



**CAUSA Nº 13536 CCALP “ASOCIACION CIVIL NUEVO AMBIENTE C/ MUNICIPALIDAD DE ENSENADA S/ LEGAJO DE APELACION (CAUTELAR DE FECHA 24/8/2012)”**

En la ciudad de La Plata, a los catorce días del mes de Diciembre del año dos mil doce, reunida la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, en Acuerdo Ordinario, con la presencia de los Señores Jueces Dres. Gustavo Daniel Spacarotel, Gustavo Juan De Santis y Claudia Angélica Matilde Milanta, para entender en la causa "ASOCIACION CIVIL NUEVO AMBIENTE C/ MUNICIPALIDAD DE ENSENADA S/ LEGAJO DE APELACION (CAUTELAR DE FECHA 24/8/2012)", en trámite ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Nº 1 del Departamento Judicial La Plata (Expte. Nº -25236-TER), previo sorteo y deliberación, se aprueba la siguiente resolución.

La Plata, 14 de Diciembre de 2012.

VISTO Y CONSIDERANDO

El recurso de apelación deducido por la parte demandada (fs. 144/158 vta. cuerpo principal), contra la providencia cautelar dictada a fs. 139/143 vta. del mismo cuerpo, y que para resolver al respecto corresponde plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es admisible y, en su caso, fundado, el recurso de apelación interpuesto?. Al respecto: ¿Qué pronunciamiento procede dictar?

VOTACIÓN:

A la cuestión planteada, la Dra. Milanta dijo:

I- 1. El *a-quo* resuelve hacer lugar parcialmente a la medida cautelar peticionada, ordenando –con carácter cautelar- a la Municipalidad de Ensenada a que de manera inmediata a la notificación de la presente, retire de la venta en pública subasta los lotes de terreno ubicados en el Barrio de Villa del Plata, localidad de Punta Lara, Partido de Ensenada, identificados catastralmente como: Circ. IV, Sec. S; Mza. 80; Parcelas 1, 12 y 13. Ello, hasta tanto se dicte sentencia firme en los autos principales o se cumpla el



plazo de vigencia de tres años computados desde su dictado, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 163 de la CPBA.

2. Se alza la parte demandada contra ese pronunciamiento, expresando los agravios que siguen y desarrollando argumentos en cada tópico a fin de sostenerlos.

a) Inadmisibilidad e improcedencia de la vía intentada para poner en crisis una Ordenanza municipal.

b) Inexistencia de verosimilitud en el derecho.

c) Ausencia de peligro en la demora.

d) La desconcertante eximición de contracautela.

e) Arbitraria determinación del alcance *temporal* de la medida.

Además de lo expuesto, efectúa el reclamo de daños y perjuicios a la luz de las disposiciones contenidas en el CPCC.

3. Sustanciado el recurso (fs. 159 –cuerpo principal- y contestación del memorial de fs. 162/168 del legajo de apelación ordenado a fs. 160 de éste), encontrándose en estado de ser resuelto previo requerimiento y remisión de las actuaciones principales (fs. 170/172 del citado legajo), corresponde evaluar su admisibilidad, que se halla a salvo en tanto la presentación impugnatoria cumple los recaudos de tiempo y forma (v. notificación espontánea en el escrito de fs. 144/158 vta.; arts. 55 inc. 2 “b”, 56 incs. 1 y 2, C.P.C.A.).

Sin perjuicio de ello, cabe hacer una reserva en torno al acápite II, que refiere aspectos que exceden el marco de la apelación, por tratarse de una pretensión consecuente de la revocación solicitada.

II- El tema debatido en este proceso cautelar, de carácter autónomo pero accesorio de un proceso principal que, según surge de la causa, se encuentra iniciado (fs. 162 vta. del legajo de apelación: punto 2 del acápite II, de la contestación del memorial de agravios), consiste -en rigor- en la condición jurídica de un bien del dominio municipal, a los fines del cumplimiento de los recaudos establecidos por las leyes, para someterlo al trámite de la subasta, sacándolo o enajenándolo del patrimonio comunal.

Ello, en virtud de esgrimirse en la causa por parte de la entidad actora, que se halla afectado el interés colectivo y comunitario por cuya titularidad y representación actúa, por un obrar de la autoridad que, al decidir la *desafectación* de determinados lotes para sustraerlos del ejido local, se reputa ilegítimo y contrario a los resguardos y preservación de bienes destinados a la satisfacción del interés público.

La controversia se suscita en virtud de la decisión adoptada en dicho sentido a través de la Ordenanza N° 3953 del 27 de diciembre de 2011, dictada por el Honorable Concejo Deliberante de la Municipalidad de Ensenada, que dispuso desafectar *como Reservas Fiscales*, entre otros bienes, a las parcelas 1 (superficie 1.615,50 m<sup>2</sup>), 12 (superficie 652,50 m<sup>2</sup>) y 13 (superficie 400,50 m<sup>2</sup>) de la Manzana 80 – Sec. S- Circ. IV, de Villa del Plata de Punta Lara (art. 1), facultando al Departamento Ejecutivo a proceder a la enajenación de los inmuebles referidos mediante el procedimiento de Subasta Pública contemplado en la Ley Orgánica de las Municipalidades y el decreto ley 9533 de Régimen de Bienes de Dominio Municipal (art. 2). Ello, considerando que *las parcelas en cuestión, con motivo de su localización, no cumplen en los hechos con el destino asignado de Reservas Fiscales y/o Espacios Verdes, mediando razones de interés público, atento el valor inmobiliario de los bienes y el desaprovechamiento – en la actualidad- de los mismos para la satisfacción de necesidades de la comunidad, que sugieren proceder a su enajenación, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley –decreto ley- 9533 (cfr. considerandos de la Ordenanza).*

En ese marco, cabe analizar los fundamentos del escrito de apelación.

1. El primer agravio se refiere a la inadmisibilidad e improcedencia de la vía intentada para poner en crisis una Ordenanza municipal, dado el carácter de acto legislativo que ostenta, ajeno a la materia contencioso administrativa y sólo impugnabile por la acción originaria de inconstitucionalidad.

Sobre esta base, invocando varias disposiciones, en particular el art. 77 de la Ley Orgánica de las Municipalidades –texto según ley 13.101-, entiende la demandada que *el fallo porta un grosero e inadmisibles vicio, habida cuenta el recaudo adjetivo no satisfecho, al disponer retirar de la venta en pública subasta los lotes de terreno de propiedad municipal, pues con ello se pone en jaque de modo anómalo e ilegítimo una Ordenanza Municipal, en tanto el ordenamiento jurídico no posibilita cuestionarla por el mentado andarivel.* A ello agrega que tampoco podría habilitarse esa impugnación por los presuntos actos de aplicación de la Ordenanza *en la medida que es por medio de de aquélla que se debe autorizar la enajenación de inmuebles del dominio privado del Estado y que debería tachársela de inconstitucional.*

Tal postura, que virtualmente importaría la no justiciabilidad o sustancial reducción del control judicial de las Ordenanzas municipales, carece de andamio.

En primer lugar, porque un postulado semejante no se corresponde con la Constitución que, ante la presencia del caso, excluye la existencia de zonas inmunes a la función judicial (arts. 1, 18, 109, 75 inc. 22, 116 y conchs. C.N.; arts. 1, 15, 161, 166 y conchs., C.P.).

Por otro lado, sin perjuicio de ello, la naturaleza *legislativa* de las Ordenanzas se ve emparentada con aquéllas que poseen contenido normativo, tal como resulta de la disposición legal invocada por la demandada, el art. 77 del decreto ley -6769/58 -texto según ley 13.101- que prescribe que las disposiciones que adopte el Concejo se denominarán: a) Ordenanza, *si crea, reforma, suspende o deroga una regla general, cuyo cumplimiento compete a la Intendencia Municipal. Las ordenanzas serán consideradas ley en sentido formal y material.*

Y, en el caso, la Ordenanza sometida a juzgamiento, no reviste ese alcance pues no establece mandato alguno general y abstracto con efectos de permanencia, sino que ostenta carácter no normativo, dado por su contenido particular y concreto con efectos destinados a agotarse en forma

instantánea con su cumplimiento; ello, en la medida que dispone la desafectación de determinados inmuebles, a los fines de su venta posterior.

De todos modos, la cuestión que ventila la causa corresponde a la competencia material del fuero, toda vez que se trata de un problema inherente al régimen de derecho administrativo municipal –como es el aplicable a los bienes estatales- y las Ordenanzas municipales no se hallan excluidas de cuestionamiento en este fuero, sea en forma directa o a través de sus actos de aplicación, por vicios de ilegitimidad o inconstitucionalidad (art. 166 quinto apartado Const. Prov.; arts. 1, 2 último apartado, 3, 33 inc. 2, 50 y conchs., C.P.C.A.), sin desmedro de la entidad institucional que esos ordenamientos puedan revestir (art. 77, L.O.M., cit.).

Por fin, cabe agregar que la impugnación de normas locales –entre ellas las Ordenanzas municipales- a través de la acción ordinaria de inconstitucionalidad, que además no es excluyente de otros remedios judiciales (arts. 57 y conchs., C.P.; 684 y conchs., CPCC; 3 y conchs., CPCA), requiere que invistan carácter normativo, esto es que contengan mandatos generales, abstractos e impersonales (cfr. arts. 161 inc. 1, Const. Prov.; 683 y sigts., C.P.C.C.), naturaleza que no exhibe la que constituye objeto de la presente, conforme se consignara.

Así también, a esa vía originaria ante la Suprema Corte, le es inherente la introducción de una cuestión constitucional, única que puede tener andamiaje en tal instancia judicial (art. 161 inc. 1, cit.), sin perjuicio de la acumulación de pretensiones acesorias.

En ese orden de ideas, el cuestionamiento formulado en autos, más que de orden constitucional, refiere como argumento central la ilegalidad de la Ordenanza, por vulnerar disposiciones de la ley de ordenamiento territorial y uso del suelo, además de normas superiores referidas al derecho ambiental. El primer planteo que cabe entender principal, en tanto supone ventilar vicios de legalidad, resulta así ajeno a la materia constitucional propia de la acción originaria (art. 161 cit.).

En mérito de tales razones, el liminar embate deviene inatendible, pues la incompetencia esgrimida no es fundada y, además, importaría la

imposibilidad de radicar la cuestión en otra vía judicial –en particular, la invocada por la apelante-, solución que no se condice con los principios superiores que dimanarían del art. 15 de la Constitución provincial.

2. Acerca de la verosimilitud del derecho tampoco acierta la apelante, tal como será analizado.

a) El agravio se basa en que los lotes en cuestión –contrariamente a lo sostenido por el juez de grado- no constituyen espacios públicos y/o áreas verdes públicas.

Ello por cuanto, en primer lugar, el hecho que no estén cercados no implica que se encuentre autorizado por el propietario o titular el ingreso y/o acceso ya que con frecuencia se producen usurpaciones u ocupaciones ilegítimas de espacios privados, tanto del Estado como de particulares, situación que no hace presumir la afectación o destino al uso público.

Por otra parte, la afirmación del uso continuo como lugar de esparcimiento se ha vertido sin haberse hecho un relevamiento del lugar, lo que hubiese permitido comprobar que no se trata de afectación a uso público, en tanto las condiciones y características del lugar no sugieren ni hacen presumir tal circunstancia.

Sin perjuicio de ello, destaca asimismo la apelante que la comuna ha decidido asignar a una de las parcelas en cuestión (parcela 13 de la Manzana 80, antes cit.) destino de uso público (plaza) retirándola de la subasta, contemplando los deseos de los vecinos, aunque sin ninguna obligación legal de hacerlo.

Continúa expresando que el municipio ha debido autorizar la venta de estos terrenos ociosos, utilizados por algunos vecinos para arrojar basura. Aduce que la entidad ahora sorpresivamente intenta frenar la enajenación, invocando un destino de uso común que no existe y nunca ha existido.

Entiende que no se encuentra acreditada la condición de dominio público artificial y que la resolución judicial parte de una premisa falsa, extendiéndose sobre ello.

Luego de señalar que los bienes municipales no son de las comunas originariamente, citando doctrina y lo dispuesto por el art. 2344 del Código Civil, concluye que *ni el hecho que hubieran sido cedidos por la Provincia, ni su condición de reservas fiscales, constituyen elementos que hagan presumir que se trata de bienes del dominio público.*

Admite la recurrente haber desafectado una reserva fiscal, pero haciendo una análisis global de la situación del barrio, que le permitió concluir que no existe inconveniencia para enajenar los terrenos habida cuenta los espacios verdes públicos existentes.

En rigor de verdad, sostiene, esos bienes que se ha decidido vender, pertenecen al dominio privado del Estado, en los términos del art. 2342 del Código Civil, por lo que no son inalienables.

Resalta que para desafectar y autorizar su enajenación, la comuna ha tenido en consideración los informes técnicos de las áreas competentes, en orden a la existencia en el barrio de espacios verdes suficientes.

Las parcelas desafectadas, añade, poseen en su totalidad una superficie cercana a los dos mil quinientos metros cuadrados (2.500 m<sup>2</sup>) y a una distancia de aproximadamente doscientos metros se encuentra un Parque Recreativo con una superficie de veinte mil ochocientos metros cuadrados (20.800 m<sup>2</sup>).

Considera, entonces, inaplicable el art. 60 de la ley 8912, pues no se trata de áreas verdes ni libres públicas, ni naturales ni artificiales.

Se agravia asimismo de la invocación, por el *a-quo*, de la normativa de derecho ambiental, censurándola.

Advierte que la medida trabada constituye una indebida injerencia de la justicia en asuntos del gobierno municipal, a la vez que un –también indebido- anticipo de jurisdicción favorable.

b) Varias circunstancias determinan una suerte adversa para el agravo sustentado en la ausencia de verosimilitud del derecho, entendido este recaudo, claro es, como un juicio de aproximación provisoria, pero con suficiente grado de certeza superficial, para avalar una medida de carácter precautorio. Ello, teniendo especialmente en cuenta la índole de la

legitimación y del derecho invocado (en tal sent. v. doct. S.C.B.A. causas B. 64.464, “*Dougherty*”, sent. del 31-3-2.004 y sus citas; I. 71.446, “*Fundación Biosfera*” y sus citas, res. del 24-5-2011, entre otras).

- En primer lugar, la propia Ordenanza reconoce la finalidad de las parcelas en cuestión, al establecer que no cumplen en los hechos con el destino asignado de Reservas Fiscales y/o Espacios Verdes

La condición de *reserva fiscal* y/o *espacio verde* que figura en la disposición, da una pauta inicial sobre la presencia de un régimen jurídico del bien estatal sometido a determinadas y precisas previsiones y prevenciones, en aras de su finalidad enderezada al interés general (v. arts. 9 y 12, ley 3487 sobre *Fundación de Pueblos*, v. asimismo art. 1 y concs., decreto 5626/66; arts. 1, 2, 3 y concs., decreto ley 9533/80; art. 7 inc. f, 13, 60, 61, 63 y concs., decreto ley 8912/77), de las que cabe destacar, para este caso, el art. 60 del último de los ordenamientos citados, pues dentro de tales finalidades está la propia de la dominicalidad.

A ello se agrega la situación de hecho del predio que *prima facie* y de acuerdo a los elementos de juicio colectados en la causa, se halla librado a ese cometido público o comunitario, con asentimiento de la administración municipal.

En este orden de ideas, en modo alguno se aprecian o acercan antecedentes que denoten un entendimiento como el que ahora invoca la apelante, en el sentido de tratarse de un supuesto de usurpación de tierras fiscales, como tampoco que la plataforma fáctica que surge de las constancias de la causa, se base en una mera presunción sobre los hechos.

- De los antecedentes dominiales y los relativos a la situación de los inmuebles, como así también, de los propios términos de la Ordenanza en cuestión, surgen elementos que indican –verosímilmente- la presencia de un destino libre público o de utilidad comunitaria para las tierras en litigio, sin oposición de la demandada traducida en actos o hechos que contradigan los alegados por la actora.

- Cabe tener en cuenta que, en esta materia, antes que adoptar una rígida clasificación de los bienes estatales, entre los pertenecientes al

dominio público y al dominio privado, corresponde estar a las particularidades del régimen jurídico aplicable a cada supuesto.

Y, en el caso, la *finalidad pública del destino asignado a los inmuebles* no sólo surge –en una primera aproximación- del origen de los bienes en cuestión, sino de la normativa que les es aplicable, como, también, de la propia decisión municipal sujeta a juzgamiento.

En consecuencia, más allá de la determinación de si la *reserva fiscal* constituye un bien de dominio público o un bien del llamado dominio privado, dentro de las categorías tradicionales que de algún modo semánticamente adopta el orden jurídico de marras, debe ponerse el acento en que aquélla no se identifica con un sistema de derecho privado.

Por el contrario, de los arts. 2 y 7 segundo párrafo del decreto ley 9533/80 se desprende el inherente cometido público de las *reservas fiscales* y, en ese carácter, la regla de inalienabilidad así como las limitaciones y, en su caso, condiciones, para su eventual enajenación.

Desde este mirador, cabe precisar que de conformidad a las constancias de la causa (v. matrícula del Registro de la Propiedad de fs. 69/70), los bienes en disputa conforman el *dominio municipal*, en virtud de las disposiciones del decreto 9533/80 habiendo sido originariamente cedidas a la Provincia de Buenos Aires por la ley 3487 de Fundación de Pueblos, conforme lo dispuesto por el decreto 5626/66.

Así también surge que, al menos, desde que pertenecen al dominio municipal, año 1981 –que es cuanto interesa al caso- no se registra otro destino que el uso público, espacio verde o espacio libre público, toda vez que no figura ningún dato que indique que se hubiese asignado otra finalidad que difiera de la de *uso público* o *comunitario* inherente a su conformación originaria en el patrimonio comunal (cfr. art. 2 decreto ley cit.).

A mayor abundamiento, por el art. 7 primera parte del mismo ordenamiento se ordenó a las Municipalidades *disponer la venta de todos aquellos inmuebles de su dominio privado que no fueren necesarios para el cumplimiento de fines estatales*, supuesto que no se identifica con las

mencionadas *reservas fiscales*, las que forman parte del *dominio municipal* (art. 2, decreto ley cit.).

- En ese orden de ideas, lo que debe visualizarse no es la inclusión del bien dentro o fuera de categorías rígidas, sino el cometido que exhibe en su condición de bien estatal y el régimen normativo al que se halla subordinado.

Puede entonces decirse que las reservas fiscales son bienes estatales con cometidos públicos y régimen específico que, además, pueden ostentar la condición de dominicalidad si ese destino se corresponde con los mencionados en el art. 1 del decreto ley 9533/80 y normas de la ley 8912.

Es una cuestión de determinación del plexo jurídico.

Y acerca de ello, los elementos colectados en autos indican que es plausible considerar que se trata de tierras asignadas al uso comunitario, se trate o no de una plaza, con conocimiento y sin oposición de la comuna.

Esto es, *en principio*, puede reputarse que esos lotes revisten en su condición de reservas fiscales y/o espacios verdes una afectación a cometidos de uso común.

- Es así que se encuentra *a priori* debidamente respaldada por las constancias de la causa que pondera el decisorio apelado, la evaluación que realiza el *a-quo* en torno a que la *conducta del municipio de consentir tácitamente el libre acceso y uso continuo de los lotes por parte de los vecinos del barrio como lugar de esparcimiento, evidencia, en principio, una afectación de dichos terrenos al uso público...*de manera que *puede entenderse, prima facie, que los lotes en cuestión (parcelas 1, 12 y 13 de la manzana 80), se hallan afectados al uso público, por lo que se encontrarían incorporados al dominio público municipal, en tanto se habría operado una afectación "por hechos" de esos lotes al uso público, consentida tácitamente por el Municipio*".

- En mérito de lo expuesto, se arriba a la provisoria sujeción del tema a los términos de la previsión del art. 60 de la ley 8912, por conducto de lo dispuesto para la enajenación de dicha especie de bienes, en el art. 9 del decreto ley 9533/80.

Ello así por cuanto, la expresión reserva fiscal no guarda identidad, como parece entenderlo la apelante, con terrenos susceptibles de cualquier destino, sino que resulta inherente a ella la condición de libres al público, de un lado.

Del otro, pues de tales antecedentes se desprende en forma clara que resulta verosímil el derecho esgrimido por la asociación actora, pues no se vislumbra que se encuentren cubiertos los presupuestos mínimos establecidos por la ley de ordenamiento territorial y uso del suelo, *prima facie* aplicable al caso, para proceder a la venta en subasta pública de un inmueble municipal afectado como reserva o espacio verde, aún cuando haya sido previamente desafectado.

Por el art. 60 del decreto ley 8912 (texto según ley 13.127), en efecto, se establece que *Por ninguna razón podrá modificarse el destino de las áreas verdes o libres públicas, pues constituyen bienes del dominio público del Estado, ni desafectarse para su transferencia a entidades o personas de existencia visible o personas jurídicas públicas o privadas, ni aún para cualquier tipo de edificación, aunque sea de dominio público, que altere su destino. Todo ello salvo el caso de permuta por otros bienes de similares características que permitan satisfacer de mejor forma el destino establecido.*

Ello se ajusta a la télesis que tuvo en mira el legislador (v. exposición de fundamentos, en tal sent. v. fs. 166/166 vta. del responde del memorial de agravios).

- Es la misma *desafectación* ordenada por la Ordenanza en crisis, el acto que denota que el bien en cuestión estaba consagrado a una finalidad de interés público.

Ha sido la propia comuna quien ha utilizado *prima facie* un instrumento que implica ese reconocimiento, al decidir la *desafectación*, acto que supone la anterior y previa consagración del bien al fin público, de utilidad o comodidad común, inherente a los bienes estatales.

La *desafectación* es el acto por el cual la manifestación consagratória de un bien para fines públicos decae completamente, es decir, se desviste al

bien de su afectación para entrar en el sector jurídico de los bienes privados (cfr. Fiorini, Bartolomé, *“Derecho Administrativo”*, 2ª ed., T. II, pág. 312 y sigts.).

Como señala el pronunciamiento apelado *Desafectar un bien significa sustraerlo de su destino al uso público, haciéndolo salir, por lo tanto del dominio público para ingresar al dominio privado, sea del Estado o de los administrados* (cfr. Marienhoff, Miguel S. *“Tratado de dominio público”*, pág. 175/176, Y, en consecuencia, se destaca en una consideración que se comparte que *Así, que la Ordenanza cuestionada disponga “desafectar como Reservas Fiscales los bienes consignados...” implicaría un reconocimiento del carácter público que los mismos poseen, máxime cuando han sido adquiridos por el Municipio en virtud de una cesión efectuada por Ley, por la Provincia de Buenos Aires (conforme surge de la copia de las matrículas de los lotes, adjuntadas a fs. 69/70 de autos).*

- Sin perjuicio de lo expresado, aún de entenderse de otro modo la situación de los inmuebles que motivan la disputa, tampoco se trataría de tierras cuya enajenación pudiese ser dispuesta sin observarse específicos requisitos (v. arts. 2 y 7 decreto ley 9533, cits.), habida cuenta el cometido público inherente a reservas fiscales y espacios verdes y, al respecto, la Ordenanza de marras, exhibe –en principio- una genérica alusión a las necesidades económicas del municipio.

- Frente a la plataforma fáctica y jurídica, tampoco cabe en esta oportunidad determinar si existen suficientes espacios verdes en el barrio en cuestión, como aduce la demandada, sino de precisar si los inmuebles llamados a subasta, están en condición jurídica de tal acto de disposición, por lo que el proyecto de parque recreativo que se estaría desarrollando carece actualmente de incidencia decisiva.

Ni, menos aún, está en tela de juicio la política pública municipal o la selección de opciones que corresponde al gobierno comunal entre diferentes destinos a asignar a los bienes de su patrimonio, sino si frente al escogido, se han cumplido los presupuestos establecidos por el régimen jurídico.

3. Las apuntadas circunstancias, el hecho que tanto los bienes librados al uso público como, en su caso, las reservas fiscales, constituyan dominio municipal sujeto a estrictas limitaciones y prevenciones en su régimen jurídico, autorizan a tutelar provisoriamente el estado en que se encuentran, suspendiendo la ejecución de la enajenación de las tierras en conflicto, que se faculta realizar.

Ello así, pues bajo las condiciones de autos, la medida preventiva que tiende a evitar la consumación de la subasta de los lotes, se ajusta a ese carácter cautelar, toda vez que, de otro modo, siendo plausible el derecho o interés invocado, la concreción de la enajenación sería susceptible de provocar perjuicios que pueden considerarse irreversibles o, al menos, de muy dificultosa reparación ulterior.

Se advierte presente el *peligro en la demora* ante una subasta que había sido llamada para ser realizada el 27 de julio de 2012, tal como refiere la apelante (v. fs. 154 vta. del memorial de agravios); ello, de acuerdo a las particularidades de la cuestión litigiosa, a la índole de los bienes comprometidos y a los hechos del caso (arts. 22 inc. 1 “b”, C.P.C.A.).

La demandada no aporta razones decisivas que posibiliten revertir ese preliminar entendimiento.

4. En vista de la naturaleza del caso -v.gr., materia ambiental-, así como lo acotado de la medida que se circunscribe a la suspensión de ejecución de la subasta de los inmuebles en cuestión, resulta adecuada la evaluación del impacto negativo en el *interés público* que realiza el juez al proveer la diligencia precautoria, en los términos del art. 22 inc. 1 “c” del Código de la materia.

En cambio, la apelante no logra desvirtuar tal ponderación ni demostrar la existencia de una grave afectación provocada por la tutela cautelar, en el interés público.

5. A diferencia de lo anterior, acierta la apelante en cuestionar la ausencia de contracautela, pues no se observa configurada una situación que justifique excluir dicho presupuesto de efectividad de la medida cautelar (art. 200 C.P.C.C.).

En cambio, por aplicación del art. 24 del C.P.C.A. y en atención a la índole colectiva del interés que ventila la causa, corresponde exigir caución juratoria de la entidad que promueve la demanda y sus representantes (cfr. criterio de la S.C.B.A en la causa I. 71.446, *Fundación Biosfera y otros c/ Municipalidad de La Plata, s. inconstitucionalidad*, aplicando el art. 199 del C.P.C.C. en la res. cautelar del 24-5-2011).

6. Por último, también procede adecuar el alcance temporal de la medida al dictado del pronunciamiento final de la causa principal, sin perjuicio de su carácter provisorio (arts. 23, 26 y concs., C.P.C.A. art. 202 y concs., C.P.C.C.).

III- En mérito de las razones expuestas corresponde rechazar el recurso de apelación deducido en cuanto a la medida cautelar ordenada y confirmarla; revocar la exclusión de contracautela ordenando que se preste caución juratoria en los términos de ley y adecuar el alcance temporal de la manda precautoria con arreglo a lo explicitado en la presente (arts. 22, 23, 24, 26 y concs., 55, 56, 59 y concs., C.P.C.A.).

Ello con costas en el orden causado (art. 51, C.P.C.A.).

Así lo voto.

A la cuestión planteada, el Dr. De Santis dijo:

Discrepo con la Dra. Milanta.

El caso reporta aristas relativas a una materia de política comunal que se perfila en la desafectación de reservas fiscales con el propósito de satisfacer el interés público que motivara la sanción de la ordenanza respectiva (Ordenanza n° 3953/11) y cuyo sufragio tributa a la realización de las parcelas que individualiza ese mismo reglamento, dictado con arreglo a lo previsto por el artículo 7 del Decreto Ley 9533/80.

A ese singular contorno de conflicto, que el primer voto cursa por el análisis de un perfil dominical para el conjunto de bienes comprendidos en base a una afectación al uso público que considera reinante y a un contorno de reserva fiscal para el que aprecia de aplicación las restricciones previstas en el citado Decreto Ley (arts. 1, 2 y ccs. dec. ley 9533/80) como en el de uso del suelo (art. 60 ley 8912), se suma la imposibilidad de elucidar de

manera preliminar la apariencia de buen derecho en un núcleo de demanda que, además, padece de una carencia de promoción que impide el juicio de aproximación mensurado desde el semblante de la pretensión principal.

En efecto, la etapa cautelar no se informa en la preservación del resultado hipotético de una acción en curso, siendo que a ese fin la mención que destaca la Dra. Milanta en su voto luce insuficiente.

Ello así aún en el escenario precautorio que supone toda materia ambiental, pues ello no exime que el afectado deba transitar los cursos regulares previstos en el sistema adjetivo, según sea su elección, y dentro de ellos deduzca su propósito preventivo.

La polémica abierta no ofrece las variables necesarias a todo juicio de verosimilitud, siendo que contribuye a atemperar todo posible peligro en la demora la expresa disposición del artículo 7 del Decreto Ley 9533/80, en tanto condiciona la aplicación prioritaria de los fondos que se obtengan con la ejecución de la Ordenanza Comunal que informa al litigio al destino específico que determina.

También esta última, con sus rasgos de legalidad presunta, conspira contra el éxito de la empresa cautelar, cuando ésta no supera con lo acreditado de manera preliminar el umbral de quiebre que debe recorrer frente a ese contorno presente.

Por todo ello es que me pronuncio por la procedencia del recurso de apelación (en sentido concordante mis votos en causa CCALP n° 11.855, res. del 14-06-11 y CCALP n° 13.654, res. del 11-12-12).

Propongo:

Hacer lugar al recurso de apelación de la parte demandada, revocar la decisión recurrida y dejar sin efecto la medida cautelar decidida, con costas en ambas instancias en el orden causado (conf. arts. 22, 23, 51, 56, 58, 59 y ccs. ley 12.008, t. seg. ley 13.101).

Así lo voto.

A la cuestión planteada el Dr. Spacarotel dijo:

I. Estimo ajustada a derecho la resolución cautelar dictada en la instancia de grado, con los alcances que mi colega de primer orden le asigna a la extensión de la medida preventiva.

II. En efecto, se trata de la suspensión preventiva de los efectos de la Ordenanza municipal N° 3953 del 27 de diciembre de 2011, emitida por el Concejo deliberante de la Municipalidad de Ensenada, que dispuso desafectar como “reserva fiscal”, las parcelas 1; 12, 13 de la manzana 80 sec. S; circ. IV, de Villa del Plata de Punta Lara, facultando al Departamento Ejecutivo a proceder a la enajenación de los inmuebles referidos, bajo el procedimiento de subasta pública.

III. Hago propio y adhiero a los argumentos desplegados por la jueza de primer término en relación a la plena justiciabilidad en el ámbito del fuero contencioso administrativo de las ordenanzas municipales sean de carácter general, o como en el caso de carácter singular (arts. 166 quinto apartado. Const. Pcial; arts. 1,2, 3, 33 inc. 2 50 y consl del Código Contencioso Administrativo).

IV. También juzgo verosímil el derecho esgrimido de carácter colectivo por la entidad ambiental, y su aquiescencia liminar, en tanto tratándose de bienes calificados como “reserva fiscal”, existe razonablemente acreditado su destino público, sea a través de la ley 3487 de Fundación de Pueblos, sea a través de ley 9533/80, arts. 1, 2, y 3; y en tal caso deviene como condición de validez las posibilidades de desafectación establecidas por la Ley 8912 en el artículo 60 (texto conforme ley 13.127), *“...por ninguna razón podrá modificarse el destino de las áreas verdes o libres públicas, pues consituyen bienes del dominio público del Estado, ni desfectarse par su transferencia a entidades o personas de existencia visible o personas jurídicas públicas o privadas, ni aún para cualquier tipo de edificación auqneue sea de dominio público, que altere su destino. Todo ello salvo el caso de permuta por otros bienes de similares características que permitan satisfacer de mejor forma el destino establecido”*.

V. Considero que el dominio público es el ejercicio del derecho de todos y para todos; representa algo más que el ejercicio de un derecho particular, por eso el régimen y el sistema normativo deben ser distintos al de propiedad particular. Como señala Fiorini, los bienes estatales se miden por sus fines, no por su valor económico. Lo primero distingue siempre a la función administrativa y lo segundo es privativo e inherente a todos los bienes de los privados. El régimen de los bienes del dominio público es exclusivamente administrativo; tienen destino para el uso y utilidad pública, por eso son bienes públicos ("Manual de Derecho Administrativo" cit., 2da. parte, págs. 955 y 987; SCBA, B. 52.418, "Piccini", sent. 15-IX-1998).

Los bienes en cuestión tienen una afectación preexistente, en la cesión que operó para fundación de pueblos (ley 3487, y decreto 5626/66), por ello la municipalidad recurre a desafectar los bienes, y luego no puede pretender calificarlos como del dominio privado.

Es de recordar que la afectación es el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad, condición indispensable para trocar el mismo en propiedad regida por el derecho público. Como ha resuelto el Tribunal, "un bien se incorpora al derecho público del Estado cuando se encuentra afectado al uso público en forma real y actual" (S.C.B.A., "La Ley", Rep. 536, sum. 3).

A su vez, desafectar un bien significa sustraerlo de su destino al uso público, haciéndolo salir del dominio público para ingresar al dominio privado, sea del Estado o de los administrados. El principio consiste en que los bienes desafectados ingresen al dominio privado del Estado, la excepción es que los mismos lo hagan al dominio privado de los administrados. La desafectación requiere para su validez y eficacia el asentimiento inequívoco como el ejercicio legítimo de su competencia de parte de la autoridad. Por lo tanto, la naturaleza jurídica de la desafectación es correlativa a la de la afectación, de la cual no difiere (cf. Marienhoff, "Tratado del Dominio Público", págs. 151 y 175).

Consecuentemente, el dec. ley 9533/80 (B.O., 2-VI-1980) ha establecido el régimen de los inmuebles del dominio municipal y provincial: "Constituyen bienes del dominio público municipal las calles o espacios circulatorios, ochavas, plazas y espacios verdes o libres públicos que se hubieren incorporado al dominio provincial con anterioridad a esta ley..." (Título I, "De los inmuebles municipales", art. 1º), previendo que: "Los inmuebles del dominio público municipal podrán desafectarse cuando así corresponda y resulte más conveniente a los intereses de la comunidad, y con observancia de las limitaciones que resulten de la ley de ordenamiento territorial y uso del suelo y otras leyes específicas" (art. 9).

VI. Por último estimo suficientemente acreditado el peligro en la demora en tanto el cumplimiento de la norma cuestionada puede generar un perjuicio grave para el derecho invocado; cuando, en los hechos, la ejecución de la disposición implica la solución anticipada del pleito o cuando es posible prever que la materialización efectivización de la ordenanza genera un perjuicio de irreversible recomposición.- ( ver doctrina SCBA "Acuerdos y Sentencias", serie 4ª, t. IV, p. 374; serie 6ª, t. XII, pp. 384 y 490; serie 13ª, t. VIII, p. 246; serie 18ª, t. V, p. 296; serie 20ª, t. VI, p. 390; e I. 3.521, "Bravo", res. del 9-X-2.003, y sus citas; I. 68.183, "Del Potro", res. del 4-V-2005, entre otras). Ello, en el entendimiento de que si bien las normas legales o reglamentarias gozan de una presunción de validez o constitucionalidad (doctr. causa I. 3.521, ya citada), la tutela preventiva no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud (art. 230, inc. 1, C.P.C.C.; cfr. C.S.J.N., Fallos 314: 711); pues requerir un juicio de verdad no condice con la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético (cfr. C.S.J.N., Fallos 316: 2060; 318: 2375; B-63.590, "Saisi", res. de 5-III-2003).

VII. En suma, y en adición a lo señalado, la vigencia de los principios preventivo y precautorio, de aplicación al ámbito normativo urbano ambiental (ver SCBA, "FUNDACION BIOSFERA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE LA PLATA S/ INCONST. ORD. Nº 10.703" 24 de mayo de 2011.cfr. causas B.

64.464, "Dougherty", cit.; I. 68.714, "Filón", cit.), justifican la medida cautelar requerida, en tanto que el cotejo entre el régimen que se procura abrogar y el contemplado por la disposición local cuestionada evidencia *prima facie* el abandono del cumplimiento de recaudos legales (art.60 ley 8912), que resultan condición de validez sufragar.

VIII. Por las razones expuestas, y las concordantes emitidas por la Dra Milanta, a las que adhiero, voto en igual sentido.

Así lo voto.

Por tales consideraciones, este Tribunal

RESUELVE:

Por mayoría, rechazar el recurso de apelación deducido en cuanto a la medida cautelar ordenada y confirmarla, revocando la exclusión de contracautela, ordenando que se preste caución juratoria en los términos de ley y adecuando el alcance temporal de la manda precautoria con arreglo a lo explicitado en la presente (arts. 22, 23, 24, 26 y conchs., 55, 56, 59 y conchs., C.P.C.A.).

Costas de la instancia en el orden causado (art. 51, CCA).

Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad dispuesta por los arts. 31 y 51, Decreto Ley Nº 8904/77.

Regístrese, notifíquese y devuélvase al juzgado de origen, oficiándose por Secretaría.

Firmado: Gustavo Daniel Spacarotel Juez. Gustavo Juan De Santis. Juez. Claudia A. M. Milanta. Jueza. Mónica M. Dragonetti. Secretaria. Registrado bajo el nº 1200 (I).