TOMO XVII -CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- T.S.J..-
REGISTRO Nº 1031
FOLIO Nº 3208|3211
PROT. ELECT. TSS1 004 C.171
Río Gallegos, 16 de marzo de 2017.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados: **"DÍAZ DEL VAL FEDERICO C/ PODER EJECUTIVO DE LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ Y CONSEJO AGRARIO PROVINCIAL S/ DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA -INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR-"**, Expte. Nº D-764/16-TSJ, venidos al Acuerdo para resolver; y

CONSIDERANDO:

I.- Que, llegan los presentes autos al Acuerdo a fin de resolver la medida cautelar peticionada por el actor, por intermedio de sus letradas apoderadas, Dras. María Cristina Riera y Marcela Castro Dassen a fs. 35 y vta..-

Corresponde comenzar recordando que, en tal carácter, estas últimas promovieron acción contencioso administrativa a efectos que "...se revoque el Decreto 1159 de fecha 14 de junio del año en curso, mediante el cual se rechaza el recurso de Alzada interpuesto contra el Acuerdo Nº 110, ratificado por Acuerdo 025/15 emanados del Honorable Directorio del Consejo Agrario Provincial en el expediente administrativo CAP 485.330/07 revocándose asimismo este último..." (cfr. fs. 28 y vta.).-

Solicitan, en lo que aquí interesa, que "...se dicte como medida cautelar una medida de no innovar respecto del inmueble adjudicado en venta a nuestro mandante mediante Acuerdo 020/12 del Consejo Agrario Provincial" (cfr. foja 35). Explican que el derecho subjetivo de su mandante se encuentra debidamente acreditado, y que surgen irregularidades de los actos administrativos dictados por el demandado (conf. fs. cit.). Asimismo sostienen que el peligro en la demora surge en forma palmaria "...en razón de que al haberse dejado sin efecto la adjudicación, la tierra puede ser dispuesta por los accionados, adjudicándose a un tercero, tornando ilusorios los derechos de nuestro mandante al dictarse sentencia..." (cfr. foja 35 vta.).-

Corrido el pertinente traslado a las demandadas, es contestado a fs. 54/57 por la Provincia de Santa Cruz, representada por el Sr. Fiscal de Estado Adjunto -Dr. Fernando Pablo Tanarro- y por la Dra. Romina de los Angeles Mercado. Allí sostienen, en lo sustancial, que no se encuentran configurados la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora "...tornando inadmisible la medida cautelar solicitada" (cfr. foja 54 vta.), y que nos encontramos ante un acto administrativo que goza de presunción de legitimidad, lo cual "...requiere que se extremen los recaudos a fin de corroborar la existencia de los presupuestos que tornen admisible el dictado de

una medida cautelar" (cfr. foja cit.).-

A fs. 61 y vta. dictamina el Sr. Agente Fiscal Subrogante ante este Alto Cuerpo, quien se expide en sentido negativo, considerando que "...V.E., no debe hacer lugar a la medida cautelar que se peticiona" (cfr. foja 61 vta.).-

A foja. 66, pasan las presentes actuaciones al Acuerdo para resolver.-

II.- Debemos señalar, que el actor no solicita la suspensión de la ejecución de un acto administrativo, medida cautelar por antonomasia del proceso contencioso administrativo prevista en el artículo 33 y ss del Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo -Ley Nº 2600-, tampoco pide una medida positiva de las contempladas en el artículo 31 del mismo ordenamiento, ni mucho menos solicita, en términos expresos, una medida urgente de las dispuestas en el artículo 25, primer párrafo del CPCA -Ley Nº 2600-, sino que pretende que se le ordene al Estado Provincial y al Consejo Agrario Provincial no innovar respecto del terreno que se le adjudicó mediante Acuerdo Nº 020/12, afirmando que su solicitud "...encuentra su fundamento en el Título VI Capítulo I de la Ley 2600..." (cfr. foja 35).-

Claramente la pretensión cautelar del actor no se encuentra expresamente prevista en el Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo, Ley Nº 2600, que sólo contempla en los dos capítulos que componen su Título VI, aquéllas tres medidas cautelares a que se hizo referencia anteriormente.-

La ausencia de la medida de no innovar en nuestro Código se debe a que en el proceso contencioso administrativo provincial se opera, por lo general, sobre una actuación previa de la Administración, quedándole reservado a este Tribunal Superior de Justicia el control posterior de la legitimidad de esa actuación. De allí que la medida cautelar por excelencia sea, como ya se dijo, la suspensión de la ejecución del acto administrativo, entre tanto se discute acerca de la legitimidad de este último. 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 (conf. artículo 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 (conf. Hutchinson, Tomás, "Derecho Procesal Administrativo", Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. 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 parte demandada, y el peligro cierto de que la demora en su otorgamiento pudiere causar un daño irreversible, imposible de reparar en la sentencia (conf. artículo 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.-

Este es, sucintamente expuesto, el sistema cautelar previsto en nuestro Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo, Ley Nº 2600.-

Vemos entonces, que la medida que solicita la actora se asemeja más a la prevista en el artículo 231 del Código Procesal Civil y Comercial que a las contempladas en nuestro ordenamiento procesal contencioso administrativo, puesto que no se dirige a conseguir la suspensión de la ejecución de un acto, ni a lograr un comportamiento de la Administración, ni a obtener el dictado de una medida urgente, sino, antes bien, a que se le ordene a los demandados "...no innovar respecto del te-

rreno... objeto de autos..." (cfr. foja 35 vta.).-

III.- Lo primero que debe resolver este Tribunal Superior es si dicha medida, extraña en principio a nuestra ley adjetiva contencioso-administrativa, encuentra, a pesar de ello, suficiente andamiaje en ésta última. Adelantamos desde ya nuestra respuesta afirmativa.-

Y ello es así, porque la circunstancia apuntada al comienzo del párrafo anterior, no puede ser óbice para que los particulares, en el convencimiento que su derecho puede encontrar una mejor tutela cautelar en una medida no prevista en nuestro Código, las soliciten. Recordemos que el sistema cautelar administrativo es típico pero no autónomo en la medida en que se nutre, en forma directa o analógica, de preceptos provenientes de otros ordenamientos (conf. Cassagne, Juan Carlos, "Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo", LL 2009-E, 921), y prueba de ello es el uso que los tribunales federales han hecho -ante la ausencia en el ámbito federal de un código procesal en lo contencioso administrativo- del instituto cautelar solicitado por el actor para suspender los efectos del acto administrativo. Además, debemos agregar que no existe una lista tasada de medidas cautelares posibles, puesto que en la materia rige el principio general de admisibilidad de cualquier medida cautelar que sea adecuada a la situación de cuya tutela se trata (conf. Hutchinson, Tomás, "Derecho Procesal Administrativo", Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe 2009, Tomo III, pág. 559). Es por tal motivo que el artículo 25 del CPCA, Ley Nº 2600, establece que se podrá peticionar la adopción de medidas urgentes -sin decir cuales- que aparezcan como las mas idóneas para asegurar provisionalmente la decisión de fondo, y es por ello, que el artículo 32 del citado ordenamiento nos permite aplicar las medidas cautelares y las normas generales referidas a aquellas contenidas en el Código Procesal Civil y Comercial.-

La petición del actor, a pesar de no estar expresamente prevista, encuentra suficiente fundamento normativo en ésta última disposición de nuestro Código de Procedimiento Contencioso Administrativo, Ley Nº 2600, no resultando además incompatible con sus disposiciones. Por lo que nada obsta a que este Tribunal Superior ingrese al tratamiento de la cautela solicitada, en los términos propuestos por el actor.-

Entonces, a fin de resolver la medida cautelar de no innovar peticionada por el accionante, deberemos analizar, conforme lo dispone el artículo 231 del CPC y C -aplicable por la remisión efectuada en el artículo 32 del Código de Procedimiento Contencioso Administrativo, Ley Nº 2600-, si se encuentran acreditados los presupuestos para la procedencia de tal medida cautelar, verificándose, además, la no afectación del interés públi-

co, requisito que si bien no es requerido por el artículo 231 citado, debe ser ponderado cuando la medida es solicitada en contra de la Administración, puesto que el interés público constituye la medida y el límite con que las medidas cautelares contra el Estado han de ser decretadas, dado que aquél debe prevalecer siempre (conf. Gallegos Fedriani, Pablo O., "Las medidas cautelares contra la Administración Pública", 2º edición actualizada, Ed Depalma, pág. 68).-

En cuanto al primero de los presupuestos, es decir, el de la verosimilitud del derecho, resulta oportuno considerar que para derrumbar la presunción de legitimidad de la actuación administrativa, aquella debe emerger con indiscutible nitidez, lo cual, en principio, no se advierte en el caso de autos. En este sentido, se observa que mediante el Acuerdo Nº 110 del 13 de diciembre de 2012, se dejó sin efecto su similar Nº 020 del 28 de junio del mismo año, por el cual se le había adjudicado al actor un terreno en la localidad de El Chaltén (conf. fs. 4/6 vta.). De la lectura de los considerandos del instrumento citado en primer término, surge que dicha decisión obedeció a que se constató -luego de una inspección- que el terreno se encontraba "...libre de ocupación y sin señales de alguna mejora" (cfr. foja 6). Asimismo, se advierte que en el Decreto del Poder Ejecutivo Provincial Nº 1159/16 -mediante el cual se rechazó el Recurso de Alzada presentado contra el Acuerdo Nº 110/12- se ponderaron las particulares circunstancias que rodearon a la revocación del Acuerdo Nº 020/12 en sede administrativa. Así, se recordó que "...el acto administrativo particular produce sus efectos jurídicos propios o adquiere eficacia a partir de la notificación..." (cfr. foja 24), y que "...el instrumento legal de adjudicación, no solo no surtió los efectos propios por falta de perfeccionamiento de aquel recaudo [la notificación al interesado], sino que fue posteriormente dejado sin efecto por el organismo actuante mediante el dictado de un acto administrativo de igual rango y jerarquía, dotado de plena validez a la luz de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente (cfr. foja 25), concluyendo que "...a la fecha de la presentación recursiva (26/03/14) el acuerdo adjudicatario de la tierra -como instrumento valido aunque ineficaz- había sido revocado por contrario imperio, no resulta posible receptar favorablemente los agravios del quejoso" (cfr. foja cit).-

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 (conf. TSJ Santa Cruz, 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 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 (conf. García de Enterría, Eduardo, "La batalla por las medidas cautelares", Ed. Civitas, Madrid 1995. Citado por Tomás Hutchinson en "Derecho Procesal Administrativo", Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe 2009, Tomo III, pág. 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, 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. 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, ob cit, Tomo III. pág. 512).-

Nótese, en tal sentido, que el actor pretende fundar el peligro en la demora sosteniendo que el Estado puede adjudicarle el terreno a un tercero, lo cual "...se agrava frente a la realidad física del Pueblo que se encuentra en un accidente geográfico rodeado por ríos y montañas y prácticamente no quedan terrenos por adjudicar y ninguno de las características del que nos ocupa" (cfr. fs. 35 vta.). 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 (conf. Carranza Torres, Luis R., "Medidas cautelares respecto de la Administración Pública", 1º 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 Estado podría hacer del inmueble que le desadjudicó en el año 2012, 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 (conf. 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 Estado 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. Federico Díaz del Val.-

Por último, 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 (conf. Hutchinson, Tomás, ob. cit., Tomo III, 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).-

Por ello, y considerando que no se ha acreditado, dentro del estrecho margen de conocimiento de este incidente de medida cautelar, que la actuación estatal 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. Ello, sin perjuicio del oportuno mérito que sobre lo sustancial de la controversia deberá realizar este Alto Cuerpo al momento de dictar sentencia definitiva.-

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

RESUELVE:

1º) No hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la actora a fs. 35/35 vta.-

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

3º) Regístrese y Notifíquese. Acumúlense las presentes actuaciones al principal.-

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Presidente
Tribunal Superior de Justicia

Siguen...///

///…las firmas.-

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ENRIQUE OSVALDO PERETTI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA DE LOS ANGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

DOMINGO NORBERTO FERNANDEZ
Vocal Subrogante
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia