000127/2014

Comodoro Rivadavia, de junio de 2014.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados **"P. D. J. C. M. c/ MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA s/ MEDIDA CAUTELAR"**, Expte. N° 127/2014, en trámite por ante esta Cámara de Apelaciones.

I.- Se presenta C. M. P. d. J., con patrocinio Letrado, y solicita como medida cautelar se levante la clausura dispuesta mediante sentencia N° 1309/13 emanada del Juzgado de faltas N° 2 y confirmada por Resolución N° 08/14 dictada por el Tribunal Administrativo de Faltas, ambos de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, contra el comercio que gira bajo la denominación "E. B." sito en calle A. N° .**** de ciudad, hasta tanto se resuelva el proceso contencioso administrativo en curso.

Relata antecedentes del caso, manifestando que el 15 de Febrero de 2014, personal de la Secretaría de Seguridad del municipio local, labró acta de constatación Nro. 0229, y acta Nro. 72226 de la Dirección de habilitaciones y se procede a la clausura de local comercial que gira bajo el nombre de "E. B.".

El 21/02/2014 peticionó ante el Tribunal de Faltas Nro. 2 el levantamiento de la clausura provisoria dispuesta, habiendo adecuado el cumplimiento a la normativa de seguridad e higiene en orden a las infracciones imputadas y el 24/02/2013 formula descargo e impugnación de las actas, ofreciendo prueba y ese mismo día es notificada de la sentencia 1309/13 que dispuso la aplicación de multa y clausura definitiva del comercio. El día 27 del mismo mes interpone recurso de nulidad y apelación contra dicha sentencia, que

fuera confirmada por la resolución 08/14 del Tribunal Administrativo de Faltas.

Tacha de nulidad la clausura, el procedimiento administrativo y las sentencias del Juzgado de Faltas y del Tribunal Administrativo de Faltas de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia.

Fundamenta la verosimilitud de su derecho en el grado de apariencia de nulidad del acto administrativo impugnado, por falta de tratamiento de los planteos introducidos por su parte, falta de fundamentación del quantum de la multa impuesta y falta de proporcionalidad entre lo decididos y los fines previstos en la ley, entre otras.

El peligro en la demora, lo funda en la ejecutabilidad del acto administrativo nulo, que importa la imposibilidad de ejercer el comercio con la consiguiente ausencia de ingresos para afrontar los gastos fijos como alquiler del local, salarios y los relativos a la manutención de su familia, siendo único sostén de sus hijas.

Ofrece caución juratoria que estima suficiente frente a la evidente ilegitimidad del accionar administrativo.

II.- En forma liminar, cabe precisar que conjuntamente con la presente medida, la actora inició recurso contencioso administrativo persiguiendo la nulidad del procedimiento administrativo en virtud del cual el Juzgado de Faltas Nro. 1 de la Municipalidad Local, dictó la Resolución Nro. 1309/13 del 22 de febrero de 2014 confirmada por la Resolución Nro. 8/14 del Tribunal Administrativo Municipal de Faltas, mediante las cuales se impuso multa de $100.000 y se dispuso la clausura en forma definitiva del giro

comercial denominado “E. B.” sito en calle A. Nro. .***, barrio C. de esta ciudad.

Solicitó se declare la nulidad del procedimiento, se deje sin efecto la clausura y se morigere la multa impuesta.

En este marco, la actora peticiona se disponga como medida cautelar la suspensión de los efectos de tales resoluciones atacadas en el proceso principal.

Corresponde señalar que es jurisprudencia constante, 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.

La presunción de legitimidad de los actos administrativos no necesita ser declarada por autoridad alguna; el Estado tiene a su favor esta presunción por mandato de la ley; por ello el particular tiene que alegar y, excepto que sea manifiesta- probar la ilegitimidad. En la medida cautelar, se debe acreditar la “verosimilitud” de la ilegitimidad que alega, es la única manera de suspender provisionalmente los efectos de aquella presunción que resulta del régimen exorbitante de las prerrogativas de la Administración.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, ha admitido y ordenado medidas precautorias del carácter de la solicitada cuando se demandó por inconstitucionalidad de normas provinciales, fundado en que el art. 230 del Código de rito manda admitirlas en toda clase de juicios. Pero para su admisión en este

tipo particular de acciones ha seguido un criterio de interpretación sumamente restrictivo, por la presunción de validez de que están investidos prima facie los ordenamientos legales (Conf. S.I. Nro. 5/2002 del 18/2/02).

