

En la ciudad de Mar del Plata, a los **05 días del mes de febrero del año dos mil trece**, reunida la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en dicha ciudad, en **Acuerdo Ordinario**, para pronunciar sentencia en la causa **C-3549-BB1 "WALLACE VERONICA LIDIA c. CONSEJO ESCOLAR DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTROS s. PRETENSION DE RESTABLECIMIENTO O RECONOC. DE DERECHOS**, con arreglo al sorteo de ley cuyo orden de votación resulta: señores Jueces doctores **Riccitelli** y **Sardo**, y considerando los siguientes:

ANTECEDENTES

I. El titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial Bahía Blanca levantó, de oficio, la medida cautelar previamente ordenada a fs. 80/82, fijó las costas por su orden según el régimen del art. 51 del C.P.C.A. y difirió la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 51 decreto ley 8904/77) [cfr. fs. 137].

II. Declarada por esta Cámara la admisibilidad formal del recurso de apelación interpuesto a fs. 142/147 por la actora, y puestos los Autos al Acuerdo para Sentencia [cfr. Res. de fs. 163/164] -providencia que se encuentra firme-, corresponde plantear la siguiente:

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso de apelación interpuesto por la actora?

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

I.1. Cabe tener presente que el 24-05-2012, a fs. 80/82 el sentenciante de grado concedió la medida cautelar peticionada por la actora en los términos de los arts. 22 y sgtes. del C.P.C.A. y ordenó: **(i)** a la Municipalidad de Bahía Blanca, abstenerse de aprobar y/o habilitar el funcionamiento de la Escuela Especial N° 508 en el inmueble sito en calle Reconquista 248 de la ciudad homónima; **(ii)** al Consejo

Escolar de la Provincia de Buenos Aires, abstenerse de poner en funcionamiento dicho establecimiento y, (iii) a la Sociedad de Fomento del Barrio Palihue, abstenerse de realizar cualquier acto que ponga en funcionamiento esa escuela en el referido inmueble. Al momento de ordenar el remedio precautorio, el juez de la instancia encontró reunidos los recaudos de admisibilidad cautelar - verosimilitud en el derecho y peligro en la demora- y entendió que no se hallaba afectado el interés público por cuanto el establecimiento no estaba a dicha fecha cumpliendo su objeto de educación primaria especial en tanto se encontraba en etapa de construcción. Consecuentemente, ordenó el libramiento de los oficios pertinentes para anotar la medida dispuesta.

2. A fs. 131/132, el 27-06-2012 la actora se presenta ante el magistrado de grado informando sobre el debido diligenciamiento de los oficios librados en autos y denunciando incumplimiento por parte del Consejo Escolar demandado a la medida cautelar decretada en autos.

Respecto de esto último, informa que la medida cautelar le fue notificada al Consejo Escolar el 11-06-2012 y que, sin embargo, el 21-06-2012 el establecimiento educativo comenzó a funcionar en el inmueble de la Calle Reconquista, según trata de acreditar con fotografías adjuntas.

Sostiene que lo acontecido en autos importa un grave quebrantamiento del orden institucional atento que la autoridad administrativa ha desoído una resolución judicial firme y consentida y para cuya concreción la actora depositó una caución real de \$ 25.000,00.

Consecuente con lo anterior, la accionante solicita al magistrado actuante ordene al Presidente del Consejo Escolar y/o a la persona que considere apropiada, que cumpla en un plazo prudencial con la referida resolución, bajo apercibimiento de ejecutarla directamente librando orden a

las autoridades policiales para que procedan al cierre del establecimiento. Conjuntamente, peticiona se apliquen astreintes en los términos del art. 666 bis del Código Civil a los responsables del incumplimiento.

3. Inmediatamente después de la presentación de la actora, el juez de grado emite un nuevo acto el 29-06-2012 en el que resuelve decretar el levantamiento de la medida cautelar previamente ordenada.

Si bien pondera el escrito de denuncia de la actora, luego recurre al art. 26 del C.P.C.A. para recordar que los remedios cautelares pueden levantarse, modificarse o sustituirse de oficio cuando cambiaren las circunstancias que justificaron su anterior dictado. En tal marco, rememoró que al momento de decretar la medida de abstención no había encontrado afectado el interés público por cuanto -a ese momento- el establecimiento educativo no se hallaba en funcionamiento. Empero, luego de la denuncia de la actora y de evaluar las fotografías por ella acompañada, advirtió que la Escuela de Educación Especial está en operación, por lo que el derecho de los menores a recibir educación en ese establecimiento y el tipo de formación que allí se imparte traducen interés público bastante que justifica el levantamiento de la medida otrora decretada.

4. En lo que corresponde abordar a esta Alzada, la actora delinea los fundamentos de su recurso de apelación en el punto V. de su memorial (fs. 143/147 vta).

Allí replica lo ponderado por el **a quo** en cuanto a la modificación de las circunstancias fácticas que originaron el dictado de la medida cautelar. Si bien admite que la situación es delicada por el interés de los menores que se encuentra en juego, remarca que su pedido persigue que la educación de esos niños se lleve a cabo dentro del marco jurídico vigente, lo que importa que el lugar elegido para impartir esa formación se encuentre localizado en un sector

con zonificación adecuada a dicho fin según el Código de Planeamiento Urbano.

Manifiesta que no es la actora ni su familia los que deben cargar con el peso de las consecuencias de una deficiente administración del sistema educativo -al menos en lo que respecta a la Escuela 508-, ya que se ha decidido instalar un establecimiento educacional en un lugar no permitido y se lo ha hecho llevándose por delante la autoridad jurisdiccional por cuanto al notificarse de la medida cautelar decretada en autos no fue acatada por sus destinatarios.

Postula una lectura del art. 26 del C.P.C.A. segmentada en dos compartimentos que juzga escindidos en cuanto a las razones para ordenar el levantamiento, modificación o sustitución, y en torno a si puede ser ordenado a pedido de parte o de oficio. Entiende que el inciso 1° habilita el levantamiento a pedido de parte, cuando la autoridad invoque fundadamente un daño grave al interés público, circunstancia ésta que -recuerda- no fue cumplida por los destinatarios de la cautelar. De allí desprende que el magistrado de grado se excedió en sus facultades e ingresó en un campo que era propio de la autoridad administrativa, con afectación del principio republicano de división de poderes.

Seguidamente aborda el supuesto del inciso 3°, remarcando que el legislador habilitó el levantamiento o sustitución cautelar "de oficio" fuera del supuesto previsto en el inciso 1° y cuando cambien las circunstancias que determinaron su decreto. De ello desprende que mal podría considerarse un cambio de circunstancias la situación fáctica derivada de la desobediencia de la propia medida cautelar, por cuanto le bastaría al accionado incumplir la medida de no innovar para que el Juez -ante el cambio de circunstancias- tenga que levantar de oficio la medida previamente incumplida. Sostiene que cuando se habla de "cambio de

circunstancias" se debe excluir el supuesto en que ello se produzca pura y exclusivamente por voluntad del obligado a abstenerse de actuar.

Y si su tesis jurídica no fuera compartida, afirma que en la especie no hay grave afectación al interés público por cuanto: **(i)** la enseñanza de los menores bien puede impartirse en otro inmueble radicado en un sector de la ciudad permitido por la normativa vigente; **(ii)** el respeto a la ley, en todas sus expresiones, también conlleva una alta dosis de interés público que debe sopesarse junto con la seguridad jurídica como uno de los pilares del Estado de Derecho; y **(iii)** la presencia de los otros recaudos de admisibilidad torna el interés colectivo -derecho de los otros- afectado de menor envergadura, frente a un claro menoscabo de la calidad de vida de la accionante por el emprendimiento educativo localizado -lindero a su domicilio- en un lugar no permitido por las ordenanzas vigentes.

Con todo lo anterior en sustento de su apelación, requiere que esta Alzada revoque lo decidido por el juez de grado y disponga el cumplimiento de la medida cautelar adaptándola a las circunstancias actuales.

II. Estimo que el recurso es fundado.

1.a. No viene mal recordar aquí que las medidas cautelares 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 probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca el peticionante, y exigiendo el otorgamiento de garantías suficientes para el caso de que la petición no reciba finalmente auspicio, anticipa los efectos de la decisión de fondo ordenando la conservación o mantenimiento del estado de cosas existentes o, a veces, su innovación según sea la naturaleza de los hechos sometidos a juzgamiento (cfr. doct. esta Cámara causa **C-3410-MP2 "Parrado"**, sent. de

1-XI-2012 -y sus citas-).

De tales consideraciones se desprenden los presupuestos esenciales que habilitan el despacho de medidas cautelares, a saber: **i)** el derecho invocado debe ser verosímil en relación con el objeto del proceso (cfr. doct. esta Cámara causa **C-317-AZ1 "Rodriguez"**, sent. de 26-VI-2012); **ii)** debe existir la posibilidad de sufrir, por quien introduce el planteo cautelar, un perjuicio inminente o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho (cfr. doct. esta Cámara causa **C-3174-AZ1 "Vazquez"**, sent. de 3-VII-2012); **iii)** la medida no debe afectar gravemente el interés público (cfr. doct. S.C.B.A. "Club Estudiantes de La Plata", sent. de 26-X-2005; esta Cámara causa **C-2563-D01 "Linares"**, sent. de 16-VIII-2011).

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 cual** (cfr. doct. S.C.B.A. causa B 64.769 "C.,d.", sent. de 8-XI-2006; esta Cámara causa **C-2045-AZ1 "Propato"**, sent. de 31-VIII-2010).

En el caso, el sentenciante de grado a fs. 80/82 practicó el análisis de los recaudos de admisibilidad cautelar, hallando -de un lado- presente tanto la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, y -del otro- entendiendo que el otorgamiento de la cautelar de no innovar pretendida no afectaba gravemente el interés público por cuanto el establecimiento educativo que motivaba el pleito no se hallaba en funcionamiento al momento del decreto del remedio precautorio.

b. No es aquel juicio el que ocasiona la intervención de esta Cámara, sino el subsiguiente proceder jurisdiccional que resuelve -de oficio y luego de una denuncia de incumplimiento formulada por la actora- el levantamiento de la medida

cautelar otrora decretada.

Dos observaciones graves se le reprochan al pronunciamiento del inferior, a saber: **(i)** haber procedido de oficio en un supuesto en el cual únicamente el levantamiento debió haber sido precedido de un pedido de la Administración alegando fundadamente una grave afectación -como consecuencia del cumplimiento de la medida precautoria- al interés público; **(ii)** haber decretado de oficio el levantamiento de la orden de abstención de actuar alegando un cambio de circunstancias que no era otra situación que el propio incumplimiento por sus destinatarios del objeto de la medida jurisdiccional de no innovar decretada previamente.

Repárese que no está en discusión ante esta Alzada la presencia de los recaudos de verosimilitud en el derecho y de peligro en la demora, oportunamente sopesados y encontrados configurados por el magistrado de grado a fs. 80/82 y no reexaminados en el pronunciamiento apelado. Únicamente la cuestión versa sobre si el juez pudo encontrar, de oficio, afectado gravemente el interés público comprometido, a partir de un cambio de circunstancias que se configuraron precisamente por la aparente desobediencia a la orden de abstención cautelarmente impartida.

c. Clarificado el marco de actuación de la jurisdicción apelada, entiendo que asiste razón al recurrente en su lectura del art. 26 del C.P.C.A.

Si el legislador hubiera pretendido que el juzgador indiferentemente de oficio o a pedido de parte, revisara un decreto cautelar cuando detectara una afectación grave al interés público, así lo hubiera redactado. Empero, las palabras utilizadas en los incisos 1° y 3° del mentado artículo impiden realizar esa construcción.

Obsérvese que el inciso 1° exige que la Administración, frente a la medida cautelar dispuesta, **invoque fundadamente un grave daño al interés público**, para habilitar al

sentenciante -previa sustanciación con la contraria- a levantar o mantener el remedio precautorio. Y el inciso 3° admite **-por fuera del supuesto previsto en el anterior inciso-** el levantamiento, sustitución o modificación de una medida cautelar, sea a pedido de parte o de oficio, **cuando cambiaren las circunstancias que la determinaron.**

El texto de la norma no permite albergar dudas sobre los dos universos distintos que regula el art. 26 del C.P.C.A., universos que en cada caso estatuyen una habilitación jurisdiccional diversa para actuar; en el primer caso, solo a pedido de parte y mediando invocación fundada de afectación grave al interés público; en el segundo, a pedido de parte o de oficio cuando cambiaren las circunstancias ponderadas para su dictado. Recuerdo que en lo que hace al pedido de parte, en cualquiera de los escenarios, esta Cámara reconoció la potestad jurisdiccional de reanálisis cautelar en la causa **C-2112 "Angio"** (sent. de 13-X-2010) y también trató un levantamiento cautelar ordenado por el juez de grado por cambio de circunstancias y a pedido de parte en la causa **C-1932-MP1 "Bozzone"** (sent. de 23-VI-2010).

Así, el art. 26 del C.P.C.A. exige la aplicación de una pauta de interpretación prudente, de conformidad con el sentido de sus palabras y computando que los términos empleados por el legislador no son superfluos (cfr. doct. S.C.B.A. causa B. 63.493 "Tonelli", sent. de 27-VIII-2008), sino que han sido utilizados con el propósito, en el caso, de diferenciar dos escenarios de actuación jurisdiccional en la etapa posterior al decreto de una medida cautelar. Y llego a tal conclusión partiendo de la premisa -sentada en los precedentes de esta Cámara causas **G-818-NE1 "Mate"**, (sent. de 5-V-2009) y **C-2498-MP1 "Trading Places Latinoamérica S.A."** (sent. de 9-VI-2011)- que postula como misión de quien es llamado a interpretar el texto legal el deber de indagar su verdadero sentido y alcance, a través de un examen exhaustivo

y atento tanto de sus letras y palabras (cfr. doct. C.S.J.N. **in re A. 70. XLI "Astra Compañía Argentina de Petróleo c/ Y.P.F. s/ proceso de conocimiento"**, sent. de 18-XI-2008) como de la voluntad de quien la emitió (cfr. doct. S.C.B.A. causas B. 57.993 "Cejas", sent. de 27-IX-2006; B. 65.900 "Buceta", sent de 4-VIII-2010).

En el caso, el legislador ha tenido en miras primeramente el sujeto afectado por la medida cautelar -a saber, la Administración- y le ha exigido instar la jurisdicción en pos del levantamiento de la precautoria decretada mediante la invocación fundada de un grave daño al interés público. De tal manera ha instituido **un procedimiento de equilibrio** entre los verosímiles derechos de quienes litigan contra el Estado, la función jurisdiccional de resguardar la operatividad de las futuras sentencias y el debido amparo al interés público cuya consecución puede estar siendo malograda por el remedio precautorio previamente adoptado, cuya solución final dependerá **del grado de convencimiento que pueda generar la Administración en el juzgador sobre la pertinencia de priorizar el interés público** por sobre la verosimilitud del derecho del contrincante estatal y por sobre la conveniencia de aseguramiento de la efectividad del pronunciamiento judicial futuro. Si la Administración no insta la revisión judicial en estos términos -según el inciso 1° del art. 26 del C.P.C.A.-, el juez debe mantener y confiar en el juicio cautelar otrora practicado, salvo que -por conducto del inciso 3° del art. 26 del C.P.C.A.- advierta de oficio o por anoticiamiento de parte, un cambio de circunstancias fácticas que aconsejen el levantamiento o la sustitución o la modificación de la cautela, siempre que ello no importe un reexamen jurisdiccional oficioso -para trocar su previa ponderación- sobre la afectación de un interés público, circunstancia ausente al momento del decreto de la cautelar.

A tenor de los fundamentos que porta el pronunciamiento de grado, el **a quo** entremezcló los diversos regímenes contenidos en el art. 26 del C.P.C.A., actuando de oficio e invocando una supuesta afectación grave del interés público, cuando para tal supuesto el legislador expresamente habilitó una nueva evaluación cautelar siempre que hubiere mediare petición de la Administración en tal sentido fundada en una grave afectación al interés público y previa sustanciación. Tal apartamiento normativo justifica la revocación de lo decidido por la instancia de grado, por haber excedido el juzgador la competencia que el legislador, para el supuesto examinado, le confirió.

d. Si bien lo anterior resultaría suficiente para descalificar el pronunciamiento apelado, cabe ahondar en los agravios de la recurrente en cuanto denuncia que el **a quo** levantó la medida cautelar decretada sopesando una situación fáctica que no era otra cosa que el propio incumplimiento por sus destinatarios de la orden judicial de abstención contenida en la resolución de fs. 80/82.

Observo que a la fecha en la que el juez de grado acordó el remedio precautorio (24-05-2012), no albergó dudas sobre la ausencia de actividad escolar en el inmueble lindero al de la actora; consecuentemente, mandó al Consejo Escolar de la Provincia de Buenos Aires a abstenerse de poner allí en funcionamiento el establecimiento educativo especial que, al suponer, tenía previsto habilitar. La medida cautelar le fue anoticiada al referido Consejo el 11-06-2012 (cfr. fs. 123) y el 27-06-2012 la actora denuncia el incumplimiento de la orden judicial acompañando fotografías que darían cuenta de actividad docente en el inmueble involucrado en estos autos. No se me escapa tampoco que a fs. 136, también fechado el 27-06-2012, se encuentra agregado un informe de la Oficial Notificador Graciela Avendaño por el cual se pone en conocimiento que la cédula dirigida a la Sociedad de Fomento

Barrio Palihue y con domicilio denunciado en Reconquista 248 no pudo ser diligenciada por cuanto se constató que allí funciona la Escuela Especial N° 508 desde hace cuatro meses.

Sopesado lo anterior y revisada la documentación acompañada oportunamente a fs. 89/118, es de imposible constatación con los elementos obrantes en la causa a la fecha, si la puesta en funcionamiento de la Escuela Especial N° 508 tuvo lugar antes o después del anoticiamiento de fs. 123 del remedio cautelar. Así, mal pudo tomar el juez de grado esa circunstancia como un cambio relevante que justificara el levantamiento de la orden de abstención otrora decretada, sin antes verificar fehacientemente -y por fuera de la mera mención de la Oficial Notificador- si la puesta en funcionamiento del establecimiento tuvo lugar luego del 11-06-2012 quebrantando la orden jurisdiccional por parte del Consejo Escolar, puesto que de haber sido ese el escenario, mal podría hablarse de cambio de circunstancias en los términos del art. 26 inciso 3° del C.P.C.A. sino de alzamiento de la Administración contra el mandato del propio juzgador de grado, conducta que lejos está de convertirse en un justificativo para eliminar o atemperar la medida precautoria dispuesta sino que, contrariamente, habilitaría al juez a adoptar medidas correctivas y sancionatorias correspondientes (v.gr. arts. 35 inciso 3° y 37 del C.P.C.C. por remisión del art. 77 inciso 1° del C.P.C.A.).

En esta parcela también lleva la razón la apelante.

2. Aunque la recurrente ha logrado demostrar el desacierto del pronunciamiento apelado, no es menos cierto que reconoce que a la fecha la Escuela Especial N° 508 se encuentra en funcionamiento en el inmueble de Reconquista 248 del Barrio Palihue de Bahía Blanca y por ello solicita una adecuación en el modo de cumplimiento de la cautelar decretada a fs. 80/82.

Y si bien en el caso estaríamos en presencia del recaudo

de la "**redressability**" -instituto del derecho procesal americano, referido a que quien suscita la revisión debe adecuadamente alegar que una resolución favorable del Tribunal ante su pedimento, es potencialmente apta para remediar el agravio inflingido a sus derechos [arg. U.S.S.C. in "Allen v. Wright", 468 U.S. 737, 751 (1984); esta Cámara causas **A-1629-MP0 "Divita"**, sent. de 18-III-2010; **A-2150-BB0 "Rodríguez"**, sent. de 28-IX-2010; **C-3450-MP1 "Raschetti"**, res. de 8-XI-2012]-, por cuanto la medida de levantamiento apelada merecía reproche en alzada por apartamiento del régimen del art. 26 del C.P.C.A., la solución que mejor se adecua al derrotero procesal precedente es formular recomendación al juzgador de grado para que, previo corroborar fehacientemente si la medida cautelar decretada a fs. 80/82 fue o no desobedecida por sus destinatarios debidamente anoticiados, reedite oportunamente el examen cautelar con especial apego a lo dispuesto en el mentado art. 26, sea a pedido de parte o de oficio, según corresponda para cada uno de los universos reglados en el señalado precepto y en un todo de acuerdo con la lectura que de dicha norma se practica en la presente sentencia.

III. Si lo expuesto es compartido, propongo a mi distinguida colega hacer lugar al recurso de apelación articulado por la actora, revocar el pronunciamiento de grado de fs. 137 (art. 26 del C.P.C.A.) y formular recomendación al juez de la instancia en los términos fijados en el apartado II.2. de este voto. Las costas de alzada deberían imponerse en el orden causado (art. 51 inciso 1° del C.P.C.A.).

Con el alcance indicado, voto por la **afirmativa**.

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

De conformidad a los votos precedentes, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar

del Plata, dicta la siguiente:

SENTENCIA

1. Hacer lugar al recurso de apelación articulado por la actora, revocar el pronunciamiento de grado de fs. 137 (art. 26 del C.P.C.A.) y formular recomendación al juez de la instancia en los términos fijados en el apartado II.2. del voto que concitó adhesión. Las costas de esta alzada se imponer en el orden causado (art. 51 inciso 1° del C.P.C.A.).

2. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 del Dec. ley 8904/77).

Regístrese, notifíquese y devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen por Secretaría. Fdo: Dres. Elio Horacio Riccitelli - Adriana M. Sardo - María Gabriela Ruffa, Secretaria.