



“GCBA CONTRA PROPIETARIO U OCUPANTE CONSTITUCION 2250 SOBRE OTRAS CAUSAS DONDE LA AUT. ADMIN. ES ACTORA” , EXPTE: EXP 42816 / 0

Ciudad de Buenos Aires, 01 de abril de 2014.

Y VISTOS:

Para dictar sentencia en los autos señalados en el epígrafe, de cuyas constancias resulta: I. A. 1/11 vta. se presenta el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) solicitando se ordene el allanamiento y posterior demolición del inmueble ubicado en la calle Constitución N° 2250, a efectos de proceder a dar cumplimiento a lo dispuesto por el Decreto N° 1990/2004 que ordenó “demoler la totalidad de las obras ejecutadas sin permiso en el pulmón de la manzana, a fin de retrotraer las construcciones a su estado original (...) por contravenir el artículo 2.1.1.1 “Trabajos que requieren permiso de obra”. Asimismo, peticiona conexidad con los autos caratulados “GCBA c/ Propietario u Ocupante Constitución 2250 s/ otras causas donde la autoridad administrativa es actora” (EXPTE. N° 28878/0) y “Waisman Alejandra Marcela c/ GCBA s/ Medida Cautelar” (EXPTE. N° 28878/1) que tramitaron por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 11, Secretaria N° 22, la que funda en los elementos comunes e interdependientes que la vinculan, ya sea por el objeto, causa o efectos procesales. Relata que la orden de allanamiento de morada peticionada tiene por finalidad ingresar al mencionado inmueble, con el objeto de hacer cumplir con las normas establecidas por el Código de Edificación, la Ley Nacional N° 13.512 de Propiedad Horizontal y el Código de Planeamiento Urbano. A su vez, pone de resalto que se trata de un supuesto en que no resulta admisible ejecutar el acto por sí y sin intervención judicial de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 12 del Decreto N° 1510/97 que tiene fundamento en el artículo 13, inciso 8° de la Constitución local. Continúa narrando que el inmueble se encuentra habitado, por lo que el ingreso al mismo sin orden judicial podría configurar el delito reprimido por el artículo 151 del Código Penal de la Nación. Manifiesta que resulta necesario cumplir estas exigencias a fin de preservar la vida y la salud de quienes habitan allí, así como la integridad estructural del inmueble. Apunta que el inmueble mencionado, donde a la fecha de inicio de las presentes actuaciones se encuentra funcionando un garaje

comercial, afecta lo dispuesto por el Código de Edificación y la Ley de Propiedad Horizontal, toda vez que modifica el diseño arquitectónico y los espacios de propiedad común, sin contar con la autorización previa de la totalidad de los propietarios por escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad del Inmueble que es indispensable para obtener el permiso de obra expedido por el Gobierno de la Ciudad con anterioridad al comienzo de las obras. Funda en derecho, y ofrece prueba. II. A fs. 23 y vta. se resolvió en forma favorable el pedido de conexidad, al considerar la juez previniente que, "... es indudable la vinculación entre las cuestiones que aquí se ventilan con las actuaciones caratuladas "GCBA c/ Propietario u Ocupante Constitución 2250 s/ Otras Causas donde la Aut. Admin. es Actora" (EXP N° 28878/0) radicado ante el Juzgado N° 11, Secretaría 22 del Fuero. Por ende, dada la conexidad existente, de conformidad con el principio de perpetuatio jurisdictionis corresponde remitir las presentes actuaciones al tribunal que previno –Juzgado N° 11, Secretaría N° 22...". A fs. 34 y vta. el titular del Juzgado N° 11 rechazó la remisión ordenada por la titular del Juzgado N° 3, como también el pedido de conexidad y acumulación efectuado por la actora. Atento el conflicto de competencia planteado, las presentes actuaciones fueron elevadas a la Cámara del fuero que decidió remitir las actuaciones al Juzgado N° 3, Secretaría 5. III. A fs. 60 y vta. se ordenó el traslado del escrito de inicio a Alejandra Marcela Waisman –en su carácter de propietaria- por el plazo improrrogable de cinco días de conformidad con lo prescripto por el artículo 163 y concordantes del CCAyT. A fs. 62/91 contesta el traslado la Sra. Waisman y solicita se rechace el pedido de allanamiento y, en su caso, de demolición de las obras ejecutadas en el inmueble mencionado. Relata que el garaje que funciona en la calle Constitución 2250 cuenta con habilitación del GCBA otorgada con fecha 8/02/2000, y tiene además los planos aprobados. Señala que el GCBA pretende volver sobre sus actos al petitionar una orden de allanamiento a los fines de ingresar y demoler las obras existentes luego de transcurridos doce años, desconociendo no sólo sus propios actos –la habilitación concedida y la aprobación de los planos- sino también derechos adquiridos. A mayor abundamiento, manifiesta que el argumento esgrimido por la actora como fundamento de su pretensión incurre en groseros errores de hecho y derecho que se reiteran en el Decreto N° 1990/2004. Así sostiene el GCBA que la obra no cuenta con el ciento por ciento de las autorizaciones exigidas por la Ley de Propiedad Horizontal, específicamente el permiso previo de los demás propietarios, soslayando que el garaje no está sujeto al régimen de propiedad horizontal y por lo tanto no se requiere autorización previa. Menciona también que no existe en la propiedad el "cerramiento con techo de vidrio" al que alude el decreto referido, por lo que aun cuando se haga lugar a lo petitionado la demolición sería de cumplimiento imposible. Resalta que tampoco es cierto que la construcción efectuada genere riesgo alguno para la vida, salud y seguridad de vecinos y terceros; ello por cuanto, la misma fue oportunamente habilitada y sus planos aprobados. Lo que ha quedado acreditado con la pericia realizada en la causa "Rivelli de Martín, María del Carmen c/ Weisman, Alejandra Marcela s/ Daños y perjuicios", promovida por la titular de una de las propiedades linderas, donde se cuestionó la regularidad de la edificación objeto del sub lite así como sus

cualidades edilicias, en relación a la seguridad y modalidades de la obra; demanda que fue desestimada en primera instancia y confirmada por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. En otro orden de ideas, invoca que el Decreto 1990/2004 no cumple con los requisitos establecidos por el Código de Edificación (artículo 6.3.1.2), ya que carece de “causa” al no haber la Administración demostrado y determinado por las oficinas de la especialidad que las construcciones realizadas en el garaje, afectasen la seguridad, la salubridad o la estética edilicia. Recauado que, a su criterio, resulta indispensable para la emisión de un acto jurídico de esas características. Agrega que el decreto citado tiene su fundamento legal en el artículo 2.1.1.1 del Código de Edificación, pero que sin embargo dicha norma no prevé en ningún lado la demolición allí ordenada. En efecto, el dispositivo legal referido se limita a establecer los trabajos que requieren permiso de obra pero no dispone que de efectuarse éstos sin el permiso correspondiente se deberá proceder a la demolición de los mismos. Reconoce que las obras fueron desarrolladas sin el pertinente permiso de obra, pero considera que está situación quedó subsanada hace más de doce años, febrero de 2000, cuando el GCBA aprobó los planos y la obra, habilitándola como garaje comercial. En consecuencia, entiende que el Decreto N° 1990/2004 lesiona derechos adquiridos y produce enormes e innecesarios perjuicios. Expresa que actualmente el garaje está funcionando con una habilitación concedida por el GCBA, la que se encuentra firme, consentida y ha generado derechos subjetivos a favor de la demandada. Al respecto sostiene: “La demolición pretendida de la obra implica la revocación de la habilitación concedida sobre la totalidad del inmueble, desde hace más de doce años. Ese acto revocatorio desconocería la situación jurídica creada por el acto revocado, produciendo una peligrosa inestabilidad en las situaciones jurídicas que se estén cumpliendo”. Añade que la revocación de la habilitación otorgada sobre la totalidad de la obra mediante el Decreto N° 1990/2004 configura un acto manifiestamente ilegal, ya que la Administración sólo podrá impedir su subsistencia mediante la declaración judicial de nulidad de acuerdo con lo prescripto por el artículo 17, parte 2da. de la Ley 19.549. Por último, plantea la improcedencia sustancial del pedido de allanamiento. Ofrece prueba y hace reserva del caso federal. IV. A fs. 103 se ordenó el traslado a la parte actora, que luce contestado a fs. 104/120 vta. Niega el GCBA que la demandada cuente desde el 08/02/2000 con la habilitación y planos aprobados tal como asevera en el escrito de inicio. A fin de corroborar lo afirmado transcribe lo manifestado por la Sra. Weisman en el marco del expediente N° 28878/1, iniciado el 11/06/2008, donde la titular de la propiedad en cuestión procuraba ante los organismos de la Ciudad la regularización del estado de las obras. De lo que se desprende, a su juicio, que las obras fueron ejecutadas de manera antirreglamentaria. Sostiene, además, que al promover las actuaciones “Waisman Alejandra Marcela c/ GCBA s/ Medida Cautelar” (EXPTE. N° 28878/1), la demandada no hizo mención alguna acerca de los vicios que ahora pretende endilgarle al Decreto N° 1990/2004. Destaca que el artículo 2.1.1.1 del Código de Edificación enumera las obras que requieren autorización de la autoridad competente, caso contrario el Estado local está autorizado, en el ejercicio de su poder de policía, a solicitar la demolición de las obras en infracción. Así, el artículo 1° del

Decreto 1990/2004 dispone que se deberá a proceder a la demolición de las obras ejecutadas sin permiso en el pulmón de manzana en contravención de lo dispuesto por el artículo 2.1.1.1 del Código de Edificación. Subraya que la demolición no es una sanción sino una medida de restablecimiento del orden jurídico conculcado, que procura la reposición física de las cosas a su estado originario. En relación a la causa “Rivelli de Martín, María del Carmen c/ Weisman, Alejandra Marcela s/ Daños y perjuicios” citada por la demandada, señala que el decisorio judicial reconoció que: “...si bien la construcción existente hasta los 44,66 metros desde el frente, no contraviene dicha normativa, por estar aprobada y existente antes de la entrada en vigencia del Código de Planeamiento Urbano, lanuela (sic) ubicada en el fondo, detrás de dicha línea, es antirreglamentaria porque ocupa el espacio previsto para pulmón de manzana, o (sic) que fue ratificado a la hora de responder las observaciones...”. Expresa que el dictado del Decreto 1990/2004 no es un acto arbitrario y sin fundamento alguno, todo lo contrario el mismo tuvo en consideración las irregularidades referidas. Narra que a través de las disposiciones N° 1071-DGFOC-01; 267-DGFOC-02; 1374-DGFOC-02 y 913-DFFOC-03 el GCBA intimó al propietario del inmueble a que regularizara su situación, y que atento el tiempo transcurrido y resultando infructuosas tales intimaciones se dictó el Decreto en cuestión por el cual se dispuso la demolición de la totalidad de las obras ejecutadas sin permiso en el pulmón de manzana. Estos actos administrativos no fueron cuestionados en sede administrativa por la Sra. Weisman, por lo que debe considerárselo como un acto administrativo perfecto, eficaz y presumírsele legítimo. Subsidiariamente ofrece prueba, formula oposición respecto de la prueba informativa (punto II del escrito de inicio, puntos 1, 2, 3, y 4) por considerar que excede el objeto de las presentes actuaciones. Desconoce la prueba documental. Platea caso constitucional y hace reserva del caso federal. V. A fs.127 tuvo lugar la audiencia prevista por el artículo 288 del CCAyT, abriéndose la causa a prueba. A fs. 142 vta. se recibieron las actuaciones en este Juzgado en virtud de lo dispuesto por la Resolución del Consejo de la Magistratura de la C.A.B.A. N° 502/2012 y Resolución de Presidencia de dicho organismo N° 146/2013 y N° 152/2013, radicación que fue consentida por las partes. A fs. 205/206 la parte actora acusó la negligencia “de las pruebas no cumplimentadas o aquéllas que fueran contestadas parcialmente, por carecer de impulso procesal”. Al respecto, sostuvo que “a pesar de no estar la totalidad de los oficios contestados, tal como fuera requerido por el demandado, éste no ha realizado actividad procesal alguna para suplir dicha omisión”. Corrido el pertinente traslado (ver fs. 207), la demandada solicitó el rechazo de lo peticionado por la contraria. A fs. 214/215 se decidió rechazar el acuse de negligencia, e imponer las costas en el orden causado. A fs. 219 se colocaron los autos para alegar. A fs. 224/233 vta. obra alegato de la parte actora, y a fs. 236/242 vta. el correspondiente a la demandada. Finalmente a fs. 245 se dictó resolución llamando los autos para sentencia, la cual quedó firme.

CONSIDERANDO:

I. Que preliminarmente es necesario hacer referencia al esquema que seguirá la decisión judicial, atento el deber de los jueces de exponer con la mayor claridad posible el modo en que argumentan para llegar a su decisión. Por consiguiente, es imperioso aclarar respecto de las pruebas producidas en estos actuados, que serán merituados todos aquellos elementos conducentes al resultado final, de conformidad con el artículo 310 del CCAyT que dispone: "(...) los jueces forman su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tienen el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueron esenciales y decisivas para el fallo de la causa". En idéntico sentido se ha pronunciado el Máximo Tribunal que en reiterada jurisprudencia ha resaltado que los jueces no están obligados a ponderar una por una todas las pruebas agregadas a la causa, sino sólo aquellas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones, como tampoco lo están a tratar todas las cuestiones expuestas, ni analizar los fundamentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (CSJN, Fallos: 258:304, 262:222; 272:225, 280:320, entre otros).

II. Que según surge del escrito de demanda el objeto de la pretensión del GCBA consiste en que se ordene el allanamiento del inmueble ubicado en la calle Constitución N° 2250 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto por el Decreto N° 1990/2004. Teniendo en cuenta lo expuesto, en primer término, se torna necesario reseñar la plataforma normativa involucrada en autos. El artículo 2.1.1.1. del Código de Edificación enumera determinados trabajos que requieren permiso de obra, entre los que menciona los relacionados con la ampliación, refacción o transformación de lo ya construido. A su vez, el artículo 6.3.1.2 del mismo cuerpo normativo, en su parte pertinente, dispone: "a) La Municipalidad por intermedio de los Organismos competentes, puede exigir que las edificaciones y estructuras que hayan sido alteradas respecto de las condiciones en que les fuera otorgado el correspondiente permiso, sean retrotraídas a su situación originaria. b) Puede asimismo disponer demoliciones y supresiones totales a parciales, cuando los hechos no declarados hagan que se vulneren normas de aplicación vigentes a la época de su ejecución, afectándose la seguridad, la salubridad o la estética edilicia, determinados tales aspectos por las oficinas de la especialidad o bien se resientan o se avance sobre derechos y bienes jurídicos de linderos, condominios y vecinos según dictámenes o fallos recaídos en actuaciones judiciales o administrativas en las que entiendan y se expidan las respectivas jurisdicciones, según se trate de bienes privados o públicos". Por su parte, el artículo 4.1.3.3. del Código de Planeamiento Urbano dispone prohibiciones relativas a las áreas descubiertas, estableciendo que las existentes en parcelas que constituyen espacio urbano o patios auxiliares, no podrán cubrirse con elementos fijos ni con claraboyas vidriadas corredizas, permitiendo únicamente elementos plegables. Con sustento en estas disposiciones, el GCBA a través del Decreto N° 1990/2004 entendió que las obras efectuadas en el inmueble de referencia, contravenían el artículo 2.1.1.1 "Trabajos que requieren permiso de obra" AD 630.5 del Código de Edificación, y al considerar incumplida la intimación a

