

**Expte. N° 13-02846910-6 NUE-
VO PLAZA HOTEL MENDOZA S.A.
c/ PROVINCIA DE MENDOZA p/
A.P.A.”**

-Sala Segunda-

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I.-Los antecedentes de la causa

i.- La demanda

A fs. 43/59 se impugna por inconstitucionalidad y nulidad el artículo 1 del Decreto 2488/10 dictado por el Señor Gobernador de la Provincia el 10 de octubre de 2010 (B.O. 4-11-2010), mediante el cual se autorizó “la habilitación de la sala de juego de banca en el Hotel Categoría Cinco Estrellas, ubicado en Avenida Acceso Este Lateral Norte N° 3292 esquina Padre Gagliardi, distrito Villa Nueva Guaymallén, Mendoza, a nombre de KLP Emprendimientos S.A. (artículo 11 del Decreto Reglamentario 2235/92)”.

El ocurrente da cuenta de que la presentación la hace dentro de los 30 días de la denegatoria tácita de su planteo ante las autoridad administrativa por la cual impugnó la decisión del Poder Ejecutivo Provincial que aquí pone en crisis, por considerar que el mismo resulta violatorio de lo que dispone la ley 5775 (art. 10 inc.

c. del decreto reglamentario 2235/92) en cuanto a que la habilitación de salas de juegos en hoteles de 4 y 5 estrellas, está supeditada a la construcción y puesta en funcionamiento del hotel; lo que en el presente caso no se cumplimentó en tanto y en cuanto mediante el decreto puesto en crisis se procedió a habilitar la sala de juegos, aunque el hotel aún no estaba terminado y funcionando en su totalidad, como fuera constatado judicialmente.

Señala que esa decisión le causa perjuicio a su parte en tanto es concesionaria del casino anexo al Park Haytt Mendoza, el cual recién pudo poner en funcionamiento cuando hubo concluido las obras de refacción del hotel. De allí que advierte que el Decreto 2488/10 ha sido dictado en evidente exceso de facultades reglamentarias violando las disposiciones de la ley 5775 (como un traje a medida), habiendo causado perjuicio a su parte.

Denuncia la inconstitucionalidad del decreto de marras por ser violatorio de los principios de legalidad (art. 43 C.N.), seguridad jurídica, supremacía de la constitución (art. 31 C.N.) y de transparencia; transgrediendo la garantía innominada de razonabilidad (art. 28 C.N.).

Asimismo consigna que la apertura de la sala va en detrimento de los fines del Casino Oficial (al existir más lugares de juego), cuya recaudación se destina a crear fondos para plantar sociales y de salud (los que detalla9:

Funda en derecho, hace reserva del caso federal y ofrece prueba instrumental, informativa, pericial y testimonial.

ii.- La contestación

Habiendo sido admitida la acción procesal administrativa, oportunidad en que también se dispuso citar a los términos del art. 16 ley 3918 a K.L.P. Emprendimientos S.A. (fs. 64 y vta.) y tras diversas vicisitudes procesales referidas a otros trámites judiciales que versaran sobre cuestiones vinculadas al presente; a fs. 210/215 compareció KLP Emprendimientos S.A. por medio de apoderado quien opuso excepción previa de cosa juzgada (desestimada a fs. 469/470) contestando sobre el fondo en su presentación de fs. 526/545 vta. (reiterada a fs. 548/567 vta.); a fs. 484/487 vta. lo hizo el apoderado de la Provincia de Mendoza; y a fs. 572/575 vta. el letrado de Fiscalía de Estado. La actora replicó las contestaciones a fs. 633/636 (de Fiscalía de Estado), 638/641 (Gobierno de Mendoza) y 643/651 vta. (KLP Emprendimientos S.A.).

El representante de la Provincia de Mendoza denuncia la falta de legitimación sustancial activa de la actora, trayendo en su auxilio lo dicho por V.E. en el marco de los autos PROVINCIA DE MENDOZA Y FISCALÍA DE ESTADO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA C/HOTELERA EMPRENDER S.A. S/ACC. LESIV., de similares características al presente; recordando asimismo que V.E. declaró la falta de legitimación sustancial de la aquí actora

en el marco de la acción de inconstitucionalidad tramitada en la causa 13-02845321-8. Niega que se hayan violado derechos adquiridos contractualmente (al no implicar exclusividad la concesión que le fuera otorgada para explotar un casino dentro de un hotel) como así también que el decreto 2488/10 sea inconstitucional.

El letrado de KLP pide el rechazo de la demanda al sostener que en su caso se cumplieron los requerimientos de la ley 5775, lo cual fue corroborado por las autoridades administrativas pertinentes respecto de la relación superficie cubierta/espacio destinado al casino (ya que la ampliación proyectada del hotel no incidía en la misma por exceder del requerimiento legal); atribuyendo a la intención de evitar la instalación de otro casino privado -que compartiría el público usuario- la deducción de la presente acción. Denuncia falta de legitimación ad causam del accionante en razón de la inexistencia de daño actual o inminente; aseverando asimismo que no hay ilegitimidad en la conducta del poder ejecutivo demandado y en la de su parte. Ello además de que no se ha acreditado el agotamiento de la vía administrativa y de la validez constitucional del decreto puesto en crisis.

Por su parte el Director de Asuntos Jurídicos de Fiscalía de Estado también denuncia la falta de legitimación sustancial activa de la actora y la consiguiente falta de acción, al tratarse de un tercero ajeno al Decreto 2488/10 que

critica por tratarse de una decisión que fue tomada en un expediente en el cual no fue parte. A lo que agrega que el agravio central (falta de terminación de las obras) ha devenido abstracto en razón de que es público y notorio que el hotel ha sido concluido y está en pleno funcionamiento.

En las respectivas contestaciones la accionante ratifica su posición, aseverando que la construcción del hotel es una sola obra por lo que efectivamente hasta su total terminación no podía habilitarse la sala de juegos, invocando asimismo el art. 29 de la Constitución Provincial al haberse variado a favor de KLP las condiciones de autorización para funcionamiento de la sala de juegos mediante el Decreto 2488/10, lo que ha causado perjuicios, no solo a su parte sino también al Fondo para Planes Sociales de la Salud.

A fs. 657/658 V.E. se pronunció sobre la prueba, la cual se produjo a partir de fs. 685; tras lo cual y luego de desestimarse un hecho nuevo (cfr. fs. 774/775 vta.) y un incidente de caducidad de instancia (fs. 795/796 vta.) y declarar abstracto un recurso de reposición (fs. 1155/1157), se pusieron los autos a la oficina para alegar (fs. 1160); haciéndolo la actora Nuevo Hotel Plaza Mendoza S.A. (fs. 1161/1176), la citada KLP Emprendimientos S.A. (fs. 1184/1194), el Gobierno de Mendoza (fs. 1197 y vta.) y la Fiscalía de Estado (fs. 1200/1201).

II.- Consideraciones

1. Un orden lógico de precedencia, impone tratar en primer término la defensa de falta de legitimación sustancial activa planteada por el Gobierno de Mendoza y la Fiscalía de Estado; en tanto y en cuanto, es menester en primer término determinar si quien demanda y quien es demandado son los sujetos involucrados en la relación jurídica que ha llegado a conocimiento de los tribunales para la resolución de un conflicto entre partes.

Como ha señalado la Sala Primera con cita en HUTCHINSON, la legitimación hace ni más ni menos que al necesario interés que debe poseer el accionante, a efectos de instar la acción en cuestión (en los términos de los arts. 144° inc. 5 C. Provincial, art. 41° CPCCyT y art. 1° C.P.A.), precisando que es el derecho que tiene quien se presenta a la jurisdicción de obtener una decisión sobre el mérito, es decir un pronunciamiento sobre el derecho sustancial invocado por las partes, sea tal decisión favorable o desfavorable, dado que solo puede ser parte en un proceso concreto las personas que se encuentran en una determinada relación con la pretensión y que esa idoneidad específica en el caso concreto se deriva de la cuestión de fondo que se intenta discutir en el proceso. Debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender, sin que ello pueda llegar a confundirse con la cuestión de fondo, pues aquélla

lleva a determinar si el demandante que deduce la pretensión es la persona habilitada para hacerlo - quien invoca la titularidad de una posición jurídica determinada- y la segunda consiste en la determinación de si existe o no la lesión al derecho sustancial discutido (HUTCHINSON, Tomás; "Derecho Procesal Administrativo", T° II, Rubinzal-Culzoni, Bs. As, 2009, pág. 213 y sgtes.) (L.S. 526-257).UIJ: 13-04291374-4(MULEIRO ARANDA VICTOR ...).

En el subexámine Nuevo Plaza Hotel Mendoza S.A. impugna por nulo e inconstitucional el Decreto del Poder Ejecutivo Provincial 2488/10 (15-10-2010) mediante el cual se le autorizó el funcionamiento de la Sala de Juegos al Hotel Cinco Estrellas Continental, no obstante que a ese tiempo las obras no estaban aún concluidas, estimando por ello violentaba la previsión del Decreto Reglamentario 2235/2 de la Ley 5775, al cual su parte se había sometido oportunamente al tiempo de obtener la habilitación de la sala de juegos en el Hotel Hyatt (concesionado a su favor); por lo que se le causaba un perjuicio al permitírsele a otro hotel un no terminado incursionar en la actividad; a más de que también perjudicaba a casino oficial, en tanto y en cuanto el público usuario es el mismo.

Como señalan las partes demandadas, la aquí actora no participó del proceso de adjudicación y por ende es un tercero ajeno a la relación jurídica principal (Gobierno de Mendoza y KLP

Emprendimientos S.A.), razón por la cual no estaría habilitada para cuestionar el procedimiento administrativo de marras y que derivó en la sanción del Decreto 2488/10 puesto en crisis; y, por tanto, privada de legitimación para ocurrir ante V.E. una vez agotada la instancia administrativa que emprendió en aquella sede.

Al respecto, la accionante ha invocado un interés legítimo (de difícil tasación, desde luego) y por tanto, ab initio revestiría carácter de tercera interesada al denunciar la ilegitimidad del decreto en cuestión; habiendo planteado en forma temporánea el recurso en sede administrativa, en tanto y en cuanto, a su respecto el acto administrativo no se encontraba firme (cfr. Gómez Sanchis Daniel, La revocabilidad del acto administrativo recurrido por terceros Legitimados, Estudios de Derecho Administrativo pg. 187 y ss.); por lo cual y para el caso que V.E. admitiera esa postura, sería menester continuar con el análisis de otras cuestiones sometidas a dictamen.

2. Así entonces corresponde evaluar el otro planteo de las accionadas, esto es que la cuestión ha devenido abstracta ya que con posterioridad al reclamo administrativo y a la deducción de la demanda en trato, el hotel fue concluido en su totalidad (y habilitado para funcionar), por lo cual el reclamo inicial carece de sustento.

En primer término se advierte que del informe del perito ingeniero obrante a fs.

871 y ss. surge que a la fecha de la puesta en funcionamiento del casino (inauguración del hotel), 17 de noviembre de 2010, el sector habilitado era de 39409,56 m²; constituyendo el sector destinado al casino un total de 2.532,23 m² (compuesto de 1.670,58 m² por salas de juegos y 861,65 m². De locales de apoyo); lo que implicaba un 4,24% del sector destinado al casino específicamente y un 6,43% de la superficie total, esto es, en ambos casos un porcentual superior al 4% de la superficie permitida por el art. 2 de la ley 5775 (siendo la segunda cifra la correspondiente conforme a la interpretación que hizo la S.C.J.Mza. en el fallo plenario del 22 de marzo de 2012 e3n los autos "DIPLOMATIC SERVICE S.A. C/GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA P/Acción Procesal Administrativa".

No obstante, se comparte con las demandadas que conforme surge de las constancias de autos, a esta altura la cuestión planteada por la actora ha devenido abstracta, desde el momento en que, como lo expresa el perito ingeniero en el informe referido presentado el 30-04-2019, "a la fecha, el proyecto de obra de remodelación, continuación y ampliación hotel casino se encuentra finalizado en su totalidad, aunque todavía no cuenta con el final de obra en expediente 5564-K-2008 de la Municipalidad de Guaymallén" (la cual de todos modos otorgó la habilitación municipal para funcionar), siendo por tanto la superficie total del hotel de 133.037,92 m², lo que arroja un guarismo del 1,90% destinado al casino (incluyendo salas de

juego y anexos por 2532,23 m2).

Por ello, se avizora que el agravio central de la actora en cuanto a que se autorizó y funcionaba una sala de juegos sin que se hubiera concluido en su totalidad la construcción del hotel cinco estrellas al que accedía, al día de hoy carece de sustento.

En ese orden de ideas cabe reseñar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en reiterados pronunciamientos, ha expresado que el Tribunal sólo puede ejercer sus funciones jurisdiccionales cuando se somete su decisión a un caso concreto; es decir que carece de jurisdicción cuando éste haya devenido abstracto (Fallos 308:1489; 319:1558; 322:2953; entre otros). Asimismo, V.E. ha sentado que: a) el requisito del interés personal debe subsistir a lo largo de toda la existencia del pleito, y que, consecuentemente, si al momento de dictar sentencia ese interés ha desaparecido, la causa debe sobreseerse (Cfr: S.C., L.S. 294-056; 325-006: y 392-120); y b) la denominación "sustracción de la materia" o "moot case" representa un modo anómalo de terminación del proceso, de creación doctrinaria y jurisprudencial que se presenta cuando no existe discusión real entre actor y demandado, ya porque el juicio o incidencia de la que se trata es ficticia desde su comienzo, o porque a raíz de acontecimientos subsiguientes se ha extinguido la

controversia o ha cesado de existir la causa de la acción (L.S. 404-234).

3. Consecuente con esto último, se considera que las razones que invocara la actora en la demanda no resultan atendibles a esta altura, ya que, como lo expresa el Director de Asuntos Judiciales de la Fiscalía de Estado en su alegato de fs. 1200, "el establecimiento hotelero se encuentra terminado y en pleno funcionamiento".

Despacho, 15 de noviembre de 2021.-



Dr. HECTOR FRAGAPANE
Fiscal Adjunto Civil
Procuración General