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, la actora solicita como medida cautelar la suspensión de la aplicación de actos administrativos. Vincula la procedencia de tal medida con la manifiesta nulidad de las actuaciones administrativas que plantea, pretendiendo neutralizar las decisiones que impusieron y confirmaron la multa y clausura definitiva de su local comercial, pretendiendo la suspensión de sus efectos hasta tanto se resuelva la acción contenciosa.

Ha de recordarse entonces, que el código de rito (art. 232) prevé la prohibición de innovar siempre que exista peligro de que si se mantuviera o alterara la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible, y la cautela no pudiera obtenerse por medio de otra medida precautoria.

Esta tutela tiene por finalidad la de impedir el cambio o por el contrario, la de alterar la situación de hecho o de derecho vigente al momento en que se la requiere, en miras a la eventual ejecución o cumplimiento práctico de la sentencia (Kielmanovich, Jorge “Medidas Cautelares”).

La medida solicitada por la actora es de las denominadas innovativas, desde que pretende la modificación sustancial de los efectos del acto administrativo: su suspensión afectando por tanto su ejecutoriedad y por ende la presunción de legitimidad que como tal goza.

Para que prospere, la jurisprudencia en la materia además de los presupuestos genéricos de toda medida cautelar -verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela-, exige respecto de la medida de innovar -en particular contra actos del poder público- que no se perjudique el interés público o la demostración de la gravedad o irreparabilidad del peligro en la demora imponiéndose una mayor prudencia en la apreciación de los mismos habida cuenta que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (Conf. CSJN 24/8/93, LL 1994-B-131; DT 1994-A-777; CNFed.CivCom, Sala III, 22/11/93 LL-1994-C-3; íd. Sala I, 7/9/99 LL 200-C-391; id CNCiv, Sala A, 19/9/96 LL, 1997-B-587 cit. por Fenochietto, Carlos: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T 1 p.821/823, Astrea 2001).

III.- A partir de tales parámetros corresponde que este tribunal verifique los requisitos de procedencia, dentro del limitado ámbito de conocimiento que se impone en medidas como la peticionada.

En efecto, de las constancias de autos y documentación acompañada, surge acreditada prima facie la verosimilitud del derecho invocado por la solicitante. A su vez, la naturaleza de la pretensión deducida y los hechos en que se funda hacen presumir que existe peligro de que, en caso de mantenerse la situación imperante (clausura definitiva 22/02/14), la sentencia a dictarse pueda convertirse en ineficaz o imposible.

Por otro lado, el peligro en la demora, como requisito para la suspensión del acto aparece como situación de perjuicio irreparable.

En el caso bajo examen, no se desconoce que el perjuicio no es irreparable en términos económicos o materiales, pues cualquier daño puede ser monetariamente resarcido, mas la irreparabilidad del daño debe ceñirse al perjuicio en sí mismo, y no a la posibilidad de indemnizarlo. Es que no resulta apropiado aplicar tal criterio económico en forma exclusiva, cuando según las manifestaciones de la actora y que prima facie se corroboran con las actuaciones administrativas, estaría en juego la afectación del debido proceso adjetivo.

En esta línea de razonamiento, cabe interpretar la suspensión de la ejecutoriedad en el sentido mas favorable al contribuyente a fin de lograr la tutela judicial efectiva y teniendo en consideración que "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene razón" (Supremo Tribunal Español 7 de diciembre de 1994 cit por Cassagne en Revista Jurídica Argentina La Ley, Derecho Administrativo, Doctrinas Esenciales, Dir. Por Agustin Gordillo Ed. La Ley, Bs. AS. 2010 T. IV p 954 entre otros). Máxime si como en el caso, no se advierte menoscabo alguno a los fines públicos.

Tales extremos, justifican la procedencia de la medida solicitada, aun en el marco estricto de interpretación que corresponde efectuar conforme los parámetros señalados, pues el presupuesto de la verosimilitud en el derecho se presenta de modo manifiesto.

Por ello y porque la tutela cautelar no podría obtenerse con otra medida más eficaz, bajo la responsabilidad de la peticionante, corresponde hacer lugar a la medida cautelar innovativa peticionada contra

la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, respecto de la situación existente al día 03 de Abril de 2013, ordenando la suspensión de la clausura definitiva dispuesta mediante Sentencia N° 1309 del 22/02/14 y confirmada por Resolución N° 08/14 del 13/03/14, hasta tanto recaiga resolución firme en la acción principal contencioso administrativa deducida (Palacio y Alvarado Velloso: Código Procesal, T 5 p. 323 y sig. n° 239.1. doctrina y síntesis de fallos en comentario al art. 230; 1996; ver fs.: 243 a 244).

En cuanto a la caución juratoria ofrecida como contracautela por la actora, hemos señalado en reiteradas oportunidades que es principio general que la contracautela debe ser real, salvo el caso excepcional de pudiencia como hecho notorio del demandado o el caso de verosimilitud manifiesta, limitándose la caución juratoria sólo a supuestos de máxima verosimilitud del derecho expresamente contemplados en los arts. 212 incs. 2 y 3 y 214 incs. 2 y 3 por expresa remisión del art. 201 del CPr.

Al respecto, la Corte Suprema de la Nación decidió que la contracautela exigida por el art. 199, como requisito para el dictado de toda medida precautoria, debe ser, en principio y salvo supuestos excepcionales, de carácter real o personal y no simplemente juratoria, con la finalidad de garantizar debidamente los eventuales derechos de aquél contra quien se traba la medida (CSJN 19/5/97, LL 1997-D-679, íd. CNCiv., sala F, 25/4/77 LL 1979-B-665, íd. Sala C 29/5/85 DJ 1986-1-462, CNCiv, Sala F, 14/12/94 JA, 1996-I, sínt, entre muchísimos otros).

Es criterio mayoritario, al que adhiere este Cuerpo, que fuera de los casos de excepción en los

cuales no se exige contracautela, esta debe ser real o personal y no simplemente juratoria. La preferencia por la garantía real se funda en su rápida y expeditiva percepción, requisito que no encuentra adecuada cautela en la caución juratoria que implica una promesa de responder frente a los posibles daños ocasionados por la medida cautelar, tendiéndose modernamente a su supresión (Conf. Fenochietto, Carlos E. "Cod. Proc. Civ. y Com." Ed. Astrea, Bs.As. 2001, T. I. P. 729).

Resultando que el monto o calidad de la caución el juez debe discernir conforme la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso, se concluye que la caución juratoria ofrecida aparece suficiente, en tanto por el momento, no se vislumbra el daño o perjuicio que la medida pueda ocasionar a la autoridad administrativa.

IV.- En atención a que el incidente tramita inaudita parte, no corresponde imponer costas. Se regularán los honorarios de los profesionales conforme lo dispuesto en los art. 33 y 47 de la ley arancelaria, teniendo en cuenta la eficacia de la labor y los demás parámetros establecidos en la normativa aludida así como el valor pecuniario comprometido en los presentes (arts. 6 a 9 Ley XIII N° 4 y N° 15).

Por ello, la **sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E :

1) Hacer lugar a la medida cautelar innovativa peticionada contra la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, respecto de la situación existente al día 03 de Abril de 2013, y ordenar la suspensión de la clausura definitiva dispuesta mediante Sentencia N°

1309 del 22/02/14 y confirmada por Resolución N° 08/14 del 13/03/14, hasta tanto recaiga resolución firme en la acción principal contencioso administrativa deducida.

2) Sin costas atento el considerando respectivo. Regular los honorarios profesionales de los Dres. F. V. M. e I. C., en el quince por ciento (15%) de los que se le regulen en la causa principal, con más el IVA si correspondiere.

3) Regístrese y notifíquese.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sra. Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).