

**“PROMENADE S.R.L. C/MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO
S/DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA”
(1989)**

ED, 135-643.

DICTAMEN DE LA PROCURADORA FISCAL

1º) La empresa Promenade S.R.L., promovió demanda contra la Municipalidad de San Isidro, provincia de Buenos Aires, por cobro de los daños y perjuicios que le causó la revocación, mediante la ordenanza 5203/76, del permiso de construcción de un centro habitacional, comercial y cultural “Paseo de Fátima”, obra parcialmente ejecutada.

Señaló la actora que en el año 1974, inició un expediente de consulta ante la Municipalidad demandada (expte. 08767-S-1974), sobre la posibilidad de realizar la construcción cuyo proyecto se acompañaba, atento que el Código de Edificación vigente por entonces calificaba como “zona parque” el área de emplazamiento elegido. En razón de la magnitud de inversión que suponía el proyecto —agregó— no podía adquirir el terreno en que se levantaría, sin tener la seguridad jurídica de contar con la aprobación reglamentaria de los órganos competentes comunales.

Previos los informes de las oficinas técnicas del Municipio, el Concejo Deliberante sancionó la ordenanza 4744, el 16 de septiembre de 1974, mediante la cual se autorizó al Departamento Ejecutivo a aprobar el mencionado proyecto. Aclaró la accionante que, si bien había encarado la solicitud de autorización por vía de “excepción” a la normativa edificatoria vigente y así también lo había considerado el Departamento Ejecutivo en su mensaje 231, en cambio el Concejo Deliberante suprimió, al sancionar la ordenanza, el concepto de excepción, por lo que pudo razonablemente entenderse que el Cuerpo había modificado el Código de Edificación, en la calificación como “zona parque” del predio en el que se levantaría la obra. Máxime cuando tal edificación —agregó— suprimía una verdadera anomalía normativa, abiertamente alejada de la realidad morfológica urbana, tratándose de un área densamente comercial de la localidad de Martínez sobre la Avenida del Libertador General San Martín en su intersección de la calle Alvear.

Promulgada la ordenanza por dec. 496, el 27 de diciembre de 1974 la Municipalidad aprobó los planos respectivos.

En el curso del año 1975, por una nueva ordenanza (5003/75) se autorizó que en el mismo edificio, una vez construido, funcionaran instalaciones destinadas a sala de conferencias, convenciones, exposiciones, cine y teatro.

Diez meses después —agregó— cuando las obras habían avanzado aproximadamente en el 65 % del total, el intendente municipal *de facto* dictó el dec. 317, de fecha 12 de abril de 1976, ordenando paralizarlas hasta tanto se revieran los antecedentes y circunstancias que dieron origen a la ordenanza 4744/74. Por dec. 559/76 se creó una “Comisión investigadora *ad hoc* y *ad honorem*” para que realizara las más amplias investigaciones que hubiera lugar, tendientes a determinar la eventual responsabilidad administrativa y/o penal que pudiera emerger de la sanción de las ordenanzas cuestionadas.

Señaló la actora que el informe de la Comisión Investigadora concluyó en la existencia de irregularidades en el procedimiento de sanción de la ordenanza 4744/74, pero sin imputar a persona alguna la comisión de actos dolosos, negligentes o culpables “como era de su ineludible obligación hacerlo, para que el imputado tuviere oportunidad de ejercer su derecho de defensa”. Tampoco lo hizo el intendente municipal; recibido el informe, no formuló denuncia alguna ni ordenó sumario para sancionar disciplinariamente a los presuntos responsables.

En cambio, previo dictamen de la Comisión Federal de Asuntos Legales del Municipio, el intendente *de ipso* elevó —a la gobernación— con el mensaje 15, de fecha 1º de octubre de 1976, un proyecto de ordenanza derogando por razones de ilegitimidad las ordenanzas 4744/74 y 5003. Atento la disolución del Concejo Deliberante, debió seguirse el trámite establecido por el art. 10 de la ley 8613.

Advirtió la actora que el gobernador *de ipso* no suscribió el proyecto elaborado por la Municipalidad y pasó las actuaciones a la Asesoría General de Gobierno, la que se expidió con fecha 28 de octubre de 1976; dictamen que constituyó antecedente inmediato y necesario de la llamada ordenanza 5203/76, origen de los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se persigue. Consideró sustancialmente el asesor de gobierno:

- a) Que no existían “vicios de entidad suficiente para afectar la validez de las ordenanzas dictadas por haberlo sido, en efecto, por autoridad competente en materia que le es propia (art. 24 y ss., ley 6769) y que está facultada para dictar su reglamento interno”. “El apartamiento de las normas que debían preceder su sanción —dijo el órgano consultivo— quedó convalidado a través de la aprobación que dio el cuerpo deliberativo, sin que en la sesión respectiva edil alguno haya formulado objeción”.
- b) Que la disposición en cuanto a sus formas, no padece de ilegitimidad, entendiendo por tal lo que no está conforme o no encuadra en la ley, por ausencia de algún requisito o elemento para condicionar la legitimidad de alguna decisión.
- c) Que, por lo tanto, mientras no se pruebe —por decisión de autoridad competente— la comisión de algún ilícito, civil o penal, cabe concluir que la ordenanza ha abrogado para la edificación que se trata, las normas pertinentes del Código de Edificación.
- d) Que no obstante la conclusión a que arribó respecto de la validez de las ordenanzas cuestionadas, el asesor de gobierno sostuvo que no existía impedimento jurídico para que el gobernador lo derogase, en uso de facultades expresas, así como que no correspondía indemnizar los daños que tal derogación provocara, si se atiende al pri-

vilegio y enriquecimiento desigual que importó la construcción de un mayor número de viviendas que las permitidas por el Código de Edificación.

Sobre la base de este dictamen —señaló la demandante— el gobernador *de ipso* dictó la ordenanza 5203/76 en cuyo consid. 5° se hizo constar expresamente que la derogación se sancionaba por razones de necesidad y conveniencia.

Concluyó la actora en mérito de los antecedentes relacionados:

1. Que las ordenanzas 4744/74 y 5003/75 fueron legítimas, legalmente válidas y generadoras de derechos a su favor, los que se encuentran protegidos por la ley y garantizados por la C.N. (arts. 14 y 17) y la Constitución provincial (arts. 9° y 27).
2. Que el art. 1° de la ordenanza 5203 /76, derogó a las anteriores por razones de necesidad y conveniencia (interés público), o sea, de mérito y oportunidad.
3. Que el art. 2° de esta ordenanza al disponer el ajuste de las obras legítimamente realizado sobre el predio, al nuevo Código de Edificación diciembre 7/1976) impuso una condición ilegal e irrazonable, por ser de cumplimiento imposible, por lo que significó en realidad el aniquilamiento total y definitivo de las obras con grave daño y flagrante violación de garantías constitucionales.
4. Que la Municipalidad de San Isidro está inexorablemente obligada a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, en mérito a los fundamentos de la responsabilidad del Estado; indemnización que, para ser justa e integral debe resarcir tanto la pérdida o disminución de los valores económicos ya existentes (daño emergente) como la frustración de ventajas económicas esperadas (lucro cesante). En sendos capítulos de la demanda, se justificaron los diversos rubros de daños y de lucro cesante como resarcimiento se pretende en autos.

En el cap.VI de la demanda, la actora introdujo la cuestión federal, sosteniendo que las ordenanzas 4744/74 y 5003/75 le habían acordado un derecho que pasó a su propiedad, en los términos de reiterada jurisprudencia de la Corte; derecho del que ha sido privada por la ordenanza 5203/76, sin indemnización, en violación de los arts. 14, 16 y 17 de la C.N.

2°) Contestó la demanda la Municipalidad de San Isidro. Luego de negar circunstanciadamente las afirmaciones de la actora, definió sus defensas en los párrafos 27 y 28 (y su ampliatoria 5003/75), era nula de nulidad absoluta, y que por ende fue revocada por razones de ilegitimidad, sin que tal modo de extinción genere —a la actora— el derecho a ser indemnizada.

Sostuvo que la ordenanza revocada tenía vicios en el procedimiento, en la motivación y en la causa, así como afectaba el bloque de legalidad creando un privilegio. En apretada síntesis, los vicios que señaló el representante del municipio demandado fueron los siguientes:

- a) las sesiones ordinarias del Concejo Deliberante eran los días lunes y el proyecto se elevó un día martes;
- b) el mensaje 231 del intendente municipal aludía a un informe del Departamento de Planeamiento en el sentido de que el anteproyecto infringía normas del código vigente, por lo que debía tratárselo como excepción;
- c) la Comisión de Obras Públicas del Concejo dictaminó favorablemente el proyecto, diciendo que compartía los conceptos contenidos en el mensaje 231. Sin embargo aconsejó sancionar la ordenanza suprimiendo el art. 2° del proyecto, que aludía a la excepción;
- d) que la ordenanza sancionada careció así de motivación, por cuanto no expresaba en qué se fundaba para otorgar la autorización fuera de la vía de excepción.
- e) quien inició el expediente administrativo solicitando el permiso excepcional de edificación fue el profesional interviniente en la elaboración del anteproyecto y no el propietario, que adquirió el inmueble recién después de la ordenanza 4744;
- f) dicha ordenanza constituye una resolución administrativa de carácter particular o individual (permiso excepcional de edificación) que no puede vulnerar o violar una norma de carácter general (Código de Edificación), sin afectar el bloque de legalidad, creando un privilegio inconstitucional.

3°) Con referencia a la excepcionalidad del permiso acordado, con fundamento en la ordenanza 47444/74, cabe señalar que la actora denunció como hechos nuevos, en los términos del art. 363 del Cód. Procesal, 92 casos de excepciones la Código de Edificación, decretados por la municipalidad demandada, entre los meses de enero y setiembre de 1978, “que ponen de manifiesto —dijo entonces— que en esa materia, es algo común establecerlas sin que ello implique la ilegalidad de los actos que las autorizan”.

Con la oposición de la demanda el juez de grado admitió los hechos nuevos expuestos y la prueba que sobre ellos podrían producir las partes. A fs. 487/535, obra el dictamen producido por los peritos de parte y por el perito tercero designado de oficio, arquitecto Ezequiel E. D. Pérez Millán Elizalde, quienes entre otros puntos, tuvieron que expedirse sobre el siguiente: “Para que determine, mediante la compulsión de los respectivos expedientes administrativos, si en los casos detallados en el capítulo II del escrito de fs. 229/33 y su otrosí digo, la Municipalidad de San Isidro ha otorgado excepciones al Código de Edificación y en qué consisten las mismas”. Respondieron a ese punto los peritos de la actora y tercero, a fs. 500/518 vta., concluyendo que, de los 93 expedientes municipales denunciados por la actora, solamente pudieron expedirse sobre 45, dadas las demoras de la Municipalidad de San Isidro en

hacer entrega de los mismos. De ellos, 13 expedientes fueron considerados excepciones, por apartarse abiertamente de las especificaciones del Código de Edificación. Los otros restantes si bien no cumplimentaban todos los requisitos del Código, se refieren a situaciones de menor significación.

En cuanto al perito de la demandada se expidió en el sentido de que no se trataban de excepciones, sino que se relacionaba con interpretaciones y adecuaciones que el mismo Código de Edificación contempla, apriorísticamente en su art. 2.2.1.

En lo que respecta a otra obra en el mismo partido de San Isidro, sita en la calle Vicente López 335, los peritos de la actora y tercero determinaron que aún después de la serie de conclusiones para limitarla y adecuarla a las exigencias legales pertinentes, quedó al margen del Código de Edificación”, tanto en lo que respecta a la altura máxima permitida, cuanto a sus superficie edificada. La perito de la demandada, en cambio informó que el edificio aludido encuadraba perfectamente en el Código vigente.

A su vez, a fs. 682/688 dieron explicaciones, los peritos, requeridos por la actora; y a fs. 698/719 ampliaron el peritaje, respecto de los expedientes administrativos que no habían podido examinar. Luego de analizar circunstanciadamente cada uno de los casos, la perito de la parte actora y el perito tercero concluyeron que de un total de 43 expedientes, 25 fueron considerados excepciones que se apartaban abiertamente de las especificaciones del Código de Edificación, 11 fueron considerados excepciones de menor significación y los 18 restantes conforme con el citado Código. La perito de la demandada reiteró su postura de fs. 519.

Del análisis pericial de los expedientes de excepción examinados, surgió otra circunstancia que fue alegada por la actora a fs. 1059 vta./1060; muchas peticiones fueron formuladas por los profesionales que confeccionaron los planos y proyectos, por sí solos o juntamente con los propietarios, sin que la Municipalidad de San Isidro considerase irregulares las presentaciones suscriptas solamente por los profesionales.

4°) El juez de primera instancia en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, ante quien tramitó la presente causa, se declaró incompetente a fs. 1141, decretando al nulidad de todo lo actuado. Para así decidir sostuvo que un examen detenido en la pretensión contenida en la demanda base de las presentes actuaciones hace llegar a la conclusión que constituye una cuestión contencioso-administrativa de competencia originaria y exclusiva de la Suprema Corte de Justicia. La pretensión indemnizatoria reclamada debe entenderse que sustituye a los derechos administrativos dejados sin efecto por la demandada en ejercicio de sus poderes como persona de derecho público. Por ello, el rubro indemnizatorio debe participar de la misma naturaleza del derecho administrativo cercenado. De allí deviene el reclamo en autos de en el ámbito propio de lo contencioso administrativo con competencia improrrogable y de orden público de nuestro más Alto Tribunal provincial. Cuando el legislador considera conveniente otorgar competencia a los jueces de la instancia ordinaria en materia indemnizatoria ocasionada por el accionar lícito de la Administración pública lo señala expresamente. (art. 24, ley 5708)”.

Recurrida la sentencia fue confirmada por la Sala II de la Cámara Primera de Apelación del fuero, del Departamento Judicial de San Isidro, a fs.1204/1208.

Dedujo la actora recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y de nulidad a fs. 1218/1224, el que fue resultado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia a fs. 1245/1252. En su pronunciamiento el superior tribunal local declaró que la causa es de su competencia originaria (art. 6°, Cód. Cont. Adm.), por cuanto señaló: “En autos se discute si procede o no la indemnización. Así quedó trabada la litis, y el fallo, en definitiva, deberá decidir si la ordenanza 5203 por la cual se revocan las anteriores —4474/74 y 5003/75— de las cuales emergió o se reconoció —según la postura— el derecho cuya conculcación dio origen a la demanda de autos, se dictó basada en razones de oportunidad, mérito o a conveniencia, o en razones de ilegitimidad, materia de neto y total contenido administrativo. Y esa decisión es fundamental para reconocer o no la pretensión indemnizatoria de la demandante, objeto del juicio.

5°) La tesis central de la mayoría de los integrantes de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, que decidió a fs. 1392/1423 rechazar la demanda, se basó en el “principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos”, según el cual ningún órgano administrativo puede válidamente violar sus propias reglamentaciones concluyendo así que las ordenanzas municipales que autorizaron a la actora a construir eran nulas, de nulidad absoluta, por establecer previsiones particulares que desconocieron las normas edificatorias generales sancionadas, con anterioridad, por el Municipio. En consecuencia, la abrogación dispuesta por la ordenanza 5203/76 —dijeron— se basó en la ilegitimidad de los actos que dejó sin efecto, los que importaron una solicitud inválida que no pudo generar derecho alguno a favor de la accionante.

Para así decidir, la mayoría del tribunal *a quo* tomó en consideración:

- a) que conforme a sus propios precedentes, debía examinar la nulidad de la ordenanza que concedió el permiso de edificación cuya revocación dio lugar a la presente causa, siendo tal nulidad —articulada por el Municipio demandado— puede ser opuesta tanto por vía de acción como de excepción;
- b) que la doctrina administrativa sostiene, de manera uniforme, que para poder dictar un acto de alcance particular que se aparte de una norma reglamentaria preexistente, es menester derogarla, modificarla o interpretarla en forma tal de permitir que, junto a la regla general, coexiste una excepción razonable, creada sobre datos objetivos, susceptible de ser utilizada por cuantos se encuentren en la misma situación;

- c) que las conclusiones del asesor general de gobierno, en el sentido de que la ordenanza 5203/76 abrogó, para la edificación de que se trata, las normas anteriores del Código de Edificación, basándose en principios civilistas sobre derogabilidad e inderogabilidad tácita de las leyes (“ley especial nueva deroga a la anterior general en cuanto a la materia comprendida en el nuevo régimen legal”), son ajenas a la cuestión de la jerarquía normativa de las reglamentaciones administrativas respecto de los actos de alcance particular;
- d) que, admitida entonces la irregularidad de las ordenanzas 4744/74 y 5003/75, éstas han sido revocadas por causa de legitimidad por medio de la ordenanza 5302/76; ello así pese que el consid. 5° de esta última alude a “razones de necesidad y conveniencia”. Esta expresión, concluyeron, se refería a la subsistencia de un interés público suficiente para fundar el ejercicio —por parte de la Administración pública— de la facultad anulatoria concedida por el ordenamiento y condicionada por la ilegitimidad del acto como justificación esencial;
- e) que resultaba intrascendente la prueba ofrecida por la actora en consecuencia de los hechos nuevos denunciados a fs. 229/233 (permiso de excepción al Código de Edificación decretados por el Municipio demandado), pues indudablemente nadie podría fundar un derecho sobre precedentes administrativos donde la ley hubiese sido quebrantada, ya que la fuerza de ellos dependería de su conformidad con las normas y de la subsistencia de las razones de interés público que les pudiera haber dado origen.

Discreparon en la opinión de la mayoría, los jueces del tribunal *a quo*, Dres. Cavagna Martínez y Negri.

El primero, hizo mérito a los antecedentes administrativos y técnicos de la ordenanza 4744/74 que destacaban el carácter “aceptable y lógico” del proyecto en razón de que el lugar elegido para la construcción, constituía en realidad, una continuidad de la zonificación comercial, que luego se concretó con la modificación anticipada en el Mensaje de Elevación 231/74. Agregó el Dr. Cavagna Martínez que si bien es relativo el valor como precedentes de los numerosos permisos otorgados por la misma normativa y excediendo los límites por ella impuestos, la reiteración de tales situaciones fácticas deviene trascendente en el caso como elemento corroborante de la apreciación inicial documentada en los antecedentes de la ordenanza 4744/74, en punto a una configuración real de las zonas reveladoras de la necesidad de modificar el Código de Edificación. Si los restantes permisos de excepción para edificar, que se aprobaron en autos —agregó— no fueron revocados por el municipio demandado, ello constituye un indicio suficiente para presumir que la invocación de “necesidad y conveniencia” en la ordenanza 5203/75, para derogar el permiso otorgado a la actora, constituye la motivación cierta del acto respectivo. “Frente a la vigencia y concreción total de las obras cuya edificación se autorizó bajo la misma normativa —dijo— no puede considerarse preponderantemente decisiva la razón de ilegitimidad que esgrime la comuna como causal de revocatoria”.

El voto disidente del mencionado juez se fundó, asimismo, en los precedentes del tribunal *a quo* que aplicaron el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos y sus especiales condicionamientos excepcionales: razonabilidad, objetividad e igualdad. En el caso —excepcionado o derogado el Código de Edificación—, lo cierto —dijo— es que la ordenanza 4744 que facultó al departamento ejecutivo a aprobar el proyecto de edificación fue creada sobre antecedentes objetivos, ponderados como razonables por el órgano deliberativo, único con competencia exclusiva y excluyente para poder hacerlo. Concluyó, sobre esas bases que la norma particular así expresada no pudo ser abrogada por razones de ilegitimidad, puesto que el desvío de la norma general fue meditada, concienzuda y técnicamente decidido, por razones que —verdaderas o no— interesaban a la comunidad.

Luego de encuadrar la presente causa en el precedente de este Tribunal, *in re*: “Pustelnik, Carlos A. y otros” (*Fallos*, 293:133) y en la doctrina de V.E. sobre responsabilidad del Estado por daños causados sin culpa de los particulares (*Fallos*, 302:159; 305:578; 1046:1718), concluyó valorando los rubros indemnizatorios pretendidos por la actora, en concepto de daño emergente y lucro cesante.

En cuanto a la disidencia del doctor Negri, partió de reconocer la ilegitimidad de origen de las ordenanzas 4744/74 y 5003/75, por su contradicción con el Código de Edificación y la inexcusable sanción de la ordenanza revocatoria 5203/76, que vino a recomponer el ordenamiento jurídico lesionado.

Pero esa necesaria rectificación —afirmó— no empece a que puedan proceder indemnizaciones si, como consecuencia del acto ilegítimo luego rectificado, hubiesen nacido derechos y se hubiesen producido gastos a cargo de terceros. Luego, fundó el resarcimiento en la responsabilidad del Estado por su actividad lícita (porque es lícito dejar sin efecto lo ilícito) y en la conducta del tercero que realizó gastos y adquirió derechos. En este caso —señaló— no ha quedado probada la participación ilícita del actor en el dictado de resoluciones que lo favorecieron y que gozaron de una inicial presunción de responsabilidad.

6°) Contra el pronunciamiento del superior tribunal local, que rechazó la demanda por mayoría, dedujo la actora el recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48, que fue concedido a fs. 1484.

Sostiene la apelante que la sentencia del superior tribunal es violatoria de garantías constitucionales y arbitraria, haciendo definitiva la privación del derecho de propiedad de Promenade S.R.L., sin ley que autorice el desamparo, sin indemnización previa y sin una sentencia que sea aplicación del derecho vigente, con arreglo a las circunstancias particulares del caso.

Funda el remedio federal en los siguientes agravios que enuncio sucintamente:

- a) El tribunal *a quo*, al pronunciarse sobre la nulidad de las ordenanzas en cuya virtud se concedió a la actora el permiso de edificación, incurrió —dice— en una arbitraria prescindencia del orden normativo vigente.

El principio de que una ordenanza municipal posterior deroga, modifica o se integra al orden jurídico preexistente, tiene inequívoco sustento normativo —afirma— en el derecho público provincial, de inexcusable aplicación en el caso y que ha sido omitido por el tribunal.

Por una parte, la Constitución de la provincia de Buenos Aires, al establecer —en el art. 183— las competencias de los municipios distingue entre las “ordenanzas” y los “reglamentos” que están facultados a dictar (inc. 6°); y se refiere a ordenanzas generales y especiales, en el inc. 5° sin precedencia jerárquica alguna o diferencias de rango entre ambas.

Por la otra, en la ley orgánica de las municipalidades (dec. ley 6769/58 y sus reformas), agrega la recurrente, se establece un régimen derogatorio de las ordenanzas que el fallo impugnado no ha tomado en consideración (arts. 77, inc. a, y 281 LOM).

- b) En el régimen de la LOM la peculiaridad de las ordenanzas como categoría normativa y sus diferencias con los reglamentos, reside en una serie de factores concurrentes, entre los que cabe destacar sus características formales y la conformación del órgano del que emanan.

Afirma la apelante, con apoyo de pacífica doctrina municipalista que por su naturaleza jurídica las ordenanzas son asimilables a las leyes locales. De ahí que el aparente fundamento del fallo, basado en la inderogabilidad singular de las ordenanzas generales pierde toda virtualidad, toda vez que tal principio no se aplica a los actos generales de naturaleza legislativa.

Tratándose de relaciones entre ordenanzas comunales —agrega la actora— cobran plena vigencia los principios de *lex posterior derogat priori*, *lex specialis derogat generalis*, o según el caso, *lex posterior generalis non derogat specialis*, dado que en el régimen constitucional y legal en vigencia, no hay norma alguna que determine la jerarquización de aquel tipo de disposiciones en razón de su mayor o menor generalidad.

En consecuencia, nada obstaba para que el Concejo Deliberante de San Isidro, al sancionar las ordenanzas 4474/74 y 5003/75, introdujera variaciones, modificaciones o derogaciones a lo establecido en las ordenanzas 3805/71, tal como lo expresara el asesor general de gobierno de la demandada, en las actuaciones administrativas previas a la emisión de la ordenanza derogatoria 5203/76.

- c) Sostiene al apelante que, aun admitiendo como válido el presupuesto de la sentencia (el de un órgano administrativo que deroga su propia reglamentación), ella es aun descalificable como acto judicial, pues prescinde de circunstancias comprobadas de la causa, conducentes para su decisión e incurre, en razón de tal omisión, en autocontradicción.

El voto mayoritario —dice— reconoce la posibilidad de que un acto de alcance particular se aparte de sus propias reglamentaciones, a cuyo efecto debe derogar la norma reglamentaria preexistente, modificarla o interpretarla en forma tal de permitir que, junto a la regla general, coexista una solución razonable, creada sobre datos objetivos, susceptible de ser utilizada por cuantos se encuentren en la misma situación.

Según la actora, en el caso median todos los supuestos que el fallo impugnado propone como condición de validez del acto singular, pero ellos han sido desdeñados arbitrariamente —afirma— por el tribunal. En el cap.V del recurso extraordinario la apelante se refiere extensamente a las constancias de la causa que justifican: 1) la razonabilidad de la excepción creada sobre datos objetivos, y 2) la generalización de las excepciones.

Se agravia, por ende, de la arbitraria omisión de prueba decisiva —los dictámenes periciales reunidos en la causa— tendiente a demostrar las numerosas excepciones al Código de Edificación, acordadas por la Municipalidad demandada, que en ningún caso dieron lugar a la sanción. Ninguno de los permisos acordados en abierto apartamiento al Código citado, determinó —dice— ni paralización de las obras ni demolición.

Concluye, al parte agraviada en que hay una grave indefensión y una consecuencia invalidante del fallo: al sentirse dispensado el tribunal de la obligación de analizar la prueba, no ha podido válidamente concluir que en el caso no convergían todos los requisitos que, en el criterio mismo de la Corte local, justifican la derogabilidad singular de las normas generales.

- d) Hace mérito la apelante de las regularidades de las ordenanzas 4744/74 y 5003/75, así como de los actos administrativos que las complementaron formalizando la actuación para edificar conferida a Promenade, S.R.L.

Sostiene que las ordenanzas no exhiben vicios en sus elementos esenciales: en el modo de prepararse y emitirse la voluntad del Concejo Deliberante, es decir en el procedimiento y formas legales observadas; en su causa y fin público; en cuanto a la competencia del órgano emisor, dado que el departamento ejecutivo tuvo decisiva y evidente intervención en el otorgamiento de la autorización para construir, antes y después del dictado para las ordenanzas en cuestión, circunstancia que impide predicar la trasgresión de las reglas de la competencia, como arbitrariamente —dice— ha apreciado el Dr. Laborde en su voto.

De la plena legitimidad, o al menos, de la regularidad de los mencionados actos, la apelante deriva la improcedencia de su revocación por razones de ilegitimidad (o anulación), en vía administrativa, cuando declara derechos, como ocurre en el *sub lite* (conf. arts. 5°, Cód. Cont. Adm. provincial; 114, dec. ley 7647/70 y 114 ordenanza general 267/80).

Agrega que resulta aplicable, asimismo, la doctrina del Tribunal conforme a la cual la estabilidad de los actos administrativos impide su revocación por el propio órgano que los emitió, a menos que se hubiera incurrido en una grave y manifiesta irregularidad, determinante de la nulidad absoluta de tales actos (*Fallos*, 270:162; 277:430 entre

otros) como, por ejemplo, cuando media un grave error de derecho, lindante con la incompetencia, que excede los límites de lo meramente opinable en materia de interpretación legal (*Fallos*, 250:491; 255:231; 265:349, entre muchos).

Tal doctrina, que se sustenta en los derechos nacidos de actos que, aunque tuvieran ciertos vicios, no padecen de absoluta invalidez, ha sido aplicada por V.E. en un caso —dice la apelante— sustancialmente análogo al presente, tal como lo recuerda el voto del Dr. Cavagna Martínez. Se trata del caso “Pustelnik” (*Fallos*, 293:133).

- e) Afirma la actora, la arbitrariedad del fallo recurrido en cuanto concluye que la ordenanza 5203/76 derogó las anteriores por ilegitimidad. Funda su apreciación en que el tribunal ha prescindido de la voluntad declarada del acto y de los antecedentes de su gestación: 1) en sus considerandos se dan razones de “necesidad y conveniencia”; como fundamento conclusivo de la derogación; 2) la opinión vertida en el dictamen de fs. 196/197, por el asesor general de gobierno, provocó una rectificación fundamental: de un proyecto de ordenanza anulatoria, se pasó a una ordenanza revocatoria, por razones de “necesidad y conveniencia”.
- f) La arbitrariedad del fallo impugnado se basa también —siempre a criterio de la apelante— en haber omitido considerar una norma vigente al tiempo de sancionarse la ordenanza 5203/76, esto es el decreto ordenanza 1917/76 emanado del delegado nacional a cargo del Poder Ejecutivo provincial y el decreto municipal 1654/76, reglamentario del anterior. Por medio de los decretos mencionados se declaró la nulidad de las reglamentaciones para construir inmuebles acordadas entre el 25 de mayo de 1973 y el 23 de marzo de 1976, con el carácter de excepciones a la ordenanza 3805/71 que, a la fecha de su emisión, no hubieran tenido “principio de ejecución” (art. 1°). Por su parte el dec. 1654/76 precisaba el alcance de este último concepto, determinando que el hecho obstativo de nulidad —principio de ejecución— se configuraba cuando en las obras se verificaba el replanteo, excavación para cimientos y ejecución de datos a más de la acreditación de la aprobación de los planos y el pago de los derechos de construcción.
- De las disposiciones aludidas, extrae la apelante dos conclusiones: 1) la demandada carecía de competencia para disponer la anulación del permiso otorgado a la actora por cuanto del mismo se hallaba con principio de ejecución; 2) el hecho de haberse prescindido en el caso de la aplicación de los decretos citados descalifica totalmente la conclusión del voto mayoritario del fallo impugnado en cuanto afirma que la ordenanza 3205/76 constituye un acto de revocación o anulación por ilegitimidad.
- g) Aun suponiendo que, en la especie, hubiera mediado una legítima anulación de la licencia para construir, afirma la recurrente su derecho a percibir la indemnización que reclama fundándola en las siguientes circunstancias: 1) la conducta desplegada por la actora quien obró con total buena fe y sin negligencia limitándose a petitionar lealmente una autorización, sin ocultar ni tergiversar dato alguno del proyecto constructivo; 2) la prueba de los ingentes gastos en que incurrió la accionante así como la plena certeza acerca de las ganancias que las obras habrían de generar a su favor; 3) la doctrina de V.E. que ampara el derecho de propiedad de los administrados por el obrar legítimo del Estado, en tanto al lesión no se deba a su propia culpa; 4) la doctrina del derecho urbanístico, según la cual la Administración debe reparar las consecuencias dañosas del acto válido, luego revocado por ella misma dado que se ha configurado una “falta de servicio”.

7°) A mi modo de ver, analizados los agravios a la luz de las constancias de la causa, encuentro que existe materia federal que justifica su examen en esta instancia. Si bien se debaten aquí cuestiones de hecho, prueba y derecho local, ajenas como regla a la vía del art. 14 de la ley 48, estimo configurado un supuesto de excepción a dicho principio, en tanto el fallo recurrido entraña una afectación a las cláusulas constitucionales invocadas por la apelante, pues no se muestra, conforme conocida doctrina de V.E., como conclusión razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

Asimismo, este tribunal ha decidido, reiteradamente, que las resoluciones judiciales que omiten cuestiones oportunamente propuestas, conducentes para la decisión del juicio, carecen de base adecuada para sustentarlas y deben descalificarse (*Fallos*, 306:950, entre otros).

El pronunciamiento recurrido no cumple con esas exigencias, al desestimar —por mayoría— la demanda, sobre la base de considerar que la abrogación dispuesta por la ordenanza 5203/76 se fundó en la ilegitimidad de las ordenanzas 4744/74 y 5003/75 que dejó sin efecto las que habían otorgado una autorización para construir que —a su juicio— no pudo generar derecho alguno a favor de la accionante. El *a quo*, basándose exclusivamente en el principio de la “inderogabilidad singular de los reglamentos” sostuvo que el Concejo Deliberante del Municipio demandado no pudo válidamente apartarse de sus propias reglamentaciones urbanísticas generales, al dictar las ordenanzas que autorizaron —al Departamento Ejecutivo— a aprobar el proyecto de lo que sería el “Paseo de Fátima”.

A mi entender asiste razón a la apelante en cuanto a que el aparente fundamento del fallo, basado en la inderogabilidad particular de las reglamentaciones generales pierde toda virtualidad, atento a que el aludido principio no se aplica a los actos normativos de sustancia legislativa, como son las ordenanzas municipales, respecto de las cuales cobra plena vigencia las reglas generales de *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generalis*.

En el marco del régimen municipal estatuido por la Constitución de la provincia de Buenos Aires (Sección Sexta, Capítulo Único) que prevé que las municipalidades estarán compuestas por un departamento Ejecutivo unipersonal y un departamento Deliberativo y que constituye una de sus atribuciones inherentes la de dictar ordenanzas y reglamentos (arts. 181 y 183 inc. 6°), la Legislatura local ha sancionado la Ley Orgánica de las Municipalidades (dec. ley

6769/58 y sus modificaciones) en la que se deslindan las atribuciones y responsabilidades de cada uno de los departamentos de gobierno.

Conforme al art. 24 de la LOM, “la sanción de las ordenanzas y disposiciones del municipio corresponde con exclusividad al Concejo Deliberante”; las ordenanzas así sancionadas por el órgano competente “regirán mientras no sean derogadas por otras que expresamente las mencionen” (art. 281). Compete, por otra parte al Departamento Ejecutivo “promulgar y publicar las disposiciones del Concejo o vetarlas dentro de los diez días hábiles de su notificación. Caso contrario quedarán convertidas en ordenanzas” (inc. 2°, art. 108) y “reglamentarlas” (inc 3°, mismo artículo).

En la LOM las ordenanzas han sido nítidamente de las reglamentaciones de los órganos burocráticos o descentralizados de la administración comunal, tanto por sus características formales, como por el origen y conformación del órgano del que emanan y el procedimiento de su formación y sanción. Las ordenanzas emanan de un órgano de gobierno elegido por el sufragio popular, es, como la ley, una expresión soberana de la voluntad popular, de la voluntad comunitaria organizada. En cambio, el reglamento, si bien materialmente legislativo, emana de un órgano que ejerce actividad esencialmente administrativa, mediante un cauce formal distinto según un procedimiento que tiene por característica la organización jerárquica. El reglamento que en la estructura municipal es producto de la voluntad de los órganos ejecutivos (intendente, secretarios, y funcionarios dependientes), pertenece a la esfera de la “administración”, que es una organización instrumental de gestión, tiene carácter vicarial y subordina permanentemente su voluntad a las normas dictadas por los representantes directos del pueblo (conf. García de Enterría, Eduardo: *Legislación delegada. Potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 8 y ss.).

V.E. se ha pronunciado recientemente sobre el carácter de legislación local de las ordenanzas municipales, frente a las resoluciones administrativas de las emanadas de las autoridades de las entidades autárquicas” (*in re*: “Rivademar, Ángela D. B. Martínez Galván c/Municipalidad de Rosario s/recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción”, R. 593, XXI, sent. de marzo 21-1989, ED, 133-540, fallo 41.674, en especial consid. 8°; el subrayado no pertenece al original).

Esta función legislativa del Municipio, por otra parte no es ajena a la experiencia comparada. En Uruguay, los gobiernos municipales ejercen el poder jurídico de dictar normas de carácter general obligatorias para sus habitantes, con valor y fuerza de “ley” en su jurisdicción. Similar denominación reciben las normas comunales de Brasil.

En igual sentido se ha pronunciado el Superior Tribunal de Córdoba, reconociendo que las ordenanzas dictadas por las municipalidades, dentro de la órbita de sus funciones, no configuran actos administrativos, sino actos legislativos de carácter comunal, ajenos por ende a la materia contencioso-administrativa (sent. de octubre 30, 1972, en autos “Frigorífico Carveli S.A. c/Municipalidad de Córdoba”, JA, 18-620).

En tales condiciones resulta evidente, desde mi punto de vista que contrariamente a lo declarado por el *a quo* en el voto mayoritario, la autorización para construir que otorgara la actora; el Departamento Ejecutivo de San Isidro especialmente autorizado por el Concejo Deliberante de esa localidad, no aparece *prima facie* fulminada de nulidad absoluta y manifiesta, como lo ha declarado el tribunal por la exclusiva y mecánica aplicación del principio de “inderogabilidad singular de los reglamentos”, principio que rige en el ámbito de los órganos burocráticos de la Administración, pero que no resulta aplicable a las ordenanzas municipales, sin norma constitucional o legal que así lo establezcan; normas que, por otra parte, el tribunal no se ha preocupado por señalar.

Ello, a su vez, lleva a concluir que la sentencia recurrida adolece, en este aspecto, de una decisiva carencia de fundamentación que la descalifica como acto jurisdiccional válido (*Fallos*, 298-565, entre otros).

8°) Por otra parte, cabe destacar que la demanda no se dirigió a cuestionar la ordenanza derogatoria 5203/76, sino a reclamar los daños y perjuicios que tal decisión habría irrogado a la empresa actora.

En tal sentido, aun desde la tesis del tribunal *a quo*, que entendió legítima la revocación debido a la nulidad que —a su juicio— padecían las ordenanzas autorizatorias, surge inexcusable el análisis de las circunstancias que precedieron al dictado de estos últimos actos, dotados en su momento de presunción de legitimidad y plena operatividad, tanto para determinar la buena o mala fe de la accionante, como el grado de previsibilidad del riesgo que asumía al construir en tales condiciones.

De las particulares circunstancias de la causa judicial se extraen elementos de juicio relevantes que conducen a la conclusión de que la autorización para construir no estuvo viciada, en su origen de ilegitimidad manifiesta, tal como lo expresara el asesor general de Gobierno, en su dictamen previo a la sanción de la ordenanza derogatoria. Si tal fue la opinión técnica del asesor jurídico natural del órgano que dictó la norma derogatoria, va de suyo que no podría argüirse sobre la irregularidad patente de las autorizaciones concedidas a la actora, con el objeto de negarle todo derecho a la reparación de los perjuicios que le irrogó la actuación del Municipio demandado.

El examen de la conducta asumida por la empresa, a mi modo de ver, resulta imperioso para determinar los efectos posteriores de la declaración de invalidez, toda vez que el dolo o culpa del particular —o su ausencia— son datos a computar para establecer la responsabilidad de la comuna que, a través de sus órganos constitucionales de gobierno, autorizó, en su momento la obra, y con tal proceder, llevó a que se realizaran inversiones luego frustradas por el retiro de permiso de construcción.

De ahí que en mi opinión debe acogerse el agravio de la apelante, fundado en la arbitraria omisión de prueba decisiva —los dictámenes periciales reunidos en la causa— tendientes a demostrar la razonabilidad de la excepción

acordada en relación con las normas generales del Código de Edificación, así como la generalización de las excepciones. Estas últimas, asimismo, aunque no resulten hábiles para fundar un derecho sobre precedentes administrativos donde la ley ha sido quebrantada —según señaló el *a quo*— sirven sin embargo para evaluar la apariencia de legitimidad (regularidad) de las ordenanzas autorizatorias y la conducta asumida por la apelante.

En este marco, el voto del Dr. Negri reconoce la inocencia del administrado, que realizó gastos y adquirió derechos, en mérito a una decisión de la Municipalidad demandada que lo indujo razonablemente a adquirir un inmueble, efectuar inversiones y construir sobre la base de un proyecto aprobado por los órganos competentes locales.

En este último enfoque de la cuestión, que es precisamente el que encuadró la demandada, es decir, el de la responsabilidad del Estado por los daños que genera el obrar lícito o ilícito de la Administración, debe admitirse que el tribunal *a quo* no ha receptado la orientación de la jurisprudencia del tribunal en lo atinente a los principios generales que rigen el tema bajo examen. En efecto, este tribunal ha admitido el principio de la responsabilidad estatal por sus actos lícitos que originen perjuicios a particulares, aunque tal regla pudiera encontrar obstáculos en razones de fuerza mayor; en un contrato o en una ley específica que dispusiera lo contrario para algún caso singular; excepciones estas que no están presentes en el *sub examine* y que tampoco el voto mayoritario ha tomado como fundamento su decisorio.

9º) Por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto, dejar sin efecto el fallo apelado y disponer que se dicte un nuevo pronunciamiento.

Mayo 31 de 1989.

Fdo.: *María G. Reiriz.*

FALLO DE LA CORTE

Buenos Aires, agosto 24 de 1989.

CONSIDERANDO:

Que esta Corte comparte y hace suyas las conclusiones del dictamen de la procuradora fiscal, a cuyos términos corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello se resuelve declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Hágase saber y oportunamente remítase al tribunal de origen para que, por quien corresponda se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente.

Fdo.: *Augusto C. J. Belluscio, Carlos S. Fayt, Enrique S. Petracchi, Jorge A. Bacqué.*