TOMO **XVIII -CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- T.S.J.-**
REGISTRO N° 1120
FOLIO N° 3603/3607
PROT. ELECT. **TSS1** 007 **C.231**
Río Gallegos, 26 de abril de 2023.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados: **"JENSEN AGUSTIN MAXIMILIANO C/ MUNICIPALIDAD DE RIO GALLEGOS S/ DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA -INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR-"**, Expte. N° J-850/21-IMC-TSJ, venidos al Acuerdo para resolver; y

CONSIDERANDO:

I.- Que llegan los presentes autos a tratamiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia, a fin de resolver en primer término, la excusación deducida por el Sr. Vocal Dr. Fernando Miguel Basanta, que en PE697757-2022, expresa: "Motiva esta decisión el hecho de encontrarme comprendido en la causal prevista en el artículo 17, inciso 7° del Código Procesal Civil y Comercial, por remisión del artículo 30, primera parte del mismo cuerpo legal, toda vez que el suscripto ha dictaminado como Agente Fiscal Subrogante ante este Alto Cuerpo, sobre la admisibilidad formal de la demanda y materia de la litis, en los autos principales caratulados: 'Jensen Agustin Maximiliano c/ Municipalidad de Rio Gallegos s/ Demanda Contencioso Administrativa', Expte. N° J-850/21-TSJ (cfr. PE378408-2022 de dichos autos).".-

En razón de los motivos que fundan la excusación del Magistrado, encuadrándose en la normativa impuesta por el artículo 17, inciso 7° del CPCyC, en virtud de lo normado en el artículo 30 del citado texto legal, corresponde hacer lugar a la excusación deducida.-

II.- Asimismo, los presentes autos vienen al Acuerdo en virtud de la medida cautelar innovativa solicitada por la actora, tendiente a que se ordene la indisponibilidad del inmueble objeto de litigio por parte de la Municipalidad de Río Gallegos (cfr. PE183939-2021, pág. 7; y certif. obrante en PE218063-2021).-

Cabe señalar que en los autos principales se presentó el Sr. Agustín Maximiliano Jensen interponiendo demanda contencioso administrativa contra la Municipalidad de Río Gallegos, con el objeto que se declare la nulidad del Decreto Municipal N° 1262 del 28 de mayo de 2020 y se ordene su carácter de adjudicatario del inmueble identificado como Parcela N° 4, manzana N° 505, de la Circunscripción III, Sección A, sito en la calle Dr. Borelli N° 185 de esta ciudad con destino a vivienda familiar de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Municipal N° 4266/19 (cfr. PE cit.).-

Como fundamento de la cautelar invoca la verosimilitud del derecho, expresando que surge en forma palmaria, en la medida que -en su condición de adjudicatario del inmueble- fue desposeído de manera arbitraria habiendo dado cabal cumplimiento con las exigencias de la Ordenanza Municipal que rige la materia. Que el peligro en la demora también es evidente y que el dictado de la medida cautelar evitaría la continuidad en la materialización de una flagrante arbitrariedad, con un perjuicio económico significativo para su parte (cfr. PE cit. pág. 9).-

Dice, además, que la medida pedida no afecta el interés público y precisa que lo requerido importa un verdadero y justo anticipo de la garantía jurisdiccional, que se otorga con el objeto de impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener, pierda virtualidad durante el plazo que insuma el proceso (cfr. PE y pág. cit.).-

Por último, ofrece caución juratoria.-

El presente incidente se forma en cumplimiento a lo ordenado en la providencia PE159181-2021 de los autos principales (cfr. PE218063-2021).-

Corrido el traslado a la demandada, no es contestado conforme surge de la certificación actuaria y providencia obrante en PE172693-2021.-

El Sr. Agente Fiscal Subrogante ante este Alto Cuerpo, dictamina expidiéndose en sentido negativo, considerando que no debe hacerse lugar a la medida cautela peticionada (cfr. PE251784-2021).-

Se dispone pasar las presentes actuaciones al Acuerdo para resolver en PE180519-2021.-

III.- Como punto de partida debemos señalar que el Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo, Ley 2600, tipifica, en el Título VI, tres tipos de pretensiones cautelares: la suspensión de la ejecución de un acto administrativo (arts. 33 y ss.), las medidas positivas (art. 31) y las medidas urgentes (art. 25).-

Se entiende por suspensión de la ejecución del acto administrativo la interrupción temporal y absoluta o relativa de dicha ejecución. Esta interrupción no puede ser permanente, porque entonces implicaría un caso de revocación y como en cuanto a su extensión puede alcanzar a la totalidad de las declaraciones contenidas en el acto administrativo o solamente parte de las mismas (cfr. Gallegos Fedriani, Pablo O.: "Las medidas Cautelares contra la Administración Pública", 2ª edición, actualizada, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006, pág. 216).-

El principal efecto de este tipo de medida cautelar, es según surge también de nuestro ordenamiento, privar al acto -siempre de manera provisoria-

de uno de sus caracteres, esto es, de su ejecutoriedad o ejecución forzosa. Esta medida reviste una fundamental importancia para el particular, dado que como consecuencia de dicha nota específica la Administración puede ejecutar de oficio sus propios actos administrativos (cfr. art. 12 de la Ley Nº 1260 de Procedimiento Administrativo).-

La otra medida cautelar que encontramos legislada es la de contenido positivo, prevista en artículo 31 del CPCA, Ley Nº 2600, y es aquella consistente en la emisión de un mandato judicial tendiente a imponerle a la autoridad pública demandada una conducta determinada. Este tipo de medidas se aplican ante lo que se denominan los actos negativos de la Administración, o sea cuando se niega al particular el dictado de un acto favorable (cfr. Hutchinson, Tomás: "Derecho Procesal Administrativo", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, Tomo III, pág. 599). Para su dictado, la norma exige la demostración de la verosimilitud del derecho, la existencia de una obligación pública por parte de la demandada, y el peligro cierto de que la demora en su otorgamiento pudiere causar un daño irreversible, imposible de reparar en la sentencia (cfr. art. 31 del CPCA, Ley Nº 2600).-

Por último, el artículo 25 del CPCA, Ley Nº 2600, regula las llamadas medidas urgentes, que son aquellas: "...'...que según las circunstancias, aparezcan como las más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión de fondo' (cfr. art. cit.). Recuerda Hutchinson, que el campo de las medidas cautelares es muy fértil y suelen presentarse situaciones atípicas, es por tal motivo que muchos códigos provinciales regulan este tipo de medidas '...con lo cual se habilita al tribunal para decretar cualquier clase de medida precautoria siempre que ella sea idónea para el aseguramiento provisorio del derecho...' (cfr. autor y obra cit., Tomo III, pág. 617). Para la procedencia de tales medidas, el ordenamiento procesal requiere que se ostente un derecho subjetivo a la actividad omitida, y que el derecho alegado por la actuación material impugnada aparezca razonablemente acreditado (conf. art. 26 del CPCA, Ley Nº 2600). De lo expuesto, surge que el legislador ha dejado reservado el dictado de este tipo de medidas urgentes sólo ante la actividad material u omisiva de la administración. O sea, ante los hechos de la administración, es decir frente al comportamiento material no antecedido de acto administrativo alguno (conf. Balbín, Carlos F., 'Tratado de Derecho Administrativo', La Ley 2º Ed., actualizada y ampliada, 2015, Tomo III, pág 274), y ante las omisiones estatales, las cuales consisten en una inactividad material de la administración en el marco de una obligación a su cargo (conf. Balbín, Carlos F., ob. cit., Tomo III, pág 280), quedando, por último, en este artículo también comprendidas aquellas actuaciones materiales carentes de sustento o cobertura jurídica, es decir las llamadas vías de hecho de la Administración." (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomo XVII,

Reg. 1031, Folio 3208/3211).-

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos recordar que la enumeración transcripta no crea un régimen legal de '*numerus clausus*', ya que queda abierta la posibilidad de su ampliación.-

IV.- A los fines de resolver la cuestión planteada, debe analizarse 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 N° 2600, esto es, verosimilitud del derecho y peligro en la demora.-

Conviene precisar 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 que nos ocupa debe hacerse teniendo especialmente en cuenta que los actos administrativos se presumen legítimos (cfr. art. 12 de la Ley N° 1260).-

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).-

Conforme se ha manifestado en doctrina, debemos destacar que la medida cautelar innovativa también es de carácter extraordinaria pues, además de los recaudos propios de toda pretensión cautelar, exige uno que le es específico y característico: la irreparabilidad del daño inflingido por la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar (cfr. Gallegos Fedriani Pablo O.: "Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública", 2° Edición actualizada, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, pág. 135).-

Teniendo en cuenta las pautas reseñadas se resolverá en los presentes.-

V.- Debemos decir que en la especie, la medida precautoria requerida se asemeja a la denominada "suspensión de la ejecución de un acto administrativo" ya que el interesado -al sustentar su pedido- solicita que: "...dicte media (sic) cautelar de innovar ordenándose la indisponibilidad del inmueble objeto de litigio por parte de la Municipalidad de Río Gallegos..." (cfr. PE183939-2021, pág. 7).-

Este tipo de pretensión constituye la medida cautelar por antonomasia del proceso contencioso administrativo, cuyo efecto principal -como se dijo- es privar al acto -siempre de manera provisoria- de uno de sus caracteres, esto es, de su ejecutoriedad o ejecución forzosa.-

Es que la suspensión del acto administrativo no es más que una expresión particular de la prohibición jurisdiccional de innovar, cuando ella es decretada frente a la Administración Pública. Así se ha dicho que: "...'...la suspensión del acto administrativo configura una prohibición de innovar consistente en detener, durante la sustanciación del proceso, los efectos jurídicos y fácticos de ese acto...' (Palacio, Lino E. Derecho Procesal Civil Tº VIII, Procesos Cautelares y voluntarios, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1985, pag. 194)." (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomo XI, Reg. 773, Folio 2184/2186).-

El principio de ejecutividad de los actos administrativos impide que el planteamiento judicial de una controversia sobre la legalidad del acto altere el desenvolvimiento de su eficacia material, excepto que el juez dicte una cautelar como es la suspensión del efecto o de la ejecución del acto.-

Este tipo de cautelar se ha establecido, entonces, con el propósito de evitar que los perjuicios, que de por sí habrán de seguirse del desbordamiento del marco legal en que incurre el acto administrativo cuestionado, aumenten irremediablemente como consecuencia de la tardanza de los procesos judiciales (cfr. Hutchinson, Tomás: "Derecho Procesal Administrativo", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, Tomo III, pág. 564).-

Esta vía armoniza el principio de ejecutividad de los actos administrativos y el derecho a una tutela judicial efectiva por parte del administrado, satisfaciendo la imperiosa necesidad constitucional de garantizar la plena eficiencia de la decisión jurisdiccional.-

VI.- Ahora bien, atendiendo al carácter de la medida peticionada, resulta menester verificar si concurren los recaudos previstos en el artículo 33 y ss. del CPCA, Ley Nº 2600, a los fines de meritar su procedencia.-

En cuanto al primero de los presupuestos, es decir, el de la verosimilitud del derecho, resulta oportuno considerar que para derrumbar la enunciada presunción de legitimidad de la actuación administrativa, aquella 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 advierte en el caso de autos.-

En este sentido, se observa que mediante el Decreto Nº 1262 del 28 de mayo de 2020, se dejó sin efecto su similar Nº 4266 del 22 de octubre del

2019, por el cual se había adjudicado al actor un terreno en esta ciudad. De la lectura de los considerandos del instrumento citado en primer término, surge que dicha decisión obedeció a que el terreno poseía deuda y además que se constató -luego de una inspección- que el mismo se encontraba "...baldí[o] cercad[o] con alambre romboidal y postes metálicos..."(cfr. PE183939-2021, IND00002838.pdf, pág. 7).-

De lo expuesto surge que no emana, "*prima facie*", una arbitrariedad o una ilegalidad manifiesta en la actividad de la Administración, ya que esta se encuentra, en principio, fundada, y obedece al ejercicio de potestades constitucionales y legales pertinentes; ello, claro está, sin perjuicio del oportuno mérito que sobre la cuestión de fondo le corresponda realizar a este Alto Cuerpo al momento de dictar sentencia definitiva (cfr. Contencioso Administrativo, Tomos XI, Reg. 781, Folio 2199/2201; XII, Reg. 835, Folio 2369/2371; XIII, Reg. 852, Folio 2419/2422; y XV, Reg. 961, Folio 2914/2916; entre otros). Corresponde recordar que, como bien señala Eduardo García de Enterría, la protección cautelar no debe ser otorgada si a la pretensión del demandante le falta la apariencia del buen derecho, o dicho desde otra perspectiva, si la posición de la administración aparece "*prima facie*" como fundada (cfr. aut. cit.: "La batalla por las medidas cautelares", Ed. Civitas, Madrid, 1995, citado por Hutchinson, Tomás: "Derecho Procesal Administrativo", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, Tomo III, págs. 573/574).-

Respecto del peligro en la demora, debemos señalar que del estudio de las actuaciones no surge con claridad que exista un peligro inminente de tal gravedad que amerite el dictado de la medida cautelar que se peticiona, ni mucho menos que el hipotético perjuicio sea irreparable posteriormente. Debe señalarse, 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 del 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", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, Tomo III, pág. 512).-

Nótese, en tal sentido, que el actor pretende fundar el peligro en la demora sosteniendo que: "...el dictado de la medida evitaría la continuidad en la materialización de una flagrante arbitrariedad, con un perjuicio económico significativo para esta parte y avalar un injusto en el proceder administrativo de la accionada" (cfr. PE cit., pág. 9). Tales afirmaciones son insuficientes para fundar adecuadamente el requisito en estudio, puesto que no pasan de ser una mera opinión personal del actor, carente de sustentación objetiva, ya que no cuentan con el más mínimo elemento de prueba que la respalde. No debe olvidarse que no resultan suficientes, para satisfacer este requisito, las meras apreciaciones subjetivas basadas

en la particular susceptibilidad de quien reclama (cfr. Carranza Torres, Luís R., "Medidas cautelares respecto de la Administración Pública", 1° Ed., Alveroni Ediciones, Córdoba, 2005, pág. 128).-

Además, en relación con los perjuicios que la conducta estatal pudiere causarle al accionante, hemos de destacar que la eventual disposición que el Municipio podría hacer del inmueble que le desadjudicó en el año 2020, no le generaría a aquél, 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 el acto (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 el Municipio le haga entrega de otro terreno de similares características. Asimismo, debe tenerse en cuenta la solvencia de la parte demandada, la cual en éste caso resulta notoria. No nos parece aventurado pensar entonces que, de lograr el actor una sentencia de fondo favorable a su pretensión, no pueda el demandado hacer frente a los resarcimientos que pudieran corresponderle por derecho al Sr. Agustín Maximiliano Jensen.-

Este Alto Cuerpo ha sostenido que: "'...La apreciación sobre la concurrencia de los extremos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora se torna aún más rígida cuando se trata de medidas cautelares vinculadas a actos administrativos...las que en principio no proceden. Ello así, habida cuenta de la presunción de validez que los mismos ostentan; doctrina que según ha expresado el máximo Tribunal de la Nación, solo debe ceder cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosimiles. Es que en mérito a la presunción de legitimidad de que gozan los actos emanados de los órganos del Estado, hace que su ejecutoriedad no pueda ser detenida por la justicia, sino mediando graves circunstancias. Para tales supuestos, debe el peticionante demostrar *prima facie*, la arbitrariedad del acto o la violación de la ley pues mientras no se destruya tal presunción no se configura la necesaria verosimilitud del derecho que torna viable la protección cautelar, como asimismo el perjuicio irreparable que le ocasiona, requisitos que derivan tanto de la naturaleza de la institución como de la aplicación de los principios generales que imperan la materia (art. 230 del CPCC).' (cfr. SCBA: Sum. 'Transportes Unidos de Merlo S.A.C.I. e I. c/ Municipalidad de Morón y otro s/ Amparo', CC0002 SM 55127 RSI-158-4 I 03/05/2004)." (cfr. Contencioso Administrativo, Tomo XVIII, Reg. 1095, Folio 3502/3505).-

VII.- Asimismo, el hecho de no encontrarse configurados los presupuestos a los que se hizo referencia más arriba, exime a este Alto Cuerpo 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. y tomo cit., pág. 515; Treacy, Guillermo: "Las Medidas Cautelares y la Administración Pública: La difícil conciliación del interés público con el privado", en Balbín, Carlos F. -Director-, "Proceso Contencioso Administrativo Federal", Tomo I, pág. 610; y la jurisprudencia allí citada) (TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomos XVII, Reg. 1031, Folio 3208/3211; y XVIII, Reg. 1085, Folio 3464/3467, entre otros).-

VIII.- 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 del presente incidente, que la actuación Municipal 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 Subrogante, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

1º) Hacer lugar a la excusación deducida por el Sr. Vocal, Dr. Fernando Miguel Basanta en PE697757-2022.-

2º) No hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el Sr. Agustín Maximiliano Jensen en PE183939-2021.-

3º) Imponer las costas en el orden causado.-

4º) Regístrese y notifíquese. Oportunamente, acumúlense las presentes actuaciones al principal.-

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Presidenta
Tribunal Superior de Justicia

Siguen...///

///...las firmas.-

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA DE LOS ÁNGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

RENEE GUADALUPE FERNANDEZ
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ROMINA VANESSA SAUL
Vocal Subrogante
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia