

En la ciudad de Mar del Plata, a los 30 días del mes de julio del año dos mil trece, reunida la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en dicha ciudad, en Acuerdo Ordinario, para pronunciar sentencia en la causa C-2968-BB1 "GRECCO MIGUEL ANGEL Y OTROS c. MUNICIPALIDAD DE BAHIA BLANCA s. PRETENSION ANULATORIA - OTROS JUICIOS", con arreglo al sorteo de ley cuyo orden de votación resulta: señores Jueces doctores Riccitelli y Sardo, y considerando los siguientes:

ANTECEDENTES

I. El titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Depto. Judicial Bahía Blanca dictó resolución mediante la cual decretó la suspensión de los efectos de la Ordenanza N° 16.124 de la Municipalidad de Bahía Blanca y ordenó al Señor Gobernador de la Provincia de Buenos Aires abstenerse de dictar o -en su caso- publicar acto administrativo aprobatorio de la mentada Ordenanza, promulgada por Decreto Municipal N° 636/2011. Impuso las costas en el orden causado y difirió la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad [cfr. fs. 142/145].

II. Apelada la cautelar decretada, esta Alzada por sentencia de fecha 24-IV-2012 rechazó el recurso articulado por el Municipio demandado, confirmando lo resuelto por el juez de grado [cfr. fs. 185/191].

III. Devueltas las actuaciones al Juzgado de origen, con fecha 15-06-2012, el apoderado de la parte actora se presenta denunciando conducta maliciosa de la Municipalidad. Aduce que luego del dictado de la sentencia de esta Cámara, el Municipio ha formulado una interpretación antojadiza de los pronunciamientos cautelares dictados, sosteniendo que ellos lo obligaban a otorgar permisos de construcción para edificios de hasta quince pisos, por cuanto -en palabras de los funcionarios municipales, según pone en conocimiento el presentante- "... la

admisión de la cautelar haría resucitar la normativa anterior en perjuicio de los vecinos...". Con tal lectura, afirma el apoderado de la actora, se ha desvirtuado el alcance de la cautelar decretada, configurando ello una conducta maliciosa del Municipio que pide sea así considerada al imponer las costas a la demandada. Para más, remarca que la suspensión de los efectos de la Ordenanza N° 16.124 *"... no supone la declaración de su nulidad o derogación..."*, por lo que mal podría alegarse que tal medida tuitiva del entorno urbano suponga resucitar la posibilidad de autorizar edificios en altura de hasta quince pisos, *"... toda vez que ello significaría agravar más aún la endeble situación de aquello que se pretende preservar..."*. Como consecuencia de lo anterior, solicita la convocatoria a una audiencia para *"... un mejor ordenamiento del proceso y para fijar pautas procesales y de conducta..."*, así como el libramiento de un oficio al Municipio para que informe y detalle los permisos de construcción otorgados para edificios en altura luego del fallo que admitiera la cautelar [cfr. fs. 200/221].

IV. A fs. 222 el **a quo** hace lugar a lo peticionado y fija audiencia amparado en los términos del art. 36 inciso 4° del C.P.C.C. para el día 28-06-2012.

V. Notificado con fecha 21-06-2012 el Municipio de la convocatoria a audiencia [cfr. cédula de fs. 223], su apoderado se presenta el 26-06-2012 mediante escrito de fs. 225/227. En dicho libelo *"... manifiesta sobre el cumplimiento de la cautelar..."*. Allí afirma que la Comuna no ha hecho más que adecuar su accionar a lo resuelto por la tutela jurisdiccional: así, al decretar la suspensión de los efectos de la Ordenanza N° 16.124, la judicatura -según su visión- lo que ha impedido es que se incorporen al Código de Planeamiento Urbano las modificaciones que dicha norma suspendida ordenaba, por lo que

-afirma- la suspensión decretada implica no tener por modificado el Código y entonces, dicho cuerpo urbanístico "... es aplicable sin modificación...". Alega que "... tan simple conclusión..." no es entendida por falta de lógica y criterio o por mala fe de los accionantes, por lo que rechaza el pedido de la contraparte de considerar maliciosa la conducta de su parte. Solicita se aclare la vigencia de la medida cautelar y se emplace a la contraria a prestar la contracautela.

VI. Luego, el 28-06-2012 se lleva a cabo la audiencia convocada por el juez de grado, según da cuenta el acta de fs. 231. Allí las partes manifiestan sus posturas, ratificando los términos de sus presentaciones y, con su conformidad, el **a quo** pasa las actuaciones a resolver el pedido de libramiento de oficio requerido por la actora en su presentación de fs. 200/221.

VII. El 29-06-2012, en lo que aquí interesa, el juez de grado resolvió no hacer lugar al pedido de libramiento de oficio solicitado por la parte actora, para lo cual volcó su particular lectura de la medida cautelar decretada en autos. Así, manifestó que como la Ordenanza N° 16.124 de la Municipalidad de Bahía Blanca modifica el Código de Planeamiento Urbano en cuanto a los parámetros de construcción, ante la suspensión de sus efectos por la medida cautelar recobra "... vigencia el Código de Planeamiento Urbano sin su modificación, toda vez que no resulta viable la inexistencia de una norma legal que regule el planeamiento urbano dentro del Municipio ... caso contrario se produciría un vacío normativo...".

VIII. A fs. 255/258 obra escrito de apelación de la parte actora contra este último pronunciamiento del juez de grado.

IX. Recibidas las actuaciones en esta Cámara, declarada la admisibilidad del recurso de apelación de la parte actora

según resolución de fs. 278/279 y puestos los autos al Acuerdo para Sentencia, corresponde plantear la siguiente

CUESTION

¿Es fundado el recurso de apelación articulado por la parte actora?

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Riccitelli dijo:

I. A tenor de lo acontecido en el expediente según se brinda adecuado detalle en los Antecedentes de este fallo, y conforme el conflicto de visiones patentizado ya a partir del escrito de fs. 200/221 de la parte actora, del libelo de fs. 225/227 de la demandada y reeditado tanto en el escrito de apelación como en su réplica luego de lo manifestado por el **a quo** en el pronunciamiento apelado, la controversia sobre la que debe expedirse esta Cámara radica en definir si la medida cautelar decretada en autos a fs. 142/145 conlleva, al suspender los efectos de la Ordenanza N° 16.124, el renacimiento de los preceptos contenidos en el Código de Planeamiento Urbano según el texto vigente con anterioridad a la modificación introducida por la norma general suspendida precautoriamente por la judicatura. La actora se explaya por una respuesta negativa a tal interrogante; el Municipio y el **a quo** entienden lo contrario.

En mi opinión, la actora lleva la razón.

II.1. La suspensión de la ejecución de un acto administrativo de alcance general, como medida cautelar autorizada por el ordenamiento ritual reglado por el art. 25 de la ley 12.008 -y sus modificatorias- no importa poner en crisis **la propia vigencia de lo suspendido**. El acto de contenido normativo o reglamentario, como exteriorización de la voluntad administrativa, está presente en el mundo jurídico desde su emisión o sanción y produce efectos respecto de las partes y

terceros una vez cumplidos con los recaudos comúnmente exigibles para ello [publicación, para el caso]. En suma, siendo eficaces, gozan de ejecutividad y ejecutoriedad como directa consecuencia de la presunción de legalidad que les reconoce el ordenamiento, por lo que tales notas de la autotutela se neutralizan mediando mandato jurisdiccional de suspensión temporaria de ejecución [cfr. Fernando Garrido Falla y otros, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen III -La Justicia Administrativa-, Ed. Tecnos, Madrid, Segunda Edición, 2006, pág. 442 y sgtes.] .

La medida cautelar suspensiva, cuando se decreta respecto de un acto de alcance general, actúa como un **freno temporario en la puesta en práctica del régimen normativo en torno a la situación jurídica del administrado beneficiado con la medida**. Si bien el potencial gravamen que el acto le causa al administrado queda adormecido frente al obstáculo jurisdiccional a la ejecutoriedad, no puede formalmente postularse que con el otorgamiento de la tutela se recrea el escenario normativo o reglamentario previo al dictado o emisión del acto general cuya ejecución es suspendida.

En efecto, aquellos administrados que no cuestionen la nueva normativa y -por tanto- no requieran la suspensión precautoria de la ejecución de sus preceptos, serán alcanzados por la nueva reglamentación; mientras que el beneficiado por la suspensión cautelar durante el período de pervivencia de la tutela gozará de un estatus de excepción: sus derechos y prerrogativas no serán alterados por la novel voluntad administrativa, aunque la continuidad de tal contexto estará siempre sujeto a la condición resolutoria de que el acto administrativo general sea refrendado por la jurisdicción si no se comprueban las irregularidades que denunciadas, **prima facie**

pudieron aparecer patentes en el juicio liminar del proceso cautelar.

La mentada inalterabilidad temporaria del estatus jurídico del que gozaba el administrado con anterioridad a la suspensión de la ejecución del acto de alcance normativo o general, puede exteriorizarse bajo variables ropajes.

Por ejemplo, si la reglamentación persigue, por vez primera, establecer ciertos condicionantes para el ejercicio de determinados derechos por parte del administrado, quien se beneficie con una cautelar suspensiva no verá temporalmente turbada aquella práctica por la nueva reglamentación, pudiendo desenvolver su conducta sin atender a las recientes ataduras o restricciones instauradas.

Si el acto de contenido normativo suspendido modifica, altera o suprime una reglamentación previa que le era más beneficiosa, la suspensión de su ejecución inmoviliza la aplicación del nuevo esquema legal, mas no revive -en principio- el ordenamiento derogado conveniente o su redacción anterior a la modificación; en todo caso, el beneficiario de la cautelar suspensiva se mantendrá a resguardo transitoriamente del potencial perjuicio, empero no podrá prevalerse de la normativa general derogada.

La suspensión de la ejecución del acto de alcance general, entonces, **no extingue la voluntad administrativa exteriorizada en él**; esta última contingencia solo cabría predicarla respecto de la resolución jurisdiccional que decide la anulación del acto; empero tal contenido del pronunciamiento únicamente es permitido respecto de la sentencia que hace lugar a la pretensión [cfr. art. 50 inciso 2° del C.P.C.A.] y no en torno a una resolución cautelar.

Y, por fuera de resolverse la reseñada extinción en sentencia definitiva, tampoco en todos los casos cabría

sostener un renacer del precedente escenario. La anulación judicial de una norma administrativa de alcance general que derogó o trocó una anterior no conlleva **-prima facie-** el restablecimiento del ordenamiento perimido o reformado; en algunos casos transforma en situación de libertad [ámbito de actuación lícita en la esfera personal] lo no regulado al desaparecer la sujeción, que es el deber de soportar el ejercicio de una potestad pública sobre el propio ámbito jurídico [cfr. Juan Alfonso Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo General, Tomo I, Primera Edición, Iustel, Madrid, España, 2004, pág. 435].

En todo caso, la extinción judicialmente decretada en beneficio del administrado litigante jamás podría tener como consecuencia inmediata y directa el restablecimiento de un régimen normativo o reglamentario anterior más perjudicial para sus derechos, pues ello patentizaría que la intervención jurisdiccional tuvo lugar en un proceso signado por la ausencia total de interés de quien lo iniciara y alejado del recaudo constitucional de "caso o controversia", imprescindible para la actuación de la magistratura.

2. Aplicando la precedente conceptualización al caso de marras, juzgo que el razonamiento que porta el pronunciamiento apelado en torno a los alcances de la medida cautelar decretada a fs. 142/145 -en concordancia con la visión de la Comuna compelida por la medida cautelar suspensiva- resulta erróneo.

En el caso, los vecinos de los Barrios Universitario y Napostá de la Ciudad de Bahía Blanca han iniciado la presente acción atacando la Ordenanza municipal N° 16.124 alegando que dicho acto de alcance general ha introducido modificaciones a los parámetros edilicios que el Código de Planeamiento Urbano contiene para los mentados ejidos, alteraciones que juzgan perjudiciales para la morfología actual de los distritos, con

afectación de sus derechos como propietarios de la adyacencia. No pretenden en la especie la reposición del régimen urbanístico previo al surgido de las modificaciones cuestionadas, sino que persiguen poner en crisis -por fuera de las irregularidades en la sanción de la norma que denuncian- la supuesta razonabilidad de las nuevas pautas constructivas al contrastarlas con las peculiaridades de hábitat, morfológica y de infraestructura, que han caracterizado el desarrollo de los Barrios en el tiempo y hasta la actualidad.

En suma, no estamos en presencia de una reivindicación de la norma de alcance general derogada o modificada, ya que ello mal podría ser objeto de una acción judicial exitosa: recuerdo que *"... a nadie le asiste un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad..."* [C.S.J.N. Fallos 333:2222]. Por tanto, errado sería predicar que con la suspensión cautelar petitionada y luego decretada, los vecinos litigantes hayan perseguido -aunque temporariamente- el renacimiento del Código de Planeamiento Urbano, en su anterior redacción a la modificación introducida por la Ordenanza N° 16.124; no solo que aquel digesto no recobra vigencia por la suspensión cautelar decretada en autos, sino que los textos otrora aplicables han desaparecido para siempre del ordenamiento jurídico local por la propia voluntad del Deliberativo municipal, Departamento que ha fijado nuevas pautas en la Ordenanza N° 16.124, norma que a la fecha pervive aunque con su ejecución temporalmente suspendida por la tutela jurisdiccional otorgada [más allá de que la suspensión decretada no fue cuestionada por el Municipio desde el atalaya de la ausencia de anclaje normativo, luego de la derogación del art. 25 inciso 3° del texto originario de la ley 12.008].

Será luego del *"... debate en juicio pleno [que] permita dilucidar si la Ordenanza impugnada es o no perjudicial al*

entorno morfológico urbano del sector al que se le aplica, si soporta el test de juridicidad al que debe someterse conforme a la normativa y principios básicos que sustentan el tema urbanístico-ambiental y si, en definitiva, el incumplimiento del requerimiento normado en los arts. 3 y 5 inciso j) de la Ordenanza N° 14.253 puede ser o no tolerado o exonerado en la especie a tenor de las respuestas que se brinden a los primeros cuestionamientos..." [ver apartado II.2.a. párrafo tercero del voto que concitó adhesión en sentencia de fs. 185/191], cuando el juez podrá decidir acoger o rechazar lo pedido en el apartado Segundo del punto 12 del escrito de demanda. Y si finalmente hiciera lugar a la pretensión, anulando la Ordenanza N° 16.124, tampoco en dicha oportunidad recobrarían vigor aquellos preceptos del Código de Planeamiento Urbano modificados. Es que en el presente caso no estamos en presencia -para postular que los jueces están dotados de potestades para ordenar la continuidad de aquellas normas- de circunstancias tan siquiera análogas a las relevadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Considerando 42 del voto de la mayoría y 16 del voto concurrente en la causa "R. 369. XLIX. Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s. acción de amparo c. Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar", sent. de 18-06-2013. Por ello, en tal eventualidad, el Concejo Deliberante local, si así lo estimara pertinente, deberá acometer nuevamente el tratamiento de la problemática urbanística de los Barrios Universitario y Napostá de la ciudad de Bahía Blanca, mas nunca el Municipio creerse con la prerrogativa de invocar -frente a la hipotética declaración judicial de nulidad de la Ordenanza N° 16.124- un ordenamiento derogado por el órgano con competencia para ello.

Con los párrafos anteriores pretendo demostrar que "la falta de lógica y criterio" que el Municipio le imputa a fs.

225 vta. a la parte actora no es más que el reflejo de la propia conducta que el espejo le devuelve a quien formula la acusación.

3. Si bien las razones precedentes son concluyentes -en mi visión- para descartar la lectura que predicaran tanto la Municipalidad accionada como el juez de la instancia sobre el alcance de la medida cautelar decretada a fs. 142/145, adicionales motivos me convencen de acoger el recurso.

No albergo dudas sobre la propia esencia del presente proceso. La **litis** versa sobre una problemática urbanística no menor: **el cambio de parámetros de zonificación con posibles consecuencias perniciosas sobre la morfología barrial del sector afectado por la modificación normativa.** Para los accionantes, el nuevo régimen estatuido por la Ordenanza acentuará la proliferación de edificios de altura, viviendas multifamiliares u oficinas que habrán de erigirse en predios ocupados hasta entonces por casas con jardín. Tal realidad, desde su perspectiva, provocará profundas transformaciones en el paisaje, estructura urbana y poblacional, en la dinámica social y comercial del sector, en el valor de la tierra y en el tránsito vehicular y estacionamiento, así como en el impacto visual al producirse la ruptura de la masa edificada convencional [cfr. escrito de demanda].

Siendo ese el escenario litigioso, recuerdo que desde hace algunas décadas se ha remarcado la necesidad de hacer campear en esta materia los principios preventivo y protectorio [cfr. doct. S.C.B.A. causa 69.331 "Asociación Civil en Defensa de la Calidad de Vida (ADECAVI), res. de 22-X-2010 y sus citas; doct. esta Cámara causas **A-552-MP0 "CA.ME.CO."**, sent. de 17-VII-2008 y **A-1184-MP0 "Cordero"**, sent. de 08-IV-2009], lineamientos que actuarían como justificantes de la decisión jurisdiccional de neutralizar temporalmente una actuación

administrativa o privada que –en un análisis preliminar y sin necesidad de extrema certeza- podría suscitar, en modo más o menos intenso, una grave afectación del espacio público y en los bienes ambientales y urbanísticos comprometidos (arg. doct. S.C.B.A. causa B. 66.769 “Club Estudiantes de La Plata”, res. de 26-X-2005, de la opinión de la mayoría). Si bien no está vedado al municipio adecuar sus normas urbanísticas en función de nuevas decisiones públicas incluso a propuesta de particulares, ello supone un examen y justificación razonables de los cambios introducidos así como de los impactos que ellos habrán de causar, por cuanto falencias denunciadas en tales aspectos ponen objetivamente en riesgo los derechos resultantes del art. 28 de la Carta Magna local, haciendo palpable la necesidad de instrumentar medidas preventivas [cfr. Doct. S.C.B.A. causa I. 68.174 “Filón”, sent. de 18-IV-2007].

Esta visión eminentemente tuitiva, que persigue evitar un detrimento urbano-ambiental potencialmente irremontable con posteriores medidas llamadas correctivas, demanda de la magistratura un juicio cautelar de prudente ponderación. Frente a la duda razonable sobre el acaecimiento de posibles consecuencias disvaliosas y/o ante la ausencia de elementos de convicción de solvencia técnica incontrovertida, es esperable una visión flexibilizadora a la hora de efectuar el análisis de los recaudos de admisibilidad cautelar por encima de cualquier ritualismo y así garantizar que cuando la sentencia de fondo se emita, el plexo constitucional protectorio vigente en la materia no se vea soslayado, desoído, o vaciado de toda eficacia [cfr. doct. esta Cámara causa **A-4018-BB0 “Arrosteguihar”**, sent. de 07-V-2013].

Siendo ese es el contexto que delimita el juicio cautelar en este particular universo de casos, mal podría pensarse que el otorgamiento de una medida tuitiva mientras se desarrolla el

proceso, a la postre, pueda representar un atentado contra el bien que se pretende resguardar. Este sinsentido es lo que predica el Municipio con su interpretación del alcance de la medida cautelar de fs. 142/145 y el que pone en crisis el razonamiento del **a quo** volcado en el pronunciamiento de fs. 232/233.

La medida protectoria decretada en esta causa y convalidada por esta Alzada tuvo en miras las potenciales consecuencias perjudiciales que la nueva normativa urbanística sancionada por el Concejo Deliberante Municipal podía aparejar para los Barrios Universitario y Napostá de la Ciudad de Bahía Blanca. Esa fue la **última ratio** de su otorgamiento y confirmación. Predicar que los magistrados actuantes hemos echado mano al instrumento cautelar reglado en el C.P.C.A. para, en suma, desproteger el entorno urbanístico a cuyo resguardo preventivo apuntamos, es la cabal demostración de una conducta procesal de la accionada encuadrable en la temeridad y malicia procesal y alejada de todo anclaje racional, a la luz de la doctrina y fundamentos expuestos en el presente voto.

III. Con todo, he de proponer al Acuerdo acoger el recurso de apelación articulado por la actora y revocar el pronunciamiento de fs. 232/233, ordenando al juez de grado reeditar el tratamiento del pedido de oficio formulado por la actora a fs. 221, punto 3. teniendo en cuenta los lineamientos que sobre el alcance de la cautelar decretada a fs. 142/145 aquí se plasman. Las costas de ambas instancias en la presente incidencia deberían imponerse a la Municipalidad vencida [art. 51, inciso 1º, primera parte, del C.P.C.A., t.o. ley 14.437].

Voto por la **afirmativa**.

La **señora Juez doctora Sardo**, con igual alcance y por los mismos fundamentos brindados por el señor Juez doctor Riccitelli vota a la cuestión planteada por la **afirmativa**.

De conformidad a los votos precedentes, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata, dicta la siguiente:

SENTENCIA

1. Acoger el recurso de apelación articulado por la actora y revocar el pronunciamiento de fs. 232/233, ordenando al juez de grado reeditar el tratamiento del pedido de oficio formulado por la actora a fs. 221, punto 3. teniendo en cuenta los lineamientos que sobre el alcance de la cautelar decretada a fs. 142/145 aquí se plasman. Las costas de ambas instancias en la presente incidencia se imponen a la Municipalidad vencida [art. 51, inciso 1º, primera parte, del C.P.C.A., t.o. ley 14.437].

2. Diferir la regulación de honorarios por trabajos profesionales de alzada para su oportunidad [art. 31 del decreto ley 8904/77].

Regístrese y notifíquese por Secretaría. Fecho, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen para la continuidad del proceso de conformidad con lo que aquí se decide. Fdo: Dres. Elio Horacio Riccitelli - Adriana M. Sardo - María Gabriela Ruffa, Secretaria.