000009/2015

Comodoro Rivadavia, de noviembre de 2015.

VISTOS Y CONSIDERANDO

Estos autos caratulados: **"W. M. A. S.R.L. c/ MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA s/ RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO", Expte. N° 9/2015.**

I.- A fs. 53/68, W. M. A. S.R.L. mediante apoderado, interpone recurso contencioso administrativo contra la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, en los términos del art. 132 de la Ley XVI Nº 46, contra la Resolución Nº 3358/14 de fecha 04/12/2014 dictada por el Intendente Municipal de Comodoro Rivadavia que confirma la resolución de la Oficina de Defensa del Consumidor de Comodoro Rivadavia que impuso una multa de $***, solicitando se declare la admisibilidad del recurso y oportunamente, la nulidad de la resolución confirmatoria y de la Oficina Defensa del Consumidor, dejando sin efecto la multa.

Como medida cautelar requiere se ordene al Municipio se abstenga de ejecutar y/o aplicar la multa hasta que la presente causa concluya con una sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada.

Funda la procedencia de la acción, en el hecho de que la Oficina de Defensa del Consumidor no tenía ni tiene competencia para actuar como lo hizo. Las facultades en materia de poder de policía delegadas a la Provincia del Chubut por la ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 en lo que concierne a la aplicación de

precios cuidados, no se extienden al dictado de sanciones administrativas, por lo que ninguna delegación puede ser válida. Expresa que ambas resoluciones violaron gravemente la garantía de defensa en juicio, quedando viciadas por las siguientes razones: 1) Vicio en la competencia: la incompetencia de la Provincia y el Municipio para aplicar sanciones en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor; 2) Vicio en la causa: la Oficina Defensa del Consumidor invocó una norma ilegítima para sancionar una conducta que no era obligatoria en la Provincia; 3) Vicio en el objeto; 4) Vicio en la finalidad; 5) Vicio en el procedimiento; 6) Vicio en la motivación; y 7) Falta de proporcionalidad. Ofrece prueba, funda en derecho, formula reserva del Caso Federal y peticiona que oportunamente se declare la nulidad de la resolución de la Oficina Defensa del Consumidor y de la resolución confirmatoria, anulando la multa. Solicita se ordene la medida cautelar solicitada, suspendiendo la ejecución de la multa.

II.- Temporaneidad:

En primer lugar se precisa, que de las constancias de fs. 69 surge que la accionante fue notificada de la Resolución el día 10 de diciembre de 2014, en consecuencia la presentación deviene temporánea en virtud que se interpone dentro del término previsto por el art. 136 de la ley.

Admisibilidad Recurso Contencioso:

Corresponde en esta etapa procesal

pronunciarse respecto de la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto.

En primer lugar, ha de señalarse que estamos ante una pretensión de revocación de resoluciones administrativas que, por su objeto, habilita la vía procesal adoptada.

En tal sentido del análisis de la documentación solicitada a fs. 93 (Expte. Administrativo N° 304/14: "M.C.R. –Oficina de Defensa del Consumidor c/ W. M. A. S.R.L. s/ Infracción"), que se encuentra reservada en Caja de Seguridad de este tribunal, resulta la concurrencia de los presupuestos reglados legalmente a los efectos de la admisión del recurso intentado.

En efecto, huelga destacar que la demandada es la administración pública, Municipalidad de Comodoro Rivadavia, que la resolución en crisis no es reproducción de otras anteriores que hayan causado estado, siempre fueron impugnadas por el recurrente en tiempo y forma. Luego, la presentación es tempestiva y no coexiste otro recurso jurídico que permita la reparación del derecho lesionado.

En consecuencia, a los fines procesales pertinentes y atento las constancias de autos, se advierte que se hayan reunidos los requisitos de admisibilidad del recurso contencioso administrativo (arts. 132 a 138 Ley XVI N° 46). En virtud de ello, corresponde la apertura de la vía intentada corriéndose traslado de la pretensión a la contraria, conforme las previsiones de los arts. 264, 265, 270 y conc del CPr., y 137 de la Ley XVI N° 46).

Medida cautelar:

Analizando ahora la procedencia de la medida cautelar, recordamos que es jurisprudencia constante, que las mismas 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 los efectos de actos administrativos. Vincula la procedencia de tal medida con la manifiesta nulidad de las actuaciones administrativas que plantea, pretendiendo la suspensión de sus efectos hasta tanto se resuelva la acción contenciosa.

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 (K. J. "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).

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, “a la prerrogativa de la administración para obtener el cumplimiento del acto por sus propios medios o ejecutarlo por si (ejecutoriedad), le corresponde como contrapartida la garantía otorgada al administrado de la suspensión de la ejecución del acto administrativo. El ejercicio del poder debe ir indisolublemente ligado a un adecuado sistema de garantía. Por ello, junto a las prerrogativas (vgr. ejecutoriedad del acto administrativo) se arbitran las garantías (vgr. suspensión de la ejecución o indemnización)…” (cfr.Dromi J.R. “Derecho Administrativo”, T I. p. 206/7, Astrea 1992).

Que en el presente caso, de los antecedentes agregados a la causa surgen, a juicio del Tribunal, suficientemente acreditados los requisitos exigidos por los arts. 232 incs. 1° y 2° y 232 del Código Procesal. En efecto, en el sub lite se presenta la verosimilitud del derecho invocado por la actora exigible a una decisión precautoria. De igual forma debe concluirse con relación al peligro en la demora que se considera configurado. El requisito en estudio debe juzgarse de acuerdo con un juicio objetivo, o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros y es preciso señalar que ese extremo se presenta en el caso.

Por otro lado, 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 más 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, ordenando a la demandada se abstenga de ejecutar y/o aplicar la multa hasta tanto recaiga resolución firme en la acción contencioso administrativa deducida (Palacio y Alvarado Velloso: Código Procesal, T 5 p. 323 y sig. nº 239.1. doctrina y síntesis de fallos en comentario al art. 230; 1996).

En cuanto a la caución juratoria ofrecida como contracautela por la actora, y 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 ofrecida aparece suficiente, en tanto por el momento, no se vislumbra el daño o perjuicio que la medida pueda ocasionar a la autoridad administrativa.

En este estado, la Dra. Graciela Mercedes García Blanco dice: ----------

---

Si bien coincido con mis colegas respecto de los requisitos de admisibilidad de las medidas cautelares, he de disentir respecto del análisis efectuado sobre la verosimilitud en el derecho, sin apartarme del estrecho margen cognoscitivo de estas medidas.

En cuanto a la verosimilitud del derecho, ni la

ilegalidad ni la nulidad que esgrime resultan manifiestas prima facie. Tampoco ello surge de la admisibilidad formal del recurso que se dispuso, desde que tal análisis sólo tiene por objeto verificar el cumplimiento formal de la reclamación previa en cuanto a plazo, personas demandadas y agotamiento de la vía administrativa sin que signifique la evaluación de la procedencia material o de fondo de la pretensión.

En consecuencia, y conforme el criterio restrictivo enunciado por el tipo de actos que se pretende suspender, el recaudo de la verosimilitud del derecho, reitero, no aparece prima facie acreditado, toda vez que la accionante si bien manifiesta que el programa de precios cuidados no se encuentra vigente en el territorio de la Provincia del Chubut, del anexo del acta N° 02388 y obrante a fs. 9, se observan fotos de la sucursal con carteleria de exhibición del programa precios cuidados, contradiciendo sus propios dichos. Más aún la sanción administrativa impuesta, cuestionada judicialmente, no fue por la vigencia territorial (Resolución ODC N° 374/2014) de tal programa, sino por

infracción a los arts. 7° y 8° Ley 24.240. Sin adelantar opinión, en la especie, ya tuve oportunidad de expedirme respecto de la competencia en casos como el de autos, mediante sentencia definitiva N° 02/2015 de esta Sala B.

Por ello y sin perjuicio del estudio y análisis que efectuaré en oportunidad de dictar sentencia, considero no acreditado el presupuesto de verosimilitud en el derecho.

El peligro en la demora, como requisito para la suspensión del acto aparece como situación de perjuicio irreparable (Fallos 307:2267). De allí que analizada la irreparabilidad del perjuicio que se pretende evitar con la suspensión solicitada, no acredita la actora cuál es la afectación que alega.

Porque del relato de la actora, surge que el perjuicio irreparable lo sufriría de admitirse su planteo y haber ya abonado la multa impuesta. No resulta acreditada la irreparabilidad del perjuicio.

Por los fundamentos dados y el criterio restrictivo expuesto, procede desestimar la medida cautelar innovativa solicitada.

III.- En atención a que la presente incidencia tramita inaudita parte, no corresponde imponer costas. Se regularán los honorarios de los profesionales conforme lo dispuesto en los art. 32 y 46 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 15).

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia, con la disidencia parcial de la Dra. Graciela Mercedes García Blanco

R E S U E L V E:

1°) Declarar formalmente admisible el recurso contencioso administrativo interpuesto por W. M. A. S.R.L. contra la Municipalidad de Comodoro Rivadavia.

2°) Correr traslado del recurso, documentación acompañada y prueba ofrecida a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, por el término de diez días (arts. 137 Ley XVI N° 46, 264, 265, 270 y cc CPr.).

3°) Hacer lugar a la medida cautelar innovativa peticionada contra la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, ordenando a la demandada se abstenga de ejecutar y/o aplicar la multa hasta tanto recaiga resolución firme en la acción contencioso administrativa deducida.

4°) Sin costas atento el considerando respectivo. Regular los honorarios profesionales de la Dra. M. A. R., en el quince por ciento (15%) de los que se le regulen como definitivos en este proceso, con más el IVA si correspondiere.

5°) Regístrese y notifíquese.

Ricardo Rubén Enrique HAYES — **JUEZ DE CAMARA**

Graciela Mercedes GARCIA BLANCO — **PRESIDENTE**

Nélida Susana MELERO

JUEZ DE CAMARA

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2015

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS