En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de septiembre del año dos mil quince, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Silvia Noemí Alonso, y asistencia del señor juez de cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y de la señora jueza de cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"P. COMODORO RIVADAVIA SA c/ MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA s/ ACCIÓN DE AMPARO (art. 58 Constitución Provincial)", expte. nro. 410/15**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 253/12), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 626), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dra. Silvia Noemí Alonso y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Son justas la sentencia recurrida de fs. 581/587 y su aclaratoria de fs. 591/591vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Que a fs. 581/587vta. obra la decisión de rechazar la acción de *mandamus* con expresa imposición de costas, integrada por su aclaratoria de fs. 591/591vta., la que es apelada por la vencida quien a un tiempo funda sus razones a fs. 595/608 y que le son rebatidas a fs. 611/614.

**MARÍA MAGDALENA CONSTANZO Secretaria de Cámara**

Tras detenida lectura de los antecedentes de la causa y en especial de las conclusiones del fallo y su crítica, que sin duda y dentro de las pautas de flexibilidad que invariablemente esta Sala adopta en la

materia (ver, *v. gr.*, en tal línea doctrinal, la sentada por Palacio-Velloso en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", ed. Rubinzal Culzoni, 1996, t. 6, pág. 298), se ajusta a los requisitos formales que autorizan a mantener abierta la instancia, lo que contesta la primera inquietud de la accionada en su actual responde.

Ahora bien, vistas la peculiaridades características del pleito que nos ocupa y la trama en el que este se halla enmarcado, adelanto que no atenderé todos los planteos recursivos de la recurrente, sino únicamente aquellos que revistan la condición de esenciales y decisivos para fallar en la causa (ver, *v. gr.*, Fallos 221:37; 272:225; 310:1162, entre muchos).

Advierto que se opugnan con desmesura los razonamientos y conclusiones del fallo, sin perjuicio de que se puedan o no compartir y sin que surja efecto alguno que merezca el calificativo de deletéreo. Se advierte al respecto.

Sostiene la recurrente, consecuente con todo antecedente glosado y acordelado, que el fallo agravia sus intereses, pues la priva de su derecho a ejercer regularmente su actividad comercial, ya que requiere de la habilitación municipal que le es denegada arbitrariamente. En lo sustancial se deniega la pretensión por el incumplimiento de requisitos ineludibles que hacen a su viabilidad.

**MARÍA MAGDALENA CONSTANZO Secretaria de Cámara**

Veamos: el artículo 58 de la Constitución Provincial requiere que un funcionario o ente público administrativo rehúse cumplir la ejecución de actos que la propia Constitución, una ley, decreto, ordenanza o resolución le imponga. Sin perjuicio de los recaudos que deben cumplimentarse en las peticiones de los amparos en general, los requisitos indispensables para la procedencia del mandamiento de ejecución en particular se encuentran centrados en: 1) la existencia de un deber

legalmente impuesto en una norma del tipo de las referidas precedentemente, 2) el rehusamiento para cumplir su ejecución, por parte de un funcionario o ente público administrativo y 3) afectación por tal rehusamiento, de los derechos de los recurrentes.

Se dice en el fallo que el actor no ha logrado acreditar la configuración de tales requisitos, imprescindibles para sustentar la vía elegida, esto es, el daño caracterizado por la restricción actual o inminente de los derechos y garantías constitucionales; la falta de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta; la existencia de un medio mas idóneo para resolver la controversia y el incumplimiento del mandatario municipal a la luz de las exigencias del art. 58 CCh.

Que como bien se destaca a fs. 583vta., p. 5., se deben relacionar a la norma constitucional que prevé tal garantía, los requerimientos del art. 54 del mismo texto legal y que han merecido la reglamentación de la Ley V N° 84.

Se ha resuelto de modo pacífico en la materia que tal afectación o restricción debe resultar de una rápida comprobación de la existencia de aquel derecho o garantía; de fácil comprensión por ser uno de aquellos que integran la plataforma básica constitucional inherente a ese rótulo "derechos y libertades humanas" y la restricción potencial o real que demanda una superación cuasi instantánea (*cf*. STJRNS4 Se. 168/03 “AGRUPACION”; STJRNS4 Se. 47/90 “GARRIDO”; Sent. 69/08 “PAPPALARDO”; A.I. 40/14 "VIEDMA Y PATAGONES PRODUCCIONES SRL”; Au. Int. 58/14 “HOSPITAL”).

La norma reglamentaria dice en su art. 4: La acción debe instaurarse dentro del plazo de treinta días de producido el agravio o de la fecha en la cual toma efectivo conocimiento el amparista del mismo.

El mandamiento de ejecución se promueve, tal como obra en el cargo de fs. 24vta., el 04/07/2012 sin advertirse el cumplimiento de dicho plazo; por el contrario, manifiesta el amparista en su capítulo de

antecedentes (fs. 18vta.) que el conflicto remonta a fechas muy anteriores a la prevista en la norma (ver fs. 328 y contenido del

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

recurso de fs. 329 y ss.) y que fuera motivo de controversias judiciales desfavorables y relacionadas con su pretensión actual.

En cuanto a la ilegalidad manifiesta y tras detenerme en la lectura de todo lo actuado desde el comienzo de la negativa y las razones dadas por el municipio debe tenerse en cuenta que en la materia se ha resuelto que siempre debe analizarse si la negativa del funcionario a cumplir con el deber impuesto por la ley es intencionado, malicioso o si esa conducta es lindante con el dolo (STJ, Río Negro, Fallo 22/93), ya que el *mandamus* no está orientado para superar las deficiencias constantes de la Administración, los problemas financieros de la misma, la burocracia de las administraciones provinciales o suplir la mayor o menor diligencia de sus funcionarios (Fallo 52/91, STJ, Río Negro; ver concepto de ilegalidad manifiesta en Sagües N. P., "Derecho Procesal Constitucional - Acción de amparo", 4ª. ampliada, ed. Astrea, t. 3, pág. 122, & 57 entre otros).

Sin duda y así como se han planteado cuestionamientos conexos de índole tributario en las causas acordeladas, se impone para el presente al amplio debate sugerido por el juez de grado al referir al medio judicial más idóneo (fs. 584vta. p. 5.3).

Con razón se ha dicho, en esta materia, que la institución del amparo *mandamus* no es la de someter a la supervisión judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, ni el contralor del acierto o error con que ellos cumplen las funciones que la ley les encomienda, sino la de proveer un remedio contra la arbitrariedad de sus actos que puedan lesionar los derechos y garantías reconocidos por la ley fundamental. No es el caso, ya que el ente municipal, tal como se advierte en los expedientes administrativos

glosados en autos y las causas acordeladas, ha ido cumplimentando sus obligaciones regladas sin que este sea el ámbito para formular reproche alguno al respecto.

Y es que el amparo procede únicamente para la tutela inmediata de un derecho constitucional violado en forma manifiesta y, en cambio, es inadmisible cuando el vicio que compromete garantías constitucionales no afecta un derecho diferenciable y además no resulta evidente.

A no olvidar que la misión más delicada del Poder Judicial consiste en mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes del Estado. Es incuestionable la facultad de los tribunales de revisar los actos de los otros poderes, pero eso sí limitada a los casos en que se requiere ineludiblemente su ejercicio para la decisión de los juicios regularmente seguidos ante ellos.

Y es que los jueces no suplen la falta de decisiones políticas ni la oportunidad de las tomadas para conjurar una crisis, sí ejercen el control jurisdiccional destinado a asegurar la fundamental razonabilidad de esos actos e impedir que, por medio de ellos, se frustren derechos cuya salvaguarda es un deber indeclinable (ver, *v. gr.*, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 18/04/2006 – "Baltroc, Beatriz Margarita y otros c/ GCBA s/ amparo" - cita: MJ-JU-M-7465-AR - MJJ7465 - MJJ7465).

Que aún compartiendo el criterio de que la falta del deber no se limita a un funcionario público y puede comprender toda una Dirección, como lo entiende la recurrente, no se dan, tal como se señaló precedentemente, el resto de los presupuestos mínimos indispensables por lo que corresponde desestimar el mandamiento de ejecución intentado por la recurrente tal como lo ha decidido el magistrado de la instancia anterior, lo que autoriza a confirmar su fallo denegatorio. Costas de la alzada a la recurrente,

difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo, en el que se tendrán en consideración las pautas arancelarias de la Ley XIII nos. 4 y 15 y se tienen presentes las reservas formuladas a instancias superiores.

A la segunda cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

**MARÍA MAGDALENA CONSTANZO Secretaria de Cámara**

Rechazar el recurso de apelación articulado por la accionante y, en consecuencia, se mantiene firme la sentencia de fs. 581/587vta. integrada por su aclaratoria de fs. 589/589vta. en cuanto ha sido materia de agravios. Costas de la alzada a la recurrente, difiriéndose la regulación de honorarios y teniéndose en cuenta las reservas formuladas, todo de acuerdo a los considerandos pertinentes.

A la primera cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo y los agravios. Remisión:

El alcance del fallo dictado, los datos del recurso, el contenido de los agravios y de la contestación han sido reseñados por el colega preopinante; a esas consideraciones me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento de los agravios:

Previo a toda consideración, he de señalar que adhiero plenamente a la solución propuesta por el colega preopinante y también a los fundamentos que la sostienen; es que el recurrente no logra demostrar en el caso concreto la concurrencia de los presupuestos necesarios para la procedencia del mandamiento de ejecución que pretende.

Huelga recordar que este instituto de origen anglosajón es propio del derecho público provincial, lo prevén además de nuestra constitución, las de las

provincias de Entre Ríos (art. 26), Formosa (art. 33), Santa Cruz (art. 18), Jujuy (art. 39), Chaco (art. 25), La Rioja (art. 28, segundo párrafo) y Río Negro (art. 44). Se trata de un instrumento procesal autónomo para que el administrado pueda solicitar que jurisdiccionalmente se compela al cumplimiento de obligaciones no atendidas por la administración.

En definitiva, se trata de un proceso de cumplimiento porque tiene por objeto una pretensión de tal naturaleza dirigida contra un funcionario, ente u órgano renuente con la finalidad de proteger al perjudicado por inacción de un funcionario o autoridad.

Ahora bien, la mentada inactividad debe tener su origen en el incumplimiento de un deber concreto impuesto por una norma definitoria del derecho sustantivo y justamente este recaudo esencial no concurre en el caso que nos ocupa. Así lo ha precisado con sobrados fundamentos el juez de grado en el punto 7 de los considerandos de la sentencia y no ha podido el recurrente superar tal argumentación.

Repárese que el recurrente no ha cuestionado la exigencia del libre deuda, que constituye una de las condiciones preventivas impuestas por la Administración para el otorgamiento de la habilitación, sino que introduce en forma oblicua, un debate ya dado en sede jurisdiccional que es el relativo a la procedencia de pago de la tasa de comercio e industria en los supuestos de contribuyentes del convenio multilateral.

En este contexto, no demuestra que la falta de otorgamiento de la habilitación comercial produzca lesión constitucional al derecho de propiedad y a las libertades de trabajar, de ejercer industria lícita y de comerciar en tanto no se comprueba la existencia de vicios que hayan comprometido la legalidad de la conducta de la Administración.

Por los motivos expuestos, que aduno a los dados por quien me precede en la votación, es que propongo también el rechazo del recurso.

3. Costas y honorarios:

Las costas de esta instancia deben ser impuestas a la actora vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Los honorarios de esta instancia han de ser regulados de conformidad con la escala específica prevista por el art. 13 del régimen arancelario vigente y por aplicación de las pautas del art. 5 del mismo ordenamiento. Por ello, propongo sean cuantificados los correspondientes al Dr. M. F. M. en el 30% de los fijados en la instancia de grado y los correspondientes al Dr. J. M. F. de las C. en el 25% de los regulados en la anterior instancia.

A la segunda cuestión, la Dra. Silvia N. Alonso dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el primer votante.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh, se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. García Blanco no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

**1)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y confirmar la sentencia de primera instancia de fs. 581/587 y su aclaratoria de fs. 591/591vta. en todas sus partes. **2)** Costas de esta instancia a la actora.

**3)** Regular los honorarios profesionales al Dr. M. F. M. en el treinta por ciento (30%) y los correspondientes al Dr. J. M. F. de las C. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

**4)** Tener presentes las reservas del caso federal efectuadas a fs. 607 vta./608.

**5)** Regístrese, notifíquese y devuélvase.

**JULIO ANTONIO ALEXANDRE**
**Juez de Cámara**

**SILVIA NOEMÍ ALONSO**
**Presidenta**

**REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2015**
**DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"**

**MARÍA MAGDALENA CONSTANZO**
**Secretaria de Cámara**