TOMO **XIX -CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- T.S.J..-**
REGISTRO Nº 1159
FOLIO Nº 3806|3809
PROT. ELECT. **TSS1** 016 **C.241**
Río Gallegos, 26 de noviembre de 2024.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados: **"FLORENTIN GONZALEZ MARIA ROSA C/ MUNICIPALIDAD DE EL CHALTEN S/ DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA -INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR-"**, Expte. Nº F-875/23-IMC-TSJ, venidos al Acuerdo para resolver; y

CONSIDERANDO:

I.- Que llegan los presentes autos a tratamiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia, en virtud de la medida cautelar de no innovar solicitada por la parte actora en las actuaciones principales en PE1192966-2023 y PE1248517-2024.-

En ellas, dicha parte promueve demanda contencioso administrativa contra la Municipalidad de El Chaltén: "...a fin de obtener la revocación y/o anulación del Decreto Nº 187/2023, por el cual se rechazó el Recurso Jerárquico interpuesto en subsidio...confirmándose de tal modo las Resoluciones Nro. 698/SEC.RR.EE.-ME.CH/2023...(que rechazó la impugnación al Concurso de precios Nº 002/2023 y Nro. 703/SEC.RR.EE.M.E.CH/202[3] (por la cual se procedió a adjudicar la concesión al Sr. Arnaldo Espíndola). Solicito...se revoquen dichos actos administrativos y se decrete el otorgamiento de la concesión del restaurant y confitería a la Sra. Florentín González. De no ser lo anteriormente peticionado procedente, solicito se decrete la nulidad de dichos actos y se ordene el llamado de un nuevo concurso de oferentes para dicha concesión." (cfr. PE1192966-2023, págs. 1/2).-

II.- Primeramente, en el libelo de inicio, persigue que: "...se le impida a la demandada modificar la situación de hecho actualmente existente, es decir, que no se innove en avanzar en el otorgamiento de la concesión a favor del Sr. Espíndola, debiendo mantenerse en la administración de la concesión de la confitería de la Terminal de Ómnibus a la Sra. Florentín González..." (cfr. PE cit., pág. 34).-

En sustento de la cautelar referida sostiene que: "...la demandada ha producido una decisión que...se orienta a afectar los derechos subjetivos de mi poderdante pues la actividad que actualmente desarrolla como adjudicataria de la concesión...son el único medio de sustento diario, a la vez que es la actividad que le permite mantener los puestos de trabajo del personal [...] se ha

demostrado en forma clara que el obrar del municipio demandado es manifiestamente ilegal y arbitrario…es notorio que se ha manipulado el expediente agregando una documentación (la de fs. 29) con el objeto de justificar o de sanear el irregular trámite del concurso de precios…" (cfr. PE cit., págs. 35/36).-

En una segunda presentación bajo el título de "Amplia demanda y Pedido de Medida Cautelar", solicita: "…se dejen sin efecto todos aquellos actos que han implicado la imposibilidad para la Sra. Florentín González de continuar con el ejercicio de la habilitación comercial…y con el ejercicio de la habilitación de la Patente o habilitación a su favor del expendio de bebidas alcohólicas. En especial…se dejen sin efecto tanto la Resolución 51 como el acto de clausura y se ordene al municipio que proceda a la habilitación comercial del local y de la habilitación para el expendio de bebidas alcohólica[s], y en general, que se deje sin efecto toda medida o acto administrativo que impida la continuidad por parte de mi poderdante en el ejercicio de la administración de la concesión de la actividad y del local en cuestión (cfr. PE1248517-2024, págs. 8/9).-

Para fundar su pretensión aduce que: "Al interponer la presente acción…la Sra. Florentín González se encontraba desarrollando con total normalidad la administración de la habilitación objeto de controversia sin que nada hiciera preveer que la accionada llevaría a cabo actos destinados a impedir la continuidad de dicha administración. Por esta razón se peticionó como medida cautelar una medida de no innovar. El 12/1/2023 sorpresivamente es notificada de la revocación de las habilitaciones mediante Resolución 51, acto jurídico contra el cual se interpuso recurso administrativo, pero aún la municipalidad no lo ha resuelto. El 29/1/23 se produce la clausura solo por 72 horas, pero de todos modos la misma se mantiene vigente, pese a que mi mandante se presentó ante el municipio para regularizar la situación […] Es determinante para la procedencia de la medida cautelar…que V.E. tenga presente que la actora interpuso recurso contra la mencionada Resolución 51 con fecha 26/1/24 y el municipio de todos modos y pese a estar en conocimiento de la existencia de la demanda contencioso administrativa, procedió el 29/1/24 a la clausura." (cfr. PE cit., pág. 7).-

Finalmente sostiene que en su caso se dan los requisitos de las medidas cautelares: verosimilitud del derecho, la que se encuentra suficientemente demostrada con los hechos descriptos y la prueba documental incorporada en autos y peligro en la demora, por cuanto implica la pérdida de la única fuente de ingresos, la eliminación de fuentes laborales por la cantidad de empleados en relación de dependencia, además de que afecta el normal desarrollo de un servicio esencial para la vida y la cotidianeidad en la localidad de El Chaltén porque actualmente la

confitería y el restaurant están clausurados y ello perjudica a los vecinos y a los turistas en tránsito (cfr. PE cit., pág. 9).-

Para un mejor ordenamiento procesal se dispuso la formación del presente incidente en PE772862-2024 de los autos principales.-

III.- Sustanciada la petición, conforme el art. 25 del CPCA, Ley Nº 2600, es contestada por la Municipalidad de El Chaltén, por intermedio de sus letrados apoderados, Dres. Vanesa Barrionuevo y Ramiro Serantes, solicitando el rechazo de la medida cautelar peticionada (cfr. PE1314667-2024).-

En relación a la verosimilitud del derecho, alegan que no se puede argumentar seriamente la existencia de un derecho a continuar al frente de la explotación comercial cuando la concesión que tenía la Sra. Florentín González finalizó el 31 de marzo de 2023, al vencer los noventa (90) días de prolongación de su término, y cuando existe un acto de adjudicación a favor de un tercero. En el sublite, para tener por configurada esa verosimilitud en el derecho, la Sra. Florentín González debe demostrar que realizó una mejor oferta en comparación con la presentada por el Sr. Espíndola y que, producto de una excepción al principio general de la mejor oferta, se resolvió adjudicar la concesión a este último (cfr. PE cit., pág. 9).-

Respecto al peligro en la demora afirman que desde que se produjo la clausura del local el 29 de enero de 2024, la actora dejó de desempeñar la actividad que desarrollaba en ese lugar y, por lo tanto de percibir los ingresos que la misma le retribuía. Pese a ello, no interpuso ninguna acción para intentar revertir la clausura del local que se le impuso por funcionar sin habilitación comercial y sin patente de expendio de bebidas alcohólicas (cfr. PE cit., pág. 10).-

En cuanto a que la concesión representaría su único medio de vida del que dependería su subsistencia durante el plazo que insuma la tramitación del proceso principal, afirman que la Sra. González es titular de otros tres (3) comercios en la localidad de El Chaltén y que se encuentra unida en matrimonio con el Sr. Dante Ardenghi de profesión médico (cfr. PE cit., pág. 11).-

Agregan además que la omisión de producir prueba al respecto y la ausencia de todo tipo de referencia relacionada a la cantidad de empleados, su identificación y al detalle de las erogaciones económicas son indicadores de que no existe ningún perjuicio económico real para la actora como empleadora ni para ningún trabajador (cfr. PE y pág. cits.).-

Corrido el traslado a la parte actora de la documental acompañada por la parte demandada (cfr. PE807908-2024), ésta niega el contenido, firmas y fechas de la documentación agregada y aduce que la actividad que pudiera realizar el Dr. Ardenghi ninguna vinculación tiene con el proceso de autos (cfr.

PE1446443-2024).-

En PE1467995-2024 contesta vista el Sr. Agente Fiscal ante este Alto Cuerpo, expidiéndose en sentido negativo, dictaminando que no debe hacerse lugar a la medida cautelar peticionada (cfr. PE cit., pág. 3).-

Pasan las presentes actuaciones al Acuerdo para resolver en PE893027-2024.-

IV.- A fin de dirimir la cuestión planteada, debe examinarse si se encuentran acreditados los presupuestos genéricos para la procedencia de toda medida cautelar, en orden a lo normado por el artículo 25 y s.s. del CPCA, Ley Nº 2600, esto es, verosimilitud del derecho y peligro en la demora.-

Liminarmente, es preciso advertir que el juzgamiento de este tipo de pretensiones se despacha con una cognición mucho más expeditiva y superficial que la ordinaria, de modo tal que puede ser modificado en la sentencia definitiva, por lo que ni el otorgamiento de la medida prejuzga sobre el mérito de la causa, ni el consentimiento de aquélla implica aceptación de la procedencia del derecho a juzgar en la sentencia definitiva (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomo XVIII, Reg. 1079, Folio 3445/3447).-

Todo razonamiento a efectuarse en la materia debe hacerse teniendo especialmente en cuenta que los actos administrativos se presumen legítimos (cfr. art. 12 de la Ley Nº 1260). "Dicha presunción significa que se supone que el acto administrativo ha sido dictado con arreglo a las normas jurídicas que debieron condicionar su emisión. El fundamento de este carácter deriva...de la presunción general de validez que acompaña a los actos estatales..." (cfr. Comadira, Julio R., "Acto Administrativo Municipal", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1992, págs. 99/100).-

En este terreno también debe observarse una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión porque la decisión es netamente excepcional, habida cuenta que configura un anticipo de jurisdicción favorable (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomo XV, Reg. 937, Folio 2811/2813, entre otros).-

Teniendo en cuenta las pautas reseñadas, es dable adelantar que en el presente caso no aparecen cumplidos los extremos que tornarían procedente la medida cautelar requerida.-

V.- En cuanto al primero de los recaudos enunciados, esto es, el de la verosimilitud del derecho, resulta oportuno considerar que para derrumbar la enunciada presunción de legitimidad de la actuación administrativa, la misma debe emerger con indiscutible nitidez (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo,

Tomos XIII, Reg. 852, Folio 2419/2422; XIV, Reg. 900, Folio 2636/2639 y Reg. 930, Folio 2771/2775, entre otros), lo cual -en principio- no se verifica en el caso de autos. De la lectura del acto administrativo cuestionado, no emana prima facie una arbitrariedad manifiesta, pues el Decreto Municipal N° 187/2023 del Departamento Ejecutivo Municipal, ha sido dictado en ejercicio de las potestades constitucionales y legales pertinentes, ello sin perjuicio del oportuno mérito que pueda realizar este cimero Tribunal al momento de dictar sentencia definitiva en el proceso principal (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomos XI, Reg. 722, Folio 2036/2037 y Reg. 781, Folio 2199/2201; XII, Reg. 835, Folio 2369/2371; XIII, Reg. 852, Folio 2419/2422 cit.; y XIV, Reg. 930, Folio 2771/2775 cit., entre otros).-

En este sentido, resulta preciso subrayar que: "'...Los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad y son ejecutorios, por lo que la viabilidad de la medida de no innovar contra ellos debe ser apreciada con criterio restrictivo. Para que proceda frente a la Administración Pública es necesario acreditar prima facie la arbitrariedad del acto recurrido o, con el mismo alcance, la violación de la ley, a fin de hacer caer la presunción de legalidad de que goza y, por lo tanto, la ejecutoriedad del acto (CNCiv. Sala B, 2/2/79 Rep. JA 1979, p. 43 N°s.10-11)...' (confr. Martínez Botos 'Medidas Cautelares', Ed. Universidad, ed. 1999, pág. 335/336)" (cfr. TSJ, Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomo XV, Reg. 937, Folio 2811/2813 cit.).-

De conformidad con ello, es dable puntualizar que el acto municipal que rechazó el recurso jerárquico, ha sido emitido dentro de las atribuciones del Municipio, con lo cual no se advierte en este incipiente estadio procesal que aparezcan de modo manifiesto las causas de nulidad alegadas por la incidentista y que pudieren habilitar la cautelar peticionada.-

Respecto del peligro en la demora, debe señalarse que del estudio de las actuaciones no surge con claridad que exista un peligro inminente, o de tal gravedad que amerite el dictado de la medida cautelar que se peticiona, ni mucho menos que el hipotético perjuicio sea irreparable posteriormente. Cuadra destacar, en tal sentido, que: "Si bien en el caso de la apariencia de buen derecho el tribunal hace un preventivo cálculo de probabilidad en el caso el peligro en la demora debe alcanzar su fuerte probabilidad (lindando con la certeza) y no la verosimilitud. Así el peticionante debe probar las circunstancias que configuran el peligro en la demora..." (cfr. Hutchinson, Tomás, Derecho Procesal Administrativo, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, Tomo III, pág. 512).-

Nótese, en tal sentido, que la incidentista procura fundar el peligro en la demora sosteniendo que la tutela precautoria que pretende evitaría la

pérdida de su única fuente de ingresos, la eliminación de fuentes laborales por la cantidad de empleados en relación de dependencia y afectaría el desarrollo normal de un servicio esencial para la vida y la cotidianeidad en la localidad de El Chaltén (cfr. PE1248517-2024, pág. 9). Tales afirmaciones son insuficientes por sí mismas para sustentar adecuadamente el requisito en estudio, puesto que no pasan de ser una mera opinión personal, carente de sustentación objetiva, ya que no cuentan con elementos de prueba que la respalden. No debe olvidarse que no resultan suficientes, para satisfacer este requisito, las meras apreciaciones subjetivas basadas en la particular susceptibilidad de quien reclama (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomo XVII, Reg. 1031, Folio 3208/3211; y Reg. 1058, Folio 3332/3335).-

En cuanto a los perjuicios que el acto impugnado causare o pudiera causar a la incidentista, cabe indicar que la aplicación de esa decisión estatal no le generaría, en principio, un perjuicio de imposible o difícil reparación dado que nada impediría que, en caso de obtener una sentencia definitiva favorable logre una justa reparación integral de los daños y perjuicios que le hubiera ocasionado (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomos IX, Reg. 722, Folio 2036/2037; Reg. 743, Folio 2096/2098; y XV, Reg. 978, Folio 2984/2986), o bien que la Municipalidad de El Chaltén otorgue nuevamente la concesión otorgando una nueva habilitación comercial y Patente para el expendio de bebidas alcohólicas. Asimismo, debe tenerse en cuenta la solvencia de la incidentada, la cual en éste caso resulta notoria. No parece aventurado pensar entonces que, de lograr la actora una sentencia de fondo favorable a su pretensión, no pueda la demandada hacer frente a los resarcimientos que pudieran corresponderle por derecho.-

VI.- El hecho de no encontrarse configurados los presupuestos a que se hizo referencia más arriba nos exime de ponderar la afectación del interés público, puesto que estos requisitos deben hallarse siempre presentes, ya que no funcionan de forma alternativa sino complementaria (cfr. Hutchinson, Tomás, ob. cit., Tomo III, pág. 515; TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomos XVII, Reg. 1031, Folio 3208/3211; y XVIII, Reg. 1085, Folio 3464/3467, entre otros).-

Finalmente, cabe poner de resalto que la decisión a la que se arriba es provisoria y no implica prejuzgamiento alguno sobre el fondo de la cuestión a debatirse en el proceso principal.-

Por ello, y considerando que no se ha acreditado, dentro del estrecho margen de conocimiento de este incidente de medida cautelar, que la actuación de la Municipalidad de El Chaltén responda a un accionar irrazonable o arbitrario, como así tampoco el requisito del peligro en la demora, corresponde no hacer lugar a la medida cautelar peticionada, imponiendo las costas en el orden

causado en virtud de lo estipulado por al artículo 90 del CPCA, Ley Nº 2600.-

Que, en atención a las consideraciones expuestas y oído que fue el Sr. Agente Fiscal, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

1º) No hacer lugar a la medida cautelar peticionada por la Sra. María Rosa Florentín González.-

2º) Imponer las costas en el orden causado.-

3º) Regístrese y notifíquese. Oportunamente, acumúlense las presentes actuaciones al principal.-

DANIEL MAURICIO MARIANI
Presidente
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA DE LOS ÁNGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

RENEÉ GUADALUPE FERNÁNDEZ
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

FERNANDO MIGUEL BASANTA
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia