUSSELL-Dr. Alejandro Javier PANIZZI-Dr. Fernando S. L. ROYER.----------

RECIBIDA EN SECRETARIA EL **02** DE **DICIEMBRE** DEL AÑO **2.011**

REGISTRADA BAJO EL N° **33** S.R.O.E. CONSTE

///