regularizarlas, efectuada mediante Disposiciones N° 1071-DGFOC-01; 267-DGFOC-02; 1374-DGFOC-02 y 913-DFFOC-03, ordenó demoler la totalidad de las obras ejecutadas sin permiso en el pulmón de manzana. Teniendo en cuenta que la parte demandada ha reconocido que efectivamente las obras fueron desarrolladas sin el permiso estipulado en el artículo 2.1.1.1 del Código de Edificación –ver fs. 87 vta.-, corresponde determinar, en primer término, si la Administración tiene facultades para disponer la demolición de las construcciones realizadas sin permiso previo. Establecido ello, cabe analizar si la decisión adoptada por el Gobierno a través del Decreto N° 1990/2004 resulta razonable, esto es si supera el test de proporcionalidad ó si por el contrario avanza sobre derechos adquiridos de la parte demandada. Sin perjuicio de lo expuesto, se torna necesario preliminarmente fundamentar por qué se desestima el argumento de la parte demandada que sostiene que la ausencia de permiso quedó subsanada con la habilitación del inmueble como garaje comercial otorgada por el GCBA. Sabido es que las habilitaciones no generan derechos adquiridos, y que el ejercicio de toda actividad comercial e industrial debe hacerse de conformidad con las normas que la reglamentan. Por ello, no puede considerarse “derecho subjetivo” una habilitación otorgada en contravención del Código de Edificación, y menos aún puede desconocerse el poder de policía de la Administración para hacer cumplir la legislación vigente. No puede soslayarse que el carácter antirreglamentario de la misma ha quedado acreditado por el Sr. perito ingeniero en la causa “Rivelli de Martín c/ Waisman”, donde señaló: “... la construcción nueva es antirreglamentaria, pues ocupa el espacio previsto para pulmón de manzana” –ver fs. 346-. En esta inteligencia, cabe desestimar el fundamento esgrimido por la demandada ya que el mismo llevaría a afirmar que por el transcurso de tiempo ésta tiene derecho al uso del espacio urbano considerado así al espacio libre de manzana (artículos 4.1.1 y 4.1.1.2 del Código de Planeamiento Urbano). III. Que sin perjuicio de lo expuesto ut supra, corresponde aclarar con anterioridad que estamos en presencia de un acto administrativo emanado del Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires que se encuentra firme y consentido, dado que si bien fue atacado en sede administrativa por la parte demandada –ver fs. 222/223 del Expediente administrativo N° 11.226/2002 donde luce el Decreto N° 2286/GCBA/2006 que desestima el recurso de reconsideración- actualmente vencieron los plazos para la impugnación del mismo en sede judicial sin que se haya iniciado la acción correspondiente. Lo cual lleva necesariamente a recordar que los actos administrativos no impugnados judicialmente en el plazo legalmente estipulado resultan firmes e irreversibles. Tal conclusión posee conexidad con la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos, lo cual se traduce en la presunción que la actividad de la administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, hasta tanto se declare lo contrario por el órgano competente (Conf. CSJN, “Asociación Mutual del Personal de Obras y Servicios Públicos c. Estado Nacional Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente s/ daños y perjuicios”, Sentencia del 24/09/2013). Ahora bien la Cámara del fuero ha destacado en varias oportunidades que: “...para que la intervención de órgano judicial signifique algo más que un ritual desprovisto de contenido, el tribunal debe revisar la legitimidad del requerimiento, en cuanto al basamento legal de

las facultades que la Administración invoca”. A mayor abundamiento, ha subrayado: “...la función del juez al que recurre la Administración para ejecutar un acto administrativo no es la de un autómatas que concede, sino que se halla en deber de analizar la petición” y que “el Poder Judicial no puede convertirse en mero brazo ejecutor de las decisiones administrativas” (CCAyT, Sala II, “GCBA c/ Rodríguez, María Laura sobre aut. admim.”, Sentencia del 12/07/01 y “GCBA c/ Padilla Alberto Lorenzo”, Sentencia del 05/10/2006. Del voto de Dra. Nélide M. Daniele, Dr. Eduardo A. Russo). Es en virtud de este criterio, que el suscripto comparte en su totalidad, por el que voy a analizar el argumento defensorista que hace referencia a la ausencia de causa del Decreto N° 1990/2004 por no cumplir con los requisitos establecidos en el Código de Edificación (artículo 6.3.1.2). IV. Que así planteado el objeto de la litis, en este apartado me avocaré al análisis de las facultades otorgadas al GCBA por el artículo 6.3.1.2. del Código de Edificación. El principio general que surge de dicha norma es la potestad de la Administración de exigir que las edificaciones y estructuras que no se condigan con las condiciones en que les fue otorgado el permiso sean retrotraídas a su situación originaria (inciso a). A su vez la norma autorizó a disponer demoliciones y supresiones totales o parciales, cuando los hechos no declarados hicieran que se vulneren normas de aplicación vigentes a la época de su ejecución, afectándose la seguridad, la salubridad o la estética edilicia, determinados tales aspectos por las oficinas de la especialidad o bien se resientan o se avance sobre derechos y bienes jurídicos de linderos, condóminos y vecinos según dictámenes o fallos recaídos en actuaciones judiciales o administrativas en las que entiendan y se expidan las respectivas jurisdicciones, según se trate de bienes privados o públicos (inciso b). Finalmente, el inciso c) prevé que las obras sin permiso darán lugar a sanciones para los profesionales técnicos y empresas según las disposiciones del Código de Edificación. Dicha potestad de la Administración encuentra su justificativo en la salvaguarda del interés general, toda vez que la violación a las normas del Código de Planeamiento Urbano y al Código de Edificación hacen propiamente al interés general. Ello por cuanto, ambos cuerpos normativos implican una restricción al libre ejercicio del derecho individual a la propiedad privada en aras de armonizarlo con los requerimiento del interés público. Ahora bien, esta normativa carecería de efectividad si no se le reconocieran a la Administración las facultades necesarias para hacer cumplir sus disposiciones, ya que a tal efecto no resulta suficiente la comprobación de la infracción por parte del GCBA, sino que es necesario que cuente con los medios idóneos para reprimirlas, lo cual se logra con la aplicación de una sanción, que en este caso no podría ser otra que la demolición de las obras realizadas en contravención. En autos, el objeto de la pretensión se sustenta en el incumplimiento de lo dispuesto por los artículos 2.1.1.1. del Código de Edificación y 4.1.3.3. del Código de Planeamiento Urbano. Es en virtud de ello que la Administración aplicó el artículo 6.3.1.2. del Código de la Edificación que la faculta a disponer la demolición de obras irregulares, a fin de restablecer la situación al estado originario en el que se encontraba antes de realizada la construcción sin el permiso correspondiente. Al respecto la Cámara del fuero tiene dicho que: “...ante obras irregulares ya finalizadas, la administración deberá adoptar mayores recaudos en su afán de

adecuarlas a la normativa vigente, toda vez que al tratarse de trabajos concluidos, posiblemente en uso, la afectación de derechos individuales será mayor (supuesto del art. 6.31.2.)” (CCAyT, Sala II, in re “Banque Nationale de Paris c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 28/2/2001). En estas mismas coordenadas es imprescindible señalar que el poder de policía no es un poder absoluto, sino que muy por el contrario es limitado. Una de las limitaciones a la que esta sujeto son justamente los derechos individuales, lo que se traduce en la prohibición que se le impone al GCBA de avanzar sobre derechos individuales ante la ausencia de previsión legislativa. Sin embargo, en el caso concreto no se produce menoscabo alguno a derechos subjetivos de la parte demandada toda vez que, tal como se ha anticipado, no puede invocarse el derecho individual a la propiedad privada sobre el espacio urbano que conforma el pulmón de manzana, donde además existe prohibición de edificar de conformidad con la normativa que rige en la materia. En definitiva, no puede afirmarse validamente en términos constitucionales que de un acto ilícito, como es la construcción en el pulmón de manzana, deriven derechos adquiridos. Cabe recordar, incluso, que "... no corresponde identificar derecho adquirido con el ejercicio del mismo, pues la Constitución Nacional no exige que aquél sea utilizado o ejercido" (CNACAF, , Sala I, "Caja de Crédito Impulsora Soc. Coop. Ltda. c/Talleres Navales y Terrestres Magallanes y otro", sentencia del 21 de junio de 1996). Por otra parte, en la especie el único medio viable para retrotraer las cosas al estado anterior en el que se encontraban de conformidad con lo prescripto por el artículo 6.3.1.2 inciso a) del Código de Edificación es proceder a la demolición de las obras efectuadas sin el correspondiente permiso en el pulmón de manzana, tal como lo dispone el Decreto 1990/2004. Resta entonces examinar si se cumplieron todos los recaudos que exige el procedimiento previsto por el inciso b) del artículo 6.3.1.2 del citado cuerpo normativo. Del dispositivo legal mencionado, surge la facultad de la Administración de disponer la demolición de las obras que fueran realizadas en contravención a las normas vigentes en materia de planeamiento urbano y edificación, cuando se afectara la seguridad, salubridad o la estética edilicia o se avance o resientan los derechos o bienes jurídicos de terceros, condóminos, etc. Es decir, que para poder hacer uso de esa facultad además de la construcción de obras en contravención debían darse los restantes extremos que tenían que estar previamente determinados por dictámenes o fallos. A su vez, esa facultad no es absoluta sino que por el contrario reconoce una excepción en el artículo 6.3.1.2, inciso d) del mismo Código. En las constancias de la causa el aludido avance sobre las normas vigentes, como también la vulneración de derechos y bienes jurídicos de terceros aparece palmario cuando del propio dictamen del perito ingeniero en la causa “Rivelli de Martín c/ Waisman”, surge que la construcción ocupa el espacio previsto para pulmón de manzana” – ver fs. 346-. Sabida es la finalidad que cumple el espacio libre de manzana para toda la comunidad, por lo que ningún habitante podría apropiárselo de manera ilegítima pretendiendo invocar sobre éste derechos adquiridos. A mayor abundamiento, no puede omitirse mencionar que en los Expedientes N° 28878/0 y 28878/1 el juez a cargo ordenó librar una orden de allanamiento a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto N°

1990/2004, decisión que fue confirmada por la Sala II de la Cámara del fuero –ver. Expte. N° 28878/1 fs. 173/174-. Por otra parte, tampoco puede soslayarse que la demandada ha sido intimada desde el año 2002, en reiteradas oportunidades por la Administración para que proceda a regularizar la situación. V. Que establecido ello, cabe analizar si la decisión adoptada por el Gobierno a través del Decreto N° 1990/2004 resulta razonable, especialmente analizada desde el punto de vista de la proporcionalidad. De las constancias de autos surge que la obra efectuada sin permiso se trata de una construcción realizada sobre el pulmón de manzana, señalándose que a dicha fecha no existe presentación alguna a efectos de regularizar la situación. De acuerdo con ello, la orden de demolición dispuesta por la Administración no resulta desproporcionada ya que la obra fue realizada en lugares de uso común, en contravención de las normas que rigen la materia. Este criterio no entra en colisión con el sostenido por la Sala II del Fuero (in re “Banque Nationale de Paris c/ GCBA s/ Amparo (Art. 14 CCABA)”, sentencia del 28/2/2001), toda vez que si bien allí el Tribunal consideró que la Administración debía adoptar mayores recaudos en su afán de adecuar las obras ya realizadas a la normativa vigente, ello teniendo especialmente en cuenta la posible afectación de derechos individuales. Por el contrario, en el caso de autos, el GCBA intimó en reiteradas oportunidades sin éxito a la parte demandada a regularizar la situación, lo que pone en evidencia el claro desinterés de la parte demandada en obtener una solución al conflicto planteado. Siguiendo esta línea argumental cabe recordar que la regla de razonabilidad se materializa en tres subprincipios; idoneidad, necesidad y proporcionalidad (Conf. ALEXY, Robert, Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, Centros de Estudios Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, España, 2004, p. 36/48. También BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2003, p. 35/36). En esta inteligencia, no puede omitirse ponderar que el primer subprincipio exige que medie una adecuada correspondencia entre la medida adoptada y el fin que se pretende alcanzar. En este contexto, la orden de demolición dispuesta en el caso por la administración aparece adecuada con el objeto perseguido. El segundo subprincipio hace referencia a la elección de la medida menos restrictiva del derecho involucrado; estándar que tampoco se ve vulnerado en la disposición atacada, si se razona que la medida dispuesta es la única posibilidad con la que cuenta la Administración para retrotraer las cosas al estado anterior en el que se encontraban antes de realizada la obra sin permiso. Finalmente, el tercer subprincipio impone una adecuada relación entre la finalidad perseguida y el significado del derecho, impidiendo la negación absoluta de una libertad o la imposición de restricciones de tal envergadura que desnaturalicen el derecho intervenido. Sobre este aspecto, ya me he expedido a lo largo de esta sentencia pero no es sobreabundante señalar una vez más que en autos no hay derechos adquiridos que puedan hacerse valer como consecuencia de un accionar ilícito. Estas consideraciones, me llevan a la convicción que la disposición impugnada supera el test de razonabilidad. VI. Que atento a que el objeto de la presente causa consiste en el allanamiento del inmueble individualizado en autos, a fin de proceder a la ejecución del

