TOMO XVI -CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- T.S.J..-
REGISTRO Nº 1016
FOLIO Nº 3147|3150
PROT. ELECT. TSS1 016 C.161
Río Gallegos, 30 de mayo de 2016.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados: **"MICHELENA DOMINGO MARTIN C/ MUNICIPALIDAD DE CALETA OLIVIA S/ DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA -INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR-"**, Expte. Nº M-745/15, venidos al Acuerdo para resolver; y

CONSIDERANDO:

I.- Que, llegan en primer término los presentes autos a tratamiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia, a fin de resolver la excusación formulada a fs. 221 por el Sr. Vocal, Dr. Enrique Osvaldo Peretti. El magistrado se inhibe de intervenir, en razón de lo previsto en el artículo 30, primer párrafo, in fine del CPC y C. Argumenta, haberse desempeñado como abogado de la Municipalidad de Caleta Olivia al momento en que le adjudicaron al actor el lote del terreno objeto de la presente acción. Verificándose las razones objetivas que sustentan los motivos de decoro y delicadeza invocados, encuadrándose la causal invocada en lo normado por el artículo citado, corresponde hacer lugar a la excusación deducida.-

II.- Seguidamente, este Alto Cuerpo debe avocarse al conocimiento de la medida cautelar y al hecho nuevo peticionado por la actora, a través de su letrada apoderada, Dra. María Carolina Sotomayor, a fs. 134/135 vta., apartado 9 y a fs. 210 y vta., respectivamente.-

Para ello, cabe señalar que la parte actora promueve acción contencioso administrativa a fin de obtener se declare la nulidad de la Resolución 012-MCO/13 dictada por la Municipalidad de Caleta Olivia, que resolvió dejar sin efecto la Resolución 383-MCO/11 por la que se procedió a adjudicar a favor del Sr. Domingo Martín Michelena el lote identificado catastralmente como Departamento 6 - Localidad 10 - Circunscripción 02 - Sección 06 - Código de División 1 – Número de División 000032 - Parcela 006 (conf. fs. 124).-

Como medida cautelar la actora solicita la suspensión de la ejecución del acto y se ordene a la demandada que "…evite dar cumplimiento a los actos que ordenan dejar sin efecto la Resolución 383-MCO/2011… evitando por cualquier motivo adjudicar la misma a otra persona de existencia visible o ideal, y/o darle un destino específico y/o innovar sobre el particular. La tutela cautelar solicitada busca impedir que la pretensión principal, por efecto del transcurso del tiempo, carezca de eficacia al momento de dictarse un pronunciamiento definitivo en la causa. En este sentido, la tutela inhibitoria solicitada, tiene como objeto que la Administración Mu-

nicipal de Caleta Olivia no disponga de modo alguno de la parcela referida hasta tanto no se agote el presente proceso... Esta tutela inhibitoria no afecta en modo alguno a la Administración Municipal, quién solo verá vedado su 'derecho' de disponer de uno de tantos terrenos que se encuentran en el ejido urbano" (cfr. fs. 134).-

Con respecto a los extremos requeridos para la procedencia de la medida cautelar solicitada, expresa: "Verosimilitud en el derecho... debemos recordar que la adjudicación de la tierra a favor de mi mandante fue establecida por Resolución del Departamento Ejecutivo Municipal... que goza de presunción de legitimidad y de la estabilidad propia de los actos administrativos" (cfr. fs. 134).-

Afirma, que su mandante "...en momento alguno fue notificado ni se le otorgó el plazo establecido por la normativa para regularizar la situación, tal como lo dispone el art. 51 de la Ordenanza 4563/04 y los arts. 34 y 36 de la Ordenanza 116/11, ambas de la Municipalidad de Caleta Olivia" (cfr. fs. cit.), y que "...en virtud de la Resolución 383/MCO/2011 posee legítimos derechos de propiedad... sobre el terreno en disputa, lo que magnifica la verosimilitud... del derecho invocado" (cfr. fs. 135).-

Con relación al peligro en la demora, sostiene que "Ya ha expresado el Municipio la intención de realizar el Plan Procrear en el terreno previamente adjudicado a mi mandante (donde, inclusive, uno de los familiares posee una vivienda con hijos menores), lo que resulta acreditado con los dichos de la Administración en los escritos presentados en la acción de amparo referida, y en las publicaciones periodísticas cuyas copias se acompañan..." (cfr. fs. cit.).-

III.- Que, sustanciada la petición conforme el artículo 25 del CPCA -Ley N° 2600-, mediante traslado conferido a fs. 152, es contestado a fs. 192/200 vta. por la Municipalidad de Caleta Olivia, representada por el Dr. Franco Matías Villalón Lescano, solicitando su rechazo con expresa imposición de costas.-

Afirma, que "...no existe verosimilitud en el derecho que pretende tutelar... quien en la actualidad ostenta el fumus bonis iuris es la Municipalidad de Caleta Olivia y la Resolución N° 012/MCO/2.013, la cual ha superado la revisión judicial en doble instancia.- No existe peligro en la demora, por cuanto la pretensión a (sic) cautelar por la actora pretende un imposible jurídico por la implementación del Pro.Cre.Ar. en la localidad de Caleta Olivia y los intereses comunes a la localidad que se verían afectados" (cfr. fs. 199 vta.).-

Posteriormente la actora -a fs. 210 y vta.-, denuncia Hecho Nuevo afirmando que el "...viernes 3 de julio... una cuadrilla municipal con un (1) camión, se apersonaron en el terreno sito en Circunscripción 2, Sección 6, Manzana 32... a los efectos de 'limpiar el terreno a los fines de la construcción del plan Pro-

crear', intentando retirar bienes que son de propiedad de la familia de mi mandante" (cfr. fs. 210).-

Sostiene, que el personal municipal señaló que dicha orden fue emanada de la Supervisora de Planificación Urbana de la Municipalidad de Caleta Olivia, arquitecta Alejandra Olivera (conf. fs. cit.).-

Dice, que "...en dicho terreno se encuentra una vivienda donde la hermana de mi mandante, la señora Laura Michelena, posee una vivienda con hijos menores" (cfr. fs. 210 y vta.).-

A fs. 214, segundo párrafo, se ordena correr traslado a la demandada del Hecho Nuevo denunciado, no habiéndose manifestado al respecto la misma (conf. fs. 215).-

A fs. 215 in fine, se difiere el tratamiento del Hecho Nuevo denunciado por la actora para el momento de resolver la medida cautelar solicitada.-

Que, a fs. 217 vta., se corre vista al Sr. Agente Fiscal 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. fs. 218 vta.).-

En cuanto al hecho nuevo denunciado, sostiene que "...la Sra. Laura Michelena y sus hijos, no resultan ser parte en el presente proceso, siendo ajenos por cierto al objeto de la litis aquí planteada, considero oportuno que respecto de los derechos que pretenden hacer valer, ocurran por la vía que corresponda" (cfr. fs. 218 vta./219).-

A fs. 220, pasan los presentes al Acuerdo para resolver.-

IV.- Que, por razones de método, se tratará primero el Hecho Nuevo denunciado por la actora a fs. 210 y vta..-

Al respecto, debe recordarse que "Se denominan 'hechos nuevos'... al conjunto de sucesos que, ligados inescindiblemente al planteo introductivo, y siendo conducentes, acaecen con posterioridad a dicho planteo, o llegan a conocimiento de las partes después de los escritos iniciales. Alegar un hecho nuevo significa incorporar al proceso nuevos datos fácticos que, sin alterar ninguno de los elementos constitutivos de la pretensión, tiende a conformar, completar o desvirtuar su causa..." (cfr. Falcón, Enrique M., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado, Concordado y Anotado", Tomo IV, Ed. Abeledo Perrot, 2009, pag. 803).-

Con estos parámetros como herramientas de análisis, entendemos oportuno recordar que el accionante ya había informado en sus presentaciones anteriores que era intención del Municipio iniciar las tareas necesarias para preparar el terreno, a fin de llevar adelante el proyecto habitacional correspondiente al plan Procrear, no advirtiéndose que la acción denunciada (limpieza del terreno) constituya

un aporte novedoso, por lo que corresponde rechazar por improcedente la alegación de Hecho Nuevo incoada por la actora.-

V.- A fin de resolver la medida cautelar planteada por el accionante -la suspensión de la ejecución del acto administrativo cuya nulidad se persigue-, debe analizarse si se encuentran acreditados los presupuestos genéricos para la procedencia de toda cautelar, en orden a lo normado por los artículos 25 y s.s. del CPCA -Ley Nº 2600-, esto es, verosimilitud del derecho y peligro en la demora y lo especialmente previsto en al artículo 33 del mismo cuerpo legal que dice: "La suspensión procederá cuando, cumplidos los presupuestos genéricos a toda medida cautelar: a) la ejecución o cumplimiento del acto impugnado causare o pudiere causar perjuicios más graves que su paralización, o sea de difícil o imposible reparación ulterior, siempre que de ello no resulte un grave perjuicio para el interés público; b) las causas de nulidad alegadas en el acto o disposición aparecieran de manera manifiesta".-

Todo razonamiento a efectuarse en la materia que nos ocupa debe hacerse teniendo especialmente en cuenta que los actos administrativos se presumen legítimos (conf. art. 12 de la Ley Nº 1260 de Procedimiento Administrativo), y por ello, la procedencia de medidas cautelares que alteren dicha presunción debe ser apreciada con criterio restrictivo (Fallos 205:365, 210:48; CNCAF, Sala I, 14-3-74; Sala II, 24-9-80; Sala III, 19-6-80 y 13-12-83; Sala V 'in re' "Giardinieri de Artuso Eladia c/ Ministerio de Cultura y Educación s/ Med. Caut. Aut.", causa 25.914/95, Sentencia del 31-10-95; e "Intercam SAC c/ Banco Central de la República Argentina E.N. s/ Proceso de Conocimiento", causa 20.510/96) (conf. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomos: XII, Reg. 835, Folio 2364/2371; XIII, Reg. 852, Folio 2419/2422; y XV, Reg. 978, Folio 2984/2986).-

En cuanto al primero de los presupuestos, el de la verosimilitud del derecho, resulta oportuno considerar que para derrumbar la enunciada presunción de legitimidad, la misma debe emerger con indiscutible nitidez, lo cual -en principio- no se advierte en el caso de autos. En este sentido, se observa que el acto administrativo impugnado deja sin efecto la resolución que adjudicaba un terreno al Sr. Domingo Martín Michelena (conf. fs. 60); ahora bien, de la lectura del acto administrativo cuestionado, no emana 'prima facie' la observancia de una arbitrariedad manifiesta ya que se encuentra fundado y obedece al ejercicio de potestades constitucionales y legales pertinentes, ello 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).-

Además de ello, es preciso tener en cuenta que en el caso 'sub examine', si bien la normativa procesal vigente permite hacer lugar a la medida peticionada produciendo una "revocación" anticipada de lo resuelto en sede administrativa a través de la vía cautelar, sin el correspondiente debate acerca de las razones y fundamentos fácticos y jurídicos que puedan alegar las partes a lo largo del presente proceso (conf. artículo 31 del CPCA -Ley Nº 2600-), no se advierten en este estadio procesal que aparezcan de modo manifiesto las causas alegadas por el actor para ello (conf. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomo XVI, Reg. 996, Folio 3047/3049).-

Respecto del segundo de los presupuestos, el peligro en la demora (periculum in mora), en consonancia con lo expuesto y analizadas las constancias de autos, surge con meridiana claridad que no existe un peligro inminente, o de tal gravedad que amerite el dictado de la cautelar que se peticiona, y mucho menos que el mismo sea irreparable ulteriormente. Así, se ha sostenido que "... 'Por lo general el peligro en la demora resulta de las circunstancias del caso y no requiere prueba, quedando su apreciación al arbitrio del juez. Si se trata de un acto de autoridad, en cambio, debe ser irreparable, pues prevalece el orden público, que califica el carácter restrictivo de la interpretación...' (CNCiv., Sala B, ED, t. 93, p. 603)..." (cfr. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomo: XV, Reg. 978, Folio 2984/2986).-

Analizados los presupuestos genéricos, corresponde hacer lo mismo con los específicos, en este sentido y como oportunamente se sostuviera el carácter excepcional de la medida contra actos de la Administración Pública impone la existencia de tres notas: la exigencia de un perjuicio no meramente grave sino irreparable, la prevalencia del interés público en juego cuidadosamente resguardado al decretarla y que no se anticipe -de manera irreversible- el resultado del proceso principal, todo ello en virtud de la limitación que impone la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos, de lo cual deriva su ejecutoriedad como regla general y la suspensión decretada judicialmente como excepción (conf. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomos VIII, Reg. 515, Folio 1404/1406; XI, Reg. 760, Folio 2144/2146; XIV, Reg. 930, Folio 2771/2775 y sus citas de jurisprudencia y doctrina). De allí que el primer requisito condicionante de la medida respecto de aquellos consiste en la acreditación de su manifiesta arbitrariedad o ilegalidad, pues sólo concurriendo esta circunstancia resulta quebrada la mencionada presunción (SAIJ, Sumario: C0006150, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Capital Federal, Sala A, Interlocutorio del 23 de Mayo 1990; TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomos: XII, Reg. 784, Folio 2215/2218; XIV, Reg. 900, Folio 2636/2639).-

En relación a los perjuicios que el acto impugnado pudiere causar al accionante, ha de destacarse que la ejecución del acto cuestionado 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 el acto (conf. TSJ Santa Cruz, Contencioso Administrativo, Tomos: IX, Reg. 722, Folio 2036/2037; ídem., Reg. 743, Folio 2096/2098; y XV, Reg. 978, Folio 2984/2986).-

Asimismo, debe tenerse en cuenta la solvencia de la parte demandada, la cual en este caso resulta notoria; por lo que resulta remoto el peligro de que el actor pueda verse privado de los resarcimientos a los que pudiera tener derecho.-

Por ello, y considerando que no se ha acreditado -prima facie- que el acto atacado responda al accionar irrazonable y arbitrario del Poder Administrador; y atendiendo a los extremos invocados por el peticionante, los mismos no alcanzan para acreditar el 'fumus bonis iuris' que logre socavar la presunción de legitimidad del acto cuestionado, ni los presupuestos previstos en el artículo 33 del CPCA -Ley N° 2600-, 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 N° 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, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

1°) Hacer lugar a la excusación deducida a fs. 221 por el Sr. Vocal, Dr. Enrique Osvaldo Peretti.-

2°) Desestimar por improcedente la presentación efectuada por la actora como Hecho Nuevo.-

3°) No hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la actora a fs. 134/135 vta.-

4°) Imponer las costas en el orden causado.-

5°) Regístrese y Notifíquese. Acumúlense las presentes actuaciones al principal.-

CLARA SALAZAR
Presidente
Tribunal Superior de Justicia

Siguen...///

///…las firmas.-

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA DE LOS ANGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

DOMINGO NORBERTO FERNANDEZ
Vocal Subrogante
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia