

SENTENCIA N° 18 /2019.

Maldonado, 28 de marzo de 2019.

VISTO:

Para sentencia definitiva de primera instancia estos autos caratulados "R. W. c/ Grupo C.. ACCION DE AMPARO". IUE 290-60/2019" tramitados ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Maldonado de 5° Turno.

RESULTANDOS:

I.- A fs. 11 a 13 comparece la parte actora promoviendo acción de amparo contra el Grupo C. (en adelante C.). En síntesis manifiesta que el 12 de marzo de 2019 aparece como noticia destacada en el diario El País la nota titulada "Derriban Loma Verde y van por el San Rafael". En la misma aparecen declaraciones del principal del Grupo propietario del citado hotel, Sr. G. C. en la que se refiere a la demolición del mismo.

II.- Expresa que esta posibilidad no estaba como alternativa en el proyecto, ni en las autorizaciones que tanto la Intendencia de Maldonado como la Junta Departamental otorgaron, en función de las excepciones que C. solicitó en el marco de la normativa sobre la ordenanza de construcción, que se le otorgaron con la única y exclusiva carga, de mantener en pie en su totalidad la estructura actual del hotel, procediendo a rehabilitarlo conservando la construcción, en virtud del valor patrimonial e histórico del edificio. En tal sentido se le otorgaron exoneraciones de altura, servicios de playa y conexos a cambio de preservar en su totalidad la obra original, único y exclusivo retorno que habría de tener la ciudadanía.

III.- Manifiesta que en atención a los artículos 1° y 4° de la ley N° 16.011 tiene legitimación activa, en la medida que se trata de persona física, titular de un derecho amenazado por la parte demandada. Que el compareciente es profesor grado 5 y profesor de postgrado de la cátedra de Historia de la Arquitectura de la Facultad de Arquitectura de la Universidad de la República, habiéndose enterado vía la prensa de la inminente e ilegítima intención de C. de demoler el hotel San Rafael y en función de la responsabilidad que ocupa en el Estado y el deber de velar por la defensa del patrimonio cultural, en especial edilicio e histórico ante la acción ilegítima de un particular presenta esta demanda.

IV.- Expresa que la demandada tiene legitimación pasiva en la medida que en función de las excepciones que se le concedieron para realizar la obra, se comprometió a rehabilitar y preservar las construcciones en defensa del acervo cultural del Departamento y en cambio hace lo contrario, demoler el edificio. Que la lesión o amenaza de lesión al tesoro cultural de la Nación (art. 34 de la Constitución de la República y a la resolución municipal N° 05638/2018, lo expresado por la Comisión de Presupuesto, Hacienda y Adjudicaciones en exp. N° 426/1/2018 y la resolución de la Junta Departamental de Maldonado de fecha 16 de julio de 2018; es un típico ejemplo de amenaza de la demolición del edificio sin fundamento alguno y sin sometimiento a la consideración pública.

V.- Manifiesta que si bien se afilia a la posición de que no se requiere la existencia de un daño irreparable para la procedencia de la acción de amparo en la medida que no se encuentra a texto expreso en la ley N° 16.011, en autos es evidente y manifiesto que el daño que puede provocar la concreción de la voluntad de un particular, en contra a lo expresamente dispuesto por el Estado, demoler el hotel provocaría un daño irreparable para el acervo cultural del Departamento.

VI.- Solicita como medida cautelar de no innovar acerca de la intención de la empresa de demoler el edificio del hotel hasta tanto la Intendencia resuelva la petición administrativa y que se intime a cumplir con el requisito de mantener y habilitar el hotel San Rafael por las excepciones que se le concedieron a su proyecto. Ofrece prueba documental, por intimación y testimonial a los efectos de probar los hechos relacionados. En definitiva, solicita se haga lugar a lo peticionado imponiendo a la demandada que se abstenga de efectuar obras de demolición en el edificio del hotel San Rafael en su totalidad hasta tanto haya un pronunciamiento expreso de la Intendencia y la Junta Departamental de Maldonado acerca de la rehabilitación del mismo, suspendiendo cualquier acción tendiente a su demolición.

VII.- Por auto N° 848/2019 de fs. 26, se convoca a audiencia para el día 26 de los corrientes a la hora 13.30. A la misma comparece la parte actora debidamente asistida y los representantes de la accionada. En el escrito de contestación de la demanda se expresa que el Grupo C. no es sujeto de derecho, por lo que comparece Fosara SA que pertenece al Sr. G. C. y es la propietaria del Hotel San Rafael y desarrolladora del proyecto edilicio a construir en la manzana 815, que en adelante llamarán Proyecto Viñoly.

Realiza una serie de precisiones acerca de la forma de instauración de los presentes autos por parte del Arq. R. expresando que el mismo ha desarrollado una campaña mediática, con diversidad de argumentos e hipótesis que muchas veces son completamente diferentes a los consignados en el escrito de amparo.

VIII.- En síntesis, con relación a la contestación expresa que la caducidad es uno de los requisitos para que pueda constituirse un proceso válido, según lo dispuesto por el art. 2° de la ley N° 16.011, que es de 30 días desde que se produjo el acto, hecho u omisión caracterizados en el artículo 1°, por lo que corresponde determinar cuándo comienza el cómputo de la caducidad. Que el actor en su demanda define que el 12 de marzo de 2019, aparece como noticia destacada en el diario El País, con una nota titulada "Derriban Loma Verde y van por el San Rafael". En virtud de lo expuesto, fue la parte accionante la que colocó a una noticia de prensa como punto de inicio de los treinta días. Que para la compareciente el punto de partida debe fijarse cuando acaeció el acto, hecho u omisión lesivo o potencialmente lesivo de los derechos a proteger. Y en este caso se configuró con fecha 8 de diciembre de 2018, cuando el Sr. C. declaró en el diario El País de los domingos sobre la demolición del hotel San Rafael.

IX.- Expresa que la demolición del hotel lleva varios meses en toda la prensa, siendo una información pública que ha circulado en los principales medios de prensa oral y escrita del país desde fines del año 2018. Se trata de un hecho público y notorio, que no requiere prueba al amparo de lo dispuesto por el art. 138 del CGP. Sin perjuicio, la parte agrega a la causa profuso material probatorio que lo acredita (noticias de prensa, documento B, del Diario El País de fecha 8 de diciembre de 2018, de

Teledoce/Telemundo de fechas 29 de diciembre de 2018, 13 de enero de 2019 y 21 de enero de 2019). Que por lo manifestado ambas partes coinciden en establecer el inicio del cómputo de la caducidad prevista en la ley, la noticia pública de la demolición del hotel, porque ahí es la amenaza de demolición, que pudo dar lugar al planteo de un amparo preventivo. En virtud de lo relacionado, el problema que se le presenta al actor es que hubo muchas noticias de prensa antes del 12 de marzo de 2019 con mayor difusión inclusive que la tomada por el actor como punto de partida del cómputo. Que la primera que puede identificarse con alcance a nivel nacional es la del domingo 8 de diciembre de 2018 en el diario El País, que como es de conocimiento público es el que tiene mayor tiraje en Uruguay.

X.- Manifiesta que el actor, quien es un participante atento e informado de lo que sucede en temas arquitectónicos en el país, vinculado a asociaciones que tienen esa función, como la Comisión de Patrimonio y la Facultad de Arquitectura, no puede aducir que desconocía este hecho y que recién tomó conocimiento de la demolición del Hotel San Rafael, o el peligro de ella, con la noticia publicada en el diario El País de fecha 12 de marzo del corriente. Que el actor ha seguido atentamente todo el proceso de reconstrucción del mismo propuesto por el Sr. C., tanto, que públicamente en el mes de junio de 2018 opinó sobre el primer proyecto del Arq. Viñoly, al que se opuso con determinación, sostuvo "Prefiero que demuelan el San Rafael antes de que ejecuten ese proyecto", lo que sucedió ocho meses atrás y en la actualidad cambió de posición sobre la demolición, lo que resulta extraño. Lo que puede encontrarse como denominador común, que explica el cambio, es su franca oposición a los proyectos del Arq. Viñoly. En el primero de ellos su posición era, no lo hagan, es preferible demoler el San Rafael; en el segundo proyecto, no lo hagan, porque es necesario conservar el San Rafael. Concluye que es imposible que el Arq. R. no se haya enterado de las profusas noticias sobre la demolición en diciembre de 2018, enero y febrero de 2019, cuando este tema ocupó un preponderante en las noticias de la temporada estival, por lo que la caducidad de 30 días prevista en la ley ha operado largamente y el actor eligió la noticia de fecha de 12 de marzo para evitar ese plazo de caducidad.

XI.- Manifiesta que el accionante carece de legitimación activa en virtud de lo dispuesto por el art. 1° de la ley N° 16.011. Que tanto en el amparo preventivo como en el represivo deben amenazar o lesionar derechos o libertades de rango constitucional y no intereses de ninguna naturaleza. Que el actor dice estar legitimado para accionar por su calidad de funcionario público, profesor Grado 5 y profesor de postgrado de la cátedra de Historia de la Arquitectura Uruguaya. Refuerza su posición que por su calidad de funcionario público debe velar por la defensa del patrimonio cultural. Que se debe concluir que el Arq. R. carece de todo tipo de interés que habilite la presente acción de amparo en virtud que la calidad de funcionario público no lo habilita y menos aún la de profesor grado 5 de la Facultad de Arquitectura.

Que en la hipótesis de tener un interés difuso o colectivo, éstos no son objeto de la acción de amparo, realiza dos citas de Jurisprudencia al respecto y manifiesta que los argumentos expresados en las mismas tienden a evitar que la acción de amparo se transforme en un especie de acción popular, lo que no es su función sino que queda reservada para casos extraordinarios donde exista lesión o amenaza de lesión de un derecho o libertad constitucionalmente protegido.

XII.- Expresa que el actor no cumple con la condición prevista en el art. 2° sobre inexistencia de otros medios idóneos. En primer lugar, porque el mismo día que

presentó la acción de amparo, presentó también un derecho de Petición ante la Intendencia de Maldonado. En atención a lo afirmado por el mismo que los plazos para resolverla pueden durar meses o años, entonces para qué la presentó y concluye que lo que buscó el actor con ambas comparecencias fue generar las condiciones y la materia prima para mediatizar el tema, y obtuvo, exposición pública, cámaras y tabloides. En virtud, que la pretensión principal del amparo es la detención de las obras de demolición hasta que la Intendencia de Maldonado resuelva la Petición, con total premeditación la llevó adelante, para que la obra estuviese detenida mientras demorara en ser resuelta. Asimismo manifiesta que el actor dejó pasar todas las oportunidades procesales en virtud de existir otras vías o medios para obtener la protección efectiva que reclama, por lo que ahora fuerza temerariamente la situación utilizando de mala fe un instituto excepcionalísimo y residual como es el amparo. Que en el proceso administrativo para la aprobación de reconstrucción del Hotel San Rafael, se han generado múltiples expedientes y resoluciones administrativas, según surge de los propios términos de la demanda y que el actor no compareció nunca en ninguno de todos esos expedientes ni tampoco recurrió ninguna resolución.

Expresa que el accionante se acordó de la demolición cuando la misma ya había comenzado y por ello recurrió al amparo, no porque realmente crea que proceda el mismo, sino porque es el único mecanismo que le quedaba.

XIII.- Manifiesta que el objeto del amparo es determinar si Fosara SA en su calidad de propietaria del hotel San Rafael tiene derecho a demolerlo o su derecho de propiedad se encuentra restringido y si existe obligación para la misma de mantener el edificio actual del hotel y asimismo cuál es la ilegitimidad manifiesta en que se basa el actor para pretender el amparo.

Que en virtud de ello se demuestra la improcedencia de lo pretendido, atento a que Fosara es la propietaria del edificio y el ordenamiento jurídico uruguayo permite al propietario disponer libremente de los bienes de su propiedad pudiendo modificarlos y hasta destruirlos. Que la Junta y el Ejecutivo Departamental otorgaron los permisos de reconstrucción, lo que abarca la demolición y si fuera lo contrario hubieren observado o directamente impedido el permiso de demolición. Por lo que, la accionante no ha probado la ilegitimidad manifiesta requerida por la ley de amparo.

XIV.- Expresa que el Arq. R. ha abusado de las vías procesales, que el proceso de amparo no es un proceso "comodín" que sustituya a las demás vías o estructuras procesales. Que lo afirmado surge con meridiana claridad del documento auditivo enviado por whatsapp por el Arq. R., referido en el numeral 34 del documento letra H, en el que declara "...creo que no la voy a ganar, pero estoy contento de lo que hemos logrado...". Moviliza el riguroso procedimiento judicial del amparo por una simple inquietud y capricho e invita a promover la acción como un mecanismo para llamar la atención.

Por tanto, sean los motivos que llevaron al actor a promover esta acción, resultan que son incompatibles con el objeto y fines para los que fue creada la angostísima y exigente vía de apremio. Por lo que, no existen dudas que sobre el accionante deben caer las más duras sanciones procesales.

Realiza una relación de los daños y perjuicios que la parte actora le ha ocasionado, manifestando que se reserva de hacer uso de todas las acciones legales previstas en el ordenamiento jurídico.

Ofrece prueba documental y testimonial a los efectos de probar los hechos relacionados y en definitiva, solicita se desestime la acción incoada y se condene a la contraria con la imposición de costos y costas.

XV.- En la audiencia las partes ratifican sus escritos de demanda y contestación respectivamente, si bien en estos procesos la conciliación no es preceptiva se intenta sin éxito la misma. Se fija el objeto del proceso como "Si corresponde o no hacer lugar a la acción de amparo incoada disponiendo que Fosara SA (Grupo C.) se abstenga de efectuar cualquier obra de demolición en el edificio del hotel San Rafael en su totalidad hasta tanto haya un pronunciamiento expreso de la Intendencia y la Junta Departamental de Maldonado acerca de la rehabilitación del citado hotel, teniendo en consideración la controversia instaurada por la parte demandada en su escrito de contestación así como a las excepciones de fondo alegadas de caducidad y falta de legitimación activa. Si corresponde o no hacer lugar a la condena de costos y costas peticionada por la parte demandada", el objeto de la prueba, se admiten los medios probatorios, se recibe la declaración testimonial, los alegatos de bien probado y se convoca para el día de la fecha a audiencia de lectura de sentencia.

CONSIDERANDOS:

I.- Como en forma reiterada y prácticamente unánime han sostenido Doctrina y Jurisprudencia, la acción de amparo es un recurso excepcional y subsidiario. Es así que constituyen elementos o requisitos del amparo: acto, hecho u omisión, la lesión o amenaza de lesión de un derecho fundamental, que ocasione un daño grave, irreparable o inminente, la ilegitimidad manifiesta y que no exista otra vía para evitar el daño o que de existir fuera claramente ineficaz para proteger el derecho en cuestión (cfr. Véscovi, RUDP 1986/4, p. 486 a 492 y Viera, La ley de Amparo, p. 15 a 29). Viera manifiesta "...todos los elementos o requisitos del amparo...se dan en una relación de complementariedad, en el sentido de que, para que corresponda el amparo, deben concurrir todos ellos, en una estructura conceptual en la cual no se entienden, uno sin los otros." (cfr. ob.cit., p. 29).

Asimismo la Jurisprudencia ha dictaminado que "...el amparo es un instrumento extraordinario, y residual, que sólo corresponde en aquellas situaciones en que, por falta de medios legales, peligra la salvaguardia' de derechos fundamentales" (cfr. RUDP 1-2/2009, c. 426). C A D E 8816.

II.- Por lo relacionado, para que prospere la acción de amparo deben concurrir los elementos o requisitos relacionados en forma conjunta. Asimismo el art. 4 inc. 2° de la ley N° 16.011 dispone: "En todos los casos deberá ser interpuesta dentro de los treinta días a partir de la fecha en que se produjo el acto, hecho u omisión caracterizados en el artículo 1. No le correrá el término al titular del derecho o libertad lesionados si estuviere impedido por justa causa".

El instituto de la caducidad, así como el de la prescripción, se refieren a la extinción de un derecho por el transcurso del tiempo, mientras que en la prescripción se está ante un derecho que nace sin término pero que se extingue por el transcurso del tiempo, por el no uso o no ejercicio de su titular; la caducidad es un derecho que nace si se ejerce en un determinado tiempo que fijan las normas y su extinción opera en forma automática, por el mero transcurso del plazo previsto.

"Entonces, en la caducidad el legislador otorga trascendencia exclusivamente al transcurso del tiempo independientemente de la actitud de su titular. La caducidad afecta directamente al derecho y cuando este no se ejercita dentro del plazo fijado lo extingue por razón del interés público, independientemente de la negligencia de su titular. Su fundamento es de orden público, en cuanto protege la seguridad jurídica de la sociedad en general. La única actitud del titular del derecho sujeto a un término de caducidad que sirve para enervar el transcurso de dicho plazo es el ejercicio del derecho respectivo de una manera rápida y diligente y tal es precisamente la finalidad el instituto de la caducidad (cfm. Roberto Falchetti, "Prescripción y caducidad", pág. 70). (Citado en Sent. N° 111/2017. TAC 1°)

III.- En virtud de lo expuesto y atento a la defensa de fondo manifestada por la parte demandada corresponde analizar si el presente proceso se ha presentado en el plazo legal previsto de 30 días desde que el acto, hecho u omisión y demás caracteres expresados en el art. 1° de la ley de amparo ha acaecido.

El accionante manifiesta que promueve el proceso de marras en virtud de la noticia destacada en el Diario El País de fecha 12 de marzo del corriente, titulada "Derriban Loma Verde y van por el San Rafael". Si se tiene por cierta la referida fecha, el accionamiento impetrado fue presentado acorde a lo previsto por la normativa jurídica vigente. La parte demandada controvierte la citada fecha en virtud de los argumentos expuestos en los resultandos, por lo que se debe analizar lo alegado.

Está acreditado en marras que la noticia sobre la demolición del edificio del hotel San Rafael ha repercutido en la opinión pública bastante antes de la fecha citada por el Arq. R.. En las presentes actuaciones se encuentra glosada a fs. 66, el suplemento "Ciudades" del diario El País de fecha 6 de enero de 2019. Asimismo surgen transcripciones de otros medios de prensa y del mismo periódico de fechas anteriores también tratando el tema. Cabe entonces preguntarse el Arq. R. tomó conocimiento sobre la demolición del hotel en la fecha que manifiesta en su libelo introductorio o con antelación.

IV.- La suscrita comparte los argumentos manifestados por la parte demandada con relación a que resulta poco creíble que el Arq. R. no haya tomado conocimiento con anterioridad al 12 de marzo, en virtud que se trata de un académico reconocido, integrante del Comité Académico de Patrimonio de la Facultad de Arquitectura de la Universidad de la República, profesor grado 5 y de postgrado de la cátedra de Historia de la Arquitectura Uruguaya de la UdelaR, así como otros cargos relacionados en su curriculum vitae que luce a fs. 14 a fs. 17. Asimismo surge que fue Presidente de la Comisión del Patrimonio Cultural de la Nación en el período comprendido entre los años 2006 a 2008 y Vice Presidente de la misma durante los años 2005 a 2006. El accionante se ha dedicado y se dedica a temas relacionados con el patrimonio arquitectónico y cultural, siendo un referente en la materia, por lo que es extraño que recién en la referida fecha se enterara de la demolición del hotel San Rafael.

V.- A mayor abundamiento, la testigo Arq. L. A., propuesta por el actor, quien también es docente en la Facultad de Arquitectura de Historia de la Arquitectura, interrogada respecto a cuándo tomó conocimiento de la demolición del edificio del hotel manifiesta: "Tomé conocimiento de la demolición a fines del año pasado o principios de éste y lo vi por la prensa que el edificio no resistía y había que demoler. Hablé con R. y compañeros de trabajo, es un tema que se habló en la Facultad de la sorpresa del edificio que se había que mantener y se había otorgado gran altura y el resultado del edificio que se iba a mantener iba a ser demolido. Esto fue lo que se habló con los compañeros por ejemplo

M. M., el decano de la Facultad de Arquitectura y fue una preocupación a nivel colectivo entre académicos."

Interrogada: Ud. manifestó que leyó en la prensa hablar a C. sobre la demolición a fines del año pasado o principios de este. Se le exhibe a la testigo documento letra B, ud identifica estas notas de fecha 6 de enero. Documento B primer foja y foto de C. con casco azul y el edificio San Rafael.

Responde: "La vi. La segunda foto la reconozco y me acuerdo de haberlo leído".

Interrogada: A esas noticias se refería ud cuando manifestó que hablaba con R., los compañeros de Facultad o las personas involucradas en el tema.

Responde: "a esas y a otras de la prensa, a todo lo que se refería la prensa en ese momento sobre el tema". (fs. 155 a 162)

VI.- Por lo relacionado, a juicio de la suscrita emerge de autos que el presente accionamiento ha sido deducido transcurrido el término de caducidad previsto en el art. 4 de la Ley No. 16.011, y en virtud de la actitud omisiva del accionante debe ser rechazado

"En cuanto a la caducidad de la acción de amparo, no puede soslayarse lo señalado por la jurisprudencia desde larga data (TAC 5° Sentencia T.A. Civil No. 182/994-5 y Sentencia T.A. Civil No. 185/994-5), si el afectado desea usar de esta acción, debe de ser diligente, por cuanto los motivos que tuvo el legislador para fijar un término para su interposición, radican en la misma excepcionalidad del remedio, siendo igual la solución para todos los casos, ya sea que se trate de un acto, un hecho u omisión la causa de lesión de los derechos y libertades reconocidos expresa o tácitamente por la Constitución." ("Revista Uruguaya de Derecho Procesal", N° 3/95, c. 624).

VII.- De todas formas la proveyente expondrá los restantes fundamentos por los que desestimará la demanda impetrada.

Con relación a la defensa de falta de legitimación activa manifestada por la parte demandada se dirá: El ilustre Prof. Barrios de Angelis define la "legitimatio ad processum" como la actitud para ejercer un estatuto procesal de parte, es decir, para ejercer las situaciones jurídicas de actor, demandado o tercerista. Esta legitimación se determina como una conexión entre una capacidad procesal y una legitimación causal; por lo que si el titular de una "legitimatio ad causam" es capaz procesalmente, las dos cualidades se conectan entre sí en razón de la identidad del mismo sujeto. Si en cambio, uno es el titular de la legitimación causal y otro el titular de la capacidad procesal que se ejercita, se requiere una conexión distinta, ya de carácter legal, ya convencional, ya judicial, perfilándose así el instituto de la representación. Y ésta es entendida como la actuación de un sujeto por otro (al que se presenta de nuevo, se re-presenta) de modo que las consecuencias de esa situación (la de un representante) recaigan sobre el otro (representado) como si este mismo hubiera efectuado los actos referidos. (Introducción al Proceso, Edit. IDEA, 1980, págs. 97 y 98).

Asimismo los autores del CGP comentado expresan, siguiendo a Vécovi: "distinguir tres cosas: por un lado, el derecho, indispensable para obtener una sentencia favorable; la otra, la legitimación en la causa, necesaria para que se pueda dictar sentencia válidamente, y, otra, el concepto de parte procesal, esto es, de quien actúa en el proceso porque se presentó como actor o apareció como demandado. Se la ha definido como la posición de un sujeto que le permite obtener una providencia eficaz sobre el objeto del proceso. Es decir que es, ante todo, una legitimación, relación entre el sujeto y el objeto jurídico. Luego en la causa, esto es, en el objeto jurídico que reclama (defiende, etc) el

sujeto”. (Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado. Enrique Véscovi y otros. Edit. Abaco. Tomo 1. Pág. 229.

Abal Oliu, por su parte, analizando los requisitos subjetivos de los actos procesales (requisitos para que un acto procesal de un interesado principal pueda considerarse perfecto, genéricamente “admisible”), menciona, entre otros, la “capacidad procesal, llamada también ‘capacidad para actuar en juicio’, ‘capacidad para estar en juicio’ o incluso ‘capacidad procesal de ejercicio’”, que es “una aptitud que necesariamente debe tener quien realiza un acto procesal atribuible a un sujeto que participa en el proceso para que ese acto sea admisible (empleando este último término en un sentido genérico)...” (La representación procesal, Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay 80, (Nº 1 Extr.): 9 - 37, 1994, pag. 9 y ss).

VIII.- El Arq. R. promueve el presente accionamiento manifestando que su situación se encuadra perfectamente en lo previsto en los arts. 1º y 4º de la ley 16.011, se trata de una persona física, titular de un derecho amenazado por la parte demandada. Que acorde a la constancia emitida por la Facultad de Arquitectura de la UdelaR, es profesor grado 5 y de postgrado de la cátedra de Historia de la Arquitectura, que cuenta con el apoyo del Decano de la Facultad, del Comité de Patrimonio de la Facultad y de la Sociedad de Arquitectos del Uruguay, tal como lo acredita con la documentación que acompaña. Asimismo que en su calidad de funcionario público y por el cargo que desempeña en el Estado, tiene el deber de velar por la defensa del patrimonio cultural, en especial el patrimonio edilicio e histórico, lo que se encuentra en peligro por la acción del particular.

Corresponde preguntarse entonces qué se entiende por derechos o libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución. En este sentido, tanto en Doctrina como en Jurisprudencia hay opinión diversa, afiliándose la sentenciante a la posición amplia que entiende que la acción de amparo protege tanto los derechos subjetivos como los intereses legítimos y los difusos.

El interés legítimo es una situación jurídica subjetiva, en la que el interés no es considerado directamente por la norma, tal como sucede en la ley Nº 16.011, pero lo tutela por reflejo cuando ésta se aplica.

IX.- "V) LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL AMPARO. De acuerdo a lo sostenido por este Colegiado en anteriores pronunciamientos (sents. Sentencia TA Civil No. 329/006-7; Sentencia TA Civil No. 8/007-7; Sentencia TA Civil No. 126/007-7; Sentencia TA Civil No. 176/014-7; Sentencia TA Civil No. 16/015-7; Sentencia TA Civil No. 17/015-7; Sentencia TA Civil No. 33/015-7; Sentencia TA Civil No. 94/015-7, entre otras), en términos admitidos unánimemente por doctrina y jurisprudencia, para que prospere la acción de Amparo, deben concurrir los elementos objetivos reseñados en los arts. 1 y 2 de la Ley No. 16.011 que son, en sustancia los que definen las características de este Instituto, a saber: un acto, hecho u omisión, que lesione, restrinja, altere o amenace un derecho o libertad reconocida, expresa o implícitamente por la Constitución, con manifiesta ilegitimidad, provocando o amenazando provocar al titular del derecho un daño irreparable y por último que no existan en el ordenamiento jurídico otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado que se persigue con el Amparo o de existir que resultaren claramente ineficaces para tal pretensión (VIERA, La ley de Amparo Edic. IDEA págs. 15 y ss.; SAGÜES, Acción de Amparo págs. 166 y ss).

Quedan comprendidos en el amparo los derechos consignados en la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del 10 diciembre 1948, los contenidos en

los Pactos Internacionales de Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales de 19 diciembre 1966, ratificados por Ley No. 13.751 o en la Convención Interamericana de Derechos Humanos más conocida por Pacto de San José de Costa Rica del 22 noviembre 1969 ratificada por el art. 15 de la Ley No. 15.737; también otros, como el derecho a la intimidad o los llamados intereses difusos a que se refieren los arts. 42 y 220 C.G.P. (protección del medio ambiente, del equilibrio ecológico, del acervo histórico y cultural del consumidor, etc.)" (Sent. N° 71/2017. TAC 7°)

X.- Por lo relacionado, la suscrita entiende que si bien el Arq. R. no lo manifiesta expresamente, por la forma en la que comparece, con la documentación que acompaña, en la que recibe el apoyo de distintos grupos de personas relacionadas con el patrimonio principalmente arquitectónico encuadra en la hipótesis de los intereses difusos consagrados en el art. 42 del Código General del Proceso: "En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido", En virtud de lo relacionado, para la suscrita el accionante tiene legitimación activa en la causa.

XI.- Aclaradas las defensas de fondo opuesta por Fosara SA corresponde analizar otro de los presupuestos de la ley de amparo, que es la ilegitimidad manifiesta.

La parte demandada según la documentación glosada en marras es la propietaria del edificio del hotel San Rafael, hecho no controvertido, en virtud de la aclaración realizada en el escrito de contestación de que el Grupo C., tal como se demandó no es sujeto de derecho.

El derecho de propiedad es de rango constitucional y como lo relaciona el demandado según el art. 486 del Código Civil es el derecho de gozar y disponer libremente de una cosa arbitrariamente no siendo contra la ley o el derecho ajeno.

Las limitaciones a la propiedad se refieren a actos y operaciones administrativas, con fundamento en la ley y decretos departamentales con fuerza de ley.

El art. 32 de la Carta Magna delimita el derecho de propiedad según "a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general. Las limitaciones pueden ser generales, unilaterales, permanentes, de orden público.

Las restricciones se clasifican en simples y sustanciales, que implican una importante limitación del derecho, como por ejemplo la prohibición de edificar. En general, los perjuicios que provocan se indemnizan por ejemplo las expropiaciones. En virtud de lo expresado no se afecta la disponibilidad de la propiedad sino el uso y goce, quedando el propietario obligado a no hacer o dejar hacer, y excepcionalmente, también a hacer.

XII.- La parte actora funda la ilegitimidad manifiesta del acto expresando que el demandado no cumple con su obligación de conservar las construcciones y habilitar el hotel, que la demolición del edificio del mismo le quitaría su carácter patrimonial e histórico. Que no se demostró la patología que presenta el edificio para tener que demolerlo y tampoco acreditó el permiso de demolición exigido por la normativa aplicable.

Sin embargo, la suscrita no comparte lo manifestado por el Arq. R. en virtud que no hay que olvidarse que nos encontramos ante un proceso de amparo, de carácter extraordinario y residual en el que la ilegalidad debe ser clara, cierta, contundente,

notoria, grosera, que no deje lugar a dudas, por lo que no se debe buscarla, en virtud que ello conlleva a otro proceso.

"Conforme se sostiene en jurisprudencia "Se comparte que "el calificativo de "manifiesta" adosado al requisito de ilegitimidad previsto en el art. 1e de la Ley No. 16.011 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 uruguaya, 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 Ne 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." (Sent. N° 112/2016-3 J.L.Rocha)

XIII.- Si se analiza la documentación glosada en marras, surge que tanto en los informes de los diversas Direcciones de la Intendencia de Maldonado involucradas, de las resoluciones de la Junta Departamental o del Intendente se refiere a reconstruir el hotel San Rafael. Véase la Resolución N°05638/2018 que luce a fs. 35 a 36: "Remítase las presentes actuaciones a la Junta Departamental a efectos de: A) considerar la consulta presentada para reconstruir el Hotel San Rafael y construir un complejo....". La Resolución N° 06186/2018 (fs. 38 a 39) en el numeral 1° expresa: "Otórgase la viabilidad de la consulta para la reconstrucción, modificación y reformas proyectadas....".

La resolución de la Junta Departamental N° 201/2018 (fs. 42 a 43) en su numeral 1° expresa: "Préstase conformidad a la consulta de viabilidad para la reconstrucción,..." El informe de la Dirección General de Urbanismo que luce a fs. 45 expresa: "El gestionante ha presentado un informe técnico del Ing. Juan Manuel De Notta, quien acompaña su relevamiento con fotos, (fs. 98 a 104), certificando el estado de deterioro del edificio existente.....En el anexo 10 se solicitó el inicio anticipado de obras, el día 21/12/2018. El mismo fue otorgado el día 27/12/2018 con algunas limitaciones en función de las restricciones impuestas por la resolución 9231/2015. Culminada la temporada, han cesado las restricciones al tránsito y a las demoliciones impuestas por la citada resolución.....se otorga el inicio anticipado de obra hasta el nivel de cimentaciones....".

La accionante insiste en que la parte demandada no ha obtenido el permiso de demolición. Sin embargo, para la suscrita que como se reitera el presente accionamiento se trata de un proceso sumarísimo en el que se amparan los derechos y libertades anteriormente relacionados en la norma, la ilegitimidad debe ser manifiesta, lo que no surge de marras.

Asimismo el vocablo reconstrucción significa: Reparación o nueva construcción de una cosa destruida, deteriorada o dañada, generalmente edificios u obras de arte. La noción de reconstrucción refiere a la acción y efecto de reconstruir. Este verbo, a su vez, hace mención a volver a construir, edificar o fabricar.

XIV.- Las declaraciones testimoniales de los Sres. B. (fs. 162 a 167) y D. L., ediles de distintos partidos políticos de Maldonado e integrantes de la Comisión de Obras, el primero de los nombrados Vice Presidente de la misma en la actualidad y Presidente de la Junta Departamental al momento de aprobación del proyecto del San Rafael. Interrogado el testigo B., si cuando se aprobó el segundo proyecto fue a condición de mantener la estructura y fachada pudiéndose reconstruir o reformar, responde: "no fue aprobada bajo ninguna condición y esto se puede ver de la resolución. Nosotros en el año 2017 sacamos decreto que era el 3917 que fue redactado por mi en el cual se establecía ordenanza especial con vigencia de 180 días y requería mayoría especialísima para aprobar cualquier modificación en la estructura original del edificio. Bajo la vigencia del proyecto no se presentó propuesta y luego según dice la resolución del intendente que remite a la junta al amparo del artículo 21 del TONE atento a a la resolución que da inicio a la tramitación del expediente en función de lo que establece es que se estudia el nuevo proyecto del San Rafael su viabilidad. En ningún momento de resolución del intendente o junta habla de mantener fachada alguna, es claro en la maqueta y planos presentados que lo que se proyecta como primer edificio para el hotel es una nueva estructura que imita o trata de copiar o se va construir bajo las mismas características del hotel, en la propia maqueta el piso actual y del anterior no son los mismos ni sus dimensiones...."

XV.- El testigo D. L. (fs. 172 a 175) interrogado sobre si en el proyecto que fue aprobado se aceptaba o prestaron consentimiento a demoler el edificio y hacer uno nuevo con similares características o era mantener el mismo con reformas, responde: "era construir el edificio manteniendo la forma porque sabíamos el estado de deterioro porque no es patrimonio ni arquitectónico, integro hace 10 años esa Comisión como fue Poseidón y nadie fue a manifestar esa condición por el tema de San Rafael. Mantener la forma es mantener la foto, lo que se votó es reconstruir pero manteniendo la forma por cual se tuvo que adecuar el proyecto a ese estilo...." Por su parte el testigo de los Santos (fs. 176 a 178), edil e integrante de la Comisión de Obras manifiesta que: "Pienso que lo único que se manifestó es la rehabilitación y jamás existió la palabra demolición y lo digo como integrante de la Junta y la comisión. Entiendo por reconstruir es algo que se cayó o se tiró. No se a nivel arquitectónico, no se manejó que se tirara o la demolición...."

XVI.- Por lo relacionado, es que la suscrita entiende que la presente pretensión no contempla el requisito de ilegitimidad manifiesta, con los caracteres que ello implica. Manifiesta equivale a "Clara, notoria, indudable, cierta, ostensible, palmaria" (BIDART CAMPOS, Régimen legal y jurisprudencia del amparo, p. 254-255; VIERA, Ley de amparo p. 22).

"El tribunal debe limitarse exclusivamente a captar la ilegalidad si ésta aflora a la superficie del conflicto, si se exterioriza con claridad y contundencia, si es manifiesta; pero nunca debe buscarla, escudriñarla con la manera en que debe hacerlo en otro tipo de litis (RIVAS, A propósito de la nueva Ley de Amparo Uruguayo, Rev. judicat. No. 25-26 p. 42; RUDP 2-3/94 c. 697 -TAC 5º-).

Trasladando estos conceptos al ocurrente, no se advierte prueba alguna sobre la existencia de ilegitimidad manifiesta en el actuar de la Intendencia Municipal desde que atendió la petición formulada, desplegó la actividad necesaria otorgando audiencia a los administrados lo que consume tiempo pero que es garantía indispensable y ejerció sus poderes y facultades clausurando el local. " (Sent. N° 301/2007. TAC 2°)

XVII.- Asimismo es loable destacar que el derecho de propiedad del demandado, según lo analizado en numerales antecedentes, no se encuentra restringido por ninguna ley ni decreto departamental. Tampoco se encuentra protegido ni por la Comisión Nacional de Patrimonio ni por la Comisión Departamental. El accionante integró la primera de las citadas, en carácter de Presidente y de Vice Presidente, por lo que debe tener perfectamente claro que si tal protección legal no existe no puede pretender que el propietario del edificio no pueda realizar las obras que estime pertinentes, máxime si el órgano departamental encargado de conceder o negar las habilitaciones no se lo impide. Si bien puede resultar una pérdida desde el punto de vista de cultural en virtud que puede haber sido un ícono del Departamento, es público y notorio que el hotel dejó de funcionar hace años y que tampoco hubo interés efectivo en presentarlo a la Comisión de Patrimonio, ni tampoco la misma le otorga valor patrimonial (véase documentos de fs. 75 a 76).

XVIII.- Con relación a la imposición de costos y costas peticionada por la parte demandada se dirá: "Por último respecto de los agravios introducidos con relación a la imposición de costas y costos la Sala estima que los mismos carecen de asidero por lo que se irá a su rechazo. En tal sentido como oportunamente señalara la Sala en Sentencia No. 5-110/2014 que 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, pág. 315; Couture: "Procedimiento..." 1° Curso tomo III, vol. II, pág. 757; Tarigo: "Curso de Derecho Procesal Civil", tomo II, pág. 198)" (Sent. 0005-000060/2016. TAC 2)

La suscrita estima que en la instancia no corresponde hacer especial condenación a pesar de entender procedente la caducidad.

XIX.- De la valoración de cada una de las pruebas traídas a autos individual y conjuntamente, en forma racional y acorde a las reglas de la sana crítica según lo preceptuado en el art. 140 del CGP, la dicente entiende que no corresponde amparar la demanda incoada.

Por los fundamentos expuestos y especialmente, por lo previsto en la ley 16.011 y en los 197 y 198 Código General del Proceso.

FALLO:

Desestimase la demanda de amparo impetrada y acógrese la caducidad alegada.
Déjase sin efecto la medida cautelar de no innovar dispuesta por auto N° 916/2019.
Notifíquese.
Costas y costos por su orden-
Ejecutoriada cúmplase y, oportunamente, archívese.
Honorarios Fictos: 4 BPC.

Dra. Claudia Valetti
Juez Letrado