Decreto 1990/2004 toda vez que el mismo se encuentra habitado y no resulta libre su acceso. En consecuencia, se solicitó la orden judicial de allanamiento a los efectos de no configurar el delito tipificado en el artículo 151 del Código Penal. En tales condiciones, librese –bajo responsabilidad del peticionario- orden de allanamiento del inmueble sito en la calle Constitución 2250 de esta Ciudad, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 1990/2004. VII. Que para su cumplimiento se designa al Dr. Ricardo F. Scordo como Oficial de Justicia Ad Hoc, y/o a quien la Administración disponga debiéndose informar a este tribunal con anterioridad. Además se autoriza a intervenir en el procedimiento respectivo a los funcionarios que designe la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro, la Dirección General Guardia de Auxilio y Emergencias, Guardia Urbana, Ente de Higiene Urbana del GCBA, pudiendo –en caso de ser necesario y al sólo efecto de hacer cesar un eventual entorpecimiento de sus funciones por parte de terceros y para la ejecución de la presente orden- requerir el auxilio de la fuerza pública (Conf. CNCAF, Sala I, “Fisco Nacional –DGI- c/ Vildex S.A. s/ allanamiento, Sentencia del 08/11/1993). En consecuencia autorízase a la Procuración General a notificar a la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro, la Dirección General Guardia de Auxilio y Emergencias, Guardia Urbana, Ente de Higiene Urbana del GCBA en la forma práctica, quedando bajo su responsabilidad el cumplimiento de dichas notificaciones. VIII. Que el allanamiento y registro del lugar se practicará dentro de los cinco (5) días de librado el mandamiento que aquí se ordena en el horario comprendido entre las 9.30 y 16.30 horas, durante diez (10) días hábiles administrativos, el que deberá diligenciarse en los términos del artículo 134, tercer párrafo in fine del CCAYT, debiendo el personal autorizado labrar el acta correspondiente conforme los artículos 50 y 51 del Código Procesal Penal y en un todo de acuerdo con lo establecido en los artículos 108 y subsiguientes del mismo cuerpo legal. IX. Que el resultado de esta diligencia deberá ser informado en autos dentro del día siguiente hábil en el horario del tribunal, debiendo acompañarse a tal fin las actas que se hubiesen labrado con motivo de dicha diligencia, reiterándose que será bajo exclusiva responsabilidad del peticionario el cumplimiento de la medida ordenada así como los eventuales daños que ésta pudiera irrogar.

En virtud de lo expuesto, **FALLO:** 1º) Haciendo lugar a la demanda interpuesta. En consecuencia, librese –bajo responsabilidad del peticionario- orden de allanamiento del inmueble sito en la calle Constitución 2250 de esta Ciudad, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 1990/2004, de conformidad con lo dispuesto en los considerandos VII, VIII y IX del presente decisorio. 2º) Imponiendo las costas del pleito a la demandada vencida, por no encontrar razones para apartarse del principio objetivo de la derrota (artículo 62 del CCAYT). 3º) Teniendo en cuenta la naturaleza, mérito y eficacia de la labor desarrollada, como así también la cuestión debatida en autos y las etapas cumplidas, regúlense los honorarios de los Dres. Ricardo F. Scordo y Juan Rogelio Damonte por la

dirección letrada del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en conjunto, en la suma de pesos (\$....); y al Dr. Carlos María Mosé Medrano por la dirección letrada de la parte demandada, en la suma de pesos (\$...), conforme arts. 6, 7, 10, 19, 37, 38 y concordantes de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432. Regístrese, notifíquese por Secretaría a las partes y, oportunamente, archívese.

Datos de la Actuación

Fecha de Firma: 01/04/2014
Tribunal Origen: J18
Firmante: LOPEZ ALFONSIN, MARCELO ()