--- Trelew, de septiembre de 2012.-

--- **Y VISTOS**: La resolución de fs. 108/109, el recurso de apelación de fs. 110/113vta., concedido en relación y con efecto devolutivo a fs. 115, y ----------

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

--- **I.-** Que la jueza "a quo" por la resolución de fs. 108/109 no hizo lugar a la medida cautelar solicitada a fs. 87/vta.----------

--- Consideró respecto de la verosimilitud del derecho invocado que, en lo fundamental, el caso trata de dos situaciones diferentes: la autorización para construir un edificio (oficina y depósito) y la actividad a la que se destinará en el futuro por la propietaria (depósito de elementos de farmacia y perfumería); y que los presentantes no acreditaron que la construcción o la actividad futura cause perjuicio a la salud humana; no argumentaron que la obra en construcción transgreda la normativa municipal que autoriza toda obra; el municipio autorizó la obra a través de un procedimiento administrativo que se presume legítimo y postergó la habilitación de la actividad comercial para el momento en que se efectivice. Invocó doctrina al respecto.----------

--- En relación con el peligro en la demora, en particular, expresó que no se acreditó que la situación fáctica dada por la obra altere o modifique la relación jurídica y que ello pueda influir en la sentencia o traducirla en ineficaz, desde que, agregó la magistrada, lo que se presume nocivo para la salud es la actividad y ella está sujeta al control futuro del organismo público.----------

--- También consideró que el derecho al ambiente y el derecho a la salud invocados no permiten soslayar la acreditación sumaria de la existencia de tal derecho, máxime si, como en el caso, añadió la jueza, con la cautelar se afectan derechos de terceros no demandados en autos. Citó jurisprudencia sobre el punto.----------

--- En suma, sobre esta base rechazó la medida cautelar solicitada.----------

--- **II.-** Contra esta decisión se alzaron los amparistas a fs. 110/113vta.----------

--- En lo pertinente, se agraviaron afirmando que la jueza "a quo" realizó un examen y apreciación parcial de la prueba y se apartó de la solución legal del caso.----------

--- Se agraviaron porque: la jueza consideró que no se acreditó que la obra en construcción transgreda la normativa del municipio, y agregaron que en la demanda indicaron que la construcción en una zona prohibida por la Ord. Nº 10565 fue iniciada y requiere una solución urgente; la magistrada omitió considerar la actuación arbitraria e ilegal del municipio que vulnera, según expresaron, la división de poderes, el derecho al ambiente sano y el derecho a la salud de los amparistas y demás derechos que invocados en la demanda no fueron considerados por la decisión; la jueza "a quo" presume que almacenar medicamentos es la actividad que se desarrollará, cuando en la demanda acreditaron categóricamente –afirmaron– que esa es la actividad, y remiten a la prueba aportada; no advierten los amparistas, dicen, cuál es la relevancia del informe técnico al que remite la jueza, cuando la propia Ordenanza en cuestión establece el lugar donde establecer comercios e industrias según la actividad; afirmaron los recurrentes que el legislador ha distinguido zonas residenciales, comerciales e industriales por el planeamiento de la ciudad; agregan que si bien las construcciones no contaminan "per se", resultan potencialmente dañosas para la salud y el medio

ambiente el destino que se le va a dar una vez concluida, y consideran que es el destino de la obra lo que determina la decisión de realizarla.----------

--- También se agraviaron de la analogía que empleó la magistrada de grado entre el depósito en construcción para almacenar medicamentos y perfumería y las farmacias minoristas, insistiendo que el depósito se realiza en una zona no permitida y que debe distinguirse el almacenamiento a gran escala según la lógica que pregonan: a mayor sustancias, mayor perjuicio para la salud. Además, afirmaron que la jueza "a quo" no consideró la naturaleza de los productos que se pretende almacenar, y no reparó que en el proceso de habilitación comercial el área de Inspección General otorga (?) al área de Planeamiento la responsabilidad de verificar y controlar el cumplimiento de la ordenanza en cuestión. Y por ello atacaron los argumentos de la demandada (sic) sobre la habilitación una vez construido el edificio que, según infieren, compartiría la magistrada. Especularon que nadie realiza una construcción sin saber si asegurarse la viabilidad de la inversión.----------

--- Se agraviaron también de que la jueza considere necesario acreditar sumariamente el daño en los supuestos reclamados, y con mayor razón cuando puede afectarse derechos de terceros no demandados, porque estimaron que con la medida se evita paradógicamente —según su punto de vista— mayores perjuicios a ese tercero y a los posibles afectados.----------

--- En relación con el peligro en la demora, afirmaron los recurrentes que se encuentra acreditado pues desde que se inició el proceso han transcurrido quince días y por el tipo de construcción (en seco, agregaron) en breve estará en condiciones de funcionar, y se agraviaron también del tiempo que resta transcurrir del proceso implica hasta el dictado de la sentencia. Invocan el ineludible cumplimiento y realización del estudio de impacto ambiental, el principio precautorio en materia ambiental del art. 2º de la ley 25.675, que imponen a la demandada, dicen, acreditar haberlo realizado. Citaron jurisprudencia.------

--- Agregaron, por último, que la habilitación comercial para funcionar ya ha sido otorgada desde que la Droguería funciona en otro lugar de la ciudad, y le bastaría, dicen, realizar un cambio de domicilio para comenzar la actividad en el lugar que cuestionan.----------

--- Sobre esta base solicitaron que se decrete la medida cautelar dejando sin efecto la autorización de construcción y la inmediata suspensión de las obras.----------

--- **III.-** Así planteada la cuestión, corresponderá confirmar la decisión de grado en lo que ha sido objeto de agravio por las razones que se exponen a continuación.----------

--- En autos se planteó en forma conjunta un amparo y una medida cautelar innovativa contra una autorización municipal para construir un edificio, otorgada a un tercero, en razón de su ubicación y el destino.----------

--- La jueza "a quo" desestimó la medida cautelar, en lo pertinente, por cuatro razones: se trata de dos situaciones diferentes y no se acreditó que la construcción del local o la actividad a desarrollar en él sea perjudicial del modo que pretenden los amparistas; no se acreditó que la construcción transgreda la normativa municipal; el acto administrativo de autorización se presume legítimo y postergó la habilitación de la actividad para el

momento que se efectivice; no se acreditó que la situación fáctica dada por la obra altere o modifique la relación jurídica de modo que pueda influir en la decisión final, desde que lo que se presume nocivo sería la actividad y ésta está sujeta a control futuro del organismo.----------

--- Los propios recurrentes reconocen que la obra en sí no es perjudicial ("no contaminan per se", sic a fs. 111vta.) sino en razón de la actividad a la que —afirman— se destinará y cuestionan por su ubicación. Sin embargo, requieren la inmediata suspensión de la obra y que se deje sin efecto la autorización para construir.----------

--- Para justificar esta medida los recurrentes invocan en abstracto los derechos a la salud, al medio ambiente etc., y, a más de insistir en las razones de la presentación, en autos obran, en concreto, constancias documentales (actas notarial de constatación y fotografías del lugar, copias simples de actos de terceros, copias de actuaciones administrativas, referidas a los años 2004 y 2006, copias de la oposición formulada por los recurrentes ante la administración en junio de 2012 y de su rechazo sin datos ni fecha) que podrían justificar un reclamo por la obra y una eventual cuestión estética, que no se invocó; más nada se acreditó sobre el modo en que la actividad futura conculca actualmente los derechos generales que se alegan en particular, de modo que en este estadio aparezca verosímil el derecho cuya tutela se pretende.----------

--- A lo anterior, cabe sumar, y no puede soslayarse, que la autorización municipal que pretende suspenderse preventivamente es un acto administrativo que, como tal, debe presume legítimo hasta que se declare lo contrario por el órgano competente; y que el propietario de la obra no ha sido demandado, ni citado como tercero, no obstante que la decisión que se pide necesariamente repercutirá en el ejercicio de lo que puede estimar que son sus derechos (conf.: PALACIO, Lino E., "Derecho procesal civil", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2ª ed., act. Camps, T. VIII, ps. 151-152). Esto hace que la medida cautelar deba ser considerada con criterio restrictivo, y más cuando su otorgamiento implica un adelanto de jurisdicción que coincide con el objeto de la demanda.----------

--- Al respecto, tiene dicho el Superior Tribunal de Justicia en la S.D. nº 15/SCA/2006 en "G., J. C. c/ Instituto Autárquico de C. y F. R. s/ Demanda Contencioso Administrativa" (expte. N° 19.815-G-2004) que, "en virtud de la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos, se estima que toda actividad de la Administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, y esta presunción subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente" (en el mismo sentido: CS, 20/08/1996, "Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c/ Banco de la Nación Argentina s/ juicios de conocimiento", Fallos 319:1476).----------

--- Y, respecto la tutela que se solicita (innovativa para que se deje sin efecto la autorización de construcción y se ordene la inmediata suspensión de las obras, sic a fs. 87 y 113vta.), siendo ésta de naturaleza excepcional, porque al alterar ese estado de hecho o derecho existente al tiempo de su dictado configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, "justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión" (CS, 24/08/93 en "Bulascio c/ Bco. de la Nación Arg."; ídem 25/6/96 en "Pérez c. Estado Nacional", entre otros).--------

--- En esa línea de pensamiento, esta Sala tiene dicho en la S.I.C. Nº03 de 2011 - "G. c/ A. R. a C. s/ Cumplimiento" (expte. nº 547 – año 2010), S.I.L. Nº 48 de 2010 en "O., L. D. c/ E. P. T. S.A. y otros s/ Daños y perjuicios" (expte. nº 402/2010-r.C.A.T.), y S.I.C. Nº 87 de 2010 en "S., G. F. c/ G., H. E. y otros s/ Liquidación de sociedad" (expte. nº 451/2010-r.C.A.T.), siguiendo a la Corte Suprema de la Nación, que "si bien el dictado de medidas precautorias no exige una examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido (CS, 22/05/1997: "Empresa Distribuidora S.A. c/ Provincia de Bs. Aires", La Ley 1997-E, p. 521), pesa sobre quien solicita dicha medida la carga de acreditar 'prima facie' la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que las justifican" (CS, 16/07/1996, "Líneas Aéreas Williams S.A. c/ Provincia de Catamarca", La Ley 1996-E, 544; entre muchísimas otras).----------

--- Y por lo analizado, en forma sumaria, atendiendo el tipo de decisión cautelar que se pide, ello no ocurre en el caso. Adviértase que la medida afectaría una situación actual (construcción de la obra) que los propios recurrentes reconocen que no es perjudicial y que estaría autorizada por un acto administrativo que no ostenta una vicio manifiesto, y con ello se descarta la verosimilitud del derecho exigida para su dictado (doc. art. 232, inc. 1º, C.P.C.C.; conf. PALACIO, "Derecho", cit., T. VIII, ps. 147 y 151), de modo que lo que alegan sobre el peligro en la demora en torno al tipo de construcción es, en principio, irrelevante; más si, respecto de la actividad futura que cuestionan, ésta se presenta sujeta a habilitación final —con control público sobre higiene, salubridad, seguridad y preservación contra accidentes— y los perjuicios alegados aparecen hipotéticos y eventuales, y no han sido "prima facie" acreditados. Paralelamente, en su planteo no han considerado los recurrentes los perjuicios concretos y actuales que derivarán de su adopción para un tercero, no demandado ni citado (CS, 28/08/2012, "Vecinos de la Ciudad de Rosario c/ Municipalidad de Rosario", La Ley Online, cita AR/JUR/41937/2012).----------

--- Por lo expuesto, corresponde confirmar la decisión de fs. 108/109.----------

--- **IV.-** Por la forma en que se resuelve el presente, las costas se impondrán a los recurrentes perdidosos (art. 70, C.P.C.C.). En mérito de la extensión e importancia de las labores desarrolladas, el resultado obtenido en el incidente, así como el carácter con que actuaran, corresponde regular los honorarios de los Dr. F. A. P. en 8 Jus (arts. 5º, 6º, 6bis, 7º, 13 y 32, ley XIII nº 4).----------

--- Por ello, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE**: ----------

--- Confirmar la resolución de fs. 108/109.----------

--- Imponer las costas a los recurrentes perdidosos.----------

--- Regular los honorarios del Dr. F. A. P. en 8 Jus.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

CARLOS DANTE FERRARI
PRESIDENTE

MARCELO J. LOPEZ MESA
JUEZ DE CAMARA

CARLOS A. VELAZQUEZ
JUEZ DE CAMARA

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2012 – SIE- Conste.-

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

cg