

EL DIFÍCIL ENTRAMADO DE LA REALIDAD EN LOS FALLOS SOBRE URBANISMO

Por Orlando PULVIRENTI

SUMARIO: I. Introducción.- II. Diversidad de intereses en conflicto. III. Proceso judicial: ¿es adecuado el proceso que se sigue?- IV. Proceso judicial: ¿hay cuerpo pericial para estas tareas?- V. Cautelares.- VI. Sentencias: ¿quién las cumple? Y ¿qué se hace con la obra terminada?- VII. Conclusiones

I. Introducción

Recientemente el Dr. CASÁS, Juez del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al expedirse sobre una cuestión ajena, pero comprometida con el entramado político local, desnudó las razones prácticas que pueden llevar a una decisión judicial ¹. La pregunta que ello genera es, si volcar tales pareceres escapa al ámbito de una sentencia. Entiendo que lejos de desvirtuar su voto, expresa concretamente el conjunto de circunstancias que muchas veces no escritas en el decisorio, están presentes en el ámbito de un decisor al sentenciar. En tal sentido, plantea el dilema entre atenerse exclusivamente al camino que marcan las reglas existentes, ignorando la realidad o haciéndose cargo de la misma proceder impartiendo real justicia ².

1 TSJ CABA, “Unión Cívica Radical c. CABA s. Electoral”, 10/02/2015 comentado por PULVIRENTI, Orlando, LL CABA, año 5, N° 3, Junio 2015, p. 208.

2 Ya nos hemos referido a esta cuestión en distintas ocasiones, ver: PULVIRENTI, Orlando, “La Corte marca el camino hacia la normalidad institucional”, Sup. Adm. 2010 (septiembre), 66, La Ley 2010-E , 360, Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ~ 2010-06-15 ~ “Administración Federal de Ingresos Públicos c. Intercorp S.R.L.”. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ~ 2010-06-15 ~ “Thomas, Enrique c. E.N.A.”. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ~ 2010-06-15 ~ “Hermitage S.A. c. Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos- Título 5 - ley 25.063” y ANTONIETTA, Maximiliano, Juan LIMA FERNANDO y PULVIRENTI Orlando, “El rol de la justicia y los límites de su competencia (un comentario urgente al fallo ‘Thomas’)”, Sup. Adm. 2010 (septiembre), 62, La Ley 2010-E , 357,

Esta introducción no resulta casual. Si algo caracteriza los conflictos urbanísticos es precisamente la existencia de cuestiones que desbordan los estrictos límites jurídicos. ¿Alguien acaso puede dudar de que detrás de cada proyecto de desarrollo de edificaciones, se hallan en juego millones de pesos? ¿Puede asumirse que esos intereses no se mueven tejiendo complejos entramados de lobby? ¿Es razonable no suponer que por sí o por medio de sus letrados, no se manejan importantes agendas que incluyen funcionarios con incidencias en la Justicia? ¿Puede creerse que no medien en este entramado actos de corrupción? ³. Tal vez, sea necesario hallar más fallos que se expresen sobre algunas de estas razones ⁴ y exigir el

Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ~ 2010-06-15 ~ “Thomas, Enrique c. E.N.A.”.

³ Puede ampliarse en NIETO, Alejandro, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 7, afirma que “el negocio urbanístico empieza, pues, cuando se juntan un propietario avisado y un concejal sin escrúpulos”. Se mencionan como razones que alientan la corrupción: “Ausencia, debilidad o escasa probabilidad de sanciones, bien por falta de reproche legal y de régimen sancionador adecuado o por ineficiencia. Sobrerregulación administrativa o ineficiencia de gestión, que puede servir de estímulo a la práctica de comportamientos corruptos. Gran magnitud económica de las consecuencias de la decisión pública a tomar. Existencia de una doble lealtad del agente público (lealtad al público y lealtad a la organización que puede haber contribuido a su promoción a la condición de agente público). Falta de competitividad o inexistencia de mercado abierto en relación con la decisión del agente. Defectos en la organización burocrática que puede redundar en falta de control interno. La intervención estatal en la economía, la libre designación de funcionarios por los políticos, los procedimientos burocráticos que demoran las decisiones, la mala gestión administrativa, la falta de alternancia y la partidocracia, el crecimiento de los costes políticos y la necesidad de los partidos de buscar nuevas formas de financiación, defectos en la organización burocrática que puede redundar en falta de control interno”. CACIAGLI, M., *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Madrid, CEC 1996, pp. 67 y ss. Este autor también considera el aspecto de la moralidad pública: “la integración del criterio de legalidad con el criterio de ‘moralidad’ por el cual la trasgresión afecta ‘no solamente’ a las normas jurídicas y, tal vez, ‘no tanto’ a las normas jurídicas, sino a las normas éticas que regulan el ejercicio de la profesión político-burocrática desviándose así de lo que la opinión pública o el grupo de pertenencia reputa como justo y lícito en política”.

⁴ Aun cuando algunas decisiones encuentran vías más sutiles para expresar la sospecha respecto de por qué la Administración adopta alguna de

compromiso de jueces, que dicho sea de paso, no son precisamente del fuero contencioso administrativo ⁵.

Y hago una aclaración sustancial: no necesariamente esta cuestión compromete ni la probidad, ni la honestidad de los Jueces; a veces, es suficiente con demorar la ejecución de sus decisiones, ignorarlas temporalmente y hacer avanzar las obras, para que luego con la misma realizada, resulte abstracto y estéril todo el esfuerzo de quienes intentan llegar a la verdad e impartir Justicia.

II. Diversidad de intereses en conflicto.

Lo primero que es claro en este tipo de cuestiones, es la existencia de pluralidad de intereses en juego. Es que la ciudad se caracteriza tanto por su complejidad como por estar en continua transformación. En ella intervienen y participan distintos agentes (propietarios del suelo, promotores inmobiliarios, medios de comunicación, políticos, técnicos, ciudadanos, asociaciones, grupos de presión, etc.) que presentan objetivos, deseos, intereses y opiniones diferentes, los cuales según el caso pueden ser antagónicos ⁶.

sus decisiones. Puede verse por ejemplo, el fallo dictado por el Dr. Guillermo Scheibler, titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 13 de la CABA, al disponer luego de hacer lugar a la demanda que daba por tierra con la resolución 78-SECPLAN-2012 en todos sus términos y por la que se aprobaba una construcción, "...II. REMITIR copia certificada de la totalidad de las presentes actuaciones a la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional en virtud de lo dispuesto en el artículo 177 del Código Procesal Penal de la Nación...". EXPTE. A21-2013/0: "CAMPOY, MARÍA JERÓNIMA Y OTROS C/GCBA S/AMPARO", 6/02/2015, en aspecto confirmado por la Excm. Cámara de Apelaciones del Fuero.

⁵ "Son conocidas las dificultades que la jurisdicción penal ha tenido para perseguir los delitos urbanísticos. Con esta jurisprudencia, por ejemplo, podrían no constituir delitos de prevaricación urbanística licencias otorgadas en contra de los informes técnicos y jurídicos emitidos por los funcionarios locales de la Corporación si, por ejemplo no se acreditase además que ese resultado es materialmente injusto", ESNAOLA, José, "Control de legalidad de las licencias municipales y usos del suelo", en Cuadernos Penales José María Lidón, Universidad de Deusto, 2010, p. 189.

⁶ Aclaro que en este artículo refiero particularmente a la zonificación y decisiones de urbanización sobre áreas liberadas al mercado; puesto que también aparecen con singular complejidad que demuestran un extraño quiebre entre

Como respuesta a esa complejidad, aparece el planeamiento, escenificador de un proyecto que “traduce bajo el aspecto físico y funcional la intencionalidad que la colectividad (a través de instrumentos democráticos) ha elaborado para su futuro”⁷. Ante la diversidad de intereses antes mencionados, el plan urbanístico aparece como una técnica y documento final de consenso, en el cual las posturas divergentes arriban a situaciones de mínimo acuerdo. Para llegar a tal fin, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires ha previsto procedimientos especiales de debate y participación ciudadana, en torno a los criterios y objetivos de los planes con la exposición pública de las propuestas. Pero también debe decirse que el planeamiento urbanístico, no es la panacea, CASTELLS ha dicho que está atado a la lógica del desarrollo capitalista⁸, o bien al servicio de un número muy limitado de actores⁹.

Como si ello fuera poco, esos intereses reflejados como movimiento urbano no son únicos; ya no sólo abarcan cuestiones relacionadas con el consumo colectivo ni su principal actor son las asociaciones vecinales. Muchos de ellos expresan el legado de los nuevos movimientos sociales y de las luchas antiglobalizadoras; así como los cambios que han experimentado las propias ciudades. Se encuentra así una gran heterogeneidad de colectivos, temáticas y formas de acción de grupos que actúan y politizan la ciudad¹⁰.

Con relación a esas acciones en contra de proyectos urbanísticos, se ha descrito con gran precisión de qué manera se utilizan desde “expertos críticos”, usualmente académicos que contraponen

zonas a las que se aplican criterios de formalidad e informalidad distinta, como es la problemática de aquellas ocupaciones precarias sobre dominio público. Ver por ejemplo: EXP 17699/0 CCAyT CABA, Sala II, “Zarate Villalba, Juan Ramón y Otros C/GCBA S/Amparo”, 30 de septiembre de 2014.

7 INDOVINA F, *Governare la città con l'urbanistica*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2005, p. 52.

8 CASTELLS, Manuel, *La Cuestión Urbana*, Madrid, Siglo XXI, 1974.

9 LOGAN, John R. y MOLOTOCH Harvey, *Urban Fortunes: The Political Economy of a Place*, Berckley, UCLA, 1987.

10 MARTÍ-COSTA M, y BONET J, “Planning from below in Barcelona”. In SHAW K, y PORTTER L (ed.) *Whose urban regeneration? An international comparison*, Oxford, Routledge, 1997, pp. 118-128.

sus puntos de vista a los técnicos municipales, hasta abogados, arquitectos, urbanistas, geógrafos ¹¹, que consiguen con argumentos bien fundados poner en duda las posiciones políticas o hasta incomodar a los mismos políticos ¹². No menos importante es el rol de los medios de comunicación, no sólo al divulgar la contienda entre políticos y ciudadanos, sino también al orientar la opinión pública. A ella hoy se suman los medios no formales, como la web y las redes sociales ¹³.

Ahora bien, esa pluralidad de intereses, esa complejidad del problema, debe necesariamente reflejarse en términos procesales por vía de una legitimación amplia y de representación colectiva.

Tanto en el Derecho local, como en el comparado, del que da cuenta un reciente fallo español, se requiere una acogida generosa a dichas pretensiones. Es que con carácter general, la legitimación activa, como cualidad que habilita a las personas físicas o jurídicas para actuar como parte demandante en un proceso concreto, se vincula a la relación que media entre aquélla y el objeto de la pretensión que se deduce en el proceso.

La titularidad de un derecho o la concurrencia de un interés legítimo, sin embargo, no es exigible en todo caso para la interposición de un recurso contencioso-administrativo. Así en determinados ámbitos de la actividad administrativa, se permite que cualquier ciudadano pueda interponer un recurso sin ninguna exigencia adicional. Tal remedio se llama “acción popular” ¹⁴ y es aplicable directamente al urbanismo ¹⁵. Se considera, que la relevancia de los intereses en juego demanda una protección más vigorosa y

11 LEWANSKI, Ridge, *Governare l'ambiente. Attori e processi della politica ambientale: interessi in gioco, slide, nuove strategie*, Bologna, Il Mulino, 1999.

12 BOBBIO, Luigi, “Un processo equo per una localizzazione equa”. In BOBBIO L, Zeppetella A. (a cura de) *Perché proprio qui? Grandi opere e opposizioni locali*, Milán, Franco Angeli, 1999, 185-223.

13 Helena CRUZ GALLACH y Marc MARTÍ-COSTA, *Conflictos urbanísticos y movilizaciones ciudadanas: Reflexiones desde Barcelona*, Barcelona, Finisterra, XLV, 90, 2010, pp. 111-132.

14 Artículo 19.1.h) de la LJCA.

15 STS de 14 de mayo de 2010 dictada en el recurso de casación num. 2098/2006.

eficaz que la que puede proporcionar la acción de los particulares afectados, por lo que ha de extenderse la misma a cualquier ciudadano que pretenda simplemente que se observe y se cumpla la ley ¹⁶.

Nótese que con esa misma claridad, la Justicia de la CABA refleja en el párrafo que citamos seguidamente tanto la pluralidad de intereses como el medio procesal para actuar en materia urbanística: “A lo largo del proceso distintos grupos de vecinos del barrio han puesto de manifiesto posturas al parecer antagónicas. En efecto, unos piden la construcción de la comisaría, otros la preservación de los edificios históricos, otros la instalación de un polideportivo y otros, finalmente, el incremento de los espacios verdes de uso público. En este contexto, el desafío es hallar un camino para la composición del conflicto, que atienda, de manera equilibrada y prudente, los distintos intereses públicos y privados involucrados en el litigio en el marco del bloque de legalidad aplicable” ¹⁷.

Ahora bien yendo a esa legitimación amplia, en la Ciudad, es el propio constituyente el que ha determinado que cuando se afecten derechos o intereses colectivos, todo habitante se halla en situación de resultar beneficiado o perjudicado por la decisión jurisdiccional que pondrá fin al pleito por cuanto la conducta estatal impugnada lo afecta de forma suficientemente directa en función de la especial índole de los derechos en conflicto ¹⁸. Y en forma coincidente con la acción popular que reclamaba el caso español, nuestra jurisprudencia ha receptado que el art. 14 inciso II), de la CCABA instaura una suerte de *actio civis et populo*, al menos para la defensa de ciertos derechos o intereses colectivos, específicamente para ‘...los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente...’, lo cual comporta admitir “una legitimación

16 STS 639/2015 - ECLI:ES:TS:2015:639, César Tolosa Tribiño, <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7317821/urbanismo/20150309>

17 CACA y T CABA, Sala I, “Naddeo María Elena y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, 07/11/2011.

18 CACA y T CABA, Sala I, “Lubertino, María José y otros c/GCBA s/amparo”, EXP n° 34409/1, sentencia del día 8 de julio de 2010. Ver también, CACA Y T CABA, Sala I, “Fronidizi, Marcelo H. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, del 28/12/2012.

sustancialmente ampliada y aminorada de exigencias: ‘cualquier habitante’¹⁹.

III. Proceso judicial: ¿es adecuado el proceso que se sigue?

Es cierto que existen diversas maneras de plantear eventuales reclamos frente a decisiones de las autoridades del Ejecutivo respecto de materia urbanística. Entre ellos se encuentra claramente la vía del amparo. Ahora bien, siendo que en la mayoría de estas cuestiones se debaten cuestiones que asumen cierta complejidad técnica, usualmente ajena a la calidad de abogados de los Jueces; y que se aúnan numerosas pruebas, la realidad indica que los procesos terminan ordinarizándose -por cierto problema que se observa muy a menudo con respecto a este tipo de procesos en distintos fueros-, pero que se hacen particularmente gravosos por la complejidad y valor de los intereses comprometidos.

Adicionalmente no puede dejar de considerarse que mientras la Constitución de la CABA, establece mecanismos de participación popular al momento de dictarse normas en la materia, no hace lo propio en el ámbito del Ejecutivo, ni en el Judicial. Respecto del primero, cuando se aceptan planos de obras, se dictan oscuras disposiciones interpretativas o acuerdos interpretativos, que no se publican y quedan sujetos a curiosos exiguos plazos de “depuración de antecedentes” que en la práctica implican la eliminación física de los expedientes donde se decidieron cuestiones que pueden implicar numerosos metros de construcción más y obviamente ganancias. Pero tampoco se exige que el Juzgado dé cuenta de esos múltiples intereses, resolviendo entre escasas partes y sus letrados estas delicadas cuestiones^{20,21}.

19 TSJ CABA, Expte. n° 5864/08, “Tudanca, Josefa Elisa Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Tudanca, Josefa Elisa Beatriz c/GCBA s/amparo’” y su acumulado expte. n° 5868/08, “Mazzucco, Paula Virginia y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Mazzucco, Paula Virginia y otros c/GCBA s/amparo’”, día 01/12/ 2008.

20 Esto no constituye en modo alguno una crítica a los Jueces, siendo que muchos de ellos se ocupan en uso de sus facultades procesales, de convocar a audiencias de partes y tratar de ampliar sus alcances a la comunidad.

21 Refiere concretamente a esta cuestión, el Juez actuante en autos “Asociación Civil Basta de Demoler y Otros c. GCABA y Otros s. Amparo (Art.

En tales condiciones es necesario por cierto preguntarse si no resultaría necesario regular un proceso especial para aquellos supuestos en que se discuten problemas de esta naturaleza, que de una manera eficiente pudiera conciliar la existencia de colectivos, de participación de cara a la comunidad ²² y en salvaguarda de los bienes públicos, resuelva la cuestión.

IV. Proceso judicial: ¿hay cuerpo pericial para estas tareas?

Los autos “Asociación Amigos de Alto Palermo c. GCABA s. Amparo” ²³, que tramitaran por ante el Juzgado Contencioso Administrativo 9 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mostraron una faceta bastante desconocida de la actividad judicial local.

En efecto, en dicho expediente, el Juzgado intentó en vano durante más de un año y medio, obtener la designación y aceptación de cargo por perito arquitecto, profesional que se indica como el más idóneo para poder expedirse respecto de complejas normas urbanísticas. En el proceso se libraron al menos cinco oficios al Consejo de la Magistratura para que indicara qué lista tenía actualizada, suministrara el nombre y domicilio correcto de los mismos; el mismo Juzgado, con su titular en encomiable actitud de compromiso,

14 CCABA)”, Exp. 44463/0, en su sentencia de setiembre de 2013, al exigir que se acepte en este proceso expresamente la figura del “amicus curiae”.

22 “Dada la íntima vinculación existente entre los derechos de incidencia colectiva, los procesos colectivos y las cuestiones de interés público e institucional -o, en otros términos, la dimensión constitucional de muchos procesos colectivos- la efectiva disponibilidad del sistema procesal para ser receptivo a la mayor cantidad de puntos de vista argumentativos sobre el caso constituiría un elemento muy importante para reforzar y asegurar la autoridad de la decisión judicial que pondrá fin a la controversia. En tal sentido, la institución del *amicus curiae* que tiene tradición en sistemas como el norteamericano, y que ha sido recibido también en alguna legislación local argentina resultaría, en nuestra opinión, sumamente útil para abrir una instancia de participación argumental suficiente y que no tenga toda la pesada carga procesal del litisconsorcio o la intervención de terceros” (MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel y SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 260).

23 Expte. 41544/0.

se ocupó de llamar a los peritos. Muchos de ellos no se presentaron, otros lo hicieron tardíamente para manifestar que la tarea era muy complicada o simplemente aceptaron y renunciaron.

No es del caso expresar las razones que pueden llevar a ese resultado, bien puede sospecharse -aunque no sea siquiera cierto- que muchos profesionales que requieren para su trabajo interactuar con las mismas autoridades de la Ciudad a las que en juicios de este tipo cuestionan, no quieran figurar opinando sobre lo que aquéllos actúan; bien puede resultar de una insuficiente preparación o inclusive, de entender que en un amparo, su actuación no estará suficientemente remunerada. Pero cualquiera que fuese el motivo para ello, inmediatamente surge la cuestión sobre qué hará el Consejo de la Magistratura para superar tal obstáculo, siendo que el resultado definitivo es la pérdida de una prueba de esencial importancia para este tipo de procesos.

V. Cautelares

Si la materia en sí ofrece las complejidades que hemos señalado, si el proceso requiere extremar institutos jurídicos, ¿qué decir del dictado de medidas cautelares? Tan importante ha sido el impacto que las mismas produjeron, que no puedo soslayar la mención de los numerosos proyectos que se presentaron en la ciudad para intentar morigerar su dictado o simplemente, impedir que se pudiera paralizar el actuar del Ejecutivo.

Y tales enconos tenían como uno de los ejes centrales algunas decisiones dictadas por el Fuero, que precisamente detenían proyectos inmobiliarios, particularmente en primera instancia ²⁴.

Pero si hay consternación en el propio Ejecutivo, más en contacto con los empresarios en el ámbito de los Ministerios y Oficinas con competencia de decidir estas cuestiones, cuyas líneas medias, cabe decirlo son indiferentes a los cambios de continuidad política; no puede dejar de observarse que el Poder Judicial con cierta ambigüedad en sus fallos ha permitido la concreción de tales designios.

Baste con recordar dos decisorios; por un lado el Tribunal Superior de Justicia, revoca una sentencia de Cámara y le ordena al Po-

²⁴ Ver causas CCAyT, "Asociación Civil Amigos de la Estación de Coghlan", 18/08/2005 y "Defensoría del Pueblo de la Ciudad", Expte. 1772/0, 14/06/2005.

der Ejecutivo que se abstenga de autorizar cualquier construcción que varíe las características urbano ambientales de la zona definida en la ley 2241 hasta tanto sea aprobado el Plan Urbano Ambiental, y para ello postula que cobra especial sentido en autos el principio precautorio y preventivo propio del Derecho ambiental. Por ello da prioridad absoluta a la prevención pues, las previsiones constitucionales que lo protegen, no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para asegurar un desarrollo sustentable que respete el ambiente a favor de las generaciones del porvenir, supeditada exclusivamente en su eficacia a las potestades discrecionales de los poderes públicos, sino que traducen la precisa y positiva decisión del constituyente de jerarquizar con rango supremo un derecho. Se argumenta que así se acuerda mayor prioridad a la protección del medio ambiente y de la salud pública por encima de los intereses comerciales ²⁵.

Sin embargo, en otra causa, la Cámara entendió que debía rechazarse una medida cautelar con el objeto de que se ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires suspender las obras de construcción de la vivienda multifamiliar y garage comercial; para así hacerlo sostuvo que debían considerarse los distintos derechos e intereses en juego y si la prosecución de las obras provocaría un daño irreversible para los vecinos y, por otro, si su paralización ocasionaría no sólo un daño económico a la empresa constructora sino, además, la pérdida de fuentes de trabajo y la afectación del derecho de propiedad de los eventuales adquirentes e inversores de las unidades funcionales a construir. Entendemos que no surge de modo manifiesto la supuesta irreversibilidad del daño alegado por la actora en la medida en que, frente a una sentencia favorable a su pretensión, será la demandada quien deberá soportar el costo de la eventual demolición con la consecuente pérdida de los valores materiales invertidos hasta entonces ²⁶.

Adquiere así nueva relevancia ante esa posible diferencia de criterios, el siempre claro concepto de la Dra. Mabel DANIELE, al

25 TSJCABA, “Tudanca Josefa Elisa Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Tudanca Josefa Elisa Beatriz c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, 01/12/2008.

26 CCAyT CABA, Sala II, “Asociación Amigos de Alto Palermo c. CABA s. Medidas incidentales”, 24/04/2012.

sostener que tratándose de una materia tan sensible para la calidad de vida de las grandes urbes como lo es la del ordenamiento y planeamiento urbano -que mereció por parte del constituyente de un régimen legislativo especial rodeado de múltiples garantías de participación ciudadana-, la Administración debe extremar el celo en el cumplimiento de las normas respectivas vigentes y evitar la consumación de situaciones de hecho, que en la mayoría de los casos, resultan de muy difícil reversibilidad. Y nos detenemos en esa nota de difícil reversibilidad, porque con ello también apunta, a que una vez concretadas las transgresiones, es muy difícil que alguien decida o pueda ir hacia atrás. Sobre ello refererimos seguidamente.

VI. Sentencias: ¿quién las cumple? Y ¿qué se hace con la obra terminada?

Es cierto que las pre cautelares que algunos Jueces constituyeron en forma pretoriana, y las medidas cautelares, son a veces una barrera sustancial para evitar que se produzcan perjuicios urbanísticos de imposible reparación ulterior. No menos cierto, que en el ámbito de amparos -proceso en el que usualmente se instrumentan estas peticiones urbanísticas-, debe asumirse que la solución debe pronunciarse en forma rápida y oportuna.

En este sentido, se han visto en la Ciudad medidas cautelares que se prolongan durante años. Si el empresario tiene razón, su interés de no verse afectado su negocio, debe guardar un lógico equilibrio con el que asiste a los vecinos al proteger su ámbito urbanístico.

En algunos casos, ese hecho consumado se resuelve en indemnizaciones sustitutivas, cuyos alcances y efectos reparadores respecto del daño causado, pueden ser incluso discutidos. Si se demuele una obra considerada patrimonio histórico: ¿alcanza con sustituirla con una reparación que aunque parezca abultada, no llega a ser ni una tercera parte del valor de un departamento de dos ambientes que se construya en el lugar? ²⁷¿No debiera postularse un nuevo esquema que obligue al capital a pensar varias veces, cuánto más le saldrá

²⁷ Es muy interesante para reflexionar sobre este supuesto la causa 6841/09, TSJCABA, "CIADA CONSTRUCCIONES S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" y n° 6857/09, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/otras demandas contra la aut. administrativa".

no hacer lo que debe frente al precio que deberá abonar por violar la ley? ²⁸. ¿No debieran preverse legislativamente daños punitivos para tales casos?

Pero además nótese que algunos Juzgados se niegan a demoler lo construido, tal como surge de decisiones judiciales que consideran que atento el grado de avance de la obra, corresponde disponer que la Administración -por intermedio de los órganos competentes- determine la modalidad en que deberá llevarse a cabo la readecuación del proyecto, a efectos de dar debido cumplimiento a la totalidad de las disposiciones legales vigentes ²⁹

En tal sentido, y por cierto sin que carezca de una lógica impuesta por los propios hechos se ha señalado 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.)” ³⁰. Tal lectura se compadece con el hecho de 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 está 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.

Ello es sin perjuicio de que algún juzgado aislado, haya entendido que no puede afirmarse validamente en términos constitucionales que de un acto ilícito, deriven derechos adquiridos por lo que no corresponde identificar derecho adquirido con el ejercicio

28 Como en muchas otras causas la Doctora Mabel Daniele, acierta al establecer como criterio reparador: “el monto de la condena se presenta como el modo de conjugar los intereses comerciales con la protección de los bienes sociales y, de tal manera, disuadir que el auge del comercio inmobiliario se transforme en una causal de daño a la comunidad.” Fallo de la Sala de la CCAyT, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/otras demandas contra la aut. administrativa”.

29 Juzg. CayT, 20, “Hernández Olga Pilar y otros c/GCBA s/amparo” Expte. EXP n° 44718/0. pat. Buenos Aires, 23 de junio de 2015.”. Ver también CCAyT, Sala II, “Zarate Villalba Juan Ramón y otros c/GCBA s/ amparo”, 30/09/2014.

30 CCAyT, Sala II, *in re* “Banque Nationale de Paris c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 28/2/2001.

del mismo, pues la Constitución Nacional no exige que aquél sea utilizado o ejercido, disponiendo que si en la especie es el único medio viable para retrotraer las cosas al estado anterior es proceder a la demolición de las obras efectuadas sin el correspondiente permiso ³¹.

VII. Conclusiones

Todo conflicto urbanístico incluye multiplicidad de intereses en juego. Tanto le importa al empresario y a emprendedores urbanísticos, como a los vecinos que quieren mudarse a esa edificación, que también son adquirentes y propietarios, la autorización y finalización de obras; como a quienes ya residen en la zona, que no se afecten sus condiciones de vida.

En el medio, la Legislatura y la Administración locales, que establecen reglas de juego y que hacen en el segundo caso, interpretación y aplicación normativa. Se conjugan intereses morales, económicos y políticos. Tantos, que cualquier lectura, incluida la de los hechos por parte de la Justicia, como la de sus sentencias, no puede ser desprovista de la consideración de aquéllos.

Los intereses económicos no son pocos. Los emprendedores urbanísticos, las constructoras, inmobiliarias y multiplicidad de empresas vinculadas a las mismas, suelen obtener enormes ganancias por sus desarrollos. No está mal que ello suceda, claro está, siempre y cuando las reglas se cumplan y la ganancia no resulte de avanzar sobre el derecho de los demás en violación de normas vigentes. Menos cuando ello implica desplazar a quienes no acceden al mismo nivel de “contactos” o aun en incidencias menores, como cuando se vende la “vista a jardines” que son de una pequeña casa que ha quedado por obra del manejo de nomencladores urbanísticos, en medio de mega construcciones.

Esos Códigos Urbanísticos son obras de la Legislatura, y si bien es cierto que el mecanismo previsto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con doble lectura legislativa y audiencias públicas permite un grado mayor de participación ciudadana y de control, que el que normalmente existe en otras jurisdicciones (en el que se ha

31 Juzg. N° 18 CayT CABA, “GCBA c. Propietario u Ocupante Constitución 2250 s. Otras causas donde la autoridad administrativa es actora”, 01/04/2014.

llegado a observar circunstancias que lindan con lo bizarro ³²), a veces no son suficientes. Ahora bien, cuando todas esas prevenciones constitucionales, legales y dejénme expresar, éticas, son superadas por la fuerza de los negocios, se pretende que el Poder Judicial actúe en solitario como un valladar frente a tales abusos.

Pero en esas causas el Poder Judicial actúa aislado, con un Gobierno que defiende sus actuaciones por medio de sus abogados y también de la Procuración, frente a empresas millonarias, que confrontan a veces contra algunos vecinos alentados de buenas razones y poco dinero. Además en ese entramado surgen las presiones que de uno y otro lado se agitan en ese poder no considerado, pero no menos importante, que es la prensa y su articulación ante la opinión pública. La igualdad de armas que intenta garantizar todo proceso, no se equipara con el poder de fuego distinto que suelen tener los sectores confrontados.

En el estado actual de cosas, si bien la Ciudad de Buenos Aires y sus tribunales han avanzado enormemente en la protección de los intereses comunes, queda mucho aún por andar, tanto como la astucia de las ambiciones económicas de algunos que no reconocen límites, exija aplicar.

Y por cierto, sin un fuero penal comprometido, el activismo judicial del fuero contencioso administrativo, será insuficiente para lidiar con este problema en su totalidad.

32 Cito como caso extraordinario la escandalosa sesión del Concejo Deliberante de la Municipalidad de Vicente López, Provincia de Buenos Aires, del día 23/24 de diciembre de 2008, donde en la madrugada y en solitario, luego de un cuarto intermedio, el oficialismo autorizó diversas excepciones al código urbano que implicaron varios miles de metros cuadrados adicionales de construcción, a los previamente permitidos.