

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno

Ministro Redactor Dr. John Pérez Brignani

Ministros Firmantes: Dr. John Pérez Brignani, Dr. Álvaro José França Nebot,  
Dra. Nilsa Salvo.

Montevideo, 13 de agosto del 2013

### **SENTENCIA**

**VISTOS**, para sentencia definitiva de segunda instancia los presentes autos caratulados "**D. C., J. C. Y L. c/ INTENDENCIA MUNICIPAL DE ROCHA. ACCION DE AMPARO IUE** 0343-000078/2013 venidos a conocimiento de esta Sede en virtud del recurso de apelación deducido contra la sentencia Nro. 20/2013 dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia del Chuy de 1er. Turno . Dra. Anahy Parada Cattaño

### **RESULTANDO :**

I) Que se da por reproducida la relación de hechos formulada por la a-quo por ajustarse a las resultancias del presente expediente

II) Que por sentencia Nro. 20 la a-quo falló acogiendo todas las acciones de amparo interpuestas y detalladas en el comparendo en tanto estar ajustadas a derecho y resultar acreditada la manifiesta ilegitimidad de la resolución 1507 del 10 de abril de 2013 emanada de la IMR evidentemente contraria a la ley, mantiene la presente la prohibición de no

innovar con carácter provisorio ya dispuesta en autos, con especial condenación en costas y costos para la perdedora, consentida o ejecutoriada cúmplase.

III) Contra el mencionado fallo la parte demandada interpuso recurso de apelación expresando en lo sustancial :a) alega la nulidad de lo actuado en los autos 448 87 2013, 448 97 2013, 448 106 2013, 448 17 2013 , por haber actuado en estos a pesar de ser incompetente por razón de turno, b) Que la impugnada tiene por acreditados los requisitos de la acción exigidos por la ley 16011, sin fundamentar ni una razón a su fundamento fáctico o jurídico que dé razón a su dictado, c)Que el acto administrativo no lesiona ningún derecho consagrado constitucionalmente protegido, d) Que la ilegitimidad debe ser clara, evidente y no dar lugar a dudas, e) Que las notificaciones fueron recibidas por los titulares, f)Procede esta acción por no existir otras vías, g) Que existió errónea valoración de la prueba, h) Que todos los titulares, salvo L. A. y M. B., se reconocen ocupantes ilegales, i) Tiene por no presentados los alegatos de su parte, j) Mantiene la prohibición de innovar y no establece plazo o condición para la misma.

IV) Por auto Nro. 1293/2013 se confirió traslado del recurso de apelación deducido

V) A fs 377, 382, 390, 411, 433, evacuó el traslado conferido teniendo por auto Nro. 1367 por evacuado el traslado conferido por las referidas partes teniendo y por no evacuado el traslado conferido y por no

evacuado el traslado conferido por H. M. D. R., J. M. T. R. G. por carecer el Dr. Felipe González de representación y a F. Z. por ser extemporáneo

VI) Por auto Nro 1369 se concedió el recurso de apelación deducido

VII) Que encontrándose desintegrada la Sala por licencia del Dr. Tabare Sosa Aguirre se procedió a su integración habiendo resultado sorteada para integrar la misma la Dra. Nilsa Salvo

VIII) Realizado el estudio y acuerdo correspondiente se decidió dictar decisión anticipada designándose ministro redactor al Dr. John Pérez Brignani

### **CONSIDERANDO :**

I) Que el Tribunal con el voto unánime de sus integrantes habrá de confirmar parcialmente la sentencia objeto de impugnación, salvo en cuanto se impuso la condena en costas y costos a la parte demandada por carecer los restantes agravios de recibo.-

II) En tal sentido con relación a la nulidad planteada cabe señalar que la misma carece de todo asidero por lo que corresponde su rechazo. En efecto conforme a lo claramente preceptuado por el art 13 in fine de la ley 15750, lo actuado ante el tribunal incompetente por razón de turno es válido. Por consiguiente mal puede alegarse una nulidad por tal

extremo cuando el legislador ha claramente establecido que en dicha hipótesis no se genera nulidad de especie alguna

III) Con relación a la existencia o no de ilegitimidad manifiesta cabe señalar que como ha expresado la Sala "Se comparte que el calificativo de "manifiesta" adosado al requisito de ilegitimidad previsto en el art. 1° de la Ley N° 16011 exige que el agravio invocado deba "...sobresalir y mostrarse fehacientemente...". Manifiesta equivale, pues, a clara, notoria, indudable, inequívoca, cierta, ostensible, palmaria" (cf. Bidart Campos: Régimen legal y jurisprudencial del amparo en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, RUDP 4/86 págs. 490; Viera: La ley de amparo, pág. 22; Sagues: Acción de amparo, págs. 115 y ss.; RUDP 2/90 c. 444, 4448, 449, 454, 455; 1/91 c. 498). Por ello en este proceso la cognitio del juez debe limitarse exclusivamente a captar la ilegitimidad si esta aflora a la superficie del conflicto, si se exterioriza con claridad y contundencia, si se manifiesta, pero nunca debe bucearla, escudriñarla a la manera en que debe hacerlo en otro tipo de litis (cf. Rivas: A propósito de la nueva ley de amparo uruguayo, Rev. Judicatura 1989 Nos 25-26 pág. 42), siendo la jurisprudencia firme en cuanto a que "la pretensión de amparo es inadmisibles cuando se trata de cuestiones opinables o discutibles" (RUDP 2-3/94 c. 705)." (Sentencia de la Sala N° 42/97 en RUDP año 1998, N° 3-4 pág. 424 caso 515) LJU CASO 13976

“ En igual sentido se ha pronunciado la Sala de 5to. Turno “para que el amparo prospere no alcanza con que el acto sea ilegítimo; es

necesario que lo sea manifiestamente, esto es, la ilegitimidad debe resultar clara, evidente, inequívoca, grosera, que prácticamente se probara de inmediato, in continenti; compartiendo la postura de Viera citada precedentemente.”

“ En similares términos, Véscovi (Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica, p. 477) afirma que la jurisprudencia es particularmente exigente en cuanto a que la ilegitimidad debe surgir del mismo acto en forma nítida e incontestable.”

“Si la decisión de la cuestión litigiosa impone análisis y debate en profundidad, ello excluye la summaria cognitio y expeditividad propias del amparo.”

“Destaca Palacio (Der. Procesal Civil t. VII p. 144) que en este aspecto la jurisprudencia es firme: la pretensión de amparo es inadmisibles cuando se trata de cuestiones opinables o discutibles.”

“El procedimiento de amparo resulta adecuado a los casos "fáciles", en los que, en mérito a la grosera violación de derechos de recepción constitucional que se vislumbra in limine de la propia exposición de los fundamentos de hecho y de derecho de la pretensión, tras un procedimiento sumarísimo que asegure el derecho al debido proceso de la parte demandada, la solución del caso no ofrece duda razonable alguna y el juez tutela, casi mecánicamente, el derecho constitucional violado restaurando el orden

jurídico groseramente transgredido.” (Cfm LJU CASO 14238) (Cfm Sentencia 248/2010 de la Sala).

Debe tenerse presente que la lesión de los derechos y garantías de esa raigambre debe aparecer clara e inequívocamente y que en la especie en este tipo de procesos, la cognitio del Juez se ve verticalmente restringida en la medida que debe limitarse a captar la ilegalidad ( ilegitimidad ) si esta aflora a la superficie del conflicto , si se exterioriza con claridad y contundencia, pero nunca debe bucearla , escudriñar de la manera en que debe proceder en otro tipo de litis

Ahora bien en la especie se han vulnerado claramente los derechos constitucionales de los reclamantes al pretender por vía administrativa y sin posibilidad de defensa alguna cercenar los derechos, de orden constitucional y legal que les asisten, en claro contravención asimismo de las normas de orden público que regulan la forma en que deben efectuarse las demoliciones se pretenden por parte de la recurrente. .

En tal sentido a juicio de la Sala la resolución Nro. 1507/2013 es manifiestamente ilegítima por los siguientes motivos:

En primer lugar se funda en normas que claramente no son aplicables a la situación que pretende regular. En ese orden es de hacer notar que si bien el juez conoce el derecho es claro que el administrado no tiene porque conocerlo.-

La administración tiene la obligación de fundar y motivar adecuadamente sus resoluciones de forma tal que permita un adecuado derecho de defensa de los administrados . En efecto los accionantes deben disponer de elementos que permitan ejercer efectivamente su derecho de defensa respecto de la resolución referida No debemos perder de vista que como todas las garantías constitucionales, la defensa en vía administrativa o judicial se erige como una limitación al poder del Estado, en tanto su objeto es proteger al individuo respecto del uso arbitrario de los poderes públicos.

En la especie los fundamentos aducidos en la misma se refieren en primer término a disposiciones legales que claramente no son aplicables y a una sentencia judicial.

Respecto de esta última es dable recordar que conforme a lo claramente establecido por el art 12 del CC" Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren. Asimismo cabe señalar que la sentencia referida data de años y no se compadece con la situación de autos. En ese orden basta remitirse al expediente agregado A 316 1996 y su ejecución en el cual dice la demandada que cumplió con la sentencia (fs. 693 expediente de ejecución ficha 343 120 2004).

En segundo lugar es claro que la norma desconoce abiertamente lo dispuesto por la ley 18308 que dispone que no puede proceder a la demolición

de las obras sino que tiene que acudir al Juzgado competente (art 69 de la ley 18308 ). Se priva a las partes de tener la oportunidad ante el Tribunal y poder ejercitar los derechos que constitucional y legalmente le asisten .-

En tercer lugar cabe señalar que en grado alguno se identifica a los propietarios adecuadamente y ni siquiera distingue entre quienes ocupan espacios público y quienes ocupan espacio fiscal

Por último la IMR. claramente incumplió lo dispuesto por los arts 1, 9.2 y 34 del decreto Nro. 12/2003 por el cual reguló el proceso en especial lo dispuesto por el art 34 que obliga a la comuna a recurrir a la Justicia en caso de no existir desocupación voluntaria de las fincas

Asimismo desconoce la competencia que la ley 18.308 le asignan al MVOTMA en la materia que motiva la resolución .

Como sostiene MARTINS existe una preeminencia institucional de la secretaría de estado en lo relativo a la planificación del ordenamiento territorial , las estrategias regionales ( artículo 13 ) serán elaboradas mediante un procedimiento de concertación formal entre el Gobierno Nacional y los Departamentales. En los Planes Locales y en todos los instrumentos Especiales se requiere la aprobación previa y la audiencia pública por parte de los Gobiernos departamentales, que los gobiernos departamentales , con la colaboración del MVOTMA deberán asegurar que exista la debida coordinación y compatibilidad entre los diversos instrumentos ( Cf.

MARTINS ... ORDENAMIENTO TERRITORIAL Análisis de la Ley 18.308 páginas 98 y 99 ).

A su vez los artículos 68 y 69 de la ley establecen la facultad de los gobiernos departamentales en cuanto a la policía territorial pero prevén un procedimiento judicial (cf. MARTINS op.cit. página 248 ).

En suma : la resolución recurrida carece de una motivación adecuada y claramente incumple lo preceptuado por la ley 18308 y por el decreto de la IMR 12/2003

La misma es claramente ilegítima en cuanto vulnera derechos de los actores reconocidos constitucionalmente como son el debido proceso, el derecho de propiedad ( por lo menos de las construcciones ) y en algunos casos el derecho al trabajo sin garantía alguna, ni intervención judicial como preceptivamente dispone la ley 18308 y el decreto 12/2003

Cabe señalar que no se desconoce el derecho de la demandada y del MVOTMA a regularizar la zona mediante un plan debidamente fundado y estructurado que cumpla adecuadamente con la normativa vigente, extremo este último que no se ha acreditado en grado alguno en autos.

Ahora bien el ejercicio del mencionado derecho no puede en grado alguno vulnerar los derechos constitucionales y legales de los habitantes privándolos de las garantías correspondientes como ocurre en la especie.-

III) Respecto a la existencia de otros medios cabe señalar que estamos en presencia de actos que lesionan y restringen con ilegitimidad

manifiesta derechos constitucionales de los reclamantes y por consiguiente el amparo constituye la vía procesal idónea para salvaguardar los mismos

Debemos tener presente que el amparo se distingue primordialmente de los procesos ordinarios porque constituye el instrumento procesal diseñado específicamente para garantizar la supremacía constitucional y proteger de manera sencilla, rápida y eficaz los derechos del hombre consagrados en las cartas fundamental y en las convenciones internacionales

"Las vías ordinarias se basan en la necesidad de proveer una declaración de certeza acerca del derecho del demandante; dentro de ellas , si el derecho en cuestión es verosímil se podrá obtener la medida cautelar; en el amparo el derecho del accionante sólo se verifica en su calidad de cierto y liquido, razón por la cual no vemos como se puede desestimar obligando a quien tiene un derecho cierto y sufre una lesión, visiblemente ilegal a remontar un pleito destinado a determinar si existen tales extremos ( Cfm Rivas , Adolfo Armando El amparo Ed. La Rocca 1990 Pág. 151)

Para determinar si existen o no otras vías idóneas se debe ejercer una comparación de procesos de forma tal de determinar si las restantes vías ofrecen o no la misma tutela efectiva .

Ahora bien en la especie de una comparación de las posibles vías de que dispone la actora, demanda anulatoria ante el TCA , medida cautelar, etc. no surge que las mismas le permitan obtener el mismo resultado

buscado mediante la instauración de los presentes procedimientos, lo que conlleva al rechazo de los agravios introducidos al respecto. -

IV) Respecto a la a-quo no valoró conforme a las reglas de la sana crítica cabe consignar que partiendo del significado literal, sana crítica es el arte de juzgar de la bondad y verdad de las cosas sin vicio ni error; constituye un modo correcto de razonar, de reflexionar y pensar acerca de una cosa; en el caso, acerca de prueba producida en el proceso. Como la ciencia que expone las leyes, modos y formas del razonamiento, es la lógica, sana crítica es el sistema que concede al juez la facultad de apreciar libremente la prueba pero respetando las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia. La lógica proposicional tiene sus propias leyes que no pueden ser ignoradas por el juez, tales como el principio de identidad, del tercero excluido, de la doble negación y de contradicción, entre otros. En el sentido indicado, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires ha dicho que las reglas de la sana crítica son normas de lógica que operan en el criterio personal de los jueces, o bien que son "reglas del entendimiento humano", "criterios de lógica no precisados en la ley, meras directivas señaladas al juez cuya necesaria observación queda sometida a su prudencia, rectitud y sabiduría. Los principios de la lógica tienen que ser complementados con las llamadas "máximas de experiencia", es decir con "el conocimiento de la vida y de las cosas que posee el juez", (cf.: Roland Arazi, "La prueba en el proceso civil", pág. 102, Ediciones La Rocca, Bs. As.,1.986).

Cabe señalar que si bien es cierto que el artículo 140 citado dispone que el tribunal deberá valorar cada una de las pruebas producidas, establece asimismo que las mismas serán valoradas en su conjunto, debiendo indicar en cuáles medios de prueba funda principalmente su decisión.

Enseña Gorphe que "El análisis de los elementos de prueba reclama una síntesis final que determina la convicción del juez. Mientras el investigador o el juez de instrucción forma poco a poco su convicción, a medida que descubre nuevos elementos y puede de tal modo ocurrírsele modificarla varias veces en sentidos diferentes, el juez, a quien se somete un expediente constituido y un caso preparado, forma su convicción basándose en el conjunto de las pruebas, que examina si no en conjunto, por lo menos una inmediatamente luego de la otra: el problema que se plantea es el de analizar lo que Wigmore y los juristas ingleses llaman una "masa de pruebas" para determinar su valor probatorio y fijar, en consecuencia, su convicción. Es necesario no omitir fragmentos, ni sobrevalorarlos, o subestimarlos, para que la conclusión sea digna de fe y la convicción conforme a los hechos" (Gorphe, François, "La apreciación judicial de las pruebas", Buenos Aires 1967, pág. 63). La prueba considerada en su conjunto en un caso determinado es, en definitiva, el resultado de los diversos elementos probatorios, "la operación persuasiva de la masa total de hechos probatorios", al decir de John Wigmore (cit. por Gorphe, ob. cit., pág. 62).

En la especie a juicio del Tribunal la a-quo ha valorado adecuadamente las diversas probanzas producidas, valoración esta que la Sala comparte, indicando de que pruebas se ha valido para arribar a su conclusión.-

V) Con relación a los agravios introducidos respecto a la imposición de costas y costos la Sala estima que son de recibo los agravios referidos a la imposición de los costos de la instancia

En efecto como ha expresado la Sala en anteriores pronunciamientos "...la fórmula del artículo 688 del Código Civil, norma que determina la aplicación de las condenas de orden procesal, consagra una situación absolutamente nítida de responsabilidad subjetiva, a tal punto que, cada uno de los tres grados de responsabilidad procesal que en él se distinguen, la buena fe, la ligereza culpable, la malicia que merece la nota de temeridad, coinciden de manera bastante simétrica con los tres grados de responsabilidad general, la buena fe, la culpa y el dolo. El que actúa en juicio creyéndose asistido de razón y sin tenerla en realidad actúa de buena fe, el que actúa con ligereza lo hace con culpa "culpable ligereza", quien actúa en forma maliciosamente temeraria lo hace con dolo" (Conf. Tarigo: "Lecciones de Derecho Procesal", IUDP tomo II pg. 315; Couture: "Procedimiento..." 1º Curso tomo III vol. II pg. 757; Tarigo: "Curso de Derecho Procesal Civil" tomo II pg. 198).

Ahora bien determinar cuándo se ha litigado con alguna razón por culpable ligereza o por temeridad es una cuestión de hecho sobre la cual no pueden darse reglas precisas (Cfm. Guillot, Alvaro comentarios al CC, pag 363)

En este orden la Sala entiende que el recurrente actuó con culpable ligereza por cuanto si bien tiene derecho a regular y a proceder a la demolición, en su caso, debió fundar adecuadamente su resolución y efectuar un adecuado plan y no privar a los reclamantes de sus garantías.-

Por consiguiente se habrá de revocar la sentencia objeto de impugnación en cuanto impuso las costas de la instancia, dejando exclusivamente la imposición de condena en costas .-

VI) Con relación a los agravios introducidos respecto a que la a-quo no estableció plazo por la suspensión asiste razón al recurrente de que corresponde fijar el término por el cual se dispone la suspensión.-

Por consiguiente corresponde ampliar la recurrida estableciendo que la suspensión se habrá de mantener hasta que exista sentencia firme dictada por juez competente .

VII) Que la conducta procesal de las partes no amerita sanción procesal especial en el grado.

En virtud de lo expuesto y de lo que disponen los arts 688 del CC, las leyes 16011,18308 **EL TRIBUNAL FALLA :**

*Revócase parcialmente la sentencia objeto de impugnación en cuanto condenó en costos a la parte demandada, dejando sin efecto la condena.-*

*Confírmase la sentencia objeto de impugnación en los restantes puntos, estableciéndose que la suspensión dispuesta se habrá de mantener hasta que exista sentencia firme dictada por juez competente.*

*Sin especial condenación en el grado.*

*DR JOHN PEREZ BRIGNANI*

*MINISTRO*

*DR. ALVARO JOSÉ FRANÇA NEBOT, ,*

*MINISTRO*

*DRA NILSA SALVO*

*MINISTRO*