

Expte. N° 13-04813652-9, “Auciello Emilio Alberto c/ Municipalidad de Las Heras s/ A.P.A.”

Sala Primera

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I.- Antecedentes de la causa

i.- La demanda

Se ha corrido vista a esta Procuración General de la acción procesal administrativa interpuesta por el Sr. Emilio Alberto Auciello por intermedio de representante contra la Municipalidad de Las Heras, a fin de que se declare la nulidad de la Resolución N° 55/19 del Honorable Concejo Deliberante de fecha 25/04/2019, Decreto N° 470 de fecha 22/02/2019, Decreto N° 2370 de fecha 28/12/2018, que tiene por resuelto el Convenio de Custodia celebrado con la Dirección Agencia Promoción y Atracción de Inversiones (APAI) de la Municipalidad de Las Heras, por el cual le fue entregada una parcela de terreno de 2.7 Ha., ubicada dentro de una de mayor superficie identificada como Loteo 1,2,3 y 4 de la mensura N° 1694 del Loteo Los Tambillos, Uspallata, Las Heras, de 211 Ha.

Expresa que los actos atacados resultan arbitrarios y de una ilegalidad manifiesta porque rechazan las pruebas ofrecidas, sin ningún tipo de argumentación y resuelve el contrato celebrado en base a criterios carentes de fundamentación.

Relata que en fecha 31/01/2015 la Provincia de Mendoza, mediante un contrato de comodato entregó al Municipio de Las Heras parcela de terreno identificadas como “Lotes 1, 2, 3 y 4 de la Mensura N° 1694 del Loteo Los Tambillos, Localidad de Uspallata, en el marco de un “Plan de Desarrollo para la localidad de Uspallata, elaborado por la Municipalidad de Las Heras.

Refiere que ante la imposibilidad del Municipio en realizar la custodia , al no contar con los recursos económicos ni contar con una Policía de Tierras Fiscales Municipales , por Decreto N° 1597/12 procede a

designar como custodio al Sr. Carlos Corengia; en este marco de organización territorial con el destino de crear una “Ciudad Agro Turística de Uspallata”, la Agencia de Promoción y Atracción de Inversiones (APAI) convoca tanto a personas físicas como jurídicas a presentar proyectos productivos para ser desarrollados en los mencionados terrenos., con la posibilidad de explotación comercial y/o residencia definitiva, existiendo como contraprestación la entrega en custodia de los terrenos a los emprendedores, asumiendo éstos últimos la obligación de custodiar, hasta que la parcela asignada sea transferida en plena propiedad por la Municipalidad.

Señala que con la entrega de los terrenos en custodia, comenzó su labor en la parcela, efectuando cercamientos y obras en construcción para dar forma a los proyectos planteados, los cuales fueron ejecutados con normalidad hasta fines de 2015.

Refiere que en el año 2016 comenzó a recibir intimaciones suscriptas por el nuevo Director a cargo, Cdor. Gabriel Mostaccio, a fin de presentar nuevamente el proyecto productivo y documentación presentada oportunamente, bajo apercibimiento de resolución contractual.

Agrega que el 15 de agosto de 2017 personas ajenas al predio ingresaron sin previo aviso o notificación, al loteo produciendo derribo de postes y cerramientos perimetrales del terreno parcela 6, que luego de interrogados se dieron a conocer como personal Municipal de Las Heras.

Menciona que en septiembre de 2017 junto con otros custodios de los terrenos en cuestión interpusieron ante el riesgo de inminente desalojo una acción de amparo, en autos N° 260.871, carat. “Gasparri, Carlos y ots. c/ Municipalidad de Las Heras p/ D.y.P.”, originarios del Tribunal G.J.A. N° 2, el cual fue resuelto en forma desfavorable en primer y segunda instancia, puesto que los juzgadores consideraron que no resultaron actos lesivos y que no existía riesgo de desalojo.

Señala que la Municipalidad de Las Heras resuelve el convenio de custodia, intimando al recupero del inmueble en la mayoría de los casos de custodios, con fundamento en que esta parte había ocasionado actos turbatorios sobre la tenencia última que detenta la Municipalidad sobre el terreno entregado en custodia, por haber incurrido en una supuesta causal de incumplimiento, la cual no se encuentra acreditada.

Denuncia un ejercicio abusivo del poder del policía al no reconocer a su parte como custodia de los terrenos y permitir ejercer los derechos y prerrogativas y una violación al derecho de defensa como vicio de la voluntad en la emisión del acto administrativo.

Destaca que el contrato celebrado con el municipio ha generado expectativas legítimas de obtener un terreno donde desarrollar el proyecto agroeconómico, técnicamente viable y que es el municipio el que ha cambiado la situación contractual.

Señala como latente la posibilidad de que exista desviación de poder en los funcionarios para obtener algún tipo de finalidad distinta a la convenida.

Concluye afirmando que los actos atacados están afectando derechos legítimamente adquiridos, fundados en una arbitraria decisión que incluso perjudica al propio municipio, puesto que deja sin custodia un terreno y a la Provincia, real propietaria de los terrenos entregados en comodato.

ii.- La contestación

A fs. 117/122 y vta. contesta demanda el apoderado de la Municipalidad de Las Heras, ofrece pruebas y solicita su rechazo por las razones que expone.

Manifiesta que la demanda no debe prosperar por estar dentro del ámbito de la discrecionalidad administrativa y estar en presencia de un acto administrativo firme.

Señala que se celebraron distintos contratos de custodia y se entregaron en custodia 44 parcelas firmados por el Director de la APAI, pero con ninguna otra documentación que respaldara esa entrega y sin un papel presentado por los adjudicatarios de las parcelas ya que se había remitido en principio esa documentación a la Dirección de Desarrollo Territorial de la Provincia (actualmente se llama Agencia Provincial de Ordenamiento Territorial- APOT).

Refiere que en diciembre de 2015 al producirse el cambio de gestión asumió como nuevo director el Contador Mostaccio y se encontró con la situación detallada y sin encontrar los legajos de los custodios, el parcelamiento sin planificar, ni delimitar, sin una mensura que los respaldara, razón por la cual envió a la APOT una solicitud de remisión de los mencionados

proyectos pero esa entidad solo remitió 15 proyectos excusándose en que no encontraba el resto.

Agrega que por ello se realizó una reunión en febrero de 2016 con las personas que figuraban en los convenios y con el Directos de PAI, en la parcela de la Sra. Rosso en la que se informó la situación y el Municipio se comprometió a realizar la mensura; se contrató a un agrimensor para los trabajos de mensura y fraccionamiento del lote general a fraccionar.

Indica que como no se acercaban los custodios a completar sus legajos, en el mes de marzo de 2016 se procedió a la primera notificación solicitando que presentaran copia del proyecto (con sello de mesa de entradas) a las dependencias de APAI, para los casos que no tenían proyecto, sin mucho éxito dado que sólo algunas personas se acercaron; en agosto de 2016 se envió una segunda notificación solicitando cese de cualquier inversión o mejora en el terreno debido a que los mismos se encontraban sin mensura oficial individual de cada parcela.

Refiere que en febrero de 2017 se iniciaron los trabajos de campo por parte del agrimensor y se empezó a realizar el proyecto definitivo de acuerdo a las normas de desarrollo inmobiliario para esa zona rural ; luego se procedió a una inspección ocular para determinar que cierres de parcelas iban a ser respetados en el proyecto a fin de no causar perjuicio a las personas que ya habían invertido su dinero; en el mes de agosto de 2017 el Intendente decidió el inicio de la traza de la calle colindante con el arroyo San Alberto y al no tener las marcas del trazado de las calles en los primeros lotes por haber sido violentadas se inició el trabajo 15/08/2017 en la parcela de la Sra. Rosso, viéndose interrumpido por personas que manifestaban que eran tierras privadas y frenando el trabajo del operario, retirando la máquina y llamando a la policía.

Resalta que el Sr. Auciello en su escrito de demanda a fs. 92, reconoce haber intervenido en esa situación ejerciendo “supuestamente” su función de custodia., hecho que ha sido probado en los autos N° 260.871 “Gasparri, Carlos y ots. c/ Municipalidad de Las Heras p/ D.y.P.”, originarios del Tribunal G.J.A. N° 2, de la Primera Circunscripción Judicial, en los cuales quedó demostrado que la Municipalidad actuó dentro de la legalidad ejerciendo su poder de policía y como custodio principal del predio.; además que el personal se identificó claramente y que debió recurrir a la policía; sentencia que fue confirmada por la Segunda Cámara de Apelaciones.

Señala que ante el incumplimiento la Municipalidad de Las Heras tuvo por resuelto el Convenio de Custodia por Decreto N° 2370, al realizar el Sr. Auciello actos incompatibles con sus obligaciones asumidas.

A fs. 126/130 se hace parte Fiscalía de Estado y asume el control de legalidad del proceso y la defensa del interés patrimonial del Estado.

II.- Consideraciones

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, este Ministerio Público Fiscal entiende que correspondería rechazar la acción intentada en atención a las siguientes consideraciones:

i. Se advierte que pese a los esfuerzos, el actor fracasa en el intento de demostrar la procedencia de su pretensión, reiterando argumentos ya expuestos en instancias anteriores que no logran desvirtuar, en concreto, los extremos fácticos y jurídicos debidamente ponderados al emitir la resolución puesta en crisis ni acreditar la existencia de arbitrariedad que justifique la modificación de la resolución dictada.

ii- Las constancias de autos, confirman la posición adoptada por la accionada en las decisiones impugnadas las cuales resultan motivadas, legítimas y ajustadas a derecho.

iii- La cláusula novena del contrato de custodia celebrado estipula que el incumplimiento de parte del custodio de cualquiera de las obligaciones que asume en virtud del contrato, facultará al Municipio a declarar rescindido el contrato de pleno derecho y sin necesidad de requerimiento alguno, debiendo el custodio desocupar el predio dentro de los 10 días corridos a contar desde la fecha de la notificación fehaciente (v. fs. 5/8 de autos).

iv- En el proceso judicial de amparo que tramitó en el Tribunal de Gestión Judicial Asociada N° 2, autos N° 260.871 “Gasparri, Carlos y ots. c/ Municipalidad de Las Heras p/ D.y.P.”, ofrecido como prueba, surgen probados incumplimientos y actos turbatorios, como así también reclamos infructuosos a la actora para que cumpliera con las obligaciones pactadas, lo que

motivó que la Municipalidad tuviera por resuelto el Convenio de Custodia conforme lo prevé la cláusula mencionada.

En efecto y tal como lo sostiene la sentencia, se probó que los amparistas celebraron un contrato de custodia con el municipio ostentando sólo la tenencia precaria del inmueble; el custodio- en primera instancia del terreno es la Municipalidad de Las Heras; los funcionarios de APAI solicitaron documentación a fin de completar los legajos respectivos; La Municipalidad de Las Heras se comprometió a realizar las mensuras a efectos de delimitar a cada custodio el terreno a custodiar; algunos custodios obstaculizaron las tareas del agrimensor; el derribo de postes y cerramientos se efectuó en la parcela 6 de la Sra. Rosso.

En tal sentido, a fs. 52 de autos obra copia del AEV, en el cual el Director Agencia Promoción y Atracción de Inversiones de la Municipalidad de Las Heras, Cdor. Gabriel Mostaccio solicita la rescisión del convenio de custodia contenido en Expediente N° 14421-M-2018 Proyecto de inversión “Hostel con actividades de Montaña, Temazcal y Astroturismo” de Auciello, Emilio Alberto, con la correspondiente desadjudicación de parcela por incumplimiento de obligaciones a cargo del custodio (s /Cláusula 9° Convenio de Custodia), por los siguientes motivos: 1. Se le efectuaron 3 notificaciones, el 02-09-16, 10-09-16 y 19-06-18. El 28-06-18 presentó escrito con patrocinio letrado (a fs. 32). 2. Su expediente se encuentra incompleto, falta documentación personal (Constancia de no estar inhibido, Cert. Reg. Deudores Alimentarios, Manifestación de bienes, etc) y actualización del proyecto de inversión. 3. Obstaculizar las tareas del agrimensor que impidieran realizar el trazado de calles Agro-turística de San Alberto. 4. Interrupción del trabajo del operario de la Municipalidad de Las Heras, en agosto de 2017 en la traza de la calle colindante con el arroyo San Alberto.

iv- Ante los incumplimientos mencionados, teniendo en vista la cláusula segunda, octava y novena del contrato de custodia y la tenencia precaria de los custodios, el Municipio procedió a la desadjudicación mediante Decreto N° 2370 de fecha 28 de diciembre de 2018, contra el cual se interpuso recurso de revocatoria y se alegaron razones sin acreditación de las mismas, que resultan insuficientes para justificar el incumplimiento, de allí que las decisiones adoptadas por el Municipio de Las Heras, no se avizoran en la especie arbitrarias (cfr. fs. 60/65 de autos).

v- Acreditado dicho extremo correspondía al Municipio disponer la desadjudicación del predio conforme lo establecido en las cláusulas contractuales (actividad reglada).

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

Consecuente con ello, esta Procuración General considera que las razones que invoca el accionante no resultan atendibles y los actos impugnados no se avizoran voluntaristas, ni adolecen de los vicios endilgados sino que resultan adecuados a los hechos comprobados y debidamente fundados, lo que conduce a la desestimación de la pretensión objeto de la acción.

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, 3° ed., Bs. As., 1984, T. I, pág. 99.

III.- Dictamen

Por lo argumentado, procede que V.E. rechace la demanda incoada por Emilio Alberto Auciello conforme lo expuesto en el acápite anterior.

Despacho, 18 de mayo de 2023.