



PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES
MESA DE ENTRADAS VIRTUAL (MEV)

Usuario: MARCOS ALEJANDRO MIGDA

Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo

Mar del P

<< Volver Desconect

Datos del Expediente

Carátula: TESON JULIO DANIEL C/MUNICIPALIDAD DE NECOCHEA S/LEJADO DE APELACION

Fecha inicio: 15/12/2017

Nº de Receptoría:

Nº de Expediente: C-7828-NE1

Estado: En Letra

REFERENCIAS

Sentencia - Folio: 2542

Sentencia - Nro. de Registro: 314

19/06/2018 - SENTENCIA

Texto del Provelo

REGISTRADO BAJO EL N° (S) FN°

En la ciudad de Mar del Plata, a los 19 días del mes de junio del año dos mil dieciocho, reunida la Cámara Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en dicha ciudad, en Acuerdo Ordinario, para pronunciar sentencia en la causa C-7828-NE1 "TESON JULIO DANIEL c. MUNICIPALIDAD DE NECOCHEA s. LEJAGO DE APELACIÓN", c arreglo al sorteo de ley cuyo orden de votación resulta: señores Jueces doctores Riccitelli, Mora y Gerez, considerando los siguientes:

ANTECEDENTES

I. El titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial Necochea rechazó la medida cautelar peticionada por la parte actora y por el tercero interviniente en autos, través de la cual se pretende: (i) la suspensión de los efectos de los decretos municipales N° 972/17, N° 2526/17 y N° 2850/17) y (ii) la suspensión del segundo llamado a licitación pública convocado por el decreto municipal 2526/17 en el marco del expediente administrativo N° 3030/17.

II. Declarada -por mayoría- la admisibilidad formal del recurso de apelación interpuesto por la parte acta y puestos los autos al Acuerdo para Sentencia [v. pronunciamiento de fs. 126/130], corresponde votar siguiente:

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso?

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

I.1. Mediante pronunciamiento de fecha 25-10-2017 el a quo se pronunció con el alcance indicado en 1 antecedentes del voto.

Liminarmente, expuso que los requirentes de la tutela urgente perseguían: (i) la suspensión del decreto municipal N° 972/17 por el cual se rechaza el recurso de revocatoria con jerárquico en subsidio presentado por Sr. Teson contra la resolución del municipio que notificaba el vencimiento del plazo de la concesión; (ii) suspensión del decreto municipal N° 2526/17 por el cual -por un lado- se declaró desierto el llamado a Licitación Pública realizado el día 15/08/2017 con el objeto de otorgar la Concesión de Derecho de Uso, Remodelación y Mantenimiento y Explotación de la Unidad Fiscal BQ5 -ex "Complejo La Hélice"- y -por el otro- efectúa un segundo llamado para el día 03/10/2017; (iii) la suspensión del decreto municipal N° 2850/17 que rechaza el recurso revocatoria interpuesto por Xoana Gisela Ortiz y Francisco Miguel Rojas contra el decreto municipal N° 2526/17 (iv) la suspensión del procedimiento administrativo correspondiente al segundo llamado licitatorio (expedien municipal 3030/17).

Seguidamente consideró que, a la luz de la cognición expedita y superficial propia del despacho cautelar, debía tener por demostrada la verosimilitud del derecho invocado dado que del escrutinio de los actos administrativos cuya suspensión se persigue en autos no surge acreditada la existencia de vicios manifiestos.

Recordó -asimismo- que los actos del poder público gozan de presunción de legitimidad por lo cual el juicio cautelar debe ser efectuado mediante un examen severo. Y en la especie -reiteró- los vicios que se le endilgan las actuaciones estatales no surgen de manera evidente, requiriendo una "investigación" o desarrollo que resulte impropia en esta etapa del proceso.

Para más -ahondó- a tenor de lo que se desprende del examen del informe elaborado por la Municipalidad Necochea, de los contratos de concesión implicados en el sub examen y, principalmente, de los actos administrativos impugnados en autos, no se vislumbra prima facie la "errónea" interpretación del ple contractual y legal que denuncian el actor y el tercero interviniente en autos.

Con todo, ante la ausencia del recaudo de la verosimilitud en el derecho, dispuso rechazar el pedimen cautelar intentado.

2. Mediante presentación electrónica de fecha 6-11-2017 la parte actora interpuso recurso de apelación.

Luego de relevar los antecedentes del caso sostiene que: (i) en el sub lite estamos en presencia de nulidad manifiesta por lo que, en su parecer, corresponde la suspensión del proceso licitatorio; (ii) el contrato de concesión celebrado entre la Municipalidad de Necochea y el Sr. Julio Teson "surge evidente y a necesidad de investigación de hecho alguna que el plazo de duración (del contrato) es de diez (10) años"; (iii) el contrato de concesión suscripto con la Comuna culmina el día 26-02-2020; (iv) la autoridad municipal dispuso de manera ilegítima tener por finalizado el contrato de concesión el día 29-01-2017 y; (v) Los decretos municipales N° 972/17; N° 2526/17 y N° 2850/17 resultan "absolutos y manifiestamente nulos".

Reforzando su parecer, arguye que con su proceder la Comuna ha violentado sus propios actos pues mediante Resolución N° 289/17 habilitó un bar de playa en la UTF hasta el 29-05-2019, todo lo cual patentiza que Municipio se ha manifestado siempre a favor de la continuidad de la concesión.

Por otro lado, destaca que el peligro en la demora queda acreditado ante el riesgo de que avance procedimiento licitatorio -extremo que, de materializarse, frustraría sus legítimos derechos-. Además, resalta que el perjuicio que surge de la decisión ilegítima de la Comuna de extinguir anticipadamente el acuerdo agrava ante la inminencia de la temporada estival.

Finalmente, estima que el pedimento requerido no afecta el interés público sino que, por el contrario permitiría garantizar el adecuado servicio turístico que, tal lo que entiende, se encuentra gravemente amenazado por la irregular actuación de la autoridad municipal.

II. El recurso no prospera.

1. Delimitando el contorno de la contienda sometida a conocimiento de esta Alzada, y con la mira puesta clarificar los antecedentes fácticos y jurídicos que nutren este pleito (en el que tanto la parte actora como tercero peticionario un pedimento urgente con objetos similares), observo que el meollo del asunto consiste en desentrañar el marco contractual por el cual se otorgara al Sr. Julio Teson la Concesión para el Uso Construcción y Explotación de la Unidad Fiscal BQ5 -ex "Complejo La Hélice-. Puntualmente, la contienda suscita a partir de la diversa visión que proponen las partes respecto del término o plazo contractual de concesión.

Así, el Municipio, hace notar que tanto del contrato de concesión como de las previsiones del decreto municipal N° 67/10 se desprende que la concesión fue otorgada al Sr. Teson como continuador de la que venía habiendo en ese momento en curso "bajo todas las condiciones establecidas en el pliego original y el contrato suscripto con fecha 29-01-2007...". De ahí que, en el entender de la autoridad municipal, el término decenal de la concesión habría expirado el día 29-01-2017 [tal como le notificara al actor mediante cédula de fs. 8].

En cambio, el actor -en postura que acompaña el tercero de intervención voluntaria en autos- postula a lectura lineal de la cláusula 4 del contrato de concesión -obrante a fs. 4/5- sosteniendo que, como el acuerdo entre la Comuna y el Sr. Teson fue suscripto el día 26-04-2010 [e independientemente de si se continuara anterior vínculo concesional o no] el término de duración del citado convenio debe trasladarse [en tanto decena] al día 26-04-2020. Tal resulta, en definitiva, el disparador de la contienda.

Ahora bien, luego de tal inicial contrapunto, sobrevienen los actos administrativos cuya suspensión persigue mediante el presente pedimento cautelar. Tales actos son: (i) el decreto municipal N° 972/17 -obrante fs. 19/22- en el cual la autoridad municipal, luego de ponderar que "...lo cierto es que del decreto N° 67/2010 desprende que [el Sr. Teson] asumió la continuidad de la concesión, bajo todas las condiciones establecidas el pliego original y el contrato suscripto con fecha 29 de enero 2007...", dispuso rechazar el recurso revocatorio con jerárquico en subsidio presentado por el Sr. Teson contra la resolución del municipio que notificaba el vencimiento del plazo de la concesión; (ii) el decreto municipal N° 2526/17 por el cual se declaró desierto el llamado a Licitación Pública realizado el día 15/08/2017 [con el objeto de otorgar la Concesión Derecho de Uso, Remodelación, Mantenimiento y Explotación de la Unidad Fiscal BQ5 -ex "Complejo La Hélice"] y, la vez, se dispone la realización de un segundo llamado a licitación pública para el día 03/10/2017 -v. f 41/42- y; (iii) la suspensión del decreto municipal N° 2850/17 que rechaza los recursos de revocatoria interpuestos por la Sra. Xoana Gisela Ortiz y por el Sr. Francisco Miguel Rojas contra el decreto municipal 2526/17 -v. fs. 73/75-.

Finalmente, el pedimento cautelar anexa el expreso pedido de suspensión del procedimiento licitatorio en marcha y que fuera iniciado a partir de lo dispuesto por el citado decreto municipal N° 2526/17.

2. Siendo tal el reclamo urgente peticionado, recuerdo que esta Cámara ha precisado -desde sus albores- que las medidas precautorias reflejan una actividad de tipo preventiva dentro del proceso que, enmarcada en una objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro, según un razonable orden de probabilidad acerca de la existencia del derecho que invoca el peticionario, y exigiendo el otorgamiento de garantías suficientes para el caso de que la petición no reciba finalmente auspicio, anticipa los efectos de la decisión fondo a dictarse ordenando la conservación o mantenimiento del estado de cosas existentes o, a veces, innovación según sea la naturaleza de los hechos sometidos a juzgamiento [cfr. doct. esta Cámara causa C-6966-A "Inza", sent. del 23-03-2017].

Lo anterior, junto a la normativa que corresponde aplicar al proceso bajo análisis -arts. 22 al 26 del C.P.C.A.-, delinean los presupuestos esenciales que habilitan el despacho de medidas cautelares, a saber: (i) derecho invocado debe ser verosímil en relación con el objeto del proceso (cfr. doct. esta Cámara causa C-713 MP2 "Artilles", sent. del 23-05-2017); (ii) debe existir la posibilidad de sufrir, por quien introduce el plantío cautelar, un perjuicio inminente o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho (cfr. doct. esta Cámara causa C-7386-NE1 "Borda", sent. del 7-09-2017) y, (iii) la tutela requerida no debe afectar gravemente el interés público (cfr. doct. S.C.B.A. "Club Estudiantes de La Plata", sent. de 26-10-2005; doct. esta Cámara causa C-6960-MP1 "Echague", sent. del 23-02-2017). Estos recaudos informan y delimitan el contenido valorativo que debe seguir todo juez para otorgar la tutela precautoria exigiendo una mayor o menor presencia de los presupuestos legalmente establecidos, empero sin llegar a justificar la total prescindencia de cada uno [cfr. doct. S.C.B.A. causa B 64.769 "C.,d", sent. de 8-11-2006; esta Cámara causa C-7849-DO1 "El Último Querán S.R.L.", sent. de 10-10-2017].

La procedencia de las medidas cautelares se supedita a la concurrencia de los tres recaudos consagrados en el primer inciso del art. 22 del C.P.C.A., de manera que la ausencia de uno de estos requisitos basilares

admisibilidad cautelar determinaría el rechazo de la pretensión precautoria, tornando ineficaz la consideración sobre la configuración de los restantes. Tal tesis se ajusta a los lineamientos expuestos en el sentido por el máximo Tribunal provincial (argto. doct. S.C.B.A. causa B. 66.615 "J.D.", sent. del 15-03-2009 esta Cámara Causa C-7488-DO1 "Palisa Mujica", sent. de 3-10-2017).

3. A la luz de los parámetros delineados, estimo acertado el razonamiento del sentenciante en cuanto postula que los elementos de convicción recabados impiden tener por demostrada la presencia del *fumus bonae iuris* necesario para acoger la tutela cautelar requerida por el accionante.

Repárese que para formar su juicio el sentenciante hizo particular hincapié en -por un lado- la ausencia de elementos probatorios que permitieran dar pábulo a la versión de la parte actora y -por el otro- en la necesidad de materializar un mayor debate y prueba sobre el asunto a tenor de la complejidad del entramado contractual comprometido. Y muy poco ofrece el libelo recursivo para torcer el escrutinio del sentenciante y convencer a este Tribunal, en esta etapa cautelar, sobre la presunta ilegitimidad en la que habría incurrido la Administración al dictar los sucesivos actos administrativos impugnados en el *sub lite*.

El quejoso, por fuera de la liviandad con la que el articula la crítica examinada, argumenta que: (i) los vicios endilgados a los actos administrativos [decretos municipales N° 972/10, N° 2076/17 y N° 2850/17] son manifiestos y; (ii) del contrato de concesión celebrado entre la Municipalidad de Necochea y el Sr. Julio Tesón "...surge evidente y sin necesidad de investigación de hecho alguna que el plazo de duración [del contrato] es diez (10) años..." [v. pto. III del escrito de apelación, 5to. párrafo]. Por tanto -concluye- mal pudo la Administración desconocer que la Concesión culmina el día 26-04-2020 y no el día 29-01-2017 como ilegitimamente postula.

Empero, constatando los elementos obrantes en la causa, encuentro que la hermenéutica del plexo contractual que postula la parte accionante excede -como bien lo resaltara el sentenciante de la instancia- el límite del examen que autoriza el juicio cautelar. Repárese que el actor esgrime como liminar razón para auspiciar el pedimento urgente que la simple lectura de la cláusula segunda del contrato de concesión celebrado entre el Sr. Tesón y la Comuna con fecha 26-02-2010 [v. fs. 3/5] daría cuenta de la ilegitimidad de la decisión del Municipio de disponer el vencimiento de la Concesión el día 29-01-2017.

Ahora bien, del estudio del mentado Contrato de concesión y de los motivos que fueran vertidos por la Comuna al dictar el decreto municipal N° 972/17 [en particular los Considerandos 13 y 14] -v. fs. 19/22- se desprende que el Sr. Tesón habría configurado su vínculo contractual con la Comuna en carácter de continuador de una concesión antecedente y bajo las "condiciones establecidas en el pliego original y el contrato suscripto con fecha 29-01-2007..." [el subrayado es propio].

Tal composición de los términos que conforman el complejo plexo contractual escrutado permite, claro que en esta etapa liminar de análisis, descartar esa pretendida ilegitimidad que pregonaba el actor en cuanto a extensión del término del contrato.

Una primera lectura del contrato de concesión de fs. 3/5 [el cual también explicita en su encabezado que el Convenio celebrado en el año 2010 "...se regirá ... por las disposiciones contenidas en el Pliego de Bases y Condiciones que rige para el llamado a Licitación instrumentado por Ordenanza N° 5806/06 y en el Expediente 2936/06..."], de las Consideraciones que surgen del mentado decreto municipal N° 972/17, y del informe elaborado por la Comuna -obstante a fs. 59/60-, no permite avizorar, a diferencia de lo que expone el recurrente, que la hermenéutica del plexo contractual efectuada por la Administración fuera manifiestamente ilegítima.

Y si bien lo expuesto precedentemente impide verificar con la nitidez necesaria -claro está, a tenor del juicio superficial aplicado- que la interpretación que la Comuna efectuara respecto del término del contrato resultara *prima facie* ilegítima, tampoco advierto razones de peso que autoricen a predicar la suspensión de los restantes actos administrativos [a saber: los decretos municipales N° 2076/17 y N° 2850/17] que siguieron como consecuencia de esa inicial decisión de la Administración entonces notificada al Sr. Tesón mediante cédula de fs. 8 y luego ratificada mediante el decreto municipal N° 972/17.

Es que, a diferencia de lo que postula el actor en el escrito liminar, las constancias que fueron acompañadas por la Comuna en ocasión de evacuar el informe requerido por el sentenciante -v. fs. 59/60- y los argumentos vertidos en los Considerandos que motivan los sucesivos decretos que siguieron a la decisión de la Administración de tener por expirado el término contractual [a saber: decreto municipal N° 2076/17 (primario) llamado a licitación para el día 15-08-2017); decreto municipal N° 2526/17 (declara desierto el llamado al primer llamado a Licitación Pública y ordena la realización de una segunda convocatoria para el día 03/10/2017); decreto municipal N° 2850/17 que rechaza los recursos de revocatoria interpuestos por la Sra. Xoana Gisela Ortíz y por el Sr. Francisco Miguel Rojas contra el decreto municipal N° 2526/17] distan de presentar esos "vicios manifiestos" que denuncia el quejoso sin otro soporte que su propia visión del asunto. En ese contexto, la ausencia total de elementos de convicción, mal podría disponerse la suspensión de los mentados actos y, más aún, la paralización del procedimiento licitatorio en curso, máxime cuando sobre esta última tipología de pedimentos esta Alzada siempre ha mantenido una postura restrictiva y solo reservada para aquellos supuestos en los que se evidencia esa irregularidad manifiesta en la actuación estatal que, reitero, *prima facie* no presenta acreditada en estos autos [cfr. doct. esta Alzada causas C-1353-NE1 "Servitur S.A.", sent. de 10-03-2009; C-2297-DO1 "D'agostino", sent. de 10-03-2011; C-2563-DO1 "Linares", sent. de 16-08-2011; C-2734-DO1 "Jaime", sent. de 17-11-2011; C-2816-DO1 "Viotti" y C-2747-DO1 "Villasol" -ambas del 6-12-2011-; C-2917-DO1 "Anna", sent. de 27-03-2012; C-7548-BB1 "Elinpar S.A.", sent. de 15-03-2018 -entre otras-].

Lo expuesto precedentemente no importa soslayar las únicas dos circunstancias que denuncia el apelante para torcer la suerte obtenida por su pedimento en el grado y que -en su parecer- darían cuenta de una conducta contradictoria de la Comuna. Según relata la recurrente, la autoridad municipal -por un lado- dispuso aceptar el pago del canon "por todo el año 2017" y -por el otro- habría reconocido expresamente mediante la Resolución 289/17 que el contrato de concesión celebrado entre la Comuna y el Sr. Tesón vencería el día 29-05-2019. Sin embargo, a poco que cotejo tales argumentaciones tampoco puedo verificar *prima facie* que esa contradicción que denuncia -y que en el parecer del recurrente importaría la violación de los propios actos de la Comuna- manifieste con la nitidez necesaria. Es que, en lo que al pago del canon respecta, los documentos de fs. 6/7 dan cuenta que el pago que se dice haber realizado lo fue con relación a "la temporada 2016/2017". De ahí que m

podría -al menos en este estadio de estudio- derivar de ello que el Municipio hubiera percibido canon alguno p fuera del término que, en el parecer de la autoridad comunal, habría ocurrido el término del contrato.

Y en cuanto al restante argumentar [vinculado a la Resolución N° 289/17] pongo de relieve que de la lectu de tal actuación no se desprende que el Municipio hubiera reconocido expresamente que el contrato de concesi entre el Sr. Teson y la Comuna venciera el día 29-05-2019. Muy por el contrario, lo que de allí surge [v. arts. y 4] es que la autoridad municipal, ante la presentación del acuerdo de locación privado celebrado entre concesionario (Sr. Teson) y el tercero voluntario interviniente en autos (Sr. Rojas), dispuso otorgar un permi provisorio de explotación de bar de playa en favor de este último por el término que quienes suscribieran e contrato privado acordaran, esto es, hasta el día 29-05-2019.

Así las cosas está claro que lejos estuvo el Municipio de reconocer en esa Resolución N° 289/17 que contrato de concesión celebrado en el Sr. Teson y la Comuna se extendía hasta el día 29-05-2019. La autorid municipal solo se limitó en esa oportunidad a otorgar un permiso provisorio, por el término que las part celebrantes del acuerdo de locación acordaran, más sin manifestar *prima facie* una postura diversa a la que lue expusiera cuando resolviera la extinción de la Concesión ocurrió el día 29-01-2017.

Con todo entonces, los argumentos del recurrente, más allá de su razón o desatino, giran en torno cuestiones fácticas y jurídicas cuya ponderación requeriría de un mayor caudal de elementos de convicción qu una vez integrados en el devenir del pleito, habrán de permitir -de así ocurrir- un marco cognoscitivo y debate jurídico más amplio, acumulando información imprescindible para efectuar un juicio razonado sobre bas sólidas, circunstancia ésta que excede el presente marco cautelar [argto. arts. 37, 41, 43, 49 y 50 del C.P.C. y doct. S.C.B.A. causa B. 68.323, "Exolgan", res. del 24-05-2006; I. 68.243, "Fiscal de Estado", res. del 8-1 2006; I. 68.955, "Castagno", res. del 22-08-2007; I. 70.186 "Cámara de Restaurantes, Bares y Afines de Pla Grande (C.A.R.B.A.)", sent. de 21-10-2009; esta Cámara causas C-1329-BB1 "Hermosilla", sent. del 12-02-2010; 7115-AZ1 "Irastorza", sent. de 27-06-2017).

Como puede apreciarse, el juicio de admisibilidad cautelar llevado a cabo por el a quo en sentido adverso los intereses del actor dista de merecer reproche alguno.

4. Con todo, al no hallarse acreditada la verosimilitud del derecho de la parte demandante, queda sellada suerte negativa del pedimento cautelar incoado desde que, ausente el primero de los presupuestos necesarios pa su otorgamiento, deviene innecesario analizar la existencia de los restantes requisitos de admisibilidad [cf doct. S.C.B.A. causa B. 65.043 "Trade", res. del 4-08-2004; esta Cámara causa C-7005-MP1 "Ayub", sent. del 27-0 2017].

III. Por las razones expuestas, he de proponer al Acuerdo rechazar el recurso de apelación interpuesto p la parte actora y, en consecuencia, confirmar el pronunciamiento de grado de grado. Las costas de esta Alza deberían imponerse en el orden causado por no mediar contradicción (art. 51 inc. 1° del C.P.C.A., texto según l 14.437).

Voto, consecuentemente, por la **negativa**.

Los señores Jueces doctores Mora y Gerez, por idénticos fundamentos a los brindados por el señor Juez doct Riccitelli, votan a la cuestión planteada también por la **negativa**.

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

SENTENCIA

1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, confirmar pronunciamiento de grado en cuanto fuera materia de agravios. Las costas de Alzada se imponen en el orden causa por no mediar contradicción (art. 51 inc. 1° del C.P.C.A., texto según ley 14.437).

2. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967, aplicable según doc S.C.B.A. causa I. 73.016 "Morcillo", res. de 8-11-2017).

Regístrese, notifíquese y, fecho, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen por Secretaría.

ELIO HORACIO RICCITELLI
JUEZ
PRESIDENTE
EXCMA. CÁMARA DE APELACIÓN
EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RUBÉN D. GEREZ
JUEZ
EXCMA. CÁMARA DE APELACIÓN
EN LO CIVIL Y COMERCIAL L

ROBERTO DANIEL MORA
JUEZ
EXCMA. CÁMARA DE APELACIÓN
EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

MARIA GABRIELA RUFFA
SECRETARIA
EXCMA. CÁMARA DE APELACIÓN
EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO