

Emprendimiento Inmobiliario Factibilidad Aprobacion Municipal Falta De Participacion Ciudadana Suspension Cautelar

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Emprendimiento inmobiliario. Factibilidad. Aprobación municipal. Falta de participación ciudadana.

Suspensión cautelar Se hace lugar a la medida cautelar interpuesta por el actor contra la Municipalidad de Paraná, ordenando la suspensión de la ejecución de la resolución mediante la cual el Poder Ejecutivo Municipal otorgó la factibilidad de anteproyecto al emprendimiento inmobiliario cuestionado, pues dicha decisión desoyó la opinión del área competente y fue tomada sin las conclusiones obligatorias y previas de la comisión asesora.

En la ciudad de Paraná, Capital de la provincia de Entre Ríos, a los treinta días del mes de mayo de dos mil diecisiete, reunidos los Señores Vocales, miembros de la Cámara en lo Contencioso Administrativo N° 1, a saber: GISELA N. SCHUMACHER, MARCELO BARIDÓN y HUGO RUBÉN GONZALEZ ELIAS, asistidos por el Secretario Autorizante, fueron traídas para resolver las actuaciones caratuladas: "BARZAN FERNANDO JAVIER C/ MUNICIPALIDAD DE PARANÁ S/ INCIDENTE DE SUSPENSION DE LA EJECUCION DE DECISION ADMINISTRATIVA". Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: SCHUMACHER, BARIDÓN y GONZALEZ ELIAS.

Examinadas las actuaciones el Tribunal se planteó la siguiente cuestión para resolver: ¿Corresponde hacer lugar a la demanda promovida por la actora? ¿Cómo deben imponerse las costas? A LA CUESTION PROPUESTA, LA SEÑORA VOCAL SCHUMACHER DIJO: 1. Se presentó Fernando Javier Barzán, con patrocinio letrado, y promovió incidente en los autos "Barzán, Fernando Javier c/Municipalidad de Paraná s/contencioso administrativo" contra la Municipalidad de Paraná, pretendiendo se suspenda la ejecución de la disposición administrativa -resolución del 07/07/14- obrante en el expediente 32668/2013-8991-35 por la que el Poder Ejecutivo Municipal otorga la "factibilidad de Anteproyecto de Vivienda Multifamiliar, 71 (setenta y un) departamentos y 60 (sesenta) cocheras en el domicilio de calle Catamarca n° ..." y los actos administrativos posteriores que se hayan dictado con motivo de aquella. Sobre la procedencia de la medida, la justificó en que el acto es prima facie inválido y además en el daño que puede generarle si sigue surtiendo efectos mientras tramita el proceso. Lo primero lo funda en que el otorgamiento de factibilidad requería la intervención de la Comisión Asesora creada por el artículo 91 del Código Urbano -Ordenanza 8563- porque el proyecto se ubica en una manzana irregular donde uno de sus lados supera los 200 metros de longitud conforme la disposición del artículo 141, concluyendo en que la Comisión Asesora debe irremediablemente intervenir en el caso, por lo que su omisión provoca la nulidad del acto administrativo, y los posteriores. Agregó que la conformación de la Comisión el 16/06/15 labrando Acta 03/2015 en la que se ratificó la factibilidad otorgada fue irregular e ilegítima, ya que no fueron citados todos los que deben conformar la misma conforme el artículo 91, porque no estaba ninguno de los miembros del Concejo Deliberante -se requería la presencia de un representante de cada Bloque- ni los representantes de las organizaciones no gubernamentales ecologistas inscriptas en la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas con competencia en urbanismo por lo que la ratificación es de ningún valor. Todo ello le llevó a concluir que el vicio es manifiesto e insalvable y verificable con la sola lectura de los actos y la comparación con las normas que lo reglamentan. En cuanto a los daños especificó que la decisión de factibilidad habilita el inicio de la ejecución de la obra y al contrariar el Código Urbano conlleva un perjuicio en su carácter de vecino lindante ya que de ejecutarse podría verse afectado el valor venal del inmueble del que es propietario. Fundó en derecho y concluyó peticionando que, oportunamente, se dicte sentencia acogiendo íntegramente el incidente, con costas. 2. Se proveyó la presentación, corriéndose vista a la incidentada por el término de ley, siendo notificado conforme constancia de fs. 7 y vta. 3. Se presentaron los abogados Walter Rolandelli; Francisco Averó; Guido Zufiaurre; y María Lidia Taleb, en nombre y representación de la Municipalidad de Paraná y procedieron a contestar el traslado. Fijaron primeramente su posición procesal sobre el asunto considerando que la medida interpuesta debe ser con la instancia administrativa agotada interpretando el artículo 21 del Código Procesal Administrativo -Decreto Ley 7061/83, ratificado por Ley 7504-, en adelante CPA y que el artículo 27 no resulta aplicable al caso porque es una medida diferente. Siendo diferentes las instituciones del artículo 21 y del artículo 27 opinaron que para solicitar la suspensión pretendida se requiere que se encuentre expedita la vía judicial, transcribiendo precedentes del Superior Tribunal de Justicia en épocas en que ejercía su competencia en instancia única y exclusiva. En segundo lugar refirieron que el artículo 22 del CPA requiere una disposición "prima facie" nula o que pueda producir un daño grave si apareciere como anulable, recurriendo a citas jurisprudenciales y afirmando que en el caso no se encuentra presente ninguno de los extremos requeridos porque la actora no aporta fundamentos mínimamente serios para evidenciar que la disposición cuestionada presenta alguno de los requisitos indispensables para intentar su suspensión, ya que se limita a cuestionar la

"factibilidad" otorgada oportunamente invocando un par de normas del Código Urbano y confrontándolas con la cuestionada resolución que la otorgó sin efectuar análisis de la misma ni establecer fundamentos relevantes para la suspensión, máxime cuando ignora que el trámite continuó y que cuenta con una Resolución de fecha 01/09/16 que aprueba el Proyecto. Reprodujeron los considerandos de la Resolución impugnada y agregaron las consideraciones del Presidente Municipal emitidas al momento de dictar la Resolución de fecha 01/09/16 por la que aprobó el Proyecto de planos de construcción de la obra en cuestión, las que también reproducen, aclarando la falta de coincidencia con los números de fojas que menciona la Resolución respecto del expediente, los que fueron enmendados con posterioridad. Transcribieron extractos de un fallo del Superior Tribunal de Justicia y apuntaron que los actos aludidos son debidamente fundados, no pudiendo por tanto -en el caso, el primero- ser tildado de nulo, arbitrario, ilegítimo o inválido, menos "prima facie" nulo, como exige el artículo 22 del CPA. Sobre la Comisión Asesora destacaron que la Ordenanza 8563 en su artículo 91 crea la misma, pero no establece su funcionamiento, en especial el quorum, y que no se dictó luego ningún reglamento sobre ello, lo que hizo que en la práctica se dispusiera que deliberaría y resolvería con la mitad más uno de sus integrantes salvo el caso de los artículos 92 y 93 de la misma Ordenanza -mediante el sistema de enmiendas-. Especificaron que la función de la Comisión es sólo de asesoría porque su dictamen no es vinculante. Agregaron que la situación de la misma fue modificada por la Ordenanza 9430 del 22/08/16 que crea la "Comisión Permanente de Revisión y Actualización de la Normativa relativa al Planeamiento Urbano de la Ciudad de Paraná" estableciendo su integración y funcionamiento. Manifestaron que, teniendo en cuenta que el Acta 03/2005 labrada por la Comisión Asesora es de fecha 16/07/2015, resultaban aplicables los usos y costumbres que regían hasta el dictado de la Ordenanza 9430, por lo que -afirmaron- el accionar de la misma no resulta irregular, ilegítimo e inválido y por ello, no existe nulidad alguna en la disposición administrativa cuestionada. Recordaron que el Proyecto cuenta con Resolución de aprobación del 01/09/16 con posterioridad al Acta de la Comisión Asesora del Código Urbano del 16/07/15 que ratifica lo evaluado por la Subsecretaría de Planificación, por lo que aquella factibilidad de hace más de dos años ha quedado superada por la Aprobación del Proyecto. Sobre la alegación de daño grave, explicaron que no se fundamenta de qué modo se produciría el mismo ya que no existe violación al Código Urbano y el hecho que el edificio en cuestión sea considerado una obra de magnitud para el vecino no implica que deba impedirse su construcción ni cómo eso podría afectar el valor venal del inmueble, citando doctrina y jurisprudencia que entendieron aplicable. Agregaron que para el hipotético caso que resultara la anulación de la Resolución impugnada quedan otros recursos legales a la actora para intentar su reclamo, por lo que no se tornaría abstracto ya que el Estado es una entidad que puede satisfacer sus deudas por lo que no son admisibles las medidas de aseguramiento de bienes. Finalizaron destacando que la medida es excepcional, por lo que deben presentarse de manera indubitable las circunstancias lo que no sucede. Acompañaron prueba documental detallada en el punto IV -fs. 42-; efectuaron reserva del caso federal; y concluyeron peticionando que, oportunamente, se rechace la suspensión solicitada. 4. Se ordenó correr vista al Ministerio Público Fiscal quien solicitó como previo se le remitieran los autos "Barzán, Fernando Javier c/Municipalidad de Paraná s/contencioso administrativo" lo que se ordenó mediante providencia de fecha 15 de marzo de 2017. 5. Corrida nueva vista, dictaminó el señor Fiscal de Coordinación, Alejandro J. Cánepa, en escrito que se agregó a fs. 46/52 y vta., propiciando se rechace la medida. Para fundar su posición, principió por refutar el planteo de la parte incidentada sobre la necesidad de que se encuentre agotada la vía administrativa como condición de admisibilidad de la regulada en el artículo 21 del CPA. Para ello, se valió de la transcripción y cita de precedentes de esta Cámara. Continuó, con el mismo método, y distinguió las clases de medidas posibles contempladas en el CPA y fijó los requisitos de procedencia de las mismas, a lo que agregó también citas de precedentes del Superior Tribunal de Justicia en épocas en que ejercía su competencia en instancia única y exclusiva. Por último, se dedicó a analizar en el caso concreto la reunión de los presupuestos de procedibilidad. Para ello, transcribió la disposición del artículo 91 de la Ordenanza 8563 en conjunción con el artículo 93, para concluir en el modo de conformación, funcionamiento y decisión de la Comisión Asesora creada por el Código Urbano Municipal, puntualizando que en el caso, se requería una intervención obligada de la Comisión por imperio del artículo 141 del Código Urbano. Apuntó que frente a la falta de conformación y funcionamiento al 07/03/14 la Subsecretaría de Planificación redactó un informe técnico donde establecía las cuestiones a resolver por los interesados en la construcción del emprendimiento, siguiendo los criterios que la Comisión "viene sosteniendo para todos aquellos supuestos en los cuales el proyecto se enclaba -sic- en una manzana de cuatro lados y donde uno de ellos supera los 200 mts. de longitud". Con base en esos criterios se dictó la Resolución de Factibilidad cuyo contenido detalla el dictamen, y, respecto de la falta de intervención de la Comisión, fue justificado en el carácter no vinculante de los informes de la misma. Hasta ahí, afirma el Ministerio Público Fiscal "podría haber motivado el oportuno inicio de un incidente o medida cautelar similar al presente, objetando fundadamente tal omisión". Sin embargo, agregó lo siguiente para culminar el análisis. A la fecha en que la medida cautelar fue presentada, ya se había dado intervención a la Comisión Asesora del Código Urbano -16/07/15- la que ratificó los criterios de la Subsecretaría de Planificación que motivaron la resolución de factibilidad atacada, ratificación ésta que fue tomada con el voto

mayoritario de la "integración mínima" conforme los artículos 91 y 93 del Código Urbano. Destacó el dictamen que en esa integración mínima no primaban los representantes municipales sino los de los Colegios Profesionales de Agrimensores; Arquitectos; Maestros Mayores de Obras; Corredores Públicos e Ingenieros. Expresó que, con toda esa actuación, el Departamento Ejecutivo Municipal aprobó el proyecto impugnado por el incidentante el día 01/09/16. Explicó el Fiscal Cánepa que el Código Urbano establece el procedimiento a seguir para la habilitación de proyectos de construcción distinguiendo tres etapas: la de factibilidad de la obra; la de su aprobación; y la de su habilitación. La primera etapa está regulada respecto de qué cosas son las que debe analizar el DEM y cuáles son los motivos por los que puede declarar "no factible" un proyecto. De ahí se abre el periodo de presentación del proyecto definitivo y, con nuevos informes técnicos, se dictaría la Resolución Aprobatoria. Finalmente, es el Concejo Deliberante el que habilita la obra. Advirtió que conforme la etapa en que está el trámite el proyecto fue aprobado y este acto no fue impugnado por el incidentante. A continuación refirió que se habían cumplido todas las etapas procedimentales y que hasta el momento, no fue declarado ni por la Municipalidad ni planteado o advertido por el incidentante la falta de aptitud de la zona ni el interés público que torne inconveniente su aprobación -conforme las exigencias normativas previamente explicadas-. Agregó que el único perjuicio invocado por el presentante ha sido la eventual y/o hipotética desvalorización de su inmueble, pero no ha aportado ni sugerido medio de prueba concreto; frente a un trámite en el que todas las áreas técnicas intervinientes han otorgado su "visto bueno" incluida la Comisión Asesora que, aunque inoportunamente, ratificó lo actuado por aquellos técnicos. Inoportunidad que entiende como un modo de perfeccionamiento del acto -fue a posteriori- frente a un acto administrativo alcanzado por un vicio no muy grave, encuadre para el que el señor Fiscal Coordinador citó la opinión de Agustín Gordillo en su Tratado de Derecho administrativo. Finalizó su opinión advirtiendo que, al momento de la interposición del incidente, la obra cuenta con todos sus proyectos aprobados a través de una resolución que, amén de no haber sido impugnada, tampoco luce vicios de arbitrariedad porque todos los pasos han cumplido con las normas de la Ordenanza 8563. De ello deriva que ni el procedimiento, ni la resolución atacada, lucen "prima facie" nulos y, por ello, no se cumple con un requisito esencial de toda cautelar cual es la existencia de verosimilitud del derecho del reclamante, máxime cuando los actos estatales gozan de presunción de legitimidad. Por último, refirió que no se demostró el peligro en la demora, ni la afectación del interés público que pudiera implicar la continuidad de la obra impugnada; ni el incidentante ofreció rendir caución alguna. 6. Se ordenó el ingreso de autos a resolver, agregándose una aclaración efectuada por el Ministerio Público Fiscal, fechada el 05/04/17, en la que advierte que el artículo 91 de la Ordenanza 8563 fue modificado por Ordenanza 8721 que estableció que la Comisión Asesora debía estar compuesta "también" por un representante de las organizaciones no gubernamentales ecologistas inscriptas en la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas de Entre Ríos, con competencia en urbanismo. Apuntó que tal circunstancia en nada cambia la opinión vertida con anterioridad porque aún sin la participación de dicho representante la confirmación de lo actuado por las áreas técnicas y la factibilidad del proyecto -Acta 03/2015 del 16/07/15 de la Comisión Asesora del Código Urbano- fue tomada con el voto mayoritario de la integración mínima del artículo 91, modificada por la Ordenanza 8721. 7. Volvió a ordenarse el ingreso de autos a despacho, siendo efectivamente puestos para decisión de este Tribunal -previo sorteo del orden de votación- por Secretaría, el 19 de abril de 2017. 8. En este estado, considero que el desarrollo que efectúa el Ministerio Público Fiscal es extenso y meduloso respecto del sistema legal aplicable al asunto de la Factibilidad y Aprobación, y sostengo la posición del dictamen respecto de los argumentos de la incidentada en relación al momento de interposición del incidente, que dijo, al respecto que: "la presente medida fue solicitada por el incidentante en fecha 01/02/2017, habiendo sido ya interpuesta la demanda contencioso administrativa caratulada 'Barzán, Fernando Javier c/Municipalidad de Paraná s/contencioso administrativo' -expte. N° 474- cuya admisibilidad fuera declarada por Resolución de fecha 29/12/2016; por lo que el argumento de la incidentada de que 'para solicitar la suspensión pretendida se requiere, ineludiblemente, que se encuentre expedita la vía judicial...', carece ya de todo sustento fáctico y/o jurídico -y ello más allá de lo resuelto por V.V.E.E. en 'ARGÜELLES, KARINA MARIEL C/ESTADO PROVINCIAL S/INCIDENTE DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE DECISIÓN ADMINISTRATIVA', Expte. N° 317, del 10/09/2015 -dado que la presente no fue iniciada 'previa', sino 'posteriormente' a la interposición de la acción principal." (cfr. fs. 46 vta.). En primer lugar, respecto del análisis de la tutela cautelar, entiendo que, al margen de resultar el trámite por vía incidental, deben existir, aportados por quien la solicita, ciertos recaudos en orden a su prueba y demostración de las condiciones de modo sencillo y sintético, en especial, respecto a la causa principal. En autos, fue el Ministerio Público Fiscal quien solicitó, a los fines de emitir su dictamen, el trámite del expediente principal y la prueba -expedientes administrativos- a éste agregada, lo que igualmente fue interesado por el señor Vocal Baridón y cumplimentado en fecha 24/05/17. Circunstancia que, de ese modo, fue subsanada, pero que no puedo dejar de marcar, en atención a lo que oportunamente analizara esta Cámara en autos "Rivas, José Ricardo c/Municipalidad de Paraná s/medida cautelar de prohibición de innovar" del 05/06/15 donde, entre otras cosas, fundó el rechazo en la necesaria complementariedad entre cautela y proceso principal, demeritando la falta de integración en el incidente de la documental en copia

de la demanda contencioso administrativa así como documentación del procedimiento administrativo, agregándose en el referido precedente que "Si bien autónomas en su unidad conceptual, las medidas cautelares previstas en el ritual constituyen un complemento funcional al proceso contencioso administrativo a iniciar o ya iniciado, destinadas a otorgar eficacia a un futuro pronunciamiento definitivo, a cuyo arribo transcurre un tiempo que muchas veces conspira contra la concreción en el caso del valor justicia (Hutchinson, Tomás, obra citada, pp. 469 y ss.). La complementariedad entre cautela y proceso principal, o congruente vinculación entre ambas, debe necesariamente surgir de la promoción del incidente para su ponderación, lo que no ocurre en autos".

El artículo 22 del CPA exige que la disposición cuya suspensión se pretende sea "prima facie" nula o pueda producir un daño grave si apareciere como anulable. De todas maneras, en tanto comparte los requisitos de toda petición cautelar, se exigen los requisitos específicos de la fundabilidad y que, sintéticamente, son: a) verosimilitud del derecho, al igual que en todas las medidas cautelares; b) peligro en la demora, respecto del cual se requieren circunstancias especiales que lleven a que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible, debiendo dichas circunstancias ser objeto de prueba por el interesado y apreciarse en función de la solvencia de la parte demandada; c) un análisis de los intereses generales en juego que podrían verse afectados (característica propia de las cautelares frente a actos o comportamientos de la Administración pública). Sobre el primer asunto, en algún punto, entiendo que pueden existir dudas sobre el quorum necesario para la adopción de decisiones en la Comisión Asesora, así como respecto de la conformación mínima de la referida Comisión porque la formulación en las sucesivas leyes que la rigieron hasta la actual -que no es aplicable por su vigencia temporal al asunto traído a decisión- siempre fue difusa en tanto no definió los integrantes estatales desde una enumeración taxativa sino genéricamente refiriéndose a "un representante de cada una de las Direcciones con competencia", siendo la organización administrativa una atribución propia del poder administrador que puede variar mediante disposiciones reglamentarias. Más aún cuando tal composición y las reglas del quorum y decisión no fueron previstas en la norma vigente al momento del asunto, para la adopción de decisiones vinculadas a la intervención necesaria de la Comisión en ciertos y puntuales trámites administrativos, sino para los casos que refieren a las propuestas de enmiendas al Código Urbano -cfr. artículo 93-. Eso resulta un primer obstáculo para calificar la cuestión traída a resolver en relación al acto cuya suspensión se pretende como "prima facie nulo", en los términos de las exigencias procesales. Sin embargo, agrego otros. La intervención obligada en el procedimiento previo a la factibilidad de la Comisión Asesora -excepcional- refiere a los casos de los artículos 141 y 142 del Código Urbano, en relación a las manzanas que tienen uno de sus lados superando los 200 metros, en la vinculación que existe en esos casos con el llamado "pulmón" o centro de manzana y no con otras circunstancias vinculadas a provisión de servicios domiciliarios -agua, energía-; seguridad -bomberos-; u otras. Amén que, tal como refirió el dictamen fiscal en el punto, la obra recibió aprobación de proyecto por una resolución posterior que no ha sido impugnada, circunstancia a la que se asigna un valor en este análisis en aras de despejar el asunto de la nulidad "prima facie" o, en sentido inverso, la inexistencia de humo de buen derecho. Sin embargo, aún suponiendo que la verosimilitud del derecho -que, como se analizó previamente, no aparece con contundencia tal que justifique la concesión de la medida- estuviere mejor visualizada, lo cierto es que en un contexto donde quien se presenta es un vecino, invocando un interés particular muy puntual -la disminución del valor venal de su inmueble-, impide ingresar a considerar circunstancias complejas que se advierten al ingresar a toda la tramitación administrativa del expediente principal en relación a la intervención vecinal, a las vistas, al aspecto ecológico, ambiental y urbanístico del proyecto, a los servicios públicos domiciliarios de la zona, etc.- todas circunstancias no alegadas, invocadas, y, en las que, en este proceso que se trae a decisión, no han sido sometidas a consideración del Tribunal ni siquiera por vía de hipótesis. A mayor abundamiento, me detengo en la explicación de la incidentada sobre lo irreparable del eventual daño que la medida pretende evitar, y la presunción de solvencia y responsabilidad de que goza el Estado -fs. 40 vta. y 41-, lo que analiza sintéticamente el dictamen fiscal en el punto VIII -fs. 52 vta.-, frente al peligro en la demora o daño hipotético denunciado por el actor. El asunto de la disminución del valor del inmueble del accionante -vecino lindero- podría ser objeto de reparación pecuniaria sin que existan indicios de que tal remedio no fuera a producirse o no fuera un sucedáneo adecuado del peligro o daño que justifica el pedido de Barzán. En oposición a la observación, tampoco menor, que impedir el inicio de una obra de las características requeriría, por parte del que lo solicita, una caución suficiente que no se encontraría cumplida con la juratoria personal que, por otra parte, ni siquiera ha ofrecido el accionante -cfr. fs. 5-, siendo que resulta una exigencia ineludible al momento de decidir una medida como la solicitada conforme lo dispone el artículo 24 del código ritual.

Solución ésta, la que propicio, que es ajustada a precedentes anteriores de esta Cámara. Así, en "Treiyer, Carlos Alberto c/Municipalidad de Paraná s/medida cautelar de prohibición de innovar" del 28/04/15 se dijo que "El proceso administrativo no se caracteriza por ser proclive a conceder medidas cautelares contra actos administrativos dictados por el Estado, porque siempre requieren el análisis -adicional al que se lleva a cabo cuando se trata de cuestiones regidas por el derecho privado que exorbita- de la eventual prevalencia del interés público sobre el particular, el principio de legalidad, la solvencia del Estado, como así también la

presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha instaurado el marco de ponderación que constituye la plataforma teórica desde donde se debe partir, advirtiendo que frente a la presunción de legitimidad que emana de los actos de los poderes públicos, para admitir la procedencia de la suspensión de sus efectos, el interesado debe demostrar que, a priori, dicha presunción carece de sustento, de modo que debe ser examinada con carácter restrictivo (CSJN 28/05/98, J.A. 1998-IV-137)". Finalmente cabe señalar, tal como este Tribunal decidiera en autos "Cream S.A. c/Municipalidad de Paraná s/medida cautelar de prohibición de innovar" del 10/03/15 que "el obstáculo al progreso de la admisión de la cautela intentada exhibe un carácter provisorio, es decir, no definitivo, a la postre significa que el incidentante mantiene latente su facultad de insistir en su petición cautelar ya sea, agregándole, mejorándola o incluso modificándola; de tal modo que el Tribunal pueda volver a analizar la pertinencia de su pedido sin que pueda quedar atrapado en los efectos paralizantes de la cosa juzgada". Por todo lo expuesto, es que propicio se rechace la cautelar intentada por intermedio de un incidente de suspensión de la ejecución de la decisión administrativa de parte del señor Fernando Javier Barzán y en contra de la Municipalidad de Paraná, con costas a la incidentante vencida -cfr. art. 65 CPCyC, aplicable por reenvío del art. 88 CPA- difiriéndose para su oportunidad la regulación de honorarios. Así voto. A LA MISMA CUESTIÓN PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL BARIDÓN expresa que: 1. Los hechos y el derecho en los que funda el promotor del incidente su pretensión suspensiva han sido suficientemente relatados por la señora Vocal Schumacher, a los que me remito, comparto y doy por reproducidos, no así con la solución que propone. 2. Oponer la corporación municipal paranaense una defensa adjetiva -necesidad procesal que la vía contencioso administrativa se encuentre expedita para la procedencia de la cautelar intentada, según su interpretación del rito-; la que fuera despachada negativamente por el dictamen del señor Fiscal Coordinador al que mi colega reproduce, resultando suficientemente fundada la decisión procesal propuesta al respecto. Despejado el obstáculo procesal, ingreso al meollo del asunto. 3. El acto administrativo que regula el artículo 213 del código urbano (Ordenanza N° 8563 B.O. 10/01/06) -factibilidad- para el caso del edificio a erigir en calle Catamarca ... y/o ... de Paraná, se encuentra sometido a un procedimiento especial y previo a su dictado. Así expresamente lo establece el artículo 141 del referido código al disponer el tratamiento obligatorio de la comisión asesora que el propio código prevé en su artículo 91, en los casos de edificios a construir proyectados en las "... manzanas [que] tengan más o menos de cuatro lados o de lados curvos o cuando uno o más de sus lados superen los 200 (doscientos) metros de longitud"; así también lo entendió el señor Fiscal Coordinador en su dictamen y la propia Municipalidad de Paraná, cuyo funcionario con competencia específica en Fiscalización de Construcciones Urbanas, derivó la actuación que tramitó bajo la carátula de "Factibilidad" en carpeta negra apiolada a los autos principales tenidos a la vista y caratulados: "Barzán Fernando Javier c/ Municipalidad de Paraná s/ contencioso administrativo", Expte. 474 en trámite por ante éste Tribunal; en donde indicó en fecha 04/12/13: "...correspondiendo la intervención de la comisión asesora del código urbano, de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 141/142 del citado código en razón de las dimensiones de la manzana y su afectación del centro de manzana propuesta." (fojas 54). 4. Desoyendo la opinión del área competente, y sin las conclusiones obligatorias y previas de la comisión asesora, la entonces Presidenta Municipal de Paraná resolvió la factibilidad del proyecto en fecha 07/07/14, decisorio obrante en la mencionada actuación administrativa a fojas 77 a 80. 5. Un año después se reunió la comisión asesora, en cumplimiento tardío de la oportuna sugerencia del funcionario municipal antes apuntada. A fojas 674 y 675 del expediente administrativo que obra en dos carpetas de cartón y lleva por N° 1102/15 también apiolada a la actuación principal que sustancia bajo carátula tenida a la vista "Barzán Fernando Javier c/ Municipalidad de Paraná s/ contencioso administrativo". Expte. 474 en trámite ante esta sede; luce copia del acta N° 03/2015 que da cuenta de la reunión de fecha 16/07/15 de la Comisión Asesora; a la que habrían concurrido: el Subsecretario de Planificación Arquitecto Olearo, y por las Direcciones de Catastro Municipal, de Gestoría Urbana, de Fiscalización de Construcciones Urbanas los funcionarios municipales Agrimensor Romero, Arquitecta Ferreyra e Ingeniero Dellepiane; y por los Colegios de Agrimensores, Arquitectos, de Maestros Mayores de Obra, de Corredores Públicos y de Ingeniería Civil: el agrimensor Grassi, la arquitecta Dujovne, el maestro mayor de obras Manfroni, el señor Armándola y el ingeniero Gini, respectivamente. Sin perjuicio del detalle que sobre los asistentes a la reunión consigna el acta, nótese que ni Grassi ni Armándola ratifican presencia mediante firmas al pie. Además el agrimensor Romero limitó su presencia "únicamente" para tratar el expediente 18159/15. La composición del número constitutivo de miembros de la Comisión Asesora, según el artículo 91 del Código Urbano en su versión modificada por Ordenanza N° 8721 (B.O. 17/12/07) y vigente a la fecha de las sucesivas aprobaciones de la factibilidad del anteproyecto y de la obra, era flexible. Se integraba con un número previamente indeterminado de funcionarios municipales -"...un representante de cada una de las Direcciones con competencia..."-, cuya precisión dependería en cada caso de la cantidad de organismos con competencia administrativa para el trámite que se trate, a los que se suman un delegado por cada bloque con representación en el parlamento local. El resto de integrantes se encontraba normativamente establecido en seis (6) miembros, uno por colegio profesional que detalla el artículo con más un representante de organizaciones no gubernamentales ecologistas con especialidad en urbanismo. En

el trámite de aprobación de la factibilidad del anteproyecto, según la contabilización efectuada en la decisión del titular del Departamento Ejecutivo Municipal de fecha 07/07/14, tomaron intervención en razón de las respectivas competencias administrativas los siguientes organismos municipales: Dirección de Diseño Urbano Arquitectónico, Dirección de Catastro Municipal, la Dirección de Fiscalización de Construcciones Urbanas, Subsecretaría de Saneamiento y Subsecretaría de Planificación, los que suman cinco (5) organismos (Resolución de otorgamiento de factibilidad de anteproyecto obrante a fojas 77, 78, 79 y 80 del expediente que corre apiolado en carpeta color negra N° 32668/13 "Factibilidad" a la actuación judicial principal caratulada: "Barzán Fernando Javier c/ Municipalidad de Paraná s/ contencioso administrativo" Expte. 474 en trámite por ante esta Cámara). El número total de miembros de la Comisión Asesora para el expediente administrativo objeto del presente incidente se componía entonces de la sumatoria de cinco (5) integrantes con competencia administrativa provenientes del Departamento Ejecutivo Municipal; a los que se agregan al menos dos (2) representantes del Honorable Concejo Deliberante de Paraná en la medida en que históricamente el parlamento local estuvo compuesto por dos o más bloques legislativos; y finalmente se adicionan los seis (6) representantes colegiales y no gubernamentales; totalizando un número constitutivo de trece (13) miembros.

Conforme surge del acta 03/2015 labrada en oportunidad del tratamiento de la evaluación del proyecto de obra del edificio de calle Catamarca ... y/o ..., participaron seis (6) integrantes: arquitecto Olearo, ingeniero Gini, arquitecta Ferreyra, ingeniero Dellepiane, arquitecta Dujovne y maestro mayor de obras Manfroni. El Director de Catastro Municipal agrimensor Romero, si bien participó de la reunión, limitó su presencia al tratamiento del expediente 18159/15, ajeno a la cuestión nuclear del presente incidente. Armándola y Grassi, como ya se señaló, si bien fueron consignados como presentes, dicho extremo no se encuentra acreditado ya que éstos no firmaron el acta. Si bien la norma vigente y regulatoria de la constitución de la comisión asesora nada dice sobre el número de miembros requerido para constituir el quorum de funcionamiento del organismo colegiado; obsérvese que la participación de seis (6) integrantes sobre un total de trece (13) resulta cuanto menos exigua; no alcanza a arañar siquiera a la mitad de los componentes exigidos para el tratamiento de la particular cuestión, siendo que el número elegido por la ley orgánica de municipios entrerrianos para precisar el quorum mínimo constitutivo de los concejos deliberantes locales se obtiene congregando a la mitad más uno de sus miembros, norma que por su competencia material bien pudo ser tomada para integrar y llenar la laguna (artículo 99 de la ley 3001 vigente al momento de la reunión de la Comisión, cuyo quorum es reproducido por el artículo 88 de la Ley 10.027 "Regimen Municipal", según texto único y ordenado por Decreto 4706/12 B.O. 6/02/13). No es el señalado el único aspecto que proyecta serias dudas sobre la regularidad de la constitución de la Comisión Asesora de Código Urbano; la que a todo evento se encontraba al momento de tratar la factibilidad y proyecto de obra, regulada por el propio Código Urbano modificado por Ordenanza N° 8721 (B.O. 17/12/07) y no por los usos y costumbres. La costumbre contra legem o contraria a la ley no es fuente de derecho administrativo (Marienhoff Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1995, pag. 318). No obran en los actuados administrativos disponibles por el Tribunal y apiolados a la causa principal caratulada "Barzán Fernando Javier c/ Municipalidad de Paraná s/ contencioso administrativo" Expte. 474 tenidos a la vista; constancias de citación a la reunión bajo estudio a ninguno de sus miembros, hayan estado presentes o ausentes, ni tampoco se expresan los motivos por los cuales estos últimos no concurrieron.

6. Párrafo aparte merece la ausencia en la reunión de la comisión de los dos miembros del H. Concejo Deliberante, representantes naturales del pueblo de Paraná y del representante de las organizaciones no gubernamentales ecologistas inscriptas en la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas cuando, el objeto de la convocatoria consistía en el tratamiento -tardío- de la factibilidad del anteproyecto de un edificio al que los vecinos colindantes al proyecto -incluido el actor-, tildaron de impactante en lo servicios esenciales que el Municipio brinda al barrio (Expedientes 25202, 6488, 38141, 38139, 38136, 16690, 27087, todos apiolados entre sí obrantes en carpeta plástica de tapa transparente apiolada a su vez a las presentes actuaciones incidentales). La participación ciudadana en los asuntos públicos es un instituto del derecho público que evidencia un enorme desarrollo en los últimos tiempos. Se encuentra prevista en los tratados internacionales -Pacto de San José de Costa Rica, art. 23.1; Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 21.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 25; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. XIX y XX-; en la legislación especial -Leyes de Defensa del Consumidor, de Lealtad Comercial y Defensa de la Competencia-; en los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional en cumplimiento del mandato constitucional previsto en el artículo 42 en cuanto ordena que deberán prever "... la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control". La convocatoria a la participación de la ciudadanía interesada en un determinado asunto, ha sido utilizada incluso por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para materializar el "derecho a ser oído" en todo procedimiento administrativo y judicial previsto por el Pacto de San Jose de Costa Rica, en asuntos de gran impacto comunitario; como por ejemplo la contaminación de la cuenca de los ríos Matanza-Riachuelo en "Mendoza Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo", auto del 18/09/12; en la modificación de la ley de medios comunicativos en

"Grupo Clarin S.A. y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa", auto del 14/08/13; o en cuestiones presupuestarias como en "Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", auto de fecha 23/02/10; o temáticas de los pueblos originarios en "Comunidad Aborígen en Santuario Tres Pozos y otro c/ Jujuy Provincia de y otros s/Amparo", auto del 27/12/12; entre muchos otros. Nuestra constitución provincial es un texto legal con matriz netamente participativa. Ejemplos de ello son los institutos de la iniciativa popular previsto en el artículo 49; la consulta popular regulada por el artículo 50; la convocatoria y solicitud de audiencia pública prevista en el artículo 51; la revocatoria de mandato establecida en su artículo 52; el Consejo Económico y Social de asesoramiento al Estado Provincial creado por su artículo 53; la acción directa de inconstitucionalidad que prevé el artículo 61 y disponible para todo habitante de la Provincia solo interesado de la legalidad; la participación ciudadana en los procesos ambientales dispuesta por el artículo 84; la integración del Consejo de la Magistratura ordenada por el artículo 181; la composición del jurado para la selección del Contador General, el Tesorero General, los miembros del Tribunal de Cuentas y sus fiscales organizado por el artículo 217; entre otros. El Régimen Municipal entrerriano por su parte (T.U.O. por Decreto 4706/12 B.O. 06/02/13) se inscribe decididamente en esa matriz. Prevé mecanismos de democracia participativa en su Título III, Capítulo XI (iniciativa popular, consulta popular, referendun y revocatoria de mandato); la Defensoría del Pueblo de Paraná -curiosamente ausente en este asunto de su estricta competencia- (artículo 95 inciso "o"); la elaboración y confección del presupuesto comunal participativo (artículo 145); un Consejo Asesor Municipal como órgano de consulta y asesoramiento integrado por las asociaciones civiles, fundaciones, colegios profesionales y demás entidades sin fines de lucro (artículo 172). No hay constancia en los expedientes administrativos apiolados a este incidente y a la causa judicial principal caratulada "Barzán Fernando Javier c/ Municipalidad de Paraná s/ contencioso administrativo" Expte. 474 tenidos a la vista; de participación de representantes populares en el procedimiento previo al pronunciamiento municipal sobre la factibilidad de la obra.

7. La doctrina considera un vicio grave que afecta el procedimiento administrativo las fallas en la convocatoria, citación o quorum de un órgano colegiado: "La formación de la voluntad de un órgano colegiado, requiere un procedimiento que se debe seguir. Si falta alguno de ellos (convocatoria; quorum; votación) ocasiona un vicio grave al acto" (García Trevijano Fos en "Los actos administrativos", España, Madrid, Civitas, 1986, p. 407). El efecto de los vicios procedimentales sobre la legitimidad presunta del acto administrativo "...impacta en el elemento forma del acto administrativo (contrato administrativo) provocando un vicio grave, manifiesto (CSJN in re Houchbaum, SalomónFallos: 277:205) que provoca la sanción de nulidad absoluta..." (Cámara en lo Contencioso Administrativo N° 1 de Paraná en "Prever S.A. c/ Estado Provincial s/ contencioso administrativo", Expte N° 961/S, del 16/06/2015)

8. El promotor del incidente en su doble calidad de ciudadano y de vecino del lugar donde se proyecta construir un edificio, titulariza el derecho a que la administración pública municipal adopte sus decisiones con impacto en su cotidianeidad con arreglo a los procedimientos establecidos por la ley, en la medida en que la administración se encuentra sometida positivamente a la legalidad, y teniendo en cuenta además que tales procedimientos garantizan la participación de representantes populares -concejales u ONG- que pueden representar directamente los intereses vecinales en tensión con la obra proyectada.

9. Además del derecho apuntado, el promotor del incidente goza de otro, a ser oído, tenue pero efectivamente introducido en su promocional a fojas 4 vuelta cuando reclama "... la necesaria participación de la ciudadanía" a tales fines. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente "Baena vs. Panamá", sentencia del 02/02/01, estableció: "124. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos." Barzán, según lo que surge sumariamente de la prueba rendida y en el exíguo análisis que permite la justicia anticipada que reclama, habría sido desoído en principio por el Municipio. Prueba de ellos son los expedientes administrativos que corren apiolados en carpeta plástica de tapas naranja apioladas al expediente judicial principal que sustancia bajo carátula "Barzán Fernando Javier c/ Municipalidad de Paraná s/ contencioso administrativo" Expte. 474 tenidos a la vista; donde en las actuaciones identificadas con los números 25.202, 16.690, 27.087 y 6488 tramitan reclamos de vecinos, sin que en ninguna obre respuesta oficial a las peticiones. La silente actitud municipal destinada a los vecinos adquiere magnitud al compararla con el tratamiento asignado a los expedientes numerados con las cifras 1.928, 38.276, 21.940 y 34.568 -todos apiolados a la causa principal ya referida e integrantes de la misma carpeta de tapas naranja- en los que tramitan reclamos del apoderado del fideicomiso inversor o de su fiduciario, financiadores de la obra proyectada.

10. En definitiva, el promotor del incidente acreditó, sumariamente y con la suficiente intensidad que la justicia anticipada que solicita requiere, que goza verosimilmente al derecho a un comportamiento estatal apegado a la legalidad y a ser escuchado previo a que la Municipalidad de Paraná adopte una decisión como la cuestionada, lo que a la vista de la documentación oficial aportada, no ha sido en principio, cumplido por el municipio local. Las actuaciones administrativas relatadas no acreditan en principio y atendiendo a la documentación disponible por el Tribunal, una convocatoria, funcionamiento y decisión de la comisión asesora acorde con el

debido proceso que rige todo procedimiento administrativo, exhibiendo un vicio en principio grave que impacta en la legalidad del acto administrativo cuya suspensión solicita el promotor del presente incidente; como tampoco exhibe el comportamiento municipal analizado un debido respeto por el derecho a ser oído de todo ciudadano que como Barzán demuestre, sumariamente, afectación de sus intereses cotidianos producto de decisiones administrativas como la cuestionada. 11. Según las constancias obrantes en el expediente administrativo "Factibilidad" N° 32668/13 en carpeta negra apiolada, el proyecto de obra cuenta con aprobación municipal - Resolución de fecha 1 de setiembre de 2016 de fojas 91 a 93- y probablemente ya con habilitación. Tales circunstancias patentizan el peligro en la demora para decidir, lo que a su vez deja al descubierto que los derechos involucrados, a un procedimiento legal y a ser oídos, sólo se pueden concretar antes de un mayor avance del trámite. Más tarde será inútil, por lo que el requisito procesal de peligro en la demora se tiene por cumplimentado. 12. No tratándose de una obra pública ni una obra con fines públicos ni auspiciada por ente estatal alguno, el interés público no se encuentra comprometido. 13. Finalmente, en cuanto a la contracautela omitida por el promotor del incidente, deberá ser ofrecida por Barzán previo al despacho positivo de la pretensión de justicia anticipada y a satisfacción del Tribunal. Sólo a título ilustrativo, la liquidación provisoria a los fines de calcular los derechos de construcción que debe pagar el propietario al Municipio de Paraná arroja un valor parcial de la superficie total proyectada de 7.711,21 metros cuadrados a construir de \$ 2.992.412,15 (fojas 583/628 carpetas negra expediente 1102/15); valor de obra indiciario pero alejado del valor de mercado de la totalidad de la inversión. El promotor del incidente deberá ofrecer caución adecuada para afrontar los eventuales daños que la medida cautelar solicitada que se ordena pudiere producir en el fideicomiso inversor, cuya justipreciación queda a criterio del Tribunal. 14. Por todo lo dicho, propongo se haga lugar a la medida y se ordene, previa formalización de la contracautela, la suspensión de la decisión administrativa adoptada por la Municipalidad de Paraná en fecha 07/07/14 consistente en otorgar la factibilidad al proyecto de obra de un edificio en calle Catamarca ... y/o ... de Paraná, decisorio obrante en la actuación apiolada a los actuados principales en carpeta color negro con el título "Factibilidad" N° 32668/13, de fojas 77 a 80 que tramita bajo carátula "Barzán Fernando Javier c/ Municipalidad de Paraná s/ contencioso administrativo" Expte. 474. Costas, oportunamente. A SU TURNO, EL SEÑOR VOCAL GONZALEZ ELIAS expone que:

1. Ante la divergencia de despachos propuestos por los Vocales que me preceden en la votación, en el marco y con la intención de propiciar el dictado de una decisión válida y consecuentemente eficaz, se procederá a indicar el alcance, la profundidad y el sentido del que se comparte para que la sentencia cuente con un hilo discursivo que permita comprender cuales son los fundamentos que el voto mayoritario coincide para que así se decida. Liminarmente me remito -brevitatis causae- al detalle de los hechos que rodean al incidente cautelar que han sido expuestos con claridad por los colegas al remitirse al efectuado en el dictamen del señor Fiscal Coordinador del fuero.
2. Como ha expresado esta Cámara en anteriores decisiones cautelares "Los requisitos específicos de la pretensión cautelar interesada -prohibición de innovar (para el caso constituiría el hecho de la irregular aprobación de la factibilidad para la construcción de la torre lindera al inmueble del promotor del incidente)- son: a) verosimilitud del derecho; b) peligro en la demora, respecto del cual se requieren circunstancias especiales que lleven a 'que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible' debiendo dichas circunstancias ser objeto de prueba por el interesado y apreciarse en función de la solvencia de la parte demandada; c) en especial, un análisis de los intereses generales en juego que podrían verse afectados (característica propia de las cautelares frente a actos o comportamientos de la Administración pública) y d) atento el carácter subsidiario, se requiere la imposibilidad de obtener la cautela por medio de otras medidas precautorias (art. 227 CPCyC, aplicable supletoriamente por remisión del art. 88 CPA)" in re "CREAM SA C/ MUNICIPALIDAD DE PARANA S/ MEDIDA CAUTELAR PROHIBICION DE INNOVAR", Expte. N° 257, del 10/03/15; reiterado en "TREIYER, CARLOS ALBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE PARANA S/ MEDIDA CAUTELAR PROHIBICIÓN DE INNOVAR", Expte. N° 256, del 28/04/15. Desde esta particular perspectiva que se impone al juez al momento de decidir respecto de la procedencia de una medida cautelar de suspensión de la ejecución de un acto administrativo que goza de sus caracteres típicos de presunción de legitimidad y ejecutoriedad que le permite ser aplicado sin necesidad de acudir a la justicia ante divergencias u oposiciones de los particulares que pretendan obstaculizarlo, es que inicialmente advierto que coincido con la propuesta del Vocal del segundo voto, aunque acotándolo exclusivamente a los siguientes argumentos, con el alcance y sentido que seguidamente desarrollo. El promotor del incidente invocando un interés legítimo (se cumpla con el artículo 141 del Código Urbano que exige el tratamiento previo y obligatorio de la Comisión Asesora en el caso de construcciones de edificios en cuya manzana tenga al menos uno de sus lados más de 200 metros de longitud) y en protección de su derecho subjetivo (la integridad de su derecho de propiedad -art. 17 C.N.- "valor venal del inmueble") impugna el acto administrativo dictado por la Municipalidad capitalina por el cual se despacha la "factibilidad" del proyecto de construcción de un edificio colindante a su propiedad (fs. 4 vta. in fine) atribuyéndole padecer de un vicio formal esencial producto de su dictado sin que haya intervenido previamente la Comisión Asesora y requiere la suspensión de la ejecución de dicho acto "como asimismo de los actos

administrativos posteriores que se hayan dictado con motivo de aquella" (textual del escrito de inicio). Procederé a verificar la presencia de los recaudos que justifican el despacho favorable de la cautelar: 3. "verosimilitud del derecho": No está controvertido en la causa que la Comisión Asesora no se encontraba conformada al momento del dictado de la "Factibilidad de Anteproyecto de Vivienda Multifamiliar, 71 (setenta y un) departamentos y 60 (sesenta) Cocheras en el domicilio de Catamarca n° 640" (textual del objeto de la incidencia) en fecha 07/07/14. Esa omisión, de por sí, constituye una cuestión no menor al momento de analizar la verosimilitud del planteo del incidentante al impugnar la validez del acto administrativo de todas formas dictado, ante la exigencia formal dispuesta por una ley municipal que impone la intervención "obligatoria" de un órgano de asesoramiento técnico, de composición colegiada establecido para el cumplimiento de los fines que el legislador haya ponderado: eficiencia y/o eficacia administrativa, participación popular, involucrar a las corporaciones de profesionales con incumbencias en materias de urbanismo, recabar la opinión de entidades intermedias de protección de distintos intereses colectivos: al medioambiente, a los recursos naturales, al paisaje, a valores culturales o históricos, etc. Por otra parte no debe olvidarse la naturaleza legal y no reglamentaria de las ordenanzas municipales que ha sido reconocida por el Tribunal cívico nacional hace tiempo, la que irradia efectos jurídicos considerables al momento de analizar la verosimilitud en el derecho invocado por el actor. En tal sentido la Corte Suprema expresó en la causa "Promenade S.R.L. c/ Municipalidad de San Isidro s/ demanda contencioso administrativa" en sentencia dictada el 24/08/89 "Corresponde dejar sin efecto la sentencia que, basándose exclusivamente en el principio de la "inderogabilidad singular de los reglamentos", sostuvo que el Concejo Deliberante del Municipio demandado no pudo válidamente apartarse de sus propias reglamentaciones urbanísticas generales, al dictar las ordenanzas que autorizaron al departamento ejecutivo a aprobar un proyecto, siendo que tal principio no se aplica a los actos normativos de sustancia legislativa, como son las ordenanzas municipales". Cabe señalar, por otra parte, que respecto de la ratificación posteriormente efectuada por la Comisión Asesora en reunión de fecha 16/07/15 invocada en sus efectos convalidantes o sanatorios del defecto formal apuntado merece ser objeto de revisión en su legalidad en variados e importantes aspectos que aún permanecen borrosos en este análisis provisional dado que las explicaciones brindadas por la Municipalidad no aparecen como suficientes para justificar su postura. Así, debe corroborarse la regularidad de su convocatoria (publicidad), en tanto resulta una exigencia que requiere todo órgano colegiado para que se pueda asistir a sus reuniones y conocer el temario (el denominado "orden del día", incluso para permitir la proposición al debate de asuntos si se trata de un integrante legitimado para hacerlo), también para que puedan ser controladas en su actuar y en las decisiones que se adopten no sólo por todos los que la componen, sino también por ciudadanos interesados (como Barzán) e incluso por la misma justicia contencioso administrativa en su rol de garante de la juridicidad del obrar de la administración pública, al momento de analizar las constancias documentales que se constituyen en los soportes físicos de la actuación formal que exige la función administrativa, sea ésta individual o colegiada (en donde la exigencia se intensifica dada la compleja formación de su voluntad en su etapa predeclarativa); función administrativa que puede ser de naturaleza activa, consultiva o de contralor, dicho esto sólo respecto del eslabón fáctico inherente a la convocatoria, dudas que a mi entender también se encuentran presentes en lo relativo a las mayorías para sesionar (quorum) y para decidir, todo lo cual justifica un análisis detenido en base a la profusa documental disponible en el expediente principal y en el que eventualmente pueda incorporarse al mismo. En el caso concreto puede verificarse la verosimilitud del derecho invocado en tanto el defecto formal del acto administrativo impugnado no es materia de controversia, sino que ésta se desarrolla en la insusceptibilidad de su saneamiento posterior -postura de la incidentante- o en la viabilidad de las actuaciones que luego tramitaron al ser ratificado en un momento posterior por la Comisión Asesora con más los actos administrativos ulteriormente dictados que no se encontrarían impugnados por la actora, lo que actualmente implicaría considerar que se ha juridizado el proceder administrativo haciéndolo conforme al principio de legalidad -postura de la incidentada-, controversia que requiere de un análisis más profundo que, ineludiblemente, contemple e involucre la participación del sujeto destinatario del acto cuestionado y de los sucesivos que pretende llevar adelante la construcción del edificio proyectado. 4. "peligro en la demora e intereses en pugna": El *periculum in mora* constituye otro componente necesario en materia de análisis de la procedencia de toda medida cautelar y se traduce en "una tangible situación de peligro en la demora, el cual, aplicando la teoría de los vasos comunicantes, puede influenciarse en su ponderación con el requisito de verosimilitud en el derecho; es decir, a mayor verosimilitud en el derecho se exigirá menos peligro en la demora y viceversa" (in re "POLO, LORENZO FAUSTO Y OTROS C/ COLEGIO PROFESIONAL DE MAESTROS MAYORES DE OBRAS Y TÉCNICOS DE ENTRE RIOS S/ MEDIDA CAUTELAR PROHIBICIÓN DE INNOVAR", Expte. N° 319, del 30/07/15). Recaudo que también se encuentra presente en la causa en tanto y en cuanto el acto administrativo cuestionado integra una cadena de actos que conducen a la autorización municipal de la realización del edificio y fundamentalmente porque la subsistencia de actos pasibles de ser anulados judicialmente constituye un elemento de inseguridad jurídica que atenta contra el estado de derecho. Además como ha señalado el Tribunal Supremo español (en su STS de 18 de noviembre de 2003 - RJ 2003/8180), la finalidad de la cautelar es, no sólo, pero sí prioritariamente, la

efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad (José Antonio Santandreu Montero -Magistrado de la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada; publicado en internet bajo el título "Las medidas cautelares jurisdiccionales en materia de urbanismo". En Serie Claves del Gobierno Local, 5 Fundación Democracia y Gobierno Local ISBN: 978-84-612-1516-4). La eventual pérdida de la finalidad legítima del proceso principal al que sigue es, así, la causa que justifica la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto. Un elemento ponderado al respecto lo constituye el dato no menor que surge de considerar especialmente que la causa principal se encuentra en avanzado estado y que el trámite optado por el actor es el sumario lo que permite especular con la obtención de una sentencia definitiva en el proceso que resuelva sobre el fondo con todos los elementos y en presencia de todos los sujetos que aporten sus pareceres teniendo la posibilidad de defender sus derechos y lo justifiquen adecuadamente ante este Tribunal en un no muy elongado tiempo. El interés público invocado por el actor es relevante y merece ser considerado dado que cuestiona un acto administrativo dictado sin respetar la ley municipal (hecho no controvertido), el principio a evaluar es el mismísimo principio de juridicidad del obrar municipal (art. 65 Constitución de Entre Ríos.). Constituye una regla a tener en cuenta la que expresa que, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, por el contrario cuando aquella exigencia sea de gran intensidad sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución, en su caso. Efectuado ese análisis de prevalencia de intereses de distintas intensidades o, expresado de otra manera, la ponderación de los distintos riesgos que se asumen al dictar la suspensión, no me caben dudas que me inclino por la que evita la consumación de daños antijurídicos atendiendo a que es esa alternativa la que se constituye el fin esencial, práctico y sustancialmente utilitario de toda medida cautelar: evitar que la sentencia definitiva se constituya en un remedio tardío. 5. "imposibilidad de obtener la cautela por medio de otras medidas precautorias": Claramente puede comprobarse que no existe otra medida cautelar que satisfaga adecuadamente el interés que pretende ser tutelado por Barzán que no sea la de suspender la ejecución del acto administrativo cuestionado en su juridicidad hasta que se dicte la sentencia de fondo o, como ya se ha señalado, las circunstancias varíen y justifiquen dejar sin efecto la presente o modificarla en caso de ser necesario y pertinente. 6. Dicho lo anterior corresponde efectuar una última aclaración en este estadio del incidente cautelar y que recae en la provisionalidad del análisis judicial que se efectúa y que es común a los despachos de este tipo pero que se potencia ante la falta de alteridad que impone el caso al no encontrarse presente en esta incidencia el destinatario del acto administrativo cuestionado por la actora, es decir, quien pretende construir el edificio, motivo por el cual, se insiste con esto, la decisión aquí adoptada es provisoria y admite su revisión ulterior, es decir, no hace cosa juzgada ("MÜLLER LUCIANA M. Y OTRA C/ CONSEJO GENERAL DE EDUCACIÓN S/ INCIDENTE DE SUSPENSION DE LA EJECUCION DE DECISION ADMINISTRATIVA Y MEDIDA CAUTELAR DE PROHIBICIÓN DE INNOVAR", Expte N° 0529, del 19/03/17). 7. Por lo expuesto es que adhiero parcialmente en los argumentos esgrimidos en el voto del Señor Vocal Baridón que hace lugar a la suspensión de la decisión administrativa suprarreferida con la carga procesal de la constitución de una contracautela suficiente en cabeza del actor. Así voto. Con lo que no siendo para más, se dio por finalizado el acto quedando acordada la siguiente sentencia: Gisela N. Schumacher Presidenta -Disidencia- Marcelo Baridón Vocal de Cámara Hugo Rubén Gonzalez Elias Vocal de Cámara SENTENCIA: PARANÁ, 30 de mayo de 2017. VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo que antecede y lo dictaminado oportunamente por el Ministerio Público Fiscal; SE RESUELVE: 1. Hacer lugar a la medida cautelar interpuesta por el Señor Fernando Javier Barzán contra la Municipalidad de Paraná y, previa formalización de la contracautela que deberá ofrecer el promotor del incidente y que quedará sujeta a satisfacción del tribunal, ordenar la suspensión de la ejecución de la resolución de fecha 07/07/14, obrante a fojas 77 a 80 del expediente 32668/2013-8991-35, mediante la cual el Poder Ejecutivo Municipal otorga la "Factibilidad de Anteproyecto de Vivienda Multifamiliar, 71 (setenta y un) departamentos y 60 (sesenta) Cocheras en el domicilio de Catamarca n° 640". 2. Diferir la imposición de costas por depender las mismas de la eventual suerte del juicio principal. 3. Honorarios, oportunamente. Registrar, notificar, y en estado archivar. Gisela N. Schumacher Presidenta -Disidencia- Marcelo Baridón Vocal de Cámara Hugo Rubén Gonzalez Elias Vocal de Cámara ANTE MI: Alejandro Grieco Secretario SE REGISTRÓ. CONSTE Alejandro Grieco Secretario 018274E