-----Trelew, de noviembre de 2017.----------

----**Y VISTOS**: Estos autos caratulados: "M. C. S.A. c/ Municipalidad de Rawson s/ Amparo" (Expte. Nro. 567 – Año 2017 CAT), venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia de la ciudad de Rawson, (Expte. Nro. 781 – Año 2017) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto y fundado por la parte actora a fs. 74/77 contra la providencia de fs. 72, concedido a fs. 78. ----------**Y CONSIDERANDO:** ----------I) Que a fs. 72 el juez de grado no hizo lugar a la medida cautelar solicitada por cuando consideró que no se encontraban configurados los presupuestos de verosimilitud del derecho dado que las medidas de seguridad que se alegan haber adoptado requieren de una exhaustiva comprobación por parte de peritos, careciendo de cualquier eficacia el informe parajudicial emitido por el propio responsable de la obra con grave prescindencia de elementales reglas de ofrecimiento y producción de los medios probatorios. ----------A fs. 74/77 se presenta F. G. en representación de la demandada M. C. S.A. con el patrocinio letrado del Dr. P. R. A.. Se agravia porque considera errático y arbitrario lo resuelto por el juez de grado para rechazar la medida cautelar solicitada por cuanto violó el principio de congruencia por cuanto lo funda en una causa y motivo ajeno al planteado por su parte y que no se relaciona con el hecho objeto del amparo. Remarca que el hecho agraviante no gravita sobre las medidas de seguridad de la obra sino en que el Secretario de Planeamiento de la Municipalidad de Rawson se adjudica de manera ilegítima facultades y competencias que no le son propias ni conferidas por ley y que son de exclusivo resorte del poder judicial. Explica que el hecho agraviante planteado por su parte radica en el dictado de la injusta y arbitraria disposición Nro. 17/17 del 05/10/17 donde la Municipalidad resuelve la paralización de los trabajos llevados a cabo dentro de la parcela Nro. XX de su propiedad hasta que las partes lleguen a un acuerdo de cómo y qué forma se repararán los daños que hubiere y se den los permisos necesarios entre los propietarios para realizar trabajos dentro de la parcela afectada. Señala que ello nada se relaciona con las medidas de seguridad como así lo ha manifestado el juez de inferior instancia. Refiere que en oportunidad de fundar la medida cautelar solicitada para demostrar la verosimilitud del derecho sostuvo que está dada en la inexistencia de competencia y facultades del Secretario de Planeamiento de la Municipalidad de Rawson para paralizar totalmente la obra, sujeto a la condición suspensiva de resolver por acuerdo escrito eventuales daños que no existen entre la

empresa y el lindero que ocupa el Sr. A R.. Da cuenta que el magistrado no interpretó adecuadamente la acción incoada, soslayó la descripción pormenorizada del hecho agraviante y confundió los fundamentos brindados para acreditar los presupuestos de la medida cautelar peticionada. Se agravia también por cuanto el juez adjetiviza de parajudicial el informe que presentara como prueba e información sumaria para abonar el peligro en la demora pretendiendo someter a su parte en un estado larval del proceso a la acreditación de una prueba diabólica ya que se encuentran frente a un pedido de medida cautelar abonada con cuantiosa prueba documental. Señala que en el referido informe elaborado por el arquitecto B. se expuso que es para abonar el peligro en la demora y no la verosimilitud del derecho. Da cuenta que es inexplicable como el juez desprecia el informe elaborado por el arquitecto B. sin indicar la causa y exige en el marco incipiente del proceso sobre la indagación de las medidas de seguridad, cuando la propia Municipalidad de Rawson tanto en el informe del 27/09/17 firmado y elaborado por P. M. como en la disposición 17/17 dictada por el arquitecto E. nada dice ni refiere a daños certeros producidos por la obra de su empresa, como tampoco refiere a qué medidas de seguridad tienen que adoptarse.----------II) Antes de ingresar en el análisis de sus recaudos, cabe advertir que la medida peticionada por la demandante, más allá de su denominación, posee el mismo contenido que una eventual sentencia favorable, circunstancia que no obsta a la protección cautelar requerida, en tanto la procedencia de la tutela anticipada ha sido reconocida por la CSJN, a partir del conocido precedente "Camacho Acosta c. Grafi Graf", Fallos: 320:1633 (1997).----------

-----Dicho instituto fue frecuentemente identificado con la medida cautelar innovativa, pero ésta fue superando su objeto para posibilitar que se hiciera algo distinto a lo ya hecho o que se estaba haciendo (Peyrano, Jorge W., "Medida cautelar innovativa. Balance de situación. Ajustes. Nuevos horizontes", JA, 1995-IV-681), llegando a identificarse con un anticipo de la sentencia de mérito. Así, cuando la medida cautelar innovativa se confunde con el objeto mismo de la pretensión, innovando en una situación determinada, dando satisfacción total o parcial, adelantando el contenido de la sentencia, estamos ante un verdadero despacho interino de fondo utilizando la técnica anticipatoria sin perjuicio de señalar que, atento a la afinidad entre ambas (dado su íntima vinculación con el objeto de la decisión de fondo), por ahora, la jurisprudencia no tiene otra respuesta procesal que recurrir a la aplicación analógica de las normas cautelares para instrumentar verdaderas anticipaciones, como ha hecho

la propia Corte Suprema de Justicia en el caso antes citado (Carbone, Carlos A., "Comparación de la medida cautelar innovativa y el despacho interino de fondo", JA 2002-III-1268 y, del mismo autor, "La noción de tutela jurisdiccional diferenciada para abarcar fenómenos distintos como la tutela anticipatoria y la de autosatisfacción", LL 2000-2, 1196; "Proyección de la tutela de urgencia. Panorama crítico de los perfiles procesales en torno a los reclamos judiciales contra la emergencia", LL 20-VII-2004). -

---

-----En el precedente citado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación encauzó este criterio al señalar que "la alzada no podía desatenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones –como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa- existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada(…) es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones – en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva" (CSJN, en autos "Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf SRL y otros", Fallos, 320:1633. ----------

-----Sentado ello, cabe recordar que en un Estado de Derecho el principio de legalidad preside todo el accionar de la administración, ésta se encuentra sometida a la ley, y debe limitar sus posibilidades de actuación a la ejecución de la misma. Este principio de legalidad de la Administración "opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: solo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima" (García de Enterría, Eduardo – Fernández, Tomás Ramón: "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Civitas, Madrid, 10ª edición, 2001, Tomo I, pág. 440). ----------

----Ahora bien, cuando la autoridad administrativa quebranta este principio y promueve operaciones materiales restrictivas o cercenadoras de los derechos y garantías individuales carentes de esa base sustentadora, estamos en presencia de una vía de hecho (conf. Greco, Carlos M., "Vías de hecho administrativas", LL 1980-C1207), definida como "la violación del principio de legalidad por la acción material de un funcionario o empleado de la Administración Pública" (Marienhoff, Miguel S.: "Tratado

de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo - Perrot, Año 1966, Tomo II, pág. 213; y en sentido similar Escola, Héctor Jorge, "Tratado General de Procedimiento Administrativo", Ed. Depalma, 1975, pág. 120).----------

-----Desde tal perspectiva, la actuación concreta de la autoridad pública requiere no sólo la existencia de una ley o reglamento que directa o implícitamente la legitime, sino también el dictado de un acto administrativo intermedio que le sirva de fundamento jurídico. Ese acto establece el alcance, o, si se prefiere, fija los límites de la potestad pública derivada de la norma general habilitadora. Así el acto administrativo sirve de nexo entre el orden jurídico y el hecho ejecutorio, determinando las condiciones en que cada caso concreto se subsume en la norma. De esta forma se limita la mera volición subjetiva del agente actuante, para requerirse, por aplicación del principio de legalidad, el dictado de la decisión fundada por parte del órgano competente. ----------

----Siendo ello así, se advierte que dentro de esta liminar etapa del proceso cautelar no es posible tener por acreditada de manera acabada la verosimilitud del derecho invocado y tampoco el peligro en la demora.----------

---Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que, como principio, las medidas cautelares no proceden respecto de los actos administrativos en atención a la presunción de la validez de éstos, salvo, precisamente, cuando se los impugna sobre bases prima facie verosímiles, lo que no es del caso (Fallos, 314:695, 315:96).----------

----Sabido es que no se exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, pues sólo resulta exigible el fumus boni iuris, en tanto el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede del marco hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad.----------

----En otras palabras, cabe concluir que, para decretar una medida cautelar no se requiere una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido, ni un examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, bastando que se acredite la probabilidad o fundada posibilidad de que el derecho exista o tenga apariencia de verdadero. ----------

----Sentado ello, cabe considerar que el apelante vincula la verosimilitud del derecho con un vicio notorio, de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, en el dictado de la Disposición Nro. 17/17 del Secretario de Planeamiento de la Municipalidad de Rawson

por carecer de facultades.- En tal sentido, y dentro del limitado marco cognoscitivo del proceso cautelar, advertimos que la mentada normativa que dispuso la paralización de los trabajos llevados a cabo dentro de la parcela XX de propiedad de M. C. S.A. habría sido dictada por el Secretario de Planificación y Desarrollo Urbano dentro de las facultades que le otorga el art. 13 de la Ordenanza Nro. 1107/77 (Código de Edificación), el art. 13 de la Ordenanza Nro. 6742/09 (Secretarías del Poder Ejecutivo Municipal) y arts. 2 inc. 5º, 105 y siguientes de la Carta Orgánica de la Municipalidad de Rawson. ----------

----En efecto, la primera de las normas citadas en su capítulo sexto titulado Infracciones y Penalidades dispone, en el artículo 13, que independientemente de las sanciones previstas, cuando en una obra se compruebe que la misma ha sido realizada en contravención con esta Ordenanza y/o en las que la complementen, la Municipalidad podrá: a) Paralizar la obra hasta tanto se subsanen las deficiencias que motivaron la contravención. b) Intimar al Propietario para que dentro de las 48 (cuarenta y ocho) horas de notificado dé origen a la demolición que corresponda. El Propietario intimado no tiene ningún derecho a reclamar por perjuicio que estas medidas pueden ocasionarle y la Municipalidad ejecutará los trabajos a costa de aquél si vencido el plazo otorgado los trabajos no han sido paralizados.----------

---Y del juego armónico de las restantes normas citadas se puede advertir que la Disposición Nro. 17/17 dictada por el Secretario de Planificación y Desarrollo Urbano habría sido en el marco de las facultades delegadas por el Ejecutivo Municipal.----------

---Además, analizado el intercambio epistolar se observa que a fs. 22 obra la CD Nro. XXXXXXXXX enviada por A R. y la aquí demandante donde se puede extraer que se la responsabiliza de no haber tomado los recaudos necesarios para evitar perturbaciones al dominio, al uso y goce del mismo y daños a la propiedad. Allí pone en conocimiento de la empresa demandante que la inobservancia de recaudos necesarios de seguridad han ocasionado daños en el inmueble en lo que es la fundación y estructura independiente que es utilizado como vivienda. Señala que se ha provocado el derrumbe de una vereda interna, con pérdida de material bibliográfico y la imposibilidad de uso y goce libre y en forma segura para realizar las actividades laborales cotidianas en el local donde funciona la oficina administrativa.----------

----Más allá que la demandante haya negado los hechos atribuidos en la misiva señalada (ver CD de fs. 27), también obra a fs. 36 copia de una nota dirigida al Sr. V. R. por el Director de Obras Particulares en la que se le informa que el día 26 de

septiembre se realizó la inspección a la propiedad identificada como Circ. X, Sec. X, Mza. XX, Parc. X de la calle X y a la parcela lindera, propiedad de M. C. S.A. identificada como Circ. X, Sec. X, Mza. XX, Parc. X. Allí se informa que se ha constatado el derrumbe en una vereda de aproximadamente 3 metros de largo por 2 de ancho. Agrega que se observa a simple vista que las excavaciones realizadas en la parcela X han socavado el terreno natural bajo gran parte del eje divisorio entre la parcela X y la X, hasta una profundidad de 3 metros bajo el nivel del piso terminado y aproximadamente a 1,5 metros dentro de la parcela X, afectando las construcciones en ella plantadas las que han quedado sustentadas en forma precaria hasta tanto se restituya el suelo natural y se termina con la submuración de la medianera.----------

----De ello, y sin que amerite adelantamiento de opinión alguna sobre el fondo del asunto, no puede concluirse prima facie que el actuar del Secretario de Planificación y Desarrollo Urbano a través de la Disposición Nro. 17/17 pueda ser tachado de ilegal y arbitrario.----------

----Se añade además la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad que emana de los actos administrativos. La primera se basa en una regla de interpretación constitucional que consagra la validez de los actos estatales, que por cierto no es absoluta, y en ella halla su fundamento el deber del administrado de obedecer el acto. Consiste en sostener que el acto administrativo se emitió conforme el ordenamiento jurídico, que impone al administrado el deber de obedecer el acto, y la necesidad de alegar y probar su ilegitimidad (CSJN Fallos, 190:142). El límite a esta presunción está dada por la existencia de un vicio de tal manera grosero y extraordinario que permita descalificar al acto administrativo como tal, lo que tampoco puede extraerse de las constancias de la causa en esta etapa del proceso.----------Resulta necesario reiterar que para el dictado de esta clase de medidas resulta suficiente un temor fundado en la posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o que la sentencia al momento de dictarse resulte tardía o insuficiente, pues ello configura un interés jurídicamente tutelado que justifica el adelanto jurisdiccional. El requisito sub-exámine se vincula con el daño, pero atento al carácter preventivo de las medidas cautelares, el Código ritual no requiere su producción, sino su eventualidad, es decir, la posibilidad de su existencia.----------En relación a dicho recaudo -necesario en toda medida cautelar- el recurrente da cuenta de que presentó el informe elaborado por el arquitecto B. para abonar el peligro en la demora

(ver fs. 76, segundo párrafo). Sin embargo, el objeto de ese informe técnico es esbozar datos sobre las condiciones de las medianeras existentes previo al inicio de la obra, las recomendaciones del estudio de suelos, adopción del sistema de fundación y submuraciones para la construcción de la obra, realizar algunas aclaraciones tomadas sobre los ítems de movimiento de suelo, submuración de fundaciones y demolición de medianeras vecinas y exponer los riesgos que significan para las construcciones vecinas la paralización de la obra (ver fs. 12). Por eso, del citado informe no resulta evidente ni palmario el presupuesto del peligro en la demora, por cuanto, precisamente, "prima facie" y en este estado larval del estrecho marco cognoscitivo del proceso cautelar, no se vislumbran las irreversibles consecuencias que le generaría a la pretensora, no poner en marcha en forma inmediata la ejecución de la obra que se encuentra suspendida por cuestiones de seguridad como bien lo señalara el magistrado de grado, sobre todo no se aprecia con suficiente nitidez que lo manifestado por el nombrado arquitecto determine de modo inexorable la procedencia de la medida del levantamiento de la suspensión de la

obra.- ----------

-----Además, cabe agregar que dicho profesional es quien fue contratado por la accionante M. C. S.A. encomendándole el proyecto, dirección de obra y representación técnica de la obra, la que se paralizó por parte del Municipio local por no encontrarse garantizadas las condiciones de seguridad para evitar daños estructurales y materiales de las propiedades afectadas. ----------Sobre tales bases y dentro del acotado marco cognositivo del proceso cautelar no es posible concluir que se hallen reunidos los recaudos procesales para la procedencia de la medida solicitada (art. 230 del C.P.C.C.) por lo que corresponde confirmar el decisorio en crisis de fs. 72, no obstante resaltar que la resolución que dispone o deniega medidas cautelares es siempre provisional y puede ser modificada o suprimida atendiendo a la variación, o a la invalidez de las circunstancias (CSJN, Fallos:

289:181). ----------

----IV) Finalmente, dada la forma en que se resuelve el presente, las costas se imponen a la recurrente perdidosa en atención al principio objetivo de la derrota (art. 69 y 7 del C.P.C.C.).----------En

mérito de la extensión e importancia de las labores desarrolladas, el resultado obtenido, así como el carácter con que actuara, corresponde regular los honorarios por su actuación en esta segunda instancia del Dr. P. R. A., letrado patrocinante de la

amparista, en la suma equivalente a 8 Jus (arts. 5, 6, 7, 8, 13, 18 y 32, ley XIII Nro. 4) con más IVA si así correspondiera (conf. art. 1ro. Res. Gral. D.G.I. 4214/96 Leyes 23349 y 23871).----------En su mérito la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Trelew, **RESUELVE:**----------I) CONFIRMAR la resolución de fs. 72 dictada el 6 de noviembre de 2017 en lo que al aspecto de estudio se refiere, por los fundamentos expuestos en los considerandos que anteceden.----------

II) IMPONER las costas del Tribunal de Alzada a la apelante vencida (arts. 69 y 70 del C.P.C.C.).----------

III) REGULAR los honorarios por su actuación en segunda instancia al Dr. P. R. A. en la suma equivalente a 8 Jus (arts. 5, 6, 7, 8, 13, 18 y 32, ley XIII Nro. 4), con más IVA si así correspondiera (conf. art. 1ro. Res. Gral. D.G.I. 4214/96 Leyes 23349 y 23871). ----------IV) ORDENAR que en la instancia de grado se proceda a cargar en debida forma al Dr. P. R. A. y se dé la baja del mismo al Dr. S. M. A. quien ha sido cargado erróneamente al sistema de gestión "Libra".----------V) DEJAR constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haber coincidencia de opinión y por hallarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Sergio Rubén Lucero (arts. 7 y 8 de la ley V Nro. 17 y art. 9 del Acuerdo Extraordinario Nro. 3145). REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.----------

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CÁMARA

RAÚL ADRIÁN VERGARA
PRESIDENTE

-----REGISTRADA BAJO EL NRO. _____ DEL AÑO 2017 – SIF – CONSTE.----------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA