000596/2022

Comodoro Rivadavia, veintidós de noviembre de 2022.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"F., D. c/ MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA s/ MEDIDA CAUTELAR", Expte. N° 596/2022**, venidos de la Oficina de Gestión Unificada del Fuero Civil y Comercial (Expte. N° 10103/2022).

I- Llegan las presentes actuaciones a esta instancia, en virtud del recurso de reposición con apelación en subsidio interpuesto por la parte demandada (ID 716308) contra la resolución fechada el 24 de mayo del corriente año que dispone: "… a) la prohibición de innovar a los fines que no se modifique la inscripción actual en el Expediente N° 1986 Letra F Año 2011 "F. D. S/ Solicitud de Terreno" en trámite ante la Dirección de Tierras de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia en relación al Lote Adjudicado en Venta al Sr. D. F. DNI N° X. y b) la Medida cautelar de innovar a los fines que la Municipalidad de Comodoro Rivadavia deje sin efecto la caducidad del permiso de obra oportunamente otorgado en el Expediente N° X., en trámite ante la Dirección General de Obras Particulares de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, sobre el Lote Adjudicado en Venta al Sr. D. F. DNI N° X., en relación a la obra de vivienda unifamiliar a llevarse adelante en el lote individualizado como Parcela 12, Manzana. 204, Sector 1, Circunscripción 5, Comodoro Rivadavia, con una
Superficie de 223,91 mts, Expediente de Mensura P 239-2013, mientras tramite el expediente principal."

II- La recurrente se agravia porque considera que se violó la garantía de no arbitrariedad. Asevera que

las medidas cautelares contra el Estado son excepcionalísimas y se ordenó la medida cautelar sin haber verificado la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, ni tampoco se ha fundamentado como afectaría lo resuelto al interés público. Expresa que la rigurosidad en la adopción de estas medidas deriva del principio restrictivo que rige en materia de medias cautelares contra el Estado; además, la misma se dictó sin tener en cuenta el principio de legitimidad de los actos de la administración. Afirma que teniendo en cuenta la presunción de validez de los actos administrativos no se identifica una situación excepcional, que de fundamento a la procedencia de la medida cautelar en su contra. Señala que la escueta resolución no cuenta con la argumentación necesaria. Indica que se impugna la medida, desconociendo cuales son los términos de ella, ya que de la notificación no se corrió trasladado del escrito de petición de la cautelar, para poder ejercer su derecho de defensa.

Afirma que se vulneró lo dispuesto por la Ordenanza N° 485/76 de Procedimiento Administrativo Municipal, toda vez que por medio de una medida cautelar se impugnó una decisión administrativa, sorteando los mecanismos procedimentales impuestos por la misma –agotamiento de la vía administrativa previa-, tal como lo exige el art. 138° de la citada norma. Sostiene que la medida cautelar no puede resolver sobre cuestiones que no están debidamente planteadas en el expediente administrativo; además de no encontrarse expedita la vía judicial, por no haber agotado el actor, la vía administrativa, por medio de la impugnación del acto administrativo que le habría generado el supuesto perjuicio. Refiere que el

actor le remitió el 18 de abril de 2021 cinco cartas documento, que fueron recepcionadas en fecha 19 de abril de 2021, en el contenido de ellas se solicitaba la suspensión de los plazos administrativos del expediente de tierras N° X. y se planteaba un recurso administrativo de Nulidad de la resolución de fecha 25/3/2022 del expediente X.; subsidiariamente solicitaba la suspensión de los plazos administrativos y procesales. Dicho hecho fue denunciado en el Expediente "F., D. contra MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA – Cumplimiento de contrato – Daños y perjuicios", Expte. N° X., que se encuentra en trámite. Añade que no hubo acto de la administración, aceptando o rechazando el recurso, atento que los plazos se encuentran suspendidos, toda vez que no se cuenta con los expedientes físicos para la continuación del trámite, por lo que la vía administrativa no está agotada, por ende tampoco expedita, la vía judicial. Asevera que encontrándose el recurso pendiente de resolución, por oposición de la misma actora a la devolución de los expedientes administrativos, demuestra claramente el obrar contradictorio del actor, en primer lugar remite la impugnación, para luego oponerse a la devolución de los mismos para que sea resuelto el recurso.

Menciona que la caducidad del permiso de obra fue dictado conforme las disposiciones de los arts. 31 y 32 del Código de Edificación, Ordenanza N° 6874/99, atento de la simple lectura del expediente administrativo, la caducidad del permiso de obra fue dispuesta por la inacción del actor, quien contaba con el plazo de 180 días, no cumpliendo con sus obligaciones de edificar en

el terreno o solicitar una prórroga. Concluye que plantear una medida cautelar para dejar sin efecto un acto administrativo, que fuera dispuesto como consecuencia de la inactividad del peticionante, es un claro exceso, cuando existen otros medios legales por los que el particular ya encausó su pretensión, como ser la impugnación que remitió por carta documento, y que se encuentra pendiente de resolución hasta tanto no se remitan los expedientes que se encuentran en el Juzgado. Destaca que la resolución vulnera su autonomía Municipal, al decidir en contra de los principios dispuestos en el art. 18 de la Ordenanza 485/76 en lo que respecta a los principios de legalidad, de la independencia del órgano que resuelve, de la revisión por medio del recurso y de la separación de poderes, ya que no forma parte de la competencia de la Sra. Jueza ejercer el poder de policía edilicia, potestad exclusiva de esta Corporación Municipal.

Corrido traslado, la actora contesta (ID 726161) y solicita el rechazo de los agravios.

El 7 de septiembre, se rechaza el recurso de reposición, se concede el de apelación en subsidio y se elevan las actuaciones a los fines de resolver.

III- En primer lugar es dable señalar que las medidas cautelares contra la administración han sido definidas por la doctrina en reiteradas oportunidades.

Calificado doctrinario ha dicho que "las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas,

mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes; como un anticipo que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona y de los bienes para hacer eficaces las sentencias de los jueces" (Cfme. Podetti, J. Ramiro, "Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, Tratado de las medidas cautelares", Buenos Aires, Ediar, 1995, pág. 33).

Al respecto la jurisprudencia dijo que se puede definir las medidas cautelares procesales como aquellas de carácter precautorio que cumplen la función de significar un anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional, para impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener por medio del proceso pierda su virtualidad o eficacia hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva (Cfme. CNCivil, Sala A, 12/I/00, Di Paolo c. Burstyn y otros).

En definitiva lo que se persigue con el dictado de las medidas cautelares no es proteger los derechos subjetivos de los administrados, sino impedir que las sentencias judiciales se transformen en una ficción jurídica de complejo, sino imposible, cumplimiento.

En este sentido, lo que se quiere asegurar con su dictado es no sólo el interés privado de las partes, sino la operatividad de la sentencia a dictarse, en el sentido de que lo sentenciado pueda ejecutarse y de que por el transcurso del tiempo el objeto del litigio no haya desaparecido y haya convertido la cuestión en abstracta o insubstancial (Cfme. Gallegos Fedriani, Pablo, "Las medidas cautelares contra la administración nacional (Principios jurisprudenciales)," LL, 1996-B, 1052.).

Sobre este tema la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso, y su fundabilidad depende de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, más no de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal (CSJN, Estado Nacional (MESOP) c. Provincia de Río Negro s/ solicitud de medidas cautelares, 1991, Fallos, 314: 695).

El Dr. Comadira distingue entre el proceso cautelar conservativo (prevención conservativa) y el proceso cautelar innovativo (prevención innovativa) señalando que en el primer caso se trata de conservar una situación de hecho, para impedir que su cambio pueda frustrar el resultado práctico del proceso principal, mientras que en el segundo, la técnica consiste en disponer, desde el inicio, un determinado cambio en el estado de hecho. De esta manera, mientras el fundamento del proceso conservativo deriva de la necesidad de eliminar la justicia privada, de modo que quien sufre una perturbación en sus intereses no pueda, per se, proceder a la restitución, el innovativo tiende, mediante el cambio inicial de la situación de hecho o de derecho, a impedir la frustración del proceso, debido a una peligrosa desigualdad entre los litigantes (Comadira, Julio R., "Las medidas cautelares en el proceso administrativo. (Con especial referencia a la suspensión de los efectos del acto)," LL, 1994-C, 699).

Asimismo, el tribunal cimero nacional ha señalado que "la naturaleza de medidas como la solicitada (prohibición de innovar), no exige un examen de certeza

sobre la existencia del derecho pretendido, antes bien, solo resulta exigible el fumus boni iuris, pues 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." (CSJN, in re "Rossi Cibils, Miguel A. y otros", 1992, Fallos, 315: 2074).

En pocas palabras, podemos decir que, para decretar una medida cautelar no se requiere una prueba acabada 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.

No debe olvidarse que la magistratura que resuelve una petición cautelar, como en este caso, debe formular una valoración panorámica de las pretensiones de las partes, de las pruebas que hayan aportado y, también, de hechos notorios y públicos, que no puede desconocer el juez no como tal, sino como ciudadano, que son el atalaya desde el cual se observa ese panorama y se juzga tanto el peligro que acarrearía denegar la cautela solicitada como la verosimilitud del derecho (fumus boni iuris), precisamente, para que la parte que sostiene una posición descaminada, insostenible a la larga o manifiestamente injusta no salga beneficiada, como ocurre frecuentemente, con el alongamiento de la duración del proceso (conf. García de Enterría, Eduardo, "La batalla por las medidas cautelares", 3ª ed., Madrid, Thomson Civitas, Año 2004, pág. 207).

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el estudio del peligro en la

demora exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar, puedan restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego originado por la sentencia dictada como acto final del proceso (Fallos: 319:1277).

Así, los requisitos necesarios para el dictado de la cautelar (verosimilitud del derecho y peligro en la demora) se hallan relacionados de modo tal que a mayor peligro en la demora no cabe ser tan exigente con la acreditación de la verosimilitud del derecho y viceversa, ello es posible cuando, de existir realmente el peligro de causar un daño grave e irreparable, se haya acreditado en forma mínima la verosimilitud del derecho invocado (conf. CNFedContAdm., Sala IV, 31/03/93, in re, "O.S.P.E.G.Y.P.E. c/ Ministerio de Salud y Acción Social s/ Amparo – incidente"; C. Apel. en lo Contencioso Administrativo de Chaco, 26/05/09, "Castellanos, Danny Rogger c/ Provincia del Chaco", en La Ley Online, cita: AR/JUR/17166/2009).

Ello así, la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidad sobre dos variables: la verosimilitud de lo pretendido y el riesgo de no lograr concretarlo. Declarar la existencia y extensión del derecho es función de la sentencia de fondo; mas en las providencias y actuaciones cautelares, basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, esto es, que según un cálculo realista y objetivo, se dé una probabilidad calificada de que la providencia principal habrá de acoger favorablemente –en todo o en parte- la pretensión de aquél que solicita la medida

cautelar, por lo que el resultado de la cognición sumaria cautelar no tiene otro valor que el de una hipótesis (Calamandrei, Piero, "Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares", trad. de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., editorial Bibliográfica Argentina, Año 1945, pág. 77). Ello por cuanto con exigir una certeza, dado el carácter de la medida solicitada, se estaría de alguna manera adelantando opinión sobre el fondo del asunto sometido a jurisdicción.

Ahora bien, es jurisprudencia constante, que este Cuerpo comparte, 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 (CSJN Fallos 250:154, 251:336, 307:1702; LL 1993-B-264, 1993-E-629, STJCH S.I. Nro. 26/93, 11/94, 5/2002 entre otras).

Este Tribunal adhiere a la posición de la Corte Federal, en el sentido de la viabilidad de las medidas precautorias contra la administración, para lo cual no se exige prueba de certeza del derecho (CSJN, Fallos: 306:2060), sino que se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora (CSJN, Fallos: 316:1833). Es decir, no cabe extremar el rigorismo de los recaudos para otorgar una tutela cautelar cuando existen especiales circunstancias que aconsejan su procedencia.

De conformidad con el encuadre normativo referido, constancia documental y presentación inicial, los

presupuestos de verosimilitud de derecho y peligro en la demora, se avizoran, en el grado requerido para este estadio provisional. De la documentación que acompañó en el expediente principal -Expte. 310/2021-: Expte. N° X. caratulado "F. D. S/ Solicitud de Terreno" en trámite ante la Dirección de Tierras de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia donde se le adjudicó el lote en venta con pacto comisorio, individualizado como Parcela X., Manzana X., Sector 1, Circunscripción 5 de Comodoro Rivadavia, con una Superficie de 223,91mts, Expediente de Mensura P X., mediante Ordenanza N° 12.554/16 del Concejo Deliberante fechada 15/12/2016 y las demás actuaciones referidas al proyecto de obra de vivienda unifamiliar 38 metros cuadrados cubiertos a llevarse adelante en dicho lote tramitado mediante Expediente N° X. ante la Dirección de Obras Particulares del municipio; autorización de los planos de obra fechada 8/6/2021; informe de la Dirección de Catastro de la Provincia del Chubut que el lote no cumple con lo establecido en la Ley I N° 36; es decir no cuenta con los servicios públicos lo cual es un requisito previo al fraccionamiento del lote. 23/9/2021; Certificado N° X., emitido por la Dirección General de Catastro e Información Territorial de la Provincia de Chubut, correspondiente a su lote que dice "NO SE EXPIDE CERTIFICADO CATASTRAL, previamente deberá cumplimentar con las exigencias de la Ley I N° 36 (antes Ley 1425), y Disp. 13/96 DCeIT (referente a los servicios)"; intimación realizada a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia mediante Carta Documento 137890529 a los fines que ejecute las obras correspondientes y lo indemnice por los daños y perjuicios ocasionados; Resolución de

la Municipalidad de Comodoro Rivadavia fechada 25/3/2022, en relación al Expediente de Obra N° 266-F-2021, suscripta por la Sra. M. C. F. en sus carácter de Directora de Control de Gestión, de la Dirección General de Obras Particulares, Secretaría de Infraestructura, Obras y Servicios Públicos, de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, donde se le notifica la caducidad del permiso de obra, notificado el 8/4/2022; el pedido del actor de la nulidad de dicha resolución dictada en el Expediente de Obra N° X. mediante cartas Documentos Correo Argentino CD X., CD X. y CD X.; recibidas por la Municipalidad de Comodoro Rivadavia en fecha 19-42022, sin que hasta momento la Administración se expida al respecto. Toda esta documental más los hechos narrados por la actora en su escrito de demanda, tienen entidad suficiente para acreditar la verosimilitud del derecho.

En cuanto al presupuesto de peligro en la demora, que da su razón de ser al instituto de las medidas cautelares, toda vez que si estas tienden a impedir que el transcurso incida negativamente en la factibilidad del cumplimiento de la sentencia es obvio que si existe, se justifica el dictado de la misma.

Entendido el mismo como el temor cierto y razonable de que el actuar de la justicia llegará tarde, se satisface con el hecho de que el tiempo a transcurrir entre la interposición de la demanda hasta el dictado de una sentencia definitiva podría tornar ilusoria la satisfacción de los derechos que éste pudiere acordar.

Pero además la demandada en su memorial expone como fundamento de sus agravios que el actor no agotó la vía administrativa previa.

Respecto a este punto, no haber agotado la accionante la vía administrativa previa –art. 138 de la Ordenanza N° 485/76-, se ha de señalar que como dice la jueza es un requisito extrínseco de la demanda, pero no objeto de análisis dentro del marco de esta cautelar.

No obstante ello se advierte que para argumentar los expuesto la demandada reconoce que la actora, le remitió en fecha 18/4/2021 cinco cartas documento, que fueron recepcionadas el 19/4/2021, donde se le solicitó la suspensión de los plazos administrativos del expediente de tierras N° X. y planteó un recurso administrativo de Nulidad de la resolución de fecha 25/3/2022 del expediente X., subsidiariamente solicita la suspensión de los plazos administrativos y procesales; pero expresa que los plazos se encuentran suspendidos no dictando acto la Administración aceptando o rechazando el recurso, hasta tanto cuenten con los expedientes administrativos N° X. y N° X., los cuales fueron solicitados en devolución en el principal, oponiéndose la actora a su devolución.

Pues bien, mediante sentencia interlocutoria fechada el 8 de julio de 2022, notificada las partes el 26/7/22, se hizo lugar a lo solicitado y se ordenó por mesa de entradas retirar los expedientes bajo su constancia y responsabilidad, con la documentación original, debiendo restituir los mismos en el plazo de cinco días o –en idéntico plazo- acompañar copia digitalizada de la misma. El 8/8/22 previo informe de la actuaria, la jueza pone a disposición de la parte los expedientes administrativos y su documentación, sin que a la fecha surja del sistema, constancia digital

de su retiro o que se haya dictado acto administrativo pertinente por parte de la Administración.

Por lo expuesto, estando acreditados los recaudos legales, y conforme los fundamentos dados precedentemente, debe rechazarse el recurso de apelación interpuesto por la demandada (ID 716308) y se confirmar la resolución fechada el 24 de mayo de 2022.

IV- Por último, corresponde precisar que en casos como el analizado, no es pertinente que la jueza a quo se expida sobre la imposición en costas en la sentencia interlocutoria dictada, constituyendo una excepción al art. 163 inc. 3° del CPr., pues queda diferida tal consideración para la oportunidad en que recaiga pronunciamiento respecto de la apelación interpuesta en subsidio (E. Highton – B. Areán: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T 4 p. 747 ap. *f* en comentario al art. 241, Hammurabi 2005).

Razón por la cual corresponde revocar la imposición en costas y regulación de honorarios efectuada en la sentencia interlocutoria fechada el 7 de septiembre de 2022.

V- Las costas de ésta instancia se imponen a la recurrente vencida, por el principio objetivo de la derrota (art. 69 del C.Pr.).

Se regulan los honorarios de los letrados participante conforme la naturaleza del proceso, éxito obtenido y labor desarrollada y demás pautas de la ley de aranceles profesionales para abogados (arts. 5, 6, 8, 9, 32, 13, 46 y ss. Ley XIII Nº 4 modificado Nº 15.

Por ello, la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial Nº II con asiento en Comodoro

Rivadavia,

RESUELVE:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada (ID 716308) y se confirmar la resolución fechada el 24 de mayo de 2022.

2) Costas de ésta instancia a la recurrente vencida.

3) Regular los honorarios profesionales del Dr. R. A. G. en el QUINCE (15%) POR CIENTO y los del Dr. A. S. en el DIEZ (10%) POR CIENTO, del monto que le corresponda como definitivos en el proceso principal.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara, por encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Manuel Horacio Pis Diez y existir concordancia en la solución del caso.

REGISTRADA BAJO EL N° 559 DEL AÑO 2022

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS