

Expte. N° 13-0410961-4 “Brandolin Eduardo
Santiago c/ Municipalidad de Junín s/
A.P.A.”

Sala Primera

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- Se persigue en autos la declaración de ilegitimidad de la Resolución N° 2689/16 dictada por el Honorable Concejo Deliberante por la que se dispone rechazar el Recurso de Apelación presentado por el actor en el expediente N° 2433/2016 y confirmar la Resolución N° 096/2016 emanada del Sr. Intendente de la Municipalidad de Junín, por medio de la cual se le notifica que debe proceder a la destrucción y desmantelamiento de toda obra realizada sin respetar los 10 metros de retiro dispuestos por la Dirección Provincial de Catastro y por la Municipalidad.

Explica el accionante que tras largos años de ahorros comenzó la construcción de su vivienda en un inmueble sito en calle 9 de julio N° 1935 de La Colonia, Junín. Que en el frente de la propiedad existía un cierre de ligustros y exactamente sobre esa línea se comenzó a edificar la medianera, como elemento de seguridad dado los hurtos en la zona.

Relata que en el expediente municipal se aportó el plano de construcción labrado por la Arq. Soler, de cuyo dibujo se desprendería el emplazamiento de la construcción ya avanzada la pared medianera, el cual fue constatado y aprobado por el Arq. Osman Cayla, a cargo de la policía urbanística del departamento.

Expresa que para la fecha de la notificación de paralización de la obra (26/11/2015), la pared ya estaba concluida y casi terminado el revoque, solo restaba adosarle el portón eléctrico, insistiendo el municipio casi un año después en la demolición de la medianera.

Indica que tal medida es irrazonable e implica

un daño patrimonial innecesario e irreparable y que la pared de ninguna forma interfiere con la obra de la ciclovía.

Aduce que durante años el municipio no observó el cerco de ligustros, que existen propietarios que hoy ubican sus paredes medianeras en la misma línea y que la construcción no disminuye la seguridad de los peatones.

Entiende que no es un dato menor que el Municipio coadyuvara en los hechos, cuando aprueba el mentado plano de relevamiento, durante el levantamiento de la construcción.

Remarca lo extremadamente oneroso que resultará demoler y edificar nuevamente esa pared dos metros atrás, sin que dicha modificación resulte una mejora de las condiciones de transitabilidad en la zona. Acompaña presupuestos.

Interpreta que el acto impugnado contiene vicios graves en el objeto y en la voluntad, que lo invalidan, tales como la arbitrariedad, irrazonabilidad, y que viola los principios constitucionales de legalidad, igualdad ante la ley y el derecho de propiedad.

II- La Municipalidad de Junín en el responde de fs. 52/55 solicita el rechazo de la demanda.

Relata que el día 13 de noviembre a instancia del actor, se inicia un expediente por relevamiento de vivienda, lo que significa que no ha cumplido con la ley y, comenzó a construir su vivienda, sin presentar los planos y obtener visación y aprobación previa de los planos y cálculos de la obra, solicitando a posteriori que se apruebe una construcción clandestina.

Destaca que el actor es ingeniero civil categoría A, matriculado en el Consejo Profesional de Ingenieros y Geólogos de Mendoza al 9303, situación que es de capital importancia, dado que sabe que su accionar es ilegítimo y que necesariamente en la calle donde está ubicada su casa, la línea de edificación y cierre es de 10 metros.

Indica que la primera hoja del expediente de relevamiento de la vivienda N° 1001-10240/2013 “Sol relevamiento de vivienda”, se indica que la línea de edificación y cierre es de 10 mts. del eje de la calle.

Invoca mala fe del actor, cuando en el plano de arquitectura de fs. 10, con su firma y pleno entendimiento por su profesión, en el cuadrante que se señala como PLANIMETRIA ESC. 1:100, se indica el retiro de 10 metros del eje de la calle y línea municipal y se señala sobre esa línea el portón de acceso al inmueble y precisamente en el plano no se diagrama ni proyecta cierre alguno sobre calle 9 de julio.

Afirma que la misma situación de información de la línea de edificación y cierre se repite en el plano de fs. 11 y recién en el plano de fs. 29, presentado por el actor, arteramente se modifica la línea de cierre a 8 metros, modificación que hace por su propia voluntad, sin que se pueda presumir la anuencia de la municipalidad, por cuanto no es un plano de mensura, ni la planimetría específica del plano de fs. 10.

Arguye que del informe del Departamento de Obras Privadas del 27/10/2015, agregado a fs. 22 del expediente administrativo surge que cuando se le notifica que debe destruir el cierre, el mismo se estaba construyendo y no se encontraba terminado, como falazmente afirma el actor y que se hacen presentes en tres oportunidades para realizar la paralización de las obras y nadie estaba en la propiedad. Se denuncia que también la pilastra de medición eléctrica se encuentra fuera de línea.

Agrega que recién en fecha 26/11/2015 se logra notificar a la esposa del actor quien se niega a firmar la copia de la notificación de paralización de obra.

Afirma que posteriormente ante la falta de acatamiento en fecha 08 de agosto de 2016 se le notifica que debe proceder a la destrucción y desmantelamiento de toda obra que no respete el retiro de 10 metros.

III- Fiscalía de Estado a fs. 59 y vta. manifiesta que limitará su accionar al control de legalidad que por ley le corresponde.

IV- Analizadas las actuaciones, los argumentos esgrimidos por las partes en litigio, los elementos de juicio incorporados a la causa y teniendo en cuenta el control de legitimidad que ejerce V.E. respecto al obrar de la Administración Pública Municipal, este Ministerio entiende que correspondería rechazar la acción intentada en atención a las siguientes consideraciones:

i- En materia de Control judicial de sanciones V.E. tiene dicho que la apreciación de los hechos, la gravedad de la falta y la graduación de las sanciones pertenecen, en principio, al ámbito de las facultades discrecionales del órgano con competencia para fiscalizar o controlar el cumplimiento de las leyes de policía, por lo cual el juez -en ejercicio de su función de control- puede anularlas, pero siempre que se acredite ilegalidad o arbitrariedad manifiesta; esto es, cuando las sanciones impuestas no guardan proporcionalidad con la falta imputada, o si los hechos no han sido probados (L.S.: 292-001, 391-230, entre otros).

ii- En este orden de ideas, se observa que el procedimiento administrativo llevado a cabo en la especie por la Municipalidad de Junín que culminó, con la orden de destrucción y desmantelamiento de toda obra realizada sin respetar diez (10) metros de retiro dispuestos por la Municipalidad, se inicia con un pedido del actor de relevamiento de la vivienda, realizado por la Arq. María Soledad Soler.

Tanto en el plano acompañado, como en el Plano de Mensura visado por la Dirección Provincial de Catastro, como en el formulario de presentación consta que la propiedad tiene línea de edificación y cierre de 10 metros del eje de la calle, circunstancia que fue observada por el Municipio en la lista de observaciones, lo que llevó a la presentación de nuevos planes de relevamiento, en los que la línea de cierre es desplazada, desde el liguastro a la línea de calle 8 metros, detalle que fue inadvertido inicialmente razón por la cual los planos de arquitectura fueron visados.

Conforme constancias del AEV con posterioridad a ello el Departamento de Obras Privadas informa que el actor se encuentra construyendo un cierre perimetral fuera de línea de cierre y edificación y que en tres oportunidades se hicieron presente para realizar acta de paralización y no se encontró a nadie, materializando el acta en fecha 26/11/2015 según consta a fs. 115.

A fs. 117 el Departamento de Obras Privadas informa que visto que el Arq. Osmán Cayla, como responsable de Obras Privadas, firma el visado final de la documentación, donde se declara que la distancia a eje de calle es de 8 mts. y que en plano de mensura indica que es de 10 mts., sugiere se emplace al propietario y al profesional actuante para que rectifiquen, el eje de la calle, en la documentación técnica presentada, la cual corresponde a 10 mts. Y aclara que debido al error, la documentación queda sin efecto por incurrir en datos falsos.

iii- Se advierte que ese error esencial del agente municipal no puede ser invocado por el actor como fuente generadora de derecho alguno.

En relación a ello V.E. tiene dicho que es doctrina del Tribunal que el error, en su caso, no puede ser esgrimido como fuente generadora de derechos y aparece incuestionable que el poder administrador revise y corrija tal error. Asimismo, se ha dicho que no viola el principio de igualdad ante la ley el hecho que la Administración haya acordado erróneamente, en casos anteriores, una indemnización que legalmente no corresponde y ahora lo niegue, pues la Administración no está obligada a persistir en el error ([LS 296-186](#); [LS 436-032](#)).

iv- Asimismo, de la lectura de la acción intentada no se advierte la existencia de pruebas o elementos de convicción que permitan afirmar y con pleno convencimiento que el obrar de la Municipalidad de la Ciudad de Junín fue irrazonable o contrario a derecho, limitándose el actor a reiterar argumentos ya expuestos en instancias anteriores sin acompañar prueba suficiente para rebatir las manifestaciones de los funcionarios actuantes.

v- De la Inspección judicial realizada en autos a fs. 137/140 y de la pericial de perito Agrimensor obrante a fs. 94/98, surge que el cierre no se encuentra a 10 mts del eje principal de la calle, corroboran-

do en este aspecto la posición del Municipio.

Resultan insuficientes como argumentos para invalidar el acto atacado que varios frentistas no respetan los 10 metros y que los peatones pueden circular sin problemas, frente al incumplimiento de la normativa municipal en materia de edificación.

Explica Gordillo que en el caso de que la conducta a seguir por el administrador esté predeterminada por una norma "*... la ley sustituye al criterio del órgano administrativo y predetermina qué es lo conveniente al interés público, en tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de Derecho; no tiene él libertad para elegir entre más de una decisión: su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea una realidad inconveniente. En este caso la actividad administrativa está reglada: el orden jurídico dispone que ante tal o cual situación de hecho él debe tomar tal o cual decisión; el administrador no tiene elección posible: su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho...*"¹.

Marienhoff por su parte explica que "*en ejercicio de la actividad reglada, la administración aparece estrechamente vinculada a la ley, que al respecto contiene reglas que deben ser observadas. Cuando ejerce una actividad discrecional, la administración actúa con mayor libertad: su conducta no está determinada por normas legales, sino por la finalidad legal a cumplir*"².

En el presente caso, el orden normativo predetermina con claridad la solución a adoptar, no existiendo, por tanto, la posibilidad de apartarse de la misma.

Por las consideraciones vertidas, este Ministerio

¹ GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, T.I, VIII.19, www.gordillo.com.

² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, 3º ed., Bs. As., 1984, T. I, pág. 99.

Público entiende que la demanda no puede prosperar, correspondiendo que V.E.

la rechace.

Despacho, 29 de julio de 2020.



Dr. HECTOR PRAGGAPANÉ
Fiscal Adjunto Civil
Procuración General