



**"SCOROFITZ NESTOR EDUARDO CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE OTROS PROCESOS INCIDENTALES"  
EXP 38385/7**

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 6 de marzo de 2014.

**Y VISTOS; CONSIDERANDO:**

**La Dra. Daniele dijo:**

1. Que la Sra. juez de grado hizo lugar, a fs. 194/1313 vta., a la medida cautelar solicitada en autos y ordenó al GCBA y a Vialco SA "*...de consuno con las precautelares dictadas a fs. 81/84 y 428/440 y confirmadas por la Sala II de la Cámara de Apelaciones, se abstengan de innovar en el estado del Parque Las Heras, emplazado entre la Av. Coronel Díaz, Juncal, Salguero y Av. General Las Heras de esta ciudad y, en su caso, el GCBA se abstenga de dictar y/o ejecutar acto administrativo alguno que implique la modificación, destrucción, demolición y/o cualquier alteración en el parque referido*" (v. fs. 1313/1313 vta.). Ello, hasta tanto exista en autos sentencia definitiva.

Para decidir de ese modo, la Sra. juez interviniente, luego de reseñar las constancias obrantes en autos y el marco normativo aplicable, destacó las conclusiones alcanzadas por la perito ingeniera agrónoma especialista en dasonomía y por la licenciada especialista en arqueología y concluyó en que la propuesta arbórea realizada por la empresa Vialco SA, denominada "Criterios para el trasplante y reubicación de los ejemplares" no cumpliría con los requisitos para asegurar la supervivencia de los árboles afectados, y en que una porción muy importante (42,8%) de la superficie total de la obra afectaría áreas de sensibilidad arqueológica media y alta, por lo que los proyectos presentados vulnerarían lo establecido en la Constitución local (arts. 27 y 32, *in fine*).

Agregó, además, que la solución propuesta se veía reforzada en tanto el GCBA y Vialco SA estarían considerando la reformulación del proyecto de relocalización de los ejemplares arbóreos así como también la reubicación de la playa de estacionamiento.

En suma, por todo ello, entendió que se encontraban configurados los recaudos necesarios para el dictado de la medida cautelar solicitada.

2. Que, frente a ello, el GCBA interpuso recurso de apelación a fs. 1322/1335.

Entre sus agravios, expuso: a) la manifiesta falta de legitimación procesal de los actores y, en consecuencia, la inexistencia de causa o caso; b) que, en cuanto a la verosimilitud del derecho, la sentenciante se limitó a efectuar una serie de consideraciones dogmáticas, conjeturales, a partir de premisas erróneas formuladas por la perito; en este sentido, insistió en la viabilidad del proyecto de relocalización de ejemplares arbóreos en los términos establecidos por la Dirección General de Espacios Verdes; c) que, en cuanto a la preservación del patrimonio arqueológico, señaló que la

Administración había cumplido con su deber de control del Plan de Rescate Arqueológico presentado por la concesionaria y que “...no sólo se han tomado y tomarán durante el desarrollo del proyecto la totalidad de las medidas tendientes a la protección arqueológica del lugar, sino que también ya ha tomado intervención el Ministerio de Cultura...” (v. fs. 1328); d) que, además, no se encontraba acreditado el peligro en la demora, que no se había considerado la afectación del interés público y que la contracautela juratoria resultaba insuficiente.

Corrido el traslado de ley, la parte actora solicitó el rechazo del recurso interpuesto en su contestación de fs. 1342/1343 vta.

3. Que, respecto de agravio relacionado con la falta de legitimación de los actores, debe recordarse que, a través de la presente acción, no se persigue la tutela de derechos meramente individuales, sino la protección de intereses colectivos, a saber, los derivados de la salvaguarda del ambiente y del patrimonio cultural (arts. 26 y 32 de la CCABA).

En este contexto, como se ha dicho, tanto la noción de caso como la legitimación difieren de aquellos supuestos en que se debaten derechos referidos a intereses individuales. En efecto, en este supuesto, “...la identificación del bien tutelado -en la situación de autos la preservación del patrimonio urbanístico-, conduce a poder tener por configurado el caso ante la prueba de su menoscabo, o cuando éste resultara inminente. Todo ello, como dato característico, ocurre, además, al margen de la posición que el demandante ostenta en relación con el bien colectivo tutelado. Dicho de otro modo, sucede que nadie podría invocar una situación jurídica mejor para demandar porque, reitero, no existe titularidad individual del derecho; nadie puede disponer de él en forma privativa o excluyente (...) Los afectados directos (...), en relación con el bien colectivo y la tutela que le brinda el proceso de esa especie están, por regla, en situación de paridad y no se desplazan entre sí. Ellos conviven en la misma ‘zona de interés’ con idénticos poderes y, por tanto, resulta indiferente que uno, varios o todos obren en defensa del derecho colectivo que los congrega” (TSJCABA in re “Barila Santiago c/ GCBA s/ amparo [art. 14 CCABA] s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. N°6603/09 y su acumulado “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Barila Santiago c/ GCBA s/ amparo [art. 14 CCABA]’, Expte. N°6542/09”, voto del juez Lozano).

De este modo, cuando en el artículo 14 de la CCABA se dispone que están legitimados para interponer acción expedita, rápida y gratuita de amparo “...**cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor**” (el énfasis no obra en el original), parece evidente que la argumentación que sobre el particular desarrolla el GCBA no es más que una reiteración de fórmulas vacías desvinculadas de la materia que se discute en autos y que, por tanto, la legitimación de los actores se encuentra suficientemente acreditada.

4. Que, despejado lo que antecede, es pertinente señalar que en el artículo 177 del CCAyT se establece que “[l]as medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en este, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial



**"SCOROFITZ NESTOR EDUARDO CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE OTROS PROCESOS INCIDENTALES"  
EXP 38385/7**

de la acción promovida. Y que *"Quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable puede solicitar medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, aun cuando no estén expresamente reguladas en este Código"*.

Por otro lado, en el artículo 189 del referido código se dispone que *"[l]as partes pueden solicitar la suspensión de la ejecución o del cumplimiento de un hecho, acto o contrato administrativo, en los siguientes supuestos: 1) Si dicha ejecución o cumplimiento causare o pudiese causar graves daños al/la administrado/a, el tribunal, a pedido de aquél/lla, puede ordenar a la autoridad administrativa correspondiente, la suspensión del cumplimiento del hecho, acto o contrato, en tanto de ello no resulte grave perjuicio para el interés público. 2) Si el hecho, acto o contrato, ostentare una ilegalidad manifiesta, o su ejecución o cumplimiento tuviera como consecuencia mayores perjuicios que su suspensión"*.

5. Que, asimismo, resulta oportuno señalar que la CSJN tiene dicho que *"[s]i bien el dictado de medidas cautelares no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, pesa sobre quien las solicita la carga de acreditar prima facie la existencia de la verosimilitud del derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que las justifican"* (in re "Líneas Aéreas Williams S. A. c/ Catamarca, Prov. de s/ Interdicto de retener", el 16/07/96). *"Por ello, la viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora"* (confr. CSJN, "Grinbank c/ Fisco Nacional", el 23/11/95; "Pérez c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", el 25/06/96; "Frigorífico Litoral Arg. c/ DGI s/ declaración de certeza", el 16/07/96).

Finalmente, debe recordarse que existe jurisprudencia en el sentido de que los dos requisitos mencionados precedentemente se hallan relacionados de modo tal que, a mayor verosimilitud del derecho no cabe ser tan exigente en la demostración del peligro en la demora y viceversa (confr. esta sala in re "Banque Nationale de Paris c/ GCBA s/ amparo", EXP 6/0, el 21/11/00).

6. Que, a partir de ello, es preciso recordar que la discusión sobre la obra de que aquí se trata (construcción de una playa subterránea de estacionamiento en el predio que ocuparía el Parque Las Heras) gira en torno de la protección, primero, del arbolado existente y, segundo, del patrimonio cultural que habría debajo del parque.

En función de ello, de las pautas reseñadas en los puntos precedentes y teniendo en cuenta la normativa aplicable (fundamentalmente, ley N°3263, de Arbolado Público Urbano y leyes N°1227 -de Patrimonio Cultural de la CABA- y N°2468 -que declaró sitio histórico al Parque General Las Heras-, las pericias presentadas por la perito ingeniera agrónoma (especialista en dasonomía) y la perito

arqueóloga, han expuesto conclusiones que permiten anticipar el rechazo del recurso intentado por el GCBA.

6.1. En efecto, en referencia al proyecto denominado “Criterios para el trasplante y reubicación de los ejemplares” presentado por la contratista Vialco SA la primera expuso, brevemente, que “[e]l proyecto presentado para realizar las tareas de trasplante de especies leñosas ubicadas en el sector del Parque Las Heras afectado a la Obra de Construcción de la Playa de estacionamiento subterránea presenta información escasa, incompleta y en algunos casos Nula” (v. fs. 856). Asimismo, expuso que “[l]os intereses económicos y los plazos de entrega hacen que el Proyecto presentado por la Empresa, en su conjunto NO CUMPLA con los Objetivos Deseados” (v. fs. 856) y finalizó señalando que dicho proyecto “...No Cumple con los requisitos para asegurar la supervivencia de los ejemplares a trasplantar” (v. fs. 856; el destacado obra en el original).

Al respecto, cabe destacar que, luego de la ratificación de la experta (v. fs. 971/976 vta. y fs. 978/983) frente a las impugnaciones efectuadas por el GCBA y Vialco SA (v. fs. 902/911 y fs. 889/900, respectivamente), esta última manifestó que el trasplante se realizaría en un solo movimiento y, además, presentó un nuevo plano de localización de los árboles y arbustos, de modo tal que los más antiguos serían ubicados en los espacios más profundos y los más jóvenes sobre el terreno donde la profundidad resultase menor (v. fs. 1022/1022 vta.). Propuso allí mismo, para finalizar, que la experta formulase un proyecto con la totalidad de los detalles que estimase necesarios para el trasplante de las especies arbóreas (v. fs. 1025).

Este temperamento fue aceptado por el GCBA (v. fs. 1033); sin embargo, la parte actora manifestó su oposición por cuanto, según su entender, ello implica “...el virtual desistimiento del proyecto actual y el planteamiento de uno nuevo; el cual deberá volver a transitar nuevos controles de legalidad, estudios de impacto ambiental, y demás cuestiones...” (v. fs. 1060).

6.2. Por su parte, de la pericia que habría presentado la perito arqueóloga se desprendería que el 42% de la superficie total de la obra estaría representado por áreas de sensibilidad media y alta, y que estos sectores se verían afectados por la remoción del suelo para la construcción del estacionamiento. La experta explicó, además, que no había existido trabajo arqueológico previo al comienzo de la obra, sino sólo el posterior Plan de Rescate Arqueológico presentado por la licenciada Madero a instancias de la empresa Vialco SA. Agregó la perito que el potencial del sitio arqueológico y la gran extensión que presentaría la playa de estacionamiento subterránea según el proyecto presentado harían inviable la obra en la medida en que también se pretendiese preservar ese patrimonio.

Por último, la especialista habría propuesto, como soluciones alternativas posibles, el cambio en la forma de construcción de la obra o la reubicación de la playa de estacionamiento.

Frente a ello, las propias demandadas manifestaron que estaban evaluando la segunda alternativa (v. fs. 1126 vta. y 1129/1131). Por su parte, la actora planteó que dicha actitud significaba el virtual desistimiento del proyecto objetado en esta acción y la propuesta de uno distinto, que debía someterse, en su caso, a un nuevo trámite de control de legalidad (v. fs. 1133/1136).

7. Que, asentado ello y en relación con lo que aquí se debate, cabe recordarse que esta sala ya se ha pronunciado sobre las medidas dictadas con carácter precautelador en autos. En esa oportunidad se recordó que este tribunal, en el caso “Guerra, Jorge Armando”, EXP 41174/1, del 20/10/11, ya había tenido ocasión de



**"SCOROFITZ NESTOR EDUARDO CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE OTROS PROCESOS INCIDENTALES"  
EXP 38385/7**

puntualizar que la materia ambiental y urbanística redefine o, mejor dicho, acentúa el recaudo del peligro en la demora. Ello es así porque de no otorgarse la protección cautelar en tiempo oportuno, el daño es, en la generalidad de los casos, irreversible o, en su caso, la recomposición resulta de extrema complejidad.

Por ende, en este caso, adquiere especial relevancia el principio precautorio, en tanto "[c]uando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente" (art. 4º, de la ley N°25.675).

Puede entonces afirmarse, como se hizo en aquella oportunidad, que, en estos casos, el juez examina, en primer término, el peligro en la demora en la adopción de medidas eficaces y, luego, la verosimilitud. Ello es así porque frente a actividades en relación a las cuáles existe un halo de duda sobre si producen o no consecuencias nocivas sobre el medio ambiente o los bienes urbanísticos, la ley impone, no obstante, su protección (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Teoría del Derecho Ambiental*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 75 y ss.).

Tal criterio, por lo demás, no ha sido ajeno a la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha señalado que [d]ado que el principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público, y su aplicación obliga a suspender las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos, siendo el propósito actuar una vez que esos daños se manifiesten, y el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios, pues la aplicación de aquél principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo mediante un juicio de ponderación razonable, no debiendo buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que su tutela no significa detener el progreso sino hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras" (Fallos: 332:663).

8. Que, entonces, en función de lo que surge del marco protectorio que alcanza tanto al arbolado público como al sitio en que se emplazara la Penitenciaría Nacional (en particular, leyes N°3263 y 2468, respectivamente), de lo que se desprende de los informes labrados por los expertos de oficio designados en autos y de la aplicación del principio precautorio antes mencionado, teniendo en cuenta el carácter eventualmente irreparable del daño que pudiere derivarse de la continuación de las actividades que la contratista debía llevar a cabo en el predio, resulta aconsejable mantener la cautelar otorgada; ello, además, en la medida en que, tanto el GCBA como la firma Vialco SA han manifestado, luego de las pericias presentadas en estas actuaciones, la posibilidad de reubicar la playa de estacionamiento para disminuir la

afectación del sitio arqueológico y de modificar el procedimiento para el manejo y traslado de los ejemplares arbóreos existentes en el parque.

En otras palabras, las circunstancias y constancias que condujeron a la oportuna confirmación de las medidas dictadas en autos no solo no se han visto modificadas desde aquél momento, sino que, por el contrario, aparecen ahora nuevamente respaldadas por las diversas actuaciones cumplidas.

9. Que, sin embargo, teniendo en cuenta los términos en que esta sala se pronunciara en los autos incidentales EXP 38385/6, corresponde precisar, en los términos del artículo 184 del CCAyT, los alcances de la medida cautelar concedida.

En ese sentido, habrá de ordenarse al GCBA y a Vialco SA que se abstengan de efectuar y/o dictar cualquier tarea, obra o acto que implique la prosecución del “Proyecto de Detalle y Construcción de una Playa de Estacionamiento Subterránea Concesionada Ubicada en el Parque Las Heras”, realizado en el marco de lo normado por las leyes N°469 (que dispuso la construcción de playas de estacionamiento subterráneo en diversos puntos de la CABA) y N°3057 (que creó el Sistema de Estacionamientos Vecinales Subterráneos).

10. Que, en cuanto a la contracautela, la naturaleza de los derechos invocados y el tenor y entidad de los elementos que acreditan los extremos de la medida cautelar conducen a confirmar el carácter juratorio fijado por la Sra. juez de primera instancia.

11. Que, por último, atento el resultado obtenido, corresponde imponer las costas a la apelante vencida (art. 62 del CCAyT).

**El Dr. Juan Lima dijo:**

1. Que, en primer lugar, en función de lo que surge, como se señala en el punto 6 precedente, de los peritajes acompañados a estas actuaciones, y conforme las pautas de apreciación que se brindan en el artículo 4° de la ley N°25.675 y en el artículo 189 del CCAyT, dado que el levantamiento de la medida cautelar dictada podría ocasionar mayores perjuicios de los que se derivarían de su mantenimiento, en atención al actual estado del proceso (en el que me toca intervenir por vez primera), corresponde confirmar la resolución apelada.

En efecto, en atención a las gravosas y, eventualmente, irreversibles consecuencias que podrían generarse con motivo de la prosecución de las obras en el parque Las Heras, resulta razonable mantener, en los términos aludidos, la medida cautelar apelada, la que en razón de lo que se sostiene *ut infra* tendrá una acotada vigencia.

2. Que, sin perjuicio de lo expuesto, el desarrollo del presente proceso desde las medidas precautelares dictadas con fecha 05/08/10 (v. fs. 81/84) y 02/09/10 (v. fs. 437/449), permite señalar que, al momento del pronunciamiento ahora objeto de apelación (de fecha 12/07/13; v. fs. 1294/1313 vta.), aparecerían cumplidas las condiciones para que la causa sea fallada en forma definitiva.

En este sentido, no es un dato menor el siguiente: las partes vienen solicitando, en forma expresa, el dictado del pronunciamiento de mérito desde abril de 2012 (ver, al respecto, escritos de la demandada de fs. 1142/1143 vta., 1146/1146 vta., 1155/1155 vta., 1169/1169 vta., 1178/1178 vta.; y de la propia parte actora a fs.



**"SCOROFITZ NESTOR EDUARDO CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE OTROS PROCESOS INCIDENTALES"  
EXP 38385/7**

1158/1158 vta., 1167, 1176). Además, según surgiría de la presentación de fs. 1142/1143 vta., todas las medidas de prueba ofrecidas, ordenadas y que resultarían conducentes para resolver en autos, han sido cumplidas.

En este punto, y sin menoscabo de los derechos en juego, es pertinente recordar que, en forma reciente, la CSJN ha señalado que *"...la esencia de las medidas cautelares es su provisionalidad, según las más tradicionales características doctrinarias. Esto significa que siempre la medida se extingue ante la decisión cognitiva de fondo o la decisión final administrativa. Se trata siempre de resoluciones jurisdiccionales precarias, nunca definitivas. Esta afirmación, que está ampliamente reconocida por la doctrina y por la jurisprudencia dominantes en el terreno del deber ser, se relativiza en el ámbito del derecho vivo que emerge del ejercicio jurisdiccional - en el campo del ser- pues las medidas cautelares tienden a ordinarizarse, es decir, a caer ellas mismas presas del fenómeno que procuran remediar, esto es, que el paso del tiempo convierta en tardía e inútil la decisión cognitiva. Esto borra su esencia misma, pues hace desaparecer su provisionalidad, dado que la medida cautelar agota o suple en buena parte el contenido mismo de la pretensión jurídica e impulsa al peticionante a prolongar indefinidamente por todos los medios procesales a su alcance la decisión cognitiva de fondo, que llega cuando carece de toda importancia"* (Fallos: 334:259; considerando 5°).

Agregó el más Alto Tribunal, más adelante, que *"...la prolongación indefinida de una medida precautoria constituye una verdadera desviación del objetivo tenido en cuenta por el legislador al establecer el instituto cautelar. En efecto, la finalidad de tales medidas es asegurar el cumplimiento de un eventual pronunciamiento favorable (Fallos: 327:2490; 330:4076), objetivo que podría verse desnaturalizado cuando el excesivo lapso transcurrido desde su dictado les hace perder su carácter provisorio, permitiendo a quienes las requieren obtener de forma anticipada el objeto principal de su pretensión"*.

De modo que, según concluyó la CSJN, *"[e]n estos supuestos, el derecho que fue originalmente ejercido en forma regular y con respaldo jurídico, se ve desvirtuado de los propósitos y fines para los que fue concebido, ocasionando de esta forma un daño procesal a una de las partes que interviene en el pleito. Se configura así un supuesto de antifuncionalidad, que no encuadra estrictamente en la mala fe procesal pero constituye un abuso del derecho que no debe ser tolerado por los magistrados, a quienes el ordenamiento procesal les impone el deber de dirigir el procedimiento y velar por el adecuado cumplimiento de los deberes de lealtad, probidad y buena fe"* (considerando 7°).

En otras palabras, el carácter provisional de las medidas cautelares conduce, en atención al estado del que dan cuenta las presentes actuaciones, a entender que, en caso de encontrarse estos autos en condiciones, corresponderá activar el dictado del pronunciamiento de mérito; ello así, pues de convalidar la desmesurada extensión temporal de una medida precautoria como la de estos actuados, podría afectarse

gravemente el derecho esgrimido por una de las partes del proceso y, también, el derecho de la actora de obtener una decisión definitiva en relación con los derechos involucrados.

3. Que, en virtud de lo que se deja expuesto, corresponde rechazar el recurso interpuesto en relación con la medida cautelar apelada. Asimismo, cabe instar a la Sra. juez de grado para que proceda, en un plazo no mayor a 30 días hábiles, a dictar sentencia de mérito en autos (el plazo máximo establecido se relaciona con la posibilidad de la adopción de una medida previa y no con la de apartarme del lapso legalmente previsto).

**EL Dr. Centanaro dijo:**

1. Que, por cuanto coincido con los fundamentos expuestos en los puntos 1 a 11 del voto de la Dra. Mabel Daniele y con los desarrollados en los puntos 2 y 3 del voto del Dr. Fernando Juan Lima, considero que corresponde confirmar, en los términos del artículo 184 del CCAyT, la cautelar dictada en la instancia de grado y ordenar a la Sra. juez interviniente que, en el plazo de treinta (30) días hábiles, dicte sentencia definitiva en autos.

Por todo lo expuesto, el tribunal, por mayoría, **RESUELVE: 1.** Rechazar el recurso deducido por el GCBA a fs. 1322/1335. Con costas. **2.** Modificar, en los términos del artículo 184 del CCAyT, la medida cautelar otorgada conforme los alcances expuestos en el considerando 9°. **3.** Ordenar a la Sra. juez de grado que, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, proceda a dictar sentencia de mérito.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Dr. Esteban Centanaro  
Juez de Cámara  
Contencioso, Administrativo y Tributario  
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Mabel Daniele  
Jueza de Cámara  
Contencioso, Administrativo y Tributario  
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Fernando E. Juan Lima  
Juez de Cámara  
Contencioso, Administrativo y Tributario  
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires