

CAMARA DE APELACIONES CIVIL
Y COMERCIAL IIIA. CIRCUNSCRIPCION

Expte. n°:00402-046-11

Tomo:

Sentencia:

Folio:

Secretario: Martín DÀpice

2

En la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 05 (cinco) días del mes de Enero de 2011 reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de la CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINERIA DE FERIA de la IIIa. Circunscripción Judicial Dres. Ariel ASUAD, Héctor LEGUIZAMON PONDAL y Carlos M. CUELLAR, luego de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada "ASOCIACION EMPRESARIA HOTELERA GASTRONOMICA S/ AMPARO" (Expte. N 00402-046-11) y discutir la temática del fallo a dictar de todo lo cual certifica el Actuario, emitieron la siguiente decisión respecto de la siguiente cuestión a resolver: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada los Dres. ASUAD, LEGUIZAMON PONDAL y CUELLAR dijeron:

Liminarmente con relación al planteo de inconstitucionalidad de la Resolución N 1980/2010, que constituye el objeto esencial de la vía procesal elegida, teniendo en cuenta que existe otra vía idónea y específica para dilucidar lo atinente a tal pretensión (art. 793 CPCC), que por cierto requiere cierta mínima amplitud de debate y prueba impropias del amparo, a lo que se suma que específicamente en lo referido a esta tipología de acción y la inconstitucionalidad antigua y reiterada jurisprudencia juzgan como principio general la improponibilidad de la tacha por este excepcional proceso (cf. Bidart Campos "Régimen legal y jurisprudencial del amparo" pags.152 y sgtes. con citas de fallos), deberá la ASOCIACION ocurrir por la vía y en la forma pertinente.-

En segundo lugar, aún cuando por el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y de la regla general conforme a la cual los Jueces deben abstenerse de decretarlas en asuntos que no sean de su competencia (art. 196 CPCC) la suerte también negativa de la medida cautelar está en cualquier caso sellada, creemos de utilidad

formular ciertas precisiones complementarias.

Se ha dicho desde siempre y en forma unívoca con especial referencia al requisito legal de la verosimilitud del derecho invocado a los fines cautelares: "Las medidas cautelares, por su propia naturaleza, no requieren de prueba terminante y plena del derecho invocado sino que basta con que éste resulte "prima facie" verosímil, en cuyo caso el Juez puede dictarlas sin prejuzgar sobre el fondo del asunto (cf. CSJN, 24-7-91, "Rev. de Doctrina Judicial", 1192-1-550; CNCiv., Sala C, 13-10-83, LL 1984-B-26; CNCiv., Sala D, 25-3-81, LL 1981-D-70; CNCiv., Sala E, 11-3-81, LL 1981-C-170 y 20-10-88, ED 132-210; etc.) y concordantemente que la verosimilitud del derecho se refiere a la posibilidad de que ese derecho exista, no a una incontestable realidad (CNCiv., Sala A, 3/3/88, LL 1988-E-574; CNCiv., Sala E, 5/10/83, LL 1984-A-230; etc.), que sólo se logrará al agotarse el trámite, razón por la cual se propugna una amplitud de criterio en este punto (CNCiv., Sala A, 23/7/81, Rep. ED 15-591, Nro. 20; CNCiv., Sala E, 4/11/80, LL 1981-A-509) habiéndose sostenido, por ejemplo, que "en materia de medidas cautelares debe procederse con criterio amplio, a fin de evitar la frustración del derecho de quién lo solicita, siendo preferible en caso de duda el exceso en acordar la medida que la parquedad en negarla, ya que es necesario tutelar las pretensiones articuladas a fin de que no resulten inocuos los pronunciamientos que den término al litigio, evitando -de esta manera- que las sentencias se tornen de cumplimiento imposible" (conf. Revista de Derecho Procesal, t. 1, pág. 418, ed. Rubinzal-Culzoni).-

Aquí la ASOCIACION solicita se decrete la suspensión (strictu sensu prohibición de innovar o incluso medida innovativa según cómo se vea la cuestión) a fin de suspender la aplicación de la Resolución antedicha hasta tanto se dicte sentencia haciendo lugar o no a la inconstitucionalidad.

Pese al notable esfuerzo técnico-jurídico desplegado por la peticionante no existe prima facie el *fumus boni iuris* cali y cualificado necesario no ya para el dictado de cualquier medida cautelar (véase Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado", tomo 1, pág. 742) sino para el supuesto de su articulación específica en el marco de un pedido de inconstitucionalidad.

Al respecto ha dicho la jurisprudencia:

"Los presupuestos de admisibilidad de las medidas cautelares deben examinarse con mayor rigor cuando lo que se procura a través de ellas es la suspensión de los efectos de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, puesto que tales actos deben presumirse constitucionales mientras no se produzca una declaración judicial que establezca lo

contrario. No confiere verosimilitud suficiente a la situación invocada como lesionada el criterio de la actora que considera que una norma transgrede el principio constitucional de igualdad, si con su desarrollo argumental, y sin que ello implique prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión, no acredita "prima facie" el distinto tratamiento de quienes se encuentran en las mismas condiciones". ("Wal Mart Argentina S.A. s/ Medida cautelar innovativa" - SCBA - I 2144 I -26-5-1998 elDial WF7A3)

A los fines de meritar la verosimilitud potenciada del derecho que aquí se requiere la tacha de inconstitucionalidad no alcanza, de momento, para cumplimentar dicho recaudo sino que es necesario incorporar mayores elementos de juicio contundentes que demuestren, dentro del grado provisorio del juzgamiento precautorio, el patente enfrentamiento de la norma con el derecho o garantía constitucional invocados.- (STJ Corrientes 20/04/1990 "Empresa 9 De Julio S.r.l. S/ Juicio Por Inconstitucionalidad De La Ordenanza Municipal Nro. 1718 Del Honorable Consejo Deliberante De La Ciudad Capital", en jurisp. LD-textos).

La Resolución en crisis, no obstante los serios vicios imputados, de momento se ajustaría prima facie a la presunción de legitimidad y ejecutoriedad pues dicha presunción se funda en que procede de una autoridad pública que tiene el deber de respetar la ley, es obra de autoridades particularmente seleccionadas y desinteresadas, observa frecuentemente determinada forma y antes de su eficacia está supeditada a una serie de controles; además que su ejecutoriedad deriva del carácter público de la actividad que tiende a satisfacerse mediante el acto por lo que no presentándose, reiteramos por ahora, prima facie elementos suficientes por su dirimencia para desvirtuar la referida presunción del acto debe rechazarse la medida precautoria solicitada. (cf. v.gr. Jurisp cit.)

Cuadra insistir que los actos que emanan de la autoridad pública (poder central o entidad autárquica) gozan de la presunción de legitimidad y son ejecutorios, por lo que la viabilidad de cualquier medida cautelar contra ellos debe ser apreciada con criterios marcadamente estrictos y restrictivos; ello así máxime cuando el acto de que se trata es justamente de naturaleza eminentemente resolutive.

Justamente en torno a toda esta cuestión, desde luego por analogía, recuerdo que es criterio doctrinario-jurisprudencial recibido que no proceden, en principio, las medidas cautelares tendientes a obtener la suspensión de actos legislativos -provinciales o municipales-, habida cuenta dicha remanida presunción de validez que ostentan. Y por tanto es improcedente la medida de no innovar cuyo análisis conduce necesariamente a

emitir un pronunciamiento respecto de la inteligencia que corresponde atribuir a lo dispuesto por la ordenanza cuestionada -extremo cuya determinación constituye el objeto del planteo formulado en la acción principal, por lo que su acogimiento configuraría un adelanto al resultado sustancial del proceso, excediendo el reducido marco de conocimiento que es propio de las medidas cautelares. (VARELA, Néstor Lucio S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Trib. Orig.: CORTE DE JUSTICIA SALTA (N Fallo 96170035) SUMARIO S2199 - 29/10/96 - CORTE DE JUSTICIA, en jurisp. cit.)

Puede verse que en este caso por ahora no se configura la excepción a la citada regla ya que la peticionante, más allá -insistimos- de su prolija línea argumental, no ha logrado sumariamente demostrar bases de peso verosímiles susceptibles de andamiar la procedencia de la medida.-

Ha dicho también la jurisprudencia:

"Al perseguir los actores la declaración de inconstitucionalidad de la norma que impugnan, la medida cautelar solicitada coincide con el objeto del juicio, por lo cual su otorgamiento implicaría anticipar indebidamente la sentencia definitiva y adelantar opinión sobre la validez de la norma cuestionada lo que implica tanto como dictar sentencia sobre la cuestión de fondo planteada sin escuchar a la demandada vulnerándose las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio. La nota verdaderamente típica de las providencias cautelares es la de no constituir un fin en sí mismas, sino la de estar ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva. En las acciones de amparo el peligro en la demora debe adquirir una particular configuración, al tratarse de un proeso sumarísimo de índole también precautorio, por lo que éste requisito corresponde vincularlo necesariamente con la irreparabilidad o gravedad del perjuicio, o que el mismo resultare proporcionalmente mayor al que devendría de la suspensión". Trib. Dres.: Puig, Posadas, Vicente, Garros Martinez, Silisque. - Doctrina: Dra. von Fischer. - Causa: "ARROYO, ROBERTO Y OTROS VS MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE SALTA. PIEZAS PERTENECIENTES. AMPARO. RECURSO DE APELACION. Expte. N° 23.106/01 de Corte FECHA: 22/07/02. 1. 79: 899/906. CORTE DE JUSTICIA, jurisp. cit.)

"No corresponde hacer lugar a la prohibición de innovar solicitada, en el marco de una acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de una ordenanza, si la cautelar coincide con el objeto del juicio, de manera que su acogimiento importaría tanto como dictar sentencia sobre la cuestión de fondo sin escuchar a la contraria, con la

consecuente vulneración al debido proceso". - (VARELA, Nestor Lucio S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Trib. Orig.: CORTE DE JUSTICIA SALTA (Nro Fallo 96170035 S2199 - 29/10/96 - CORTE DE JUSTICIA)

"La sentencia en el juicio de inconstitucionalidad (art. 113 inc. 2o CCBA), en caso de resultar favorable a la actora, se limitará a la declaración de invalidez de las normas cuestionadas. En consecuencia, no resulta pertinente hacer lugar a medidas cautelares, cuya finalidad es asegurar la ejecución de una condena pues, de acogerse, se estaría concediendo una tutela que la propia sentencia de fondo no podría otorgar" (TSJBA, causa SAO 52/99, "Doy, Miguel c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Acción Declarativa y de Inconstitucionalidad").-

Asimismo ha dicho el Superior Tribunal de Justicia local definiendo sin duda doctrina y jurisprudencia obligatoria para los Juzgados y Tribunales de grado:

"Resulta atinado recordar que existe un reiterado criterio sentado por este Cuerpo en punto a la improcedencia de medidas cautelares cuando se ataca la presunción de validez de la que están investidos "prima facie" los ordenamientos legales y los actos del Poder Público (cf. S.T.J., Aut. Int. N 46/96 "in re" "PICHETTO"; idem fallos 205, pág. 365; Morello, pág. 984). (cf. STJ "CUFFIA" Se. 44/04 del 25/02/04).

Fallando desde luego el presupuesto formal de admisibilidad dirimente, es decir la verosimilitud del derecho, resulta irrelevante indagar lo invocado para sustentar el peligro en la demora.-

En conclusión: como desentrañar aquí y ahora si la Resolución en cuestión padece los vicios alegados que la tornarían inconstitucional es una cuestión que amerita al menos cierta mínima amplitud de debate y prueba lo cual, adicionalmente, demuestra la imposibilidad de atender la solicitud cautelar en un estadio embrionario de un litigio que encima no es el idóneo al efecto, corresponde desestimar in totum tanto el amparo como la medida cautelar.

Por ello laCAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINERIA DE FERIA,

RESUELVE:

I) RECHAZAR por objetivamente improponible tanto el amparo interpuesto como la medida cautelar solicitada;

II) NOTIFICAR ministerio legis, registrar y protocolizar la presente.-

Ariel ASUAD Héctor LEGUIZAMON PONDAL Carlos M. CUELLAR

Juez Juez Juez

Martín D'Apice

Secretario de Cámara