--- En la ciudad de Trelew, a los 30 días de junio del año dos mil ocho, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones esta ciudad, con la Presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Argentino Carlos M. Faiella Pizzul y Carlos Alberto Tesi, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“G., H. c/ MUNICIPALIDAD DE PUERTO MADRYN s/ Daños y Perjuicios”** (Expte. N° 22.428 - año 2007) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 369.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** , el Dr. De Cunto dijo: ----------

Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto a fs. 329 por la actora contra la sentencia de fs. 323/325 vta. que hiciera lugar a la defensa de falta de habilitación de la instancia opuesta por la demandada y en consecuencia desestimara la demanda, imponiendo las costas al actor. A fs. 330/vta. el accionante apela la regulación de honorarios por altos. A fs. 356/360 luce la expresión de agravios del actor, cuyo pertinente traslado conferido a fs. 361, fuera contestado por la contraria a fs. 362/365 vta..----------

--- I.- Comenzaré reseñando los agravios vertidos por la recurrente y la contestación que de los mismos efectuara la demandada.----------

--- 1) El actor expresa que el ataque central está dirigido al fundamento dirimente del decisorio en cuanto rechaza la demanda por entender que no se encuentra satisfecho el reclamo administrativo previo habilitante de la instancia jurisdiccional. Considera que la tesitura de la juzgadora es tácticamente inexacta por cuanto en la instancia administrativa ha formulado las reclamaciones por el error en el que incurriera la accionada. Indica que dicho error fue materializado en la Ordenanza Nº 3758 del 30/11/00, lo que importó una conducta jurídicamente receptada por el art. 1112 del C. Civil como una hipótesis de cumplimiento irregular de las funciones que les están impuestas, consistente en atribuirle la titularidad de un inmueble y del establecimiento industrial pesquero en él emplazado.---------- Señala que como

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

administrado, al tomar conocimiento del error, reclamó al municipio en dos direcciones: a) advirtiendo el error en que había incurrido y b) solicitando al intendente que investigue qué agente o agentes habían sido los responsables de dicho error. Remarca que la ordenanza antedicha había sido invocada como prueba de cargo en su contra en un sumario promovido por el Consejo de la Magistratura provincial. Se pregunta ¿qué otras cuestiones debió reclamar en sede administrativa?, o ¿acaso debió reclamar directamente al municipio el pago de los daños que su conducta le irrogó?. Entiende que esto último era objeto de la decisión judicial para el caso que la respuesta al reclamo pusiera de manifiesto la imposibilidad de encontrar satisfacción en ese ámbito a su pretensión.----------
--

--- Se pregunta que si la finalidad del reclamo administrativo previo radica en posibilitar a la Administración a que enmienda sus errores antes de ser demandada judicialmente, se impone como respuesta afirmativa que su reclamo fue idóneo para resguardar dicha prerrogativa. Y ante el desconocimiento de la existencia de error alguno considera que quedó clausurada la instancia administrativa previa, ya que un reclamo indemnizatorio en sede administrativa además de extraño devenía prematuro, y si lo hacía en forma posterior carecía de sentido. El reclamo que realizó siguió un orden lógico: denunciaba el error y solicitaba la determinación de sus autores. Entiende que reclamar al mismo tiempo compensación dineraria o resarcitoria por el error denunciado, sin que el mismo hubiera sido reconocido, resulta prematuro o ilógico. Indica que estas circunstancias fueron analizadas en el alegato, por lo que le llama la atención la ligereza en que se expidió la “a quo”.-----

--- Considera que la sentencia incurre en ritualismo, por tomar las normas procesales como un fin en sí mismas. Cita doctrina de la Corte Federal relativa al exceso ritual manifiesto referido a la denegación de acceso a la justicia por la omisión del reclamo administrativo previo. Expresa que en el presente caso, los daños emanan de los propios hechos, dado que el error consignado en la ordenanza fue utilizado como prueba de cargo en oportunidad de ser investigada su conducta como Jueza de Cámara, decidiéndose finalmente la elevación de la investigación a juicio político.-

Destaca, como otro argumento, que la demandada y la jueza, no advirtieron que el

acto que encierra el error denunciado es un acto legislativo -ordenanza- y no administrativo, por lo que se encuentra excluido de las prescripciones de la ley 920, en virtud de lo dispuesto por su art. 2. Señala que ya lo advirtió en el alegato, por lo que concluye que no resulta objeto de reclamo administrativo previo.----------

--- Efectúa reserva del caso federal. Cita jurisprudencia que indica que el Estado debe responder incluso por daños causados por su actividad lícita, por lo que con mayor abundamiento debe hacerlo en la actividad delictual o cuasidelictual.----------

--- 2) La demandada contesta los agravios, comenzando por realizar una reseña de los antecedentes de la causa, el contenido de la demanda, de la contestación y de la sentencia. Considera que la expresión de agravios debía contener una crítica concreta y razonada de las partes del fallo, mas el apelante se limitó a manifestar su desagrado con el resultado, calificándolo de excesivo rigor formal. Señala que la contraria introduce cuestiones nuevas omitidas en la demanda ya que luego de entender que no debía incluir el reclamo indemnizatorio en la instancia administrativa, termina considerando que en la especie no resulta de aplicación la ley 920, lo que no fue introducido oportunamente y de lo que se vio privada de refutar. Agrega que el actor revirtió y distorsionó el objeto y dichos de la demanda, ya que en el escrito inicial consideró promovida y agotada la vía administrativa previa, pero al alegar y expresar agravios justificó la innecesariedad de la misma.----------

--- En cuanto a la cuestión de fondo, para el caso de que se considere dicha innecesariedad, destaca que no se ha acreditado el nexo de causalidad entre la ordenanza cuestionada y el supuesto evento dañoso por la elevación de la denuncia a juicio político que decidiera el Consejo de la Magistratura o por la destitución decidida por el Tribunal de Enjuiciamiento. Indica que igual situación se advierte ante la falta de nulidad de un acto administrativo que lo constituya en acto ilícito, contrario al ordenamiento jurídico.---------- --- II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, paso a tratar los agravios arriba apuntados.---------- 1) Ante todo diré que la expresión de agravios es técnicamente suficiente, ya que más allá de las subsiguientes consideraciones que

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

realizaré a continuación, la crítica principal que esgrime el apelante consiste en que el reclamo administrativo tal como él lo planteó fue suficiente, no siendo necesario incluir la petición indemnizatoria en el mismo, por lo que se hace cargo del argumento de la Sra. Jueza "a quo".----------

--- Los argumentos dirimentes de la juzgadora para acoger la defensa de falta de habilitación de la instancia fueron los siguientes: *"Luego de ello debe señalarse que en modo alguno la presentación del Dr. G. que ingresó como Nota Nº 11823/05 de fs. 18, tiene desde lo formal y por su contenido la apariencia de reclamación administrativa. Literalmente el Dr. G. señaló "con el objeto de requerirle tenga a bien adoptar las medidas tendientes a determinar, por parte de quien corresponda, la autoría o responsabilidad interna en el error en que se ha incurrido al incluir mi nombre en el contenido de la Ordenanza Nº 3875 de fecha 30 de noviembre del 2000, emanada del Honorable Consejo Deliberante de esa Municipalidad..."esto también solicito sea motivo de investigación, dicha Ordenanza fue incorporada como prueba de cargo en el juicio político que se me promoviera...". Esto es, procuraba en definitiva obtener datos concretos por parte del departamento Ejecutivo tendientes a conocer la génesis de la Ordenanza y la forma en que la misma llegó a poder de un letrado del foro quien es el que la ingresa al CM. En modo alguno, como ya he señalado, esa presentación constituyó un reclamo de indemnización por daños y perjuicios tanto de carácter material como moral (que luego al alegar concreta en daño moral) con indicación del objeto y los hechos en los que se funda, recaudos insoslayables desde que a tenor del art. 145 de la ley 920 no podrían ser modificados en la demanda que eventualmente inicie en los tribunales ordinarios"* (ver fs. 325, 2do. y 3er. párrafos).----------

--- El apelante arguye que su reclamo satisface el requisito de vía administrativa previa, ya que sólo podía reclamar en dicha sede que se reconociera el error cometido al sancionar la mentada ordenanza y se determinara quiénes eran los agentes responsables de dicho error. Al no haberse admitido la existencia de error alguno, considera lógico y sin sentido efectuar un reclamo indemnizatorio con posterioridad, así como resultaba prematuro que lo efectuara en conjunto, ya que se imponía que al no reconocerse el error denunciado, la misma suerte correría la petición resarcitoria.-

Ante todo debo señalar que el propio recurrente señala que el Estado es responsable por actos lícitos (ver fs. 359 vta., último párrafo) (ver al respecto Colautti, Carlos E.: “Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales”, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, págs. 66/92), por lo que bien podría existir la posibilidad de que sin reconocerse la comisión de error alguno pudiera admitirse el resarcimiento requerido por el actor. Pero amén de ello, lo que constituye un argumento incidental, esta Sala en reciente decisorio consideró un caso análogo en el cual ante una demanda por daños y perjuicios contra la aquí accionada, se consideró que no cumplía el requisito de reclamo administrativo previo, el referido a cuestionar el funcionamiento de una fábrica de muebles lindera a la propiedad del actor por no pertenecer el lugar a zona de servicios, pretendiendo la re-localización de la misma. Se concluyó que la negativa del municipio lo fue al dar respuesta a una solicitud de traslado de la carpintería y no a un pedido de reparación de daños y perjuicios, ya que en sede administrativa “*...no se requirió directa y concretamente al Municipio en tal oportunidad la reparación de los mismos. Y, si bien no se exigen formalidades específicas, debe existir identidad de objeto entre lo reclamado en sede administrativa y lo posteriormente pretendido en sede judicial”* (conf. CANE, Sala “B”, SIC Nº 98/08 del 23/05/08 in re: “C., J. B. c/ Municipalidad de Puerto Madryn y/u otros s/ daños y perjuicios”, Expte. Nº 22.694).---------- Como se aprecia, en la especie, el planteo del recurrente no radica en que efectuó el reclamo de daños y perjuicios en sede administrativa sino que el mismo deviene innecesario. Amén de que resulta claro que no se ejerció reclamo resarcitorio en la petición administrativa de fs. 18, es indiscutible, de acuerdo al antecedente citado, que el reclamo administrativo debe contener en esencia el mismo contenido que el que posteriormente se ejerza en sede judicial. Ello, y más allá de lo que se dirá más abajo, sin perjuicio de señalar la necesidad del cumplimiento de la vía administrativa previa para el ejercicio de toda clase de acciones fundadas en el derecho común atento lo dispuesto por los arts. 138 y sigs. de la ley 920, según doctrina sentada por el Superior Tribunal de Justicia, reafirmada al tratar el planteo de inconstitucionalidad de la norma en cuestión. En efecto, en autos: “H. G., N. D. c/ Provincia del Chubut y otro s/ Sumario (daños y perjuicios)” (Expte. Nº 17.103-H-1999), en S.R.E. 29 del 29/10/00, el máximo tribunal provincial

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

interpretó que la mera circunstancia de exigir un procedimiento administrativo previo a la demanda judicial, no es “per se” inconstitucional, en tanto en cuando no sea irrazonable y no importe una privación de justicia, estimando que no es óbice a la constitucionalidad del art. 138 del Dto. Ley 920, la prescripción del art. 98 de la Carta Provincial que debe analizarse e interpretarse en su justo sentido. Aclaro que efectúo esta mención a mayor abundamiento, ya que aquí no se ha planteado la inconstitucionalidad del art. 138 de la ley 920.---------- Por todo lo expuesto concluyo en la desestimación del agravio aquí examinado.-

2) Analizaré ahora el argumento del recurrente consistente en que el reclamo administrativo previo no es necesario por cuanto es aplicable el art. 2 de la ley 920 debido a que el error denunciado fue contenido en un acto legislativo -ordenanza municipal- (ver fs. 358 vta vta. “in fine”/359). Liminarmente cabe expresar que dicha argumentación fue esgrimida por el actor recién en la etapa de alegatos (ver fs. 315), dado que en el escrito de demanda arguyó haber cumplido con la instancia administrativa previa (ver fs. 23, 2do. párrafo). Es por ello que la demandada ha planteado que no cabe atender a este agravio por no tratarse de un capítulo propuesto en la instancia de origen (ver fs. 364, anteúltimo párrafo), siendo aplicable lo dispuesto por el art. 277 del rito.---------- He tenido oportunidad reciente de expedirme al respecto en la causa: “F., C. A. c/ P., H. P. s/ daños y perjuicios” (Expte. Nº: 22.463/07) (CANE, Sala “B”, SIC, Nº 19/08 del 21/05/08). Allí planteé el interrogante relativo a si un argumento defensivo no introducido oportunamente en la instancia de origen puede ser examinado en virtud del principio “iura novit curia”, o si por el contrario no puede serlo por violarse otro principio procesal como lo es el de congruencia. Expresé que la cuestión no es pacífica, existiendo una postura minoritaria que entiende que la “causa petendi” ha sido definida como el fundamento o razón en el que el demandante sustenta su petición de tutela jurídica al órgano jurisdiccional, adhiriendo a la teoría “dualista” o de la “individualización”, entendiendo que la causa de la pretensión se descompone en dos subelementos: 1) los hechos invocados en la demanda y contestación, y 2) la imputación jurídica que las partes efectúan con motivo de los hechos (conf. Meroi, Andrea A.: “Iura Novit Curia y Garantías Procesales”, en

www.eldial.com.ar/bases/doctri/notas/nt021213.asp). La autora citada admite que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias adscriben a la concepción unitaria o sustancialista de la “causa petendi”, según la cual el juez no está vinculado por la calificación jurídica del actor, pudiendo modificarla sin que la resolución pueda tacharse de incongruente con la condición, además de no alterar los hechos y respetar el principio de contradicción, de no modificar la “causa petendi”. Siempre según Meroi, la máxima “iura novit curia” no puede ser entendida como facultad del juez de producir un potestativo cambio de punto de vista jurídico respecto del querido y asumido por los litigantes; dicha máxima no implica descargar a las partes de la alegación de las normas jurídicas que les son favorables, sino que significa tan sólo que es innecesario probar el derecho vigente y alegarlo con completa precisión y total exhaustividad. Agrega que el límite a las facultades de aplicación del derecho por los jueces viene exactamente determinado por los límites que los litigantes hayan querido establecer respecto de sus derechos subjetivos, su medida y la amplitud de su ejercicio. Y finaliza la autora mentada diciendo que la habilitación que se reconoce a los órganos jurisdiccionales para examinar la pretensión a la luz de un tratamiento jurídico distinto del que le dota la parte encuentra el límite infranqueable de la identidad de la propia pretensión, ya que no debe prevalecer sobre el superior criterio de defensa y seguridad jurídica.---------- Por su parte, dentro de la postura mayoritaria, Zavala de González se refiere a la aplicación del principio “iura novit curia” respecto del proceso de daños (conf. aut. cit., “Resarcimiento de Daños””, Tº 3, Ed. Hammurabi, 1997). Esta autora entiende que el juez tiene la atribución y el deber de emitir su pronunciamiento sobre la hipótesis fáctica planteada, sin estar constreñido por la definición técnica aportada por los litigantes, y si bien el magistrado puede variar la denominación jurídica de la situación de hecho, no debe modificar intrínsecamente ninguno de los elementos constitutivos del litigio, como la causa o el objeto, ya que una solución contraria implicaría introducir en el proceso una acción o una defensa distinta de las incorporadas por las partes, infringiendo el principio de congruencia (conf. aut. cit., op. cit., ídem, págs. 240/241). Añade que el primer principio (iura novit curia) se emplaza en el terreno jurídico; y el segundo (congruencia) en el fáctico, pero como no existe una separación tajante entre “cuestiones de derecho” y “cuestiones de hecho”, se

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

presenta una zona gris entre la libertad del juez para calificar la acción y la restricción que impide sustituir una acción por otra (conf. aut. cit., op. cit., ídem, pág. 241). Así se ha entendido que *"Si bien el principio de congruencia veda al juzgador la posibilidad de introducir sorpresivamente alegaciones o cuestiones de hecho, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena y oportuna defensa, ello no impide, sin embargo, la aplicación del derecho a los hechos acreditados"* (conf. SCBA, 4/4/89, LL, 1990-A-235).---------- Tal como decidí en la causa precitada, encuentro que cabe aplicar el principio "iura novit curia" en el presente, toda vez que el actor apelante, si bien postula un enfoque jurídico distinto al expresado en la demanda, toda vez que no "altera" los hechos expuestos en la misma, corresponde tratar si la normativa que invoca ahora -art. 2 de la ley 920- resulta dirimente para considerar la innecesariedad del reclamo administrativo previo. Es más, entiendo que de considerarse aplicable dicha norma, nada impedía que tanto en primera instancia como en esta sede, se aplicara de oficio, por cuanto se trata de la aplicación del derecho, más allá del invocado por las partes.-

Dicho lo anterior, encuentro que no le asiste razón al recurrente. El art. 2 de la ley 920 establece: "Esta ley no se aplicará a los actos políticos o de gobierno propiamente dichos, ni a los actos legislativos, o que el Poder Ejecutivo realice como colegislador, ni a los actos judiciales, ni tampoco en la etapa de ejecución de los actos administrativos para cuya actuación se aplica la misma". Entiendo que la norma excluye la aplicación de la ley 920 del procedimiento de formación de los actos allí detallados, entre ellos los legislativos, así como también se mencionan a los judiciales, lo cual es obvio por cuanto se rigen por los códigos procesales pertinentes. Es así que es de concluir que para el dictado de la ordenanza en cuestión no corresponde aplicar la ley 920. Ahora bien, el art. 138 establece la reclamación administrativa previa como requisito para el ejercicio de toda clase de acciones fundadas en el derecho común contra la Provincia -en este caso contra el ayuntamiento demandado-. Por su parte el art. 139, entre las excepciones, menciona el resarcimiento fundado en la inconstitucionalidad de leyes o decretos. De dicha excepción resulta claro que para ejercer una acción de resarcimiento en virtud de una ley pero en la que no se planteara su inconstitucionalidad es aplicable el art. 138. Es decir que el art. 2 establece que no

se aplica la ley de procedimiento administrativo para la “formación” de los actos legislativos, pero sí para la petición del administrado para ejercer una acción de resarcimiento en virtud de un daño que encuentra como origen un acto legislativo, en cuyo caso debe recurrir al reclamo administrativo previo, excepto que se plantee la inconstitucionalidad del acto legislativo. Análogamente cabría considerar que es obvio que la ley 920 no rige los procesos judiciales, pero si un ciudadano o administrado pretendiera incoar una acción de resarcimiento contra el estado provincial por un acto judicial que lo perjudicara -no menciono la hipótesis concreta de error judicial dada la interpretación que pudiera derivarse del art. 60 de la Constitución Provincial-, resulta aplicable el art. 138 que le impone el requisito de reclamo administrativo previo.---------- En consecuencia, por todo lo expuesto y razonado en este punto procede desestimar el agravio aquí examinado.---------- 3) Desechado el recurso de apelación incoado a fs. 329, corresponde tratar el promovido a fs. 330/vta. contra la regulación de honorarios, en virtud de lo dispuesto por el art. 49 de la ley arancelaria. La queja contra la regulación del 24% para las letradas de la accionada, además de centrarse en el porcentaje antedicho por ser excesivo, se funda en que en la sentencia no se trató la cuestión de fondo, sino que se hizo lugar a una excepción deducida por la demandada y como tal es un incidente, no existiendo pronunciamiento sobre la cuestión de fondo.---------- Ante todo entiendo que cabe distinguir entre el contenido del pronunciamiento, el cual efectivamente no trató la cuestión de fondo por cuanto hizo lugar a la defensa de falta de habilitación de la instancia, de los trabajos que fueron retribuidos por la regulación objetada. Al respecto, es de expresarse que se tramitó todo el procedimiento completo de un juicio sumario, por lo que no se está en presencia de un incidente al que debería aplicarse el art. 33 de la ley 2200, sino que nos encontramos frente al supuesto del art. 39 de la citada ley. Como puede apreciarse, el proceso fue abierto a prueba (ver fs. 159), produciéndose la misma (ver fs. 307), así como la etapa de alegatos (ver fs. 317/320). Sin perjuicio de ello entiendo que la regulación en el 24% para ambas letradas resulta excesiva, considerando ajustado, teniendo en cuenta la participación de cada una de ellas en el proceso, reducirlos del siguiente modo: en un 14% para la Dra. V. y en un 6% para la Dra. N., sobre la misma base

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

económica establecida en la instancia de origen, y con más el IVA correspondiente (conf. arts. 6, 7, 9, 10, 37, 39 y 47 de la ley 2200).----------
-------- III.-En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se confirme el fallo en crisis en lo principal que decide, modificándolo solamente para reducir los honorarios de las letradas de la demandada de la siguiente manera: a la Dra. D. I. V. en un 14%, y a la Dra. M. G. N. en un 6%, en ambos casos sobre la base económica determinada en primera instancia y con más el IVA correspondiente.----------
---------- Las costas por la actuación en la Alzada se imponen al apelante perdidoso (conf. art. 68 del CPCC).----------
---------- Propongo asimismo regular, por su actuación en esta sede, los honorarios de la letrada de la demandada Dra. D. I. V., atendiendo a la regulación determinada “ut supra”, y a la extensión y eficacia de las tareas, así como al resultado obtenido, en un 6% de la base económica establecida en primera instancia, con adición del I.V.A. correspondiente, sin regulación para el Dr. H. G. atento lo dispuesto por el art. 12 de la ley 2200 (arts. 6, 9, 14, 47 y concs. de la ley 2200).----------
---------- Voto entonces a esta cuestión PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.--------

--- **A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Faiella Pizzul manifestó: ----------
----

--- En atención a la claridad de la reseña que efectuara el Sr. Magistrado preopinante respecto de la sentencia de origen de fs. 323/325vta. y de sus agravios que en su parte expusiera la actora en su presentación de fs. 356/360, me remito a la misma en homenaje a la brevedad, procediendo a ingresar directamente en el tratamiento de las quejas vertidas por la apelante, a cuyo fin seguiré el orden de tratamiento del Dr. De Cunto dado que el mismo es el que mejor se compadece con el examen de las cuestiones de acuerdo a una secuencia lógica.----------

--- I.- Comenzaré por tratar el agravio referido a la necesidad del reclamo administrativo previo.----------
------- En cuanto a esta queja, como señala el vocal preopinante, no radica en que el apelante realizó el reclamo de daños y perjuicios en sede administrativa, sino

en que el mismo resultaba innecesario por prematuro, ya que previamente la comuna debía reconocer el error denunciado, y de no hacerlo, de haberla planteado conjuntamente, la misma suerte correría la petición indemnizatoria, por lo que entiende que se encontraba relevado de tal reclamación.----------

---------- A la luz de los elementos reunidos en la causa y la jurisprudencia de la Sala sobre el particular –que cita el voto precedente-, adelanto que me adheriré a los calificados dichos del Dr. De Cunto por parecerme ajustada a derecho la solución que propuso.-

--- Sí juzgo de interés hacer algunas consideraciones adicionales o complementarias a su exposición, habida cuenta las particularidades que presenta la causa en cuanto al tema en análisis.----------

---

--- Que es una premisa aceptada generalmente por la doctrina, vigente en otros sistemas jurídicos e incorporada a algunos códigos contencioso-administrativos provinciales, que para impugnar judicialmente un acto administrativo se necesita que antes la administración haya denegado de manera expresa, o por efecto del silencio, el pedido del agraviado respecto de lo que será objeto de la demanda. Como lo señala Bielsa citando a Laferriere “es una especie de privilegio de la administración pública” cuyo objeto es provocar la decisión previa de dicha administración, decisión que constituye la “materia prima” del juicio contencioso y que los administrados no pueden promover de plano demandas contra la administración pública, sino que deben expresar su pretensión jurídica ante ella, para que revea el acto cuestionado. De esta regla se deriva la necesidad de que la pretensión expresada en el reclamo formulado ante la administración, sea la misma que la contenida en la demanda o en el recurso contencioso administrativo, pues lo que en realidad estaría resolviendo el juez sería una demanda dirigida contra la decisión de la administración que denegó el derecho del recurrente, la oposición entre la pretensión del actor y esa decisión (Conf. Luqui, Roberto “Revisión Judicial de la Actividad Administrativa”, Ed. Astrea, Tº 2, pags. 142/3).----------

--- Que la necesidad de interponer en primer lugar el reclamo administrativo correspondiente tiene como finalidad que la administración pueda revisar el acto realizado, salvar errores de su propia gestión, y efectivizar el control de

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

legitimidad necesario en los actos administrativos. Del efectivo ejercicio de esta actividad podría llegarse a una conciliación con el recurrente y evitarse la litis consecuente.----------

--- Resumiendo, el propósito de este reclamo está fundado en motivos de indudable prudencia, que aconsejan que el Estado no sea llevado a juicio sin haber previamente tenido la posibilidad de tomar conocimiento de los extremos en los que el particular sustenta su reclamación y evaluarlos para pronunciarse sobre su procedencia.-------

--- En este sentido se plasma la voluntad de la Ley de Procedimientos Administrativos, en cuanto en la redacción del artículo 30 se regula que: “El Estado Nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica...”.----------

--- En igual sentido el art. 138 y sgtes. de la ley 920 imponen la necesidad de transitar la vía administrativa previa para el ejercicio de toda clase de acciones fundadas en el derecho común.----------

--- En el “sub examine”, la pretensión de la actora en sede administrativa no contenía reclamo indemnizatorio alguno, y ello trajo como consecuencia que no se haya pronunciado, y tal omisión privó al municipio del tratamiento expreso de la cuestión. Y aún con todo el dispendio jurisdiccional que de ello se derivaría, si las condiciones de admisibilidad no se encontraren reunidas, debe resolverse expresamente la cuestión pronunciándose el Juez sobre tal aspecto antes de abocarse, si correspondiera, al fondo de la cuestión (conf., Rejtman Farah, Mario “Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa”, Ed. La Ley, pags. 200/201).---------- Naturalmente que no es esta la solución que mejor contribuye a la eficacia del funcionamiento de la actividad jurisdiccional, pero tampoco resulta legítimo que se omita el tratamiento de esta cuestión previa al pronunciamiento definitivo aún en esta etapa del proceso sólo porque éste ya hubiera – erróneamente- tramitado. El planteo de la falta de un presupuesto procesal por parte del Estado –en este caso Municipal- obliga al juez a resolverlo aún cuando la etapa previa donde se resuelve el incidente de la habilitación de la

instancia ya hubiera transcurrido. No se me escapa que en rigor la instancia ya estaría habilitada por haberse corrido traslado de la demanda y tramitado el proceso. El desgaste procesal derivado de la omisión judicial en resolver no exime de tratar la defensa y expresamente planteada por el Estado demandado (conf., op y aut. cits., pags. 200/201).----------

--- El principio de congruencia que determina que entre la reclamación administrativa previa y la demanda no puede variar ni el objeto, ni el contenido de las pretensiones, es una exigencia común al reclamo previo a las acciones de Derecho Común –tal el caso bajo análisis- como al que se aplica como exigencia –cuando las normas lo contemplan- como requisito para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas. Para ambos casos aunque no sin discrepancias doctrinarias, se han estimado de aplicación los arts. 30, 31 y 32 de la ley nacional de Procedimientos Administrativos, por lo que puede traerse sobre la cuestión el aporte de los administrativistas, aunque sin perder de vista las diferencias entre uno y otro proceso y la finalidad que el instituto está llamado a cumplir en cada caso (conf. S.T.J. de Chubut, 26-VIII-2005, “M.C.E: y otra c/ Provincia del Chubut y otro s/ Sumario . Daños y Perjuicios”).----------

---

--- Que la circunstancia de que la demanda juicial deba versar sobre los mismos hechos y derechos invocados al efectuar el reclamo en sede administrativa impide que el presente reclamo pueda sustanciarse en la instancia jurisdiccional, sin sacrificar justamente el principio de congruencia que rige en materia contencioso administrativa (conf. arg. art. 30 cit. de la ley 19.549), y esa esfera de la reclamación que debe ventilarse en ese ámbito, con la consecuente decisión al respecto, la que constituye, como quedó dicho, la “materia prima” del reclamo en sede judicial, por lo que el agravio referido a que resultaba innecesario hacerlo, no podrá prosperar.------- II.- Inaplicabilidad de la ley 920.----------

---

--- Que si bien el planteo fundado en la inaplicabilidad de la ley 920, con cita del art. 2 de dicha norma, fue introducido en la etapa de los alegatos, coincido con el vocal preopinante en que el agravio fincado por el recurrente en tal sentido merecerá ser tratado en tanto que ello no altera ni sustituye la pretensión deducida, como tampoco los hechos acreditados en la causa. El órgano

jurisdiccional puede elegir la norma jurídica aplicable al caso, en la medida que las involucradas coincidan con igual supuesto de hecho que el alegado por las partes, como presupuesto de su pretensión o defensa. Que de resultar aplicable el mentado art. 2, como lo señala el Dr. De Cunto, no existe óbice para que en esta instancia como en la anterior lo fuera de oficio, por tratarse del derecho, con independencia del invocado por las partes.---------- En ese orden de ideas, el juez -señala P.-, debe decidir si se ha operado o no la consecuencia jurídica afirmada por el actor, pero para ello le es indiferente la designación técnica que aquél haya asignado a la situación de hecho descripta como fundamento de la pretensión, desde que es inmanente a la función decisoria la libertad en la elección de la norma o normas que conceptualizan el caso (“*iura novit curia*”). No es por tanto la norma la que individualiza la pretensión, sino los hechos afirmados en la medida de su idoneidad para producir un determinado efecto jurídico. La circunstancia de que una pretensión por indemnización de daños y perjuicios, verbigracia, se haya fundado en las normas relativas a la culpa aquiliana (art. 1109 del C. Civil), no impide que la sentencia haga lugar a la pretensión con fundamento en el régimen de la responsabilidad contractual (art. 184 Cód. Com.), por cuanto en tal hipótesis, la causa de la pretensión se halla presentada por el hecho dañoso y no por el punto de vista jurídico a través del cual el actor lo ha invocado (conf. Guillermo Enderle “La Congruencia Procesal”, Ed. Rubinzal Culzoni, pag. 239/40).---------- Que si bien, en virtud de lo expresado, se tratará este agravio, ello no significa que los argumentos expuestos para desestimar el anterior resulten irrelevantes para éste en cuanto a que pueda admitirse la inaplicabilidad de la ley 920, ya que la norma en cuestión excluye su aplicación al procedimiento de formación de los actos allí detallados, entre ellos los legislativos, así como también los judiciales, lo cual es obvio por cuanto se rigen por los códigos procesales pertinentes. Resulta claro entonces que para el dictado de la ordenanza en cuestión no corresponde aplicar la ley 920. Al respecto, conviene destacar, como lo señala el colega de Sala, que el citado art. 138 de la referida ley impone la reclamación administrativa previa para el ejercicio de toda clase de acciones fundadas en el derecho común contra el estado provincial, o en este caso el municipal, mientras que el 139 contempla en su inciso c) entre las

excepciones a tal principio, que el resarcimiento tenga su fundamento en la inconstitucionalidad de leyes o decretos. De dicha excepción resulta claro que para ejercer una acción de resarcimiento en virtud de una ley pero en la que no se planteara su inconstitucionalidad, es aplicable el art. 138. Es decir que el art. 2 establece que no se aplica la ley de procedimiento administrativo para la "formación" de los actos legislativos, pero por su especificidad, no alcanza a los supuestos en que la pretensión del administrado está enderezada a ejercer una acción de resarcimiento como consecuencia de daños producidos por un acto legislativo, en cuyo caso debe recurrir al reclamo administrativo previo. Que la pretensión en esta sede no puede sustraerse a la aplicación de lo dispuesto por el mentado art. 138, y por lo tanto no puede ser alcanzada por lo establecido en el art. 2 de la ley 920, ya que no fue planteada en esos términos, y por lo tanto, no hay una adecuada identidad entre los elementos de hecho y sus consecuencias, previstos por la norma en que sustenta el agravio, y lo articulado por el recurrente por vía de hechos y peticiones. En consecuencia, este agravio correrá la misma suerte que el anterior.---------- --- III.- Por último corresponde tratar el agravio referido a la regulación de honorarios. Al respecto, y como bien distinguió el colega prevotante, si bien la sentencia de grado no trató la cuestión de fondo al hacer lugar a la defensa de sentencia de grado no trató la cuestión de fondo al hacer lugar a la defensa de falta de habilitación de la instancia, ello no impide que puedan ponderarse las tareas desarrolladas por los profesionales beneficiarios de la regulación durante la tramitación del pleito en el que se cumplieron todas las etapas del proceso sumario, por lo que resulta claro que corresponde aplicar el art. 39 de la ley arancelaria. Sin perjucio de ello, comparto a reducción que propone el Dr. De Cunto, por considerar excesiva, teniendo en consideración las pautas contenidas en el art. 6, la practicada en la instancia de origen. En consecuencia, propongo que los emolumentos sean determinados en un 14% para la Dra. V. y en un 6% para la Dra. N., sobre la base regulatoria establecida en dicha instancia, con más el I.V.A., si correspondiere (conf. arts. 6, 7, 9, 10 37, 39, 47 y ccs. del arancel).----------

--- IV.- Por las precedentes consideraciones, coincido con el Dr. De Cunto en que corresponde propiciar la confirmación de la sentencia apelada en lo principal que decide, para modificarla exclusivamente en lo referente a los honorarios de las

letradas que representaron a la comuna demandada, los que deberán reducirse al 14% para la Dra. V. y al 6% a la Dra. N., en ambos casos sobre la base regulatoria determinada en primera instancia y con más el I.V.A., si correspondiere.-

--- En cuanto a las costas en esta sede, teniendo en consideración la suerte que corrió la apelación, no encuentro motivo para apartarme del principio objetivo de la derrota, por lo que serán impuestas al recurrente vencido (art. 68 del C.P.C.C..-----

--- Finalmente, a los efectos de regular honorarios, teniendo en consideración la extensión y mérito de los trabajos realizados ante esta sede, estimo adecuado determinar los de la Dra. D. I. V., en un 6% de la base establecida en la instancia anterior, con adición del I.V.A., si correspondiere, sin fijar los del Dr. H. G. (conf. arts. 6, 9, 12, 14, 47 y ccs. de la ley 2.200 y leyes 23.349 y 23.871).----------

--- Sumo así mi voto a la primera cuestión, PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

--

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: ----------

-------I) Confirmar el fallo apelado en lo principal que decide, modificándolo al sólo efecto de reducir los honorarios de la Dras. D. I. V. y M. G. N., en un 14% y en un 6% respectivamente, sobre la base económica establecida en la instancia de origen, y con más el IVA correspondiente.---------- II) Imponer las costas en la Alzada al actor apelante vencido.---------- III) Regular los honorarios profesionales por la actuación en esta sede de la letrada de la demandada, Dra. D. I. V., en un 6% de la base económica antedicha, con adición del I.V.A. correspondiente.----------

-- Así lo voto.----------

--

--- **A LA SEGUNDA CUESTION**, el Dr. Faiella Pizzul dijo: ----------

------- En atención al acuerdo arribado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, fiel expresión del mismo. Así lo voto.----------

---------- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (art. 9 de la ley 1130, To. ley 4550), pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ----------

--- CONFIRMAR el fallo apelado en lo principal que decide, modificándolo al sólo efecto de reducir los honorarios de la Dras. D. I. V. y M. G. N., en un 14% y en un 6% respectivamente, sobre la base económica establecida en la instancia de origen, y con más el IVA correspondiente.---------- IMPONER las costas en la Alzada al actor apelante vencido.---------- REGULAR los honorarios profesionales por la actuación en esta sede de la letrada de la demandada, Dra. D. I. V. en un 6% de la base económica antedicha, con adición del I.V.A. correspondiente.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

Fdo: ALDO LUIS DE CUNTO – ARGENTINO CARLOS M. FAIELLA PIZZUL

REGISTRADA BAJO EL Nº 24 DEL AÑO 2008 – CONSTE.-