En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil diez, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Fernando Nahuelanca y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Silvia N. Alonso de Ariet, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C. DE A. P. Y O. S. P. DE R. T. L. c/ MUNICIPALIDAD DE RADA TILLY s/ RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO", expte. nro. 121/08**, y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 112), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia N. Alonso de Ariet, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la segunda parte del artículo 1 de la Resolución 463/08 de la Municipalidad de Rada Tilly? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Silvia N. Alonso de Ariet dijo:

1. El recurso interpuesto:

La C. de A. de la Municipalidad de Rada Tilly, el día 15 de diciembre de 2008, interpuso recurso contencioso administrativo contra la segunda parte del artículo 1° de la Resolución n° 463/08 de la Municipalidad de Rada Tilly que ordenó "dar intervención al Ente Regulador y a las Áreas municipales pertinentes a los fines que evalúen la existencia y quantum de los daños y perjuicios que

hubieren generado como consecuencia de la unilateral decisión de rescisión del servicio público de cloacas, a los fines de su eventual reclamo, todo ello por los motivos indicados en los considerandos respectivos" –fs.31 y 16-.

Expresamente solicitó se declare la nulidad de dicha orden por considerar que el acto está viciado de incompetencia al excederse el órgano en la competencia en el campo de lo implícito.

Agregó que no se puede consentir que el Municipio "haga lo que quiera" –sic- con el proceso reglado; que en el expediente tramita con exclusividad una reclamación resarcitoria y que "operaría como una cuestión de réplica al reclamo (una especie de mensaje donde se dice "Ud. reclama dos millones y yo le advierto que puedo reclamarle otro tanto en su contra)" –sic, fs. 33-.

Ofreció como prueba la documental acompañada (copia de poderes, del escrito del reclamo resarcitorio y de rescisión contractual por ello presentado, de la Resolución nro. 463/2008 y del recurso de reconsideración y nulidad que presentó el día 31 de octubre de 2008. A su vez, como prueba instrumental, ofreció el expediente nro. 454/2008.

A fs. 34 tuvimos a la parte por presentada y ordenamos que cumpla con las previsiones de la ley de colegiación e identifique contra quién se dirige la demanda indicando, además, su domicilio.

A fs. 57 la actora cumplió la manda, aclarando que la pretensión se promovía contra la Municipalidad de Rada Tilly con domicilio en Alférez Olivares n° 64 de esa ciudad.

Asimismo, denunció como hecho nuevo que

la Municipalidad de Rada Tilly, el día 12 de diciembre se pronunció respecto al recurso de reconsideración que había sido interpuesto el día 31 de octubre de 2008. Agregó la respectiva resolución –n° 524/2008- que fue notificada a su parte el día 17 de diciembre de 2008 y la criticó porque los motivos en los que se funda no son ciertos. Si bien reconoce que el escrito presentado por su parte, que dio origen al procedimiento administrativo, "contenía dos actos estrechamente vinculados" sus consecuencias jurídicas distintas; su tratamiento era absolutamente distinto. En tal orden de ideas, destaca que jamás se dispuso la acumulación de los expedientes y que jamás se notificó que pasarían a resolver ambas cuestiones en un mismo acto administrativo. Alega que el perjuicio producido no debe ser necesariamente actual, sino que puede ser potencial. Insiste en que la disposición operó "como una suerte de mensaje" intimidatorio y que a su entender es la única finalidad perseguida que no puede ser consentida "aunque ello si opere como una mera protesta" (sic).

Se detiene en la enmienda que realiza la Administración al rechazar el recurso de revisión interpuesto y sostiene que ello demuestra que la nulidad parcial de la resolución era el modo regular para efectuar el cambio.

2. La contestación de la demandada.

La Municipalidad de Rada Tilly contesta la demanda, sosteniendo que el planteo es absurdo y que produce un dispendio jurisdiccional inútil.

Insiste en la improcedencia de la pretensa nulidad parcial de la Resolución n° 463/08 bajo el argumento que las cuestiones analizadas y

resueltas en la misma guardan entre sí necesaria vinculación.

Agrega que no procede la nulidad por la nulidad misma y al solo beneficio de la ley y que en el caso no hay perjuicio.

Sostiene, luego, la improcedencia de la pretensa nulidad del artículo 3 de la resolución 524/08 e invoca la presunción de legitimidad de los actos administrativos. Hace reserva del caso federal.

3. La prueba colectada en autos.

Las copias legalizadas de los expedientes administrativos n° 254/2008 y 255/2008 caratulados: ”C. de A. P. y otros S. P. de R. T. L. s/ reclamo administrativo previo” y s/ rescisión contractual”, fueron agregadas a estos autos y reservados en Secretaria según consta a fs. 72.

4. La nulidad impetrada.

La recurrente ha sostenido que en el caso estamos frente a un acto anulable de nulidad parcial o acto administrativo parcialmente anulable y que tal vicio se configura al haberse dado tratamiento a cuestiones ajenas al expediente, extremo que califica como defecto formal y por violación de la competencia en razón del grado.

La lectura del expediente administrativo n° 254/2008 caratulado: ”C. de A. P. y otros S. P. de R. T. L. s/ reclamo administrativo previo” demuestra que la ajenidad que se invoca como causal que configura el vicio de defecto formal no concurre en la especie.

Los extremos que dan andamiaje a tal afirmación son los siguientes:

- La Cooperativa, el día 12 de mayo de

2008, en el escrito inicial que dio origen a las cuestiones administrativas, introdujo dos cuestiones: el reclamo resarcitorio y la comunicación de la rescisión contractual.

- La Municipalidad de Rada Tilly dispuso, por razones de orden procedimental, la formación de dos expedientes que tramitarán en forma autónoma y separada.

- El reclamo resarcitorio fue rechazado mediante resolución n° 463/08; en sus considerandos se transcribe el dictamen de la Asesoría Letrada en el que se califica la rescisión como injustificada con base en distintos argumentos que no es dable mencionar ni valorar a los efectos del presente y se sugiere que las áreas pertinentes y el Ente Regulador evalúen la existencia y quantum de los daños y perjuicios que se hubieren ocasionado como consecuencia de la injustificada rescisión. El Intendente Municipal ordenó efectivamente, la investigación de tal extremo; la orden integró el punto 1° de la parte resolutiva de la mentada resolución.

Estos extremos dan cuenta de la íntima vinculación que existe entre los hechos que dieron sustento, por un lado a la pretensión del administrado (reclamo resarcitorio) y a la consecuente decisión de rescindir el contrato unilateralmente que comunicó al momento de exteriorizar esa pretensión y, por otro a la orden interna de evaluar la existencia y daños y perjuicios que la rescisión pudiere haber causado.

En tal contexto, la ajenidad que se pretende no es tal; todo ello más allá de la deficiente técnica de la resolución tanto de orden metodológico como de redacción. Lo cierto es que tales defectos no

tienen entidad para configurar el vicio que se endilga.

Sin perjuicio de ello, destaco que, fundamentalmente, el planteo no puede prosperar porque la C. no es la destinataria de la instrucción dictada en el marco del reclamo resarcitorio.

En efecto, la instrucción u orden de evaluar la existencia de daños y perjuicios, más allá de haber sido dictado en el marco de un reclamo resarcitorio, es una medida interna; la investigación en sí misma no implica afectación a los intereses de la cooperativa pues agota su eficacia dentro de la organización interna.

Es claro que esta instrucción por su contenido y alcance no genera obligación alguna para la C. ni tampoco implica alteración o modificación de alguno derecho de la cual ella es titular. Es decir no es "fuente de legalidad" para el administrado; sólo lo es para el personal de la Administración que debe efectuar la investigación (cf. Marienhoff, Miguel, "Tratado de Derecho administrativo", T. I, ed. Abeledo-Perrot, 3° edición actualizada, Buenos Aires, 1982 p. 128).

Por ello, en principio los administrados o particulares no pueden promover recursos contra las circulares o instrucciones, ya que éstas se agotan en el ámbito interno de la Administración. Es que éstas, en sí mismas, no le causan agravio al administrado; no puede hablarse de un perjuicio potencial puesto que lo que puede causar agravio al administrado es el acto del funcionario o empleado público realizado en ejecución de la instrucción.

Por lo demás, la mentada orden no es

contraria al orden jurídico y sabido es que la vulneración de normas constitucionales, legales o reglamentarias es el presupuesto que pone en marcha el sistema de nulidades administrativas.

Así, no es dable soslayar que dentro de las atribuciones y deberes del Departamento Ejecutivo que la ley de municipalidades (n° XVI – N° 46, antes Ley 3098) expresamente consagra el de dar cumplimiento a todas las Ordenanzas del Concejo y adoptar las medidas preventivas para evitar su incumplimiento y las medidas necesarias para hacer efectivos los fines del Municipio, de acuerdo al art. 233 último párrafo y 238 de la Constitución Provincial, como, asimismo, aplicar las sanciones establecidas en las Ordenanzas.

Sin dudas se han consagrado amplias prerrogativas y la instrucción de evaluar la existencia de los daños y perjuicios derivados de la finalización de un contrato configura un ejercicio legítimo de tales prerrogativas; ergo no puede ser reputada como vulnerante del principio de juridicidad al que debe ceñirse la Administración.

Estas razones son dirimentes en orden a la cuestión introducida a debate. A mayor abundamiento, señalo que tampoco se haya configurado un supuesto de desviación de poder. En efecto, si bien tal vicio no fue expresamente denunciado, no puedo dejar de señalar que en algunos pasajes del escrito inicial y de su ampliación se ha deslizado que la Administración al dictar tal instrucción ha tenido una finalidad intimidatoria persiguiendo disuadir de posibles reclamos; extremos que nos ubican desde lo conceptual en dicha figura jurídica.

La concurrencia de este vicio de tipo

subjetivo, implícitamente denunciado, no aparece manifiestamente configurado y ninguna prueba se ha aportado para demostrar su concurrencia.

Reitero, no se desprende del contenido de la orden de evaluar eventuales perjuicios no aparece, en sí misma, imbuida de una finalidad distinta a la de conocer si se ha configurado un supuesto que implique perjuicio patrimonial para los intereses municipales.

Con base en todas estas consideraciones propongo el rechazo del recurso.

4. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen a la parte actora vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota adoptado por nuestro ordenamiento procesal. Los honorarios se fijarán de conformidad con las pautas generales establecidas por la ley arancelaria (art. 5, 6 y 8 de la ley XIII-4, antes ley 2200/4335). En este contexto, apreciando la extensión de los trabajos profesionales, la calidad y eficacia de los mismos, la trascendencia jurídica, moral y económica para las partes, el resultado obtenido y la probabilidad de la efectiva satisfacción de pretensión reclamada en el juicio por el vencido, se fijan los honorarios del doctor N. D. en la suma de pesos tres mil y los correspondientes a los Dres. J. J. E. y H. J. F. de las C., en forma conjunta en la suma de pesos dos mil en todos los casos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia N. Alonso de Ariet dijo:

1°) Rechazar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la C. de A. P. y otros

S. P. de R. T. L., contra la segunda parte del artículo 1° de la Resolución n° 463/08 de la Municipalidad de Rada Tilly.

2°) Costas a la parte actora vencida.

3°) Regular los honorarios del doctor N. D. en la suma de pesos tres mil y los correspondientes a los Dres. J. J. E. y H. J. F. de las C., en forma conjunta, en la suma de pesos dos mil; en ambos casos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

4°) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 94 por la Municipalidad de Rada Tilly.

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que tal como se lee a fs. 31/33vta. se plantea recurso contencioso administrativo en los términos del art. 127, hoy 132 de la Ley XVI-N°46 (antes Ley 3098), contra la Resolución N° 463/08 dispuesta por la demandada a efectos de lograr la nulidad parcial de la misma, dejando sin efecto el art. 1 de tal resolución.

Que a fs. 80/81 se declara formalmente admisible el recurso interpuesto.

Que a fs. 90/94vta. obra la contestación de demanda.

Que la colega que abre el acuerdo reseña en forma breve y ajustada al contenido de la pretensión; contestación sosteniendo y fundando lo resuelto y la prueba adquirida, lo que evita su mera reiteración y privilegiando principios de economía y celeridad.

Debe quedar en claro la limitación

autoimpuesta por la recurrente, esto es, se cuestiona, ante la rescisión dispuesta por la concesionaria, que la autoridad concedente haya dispuesto "...dar intervención al Ente Regulador y a las Áreas municipales pertinentes a los fines de que evalúen la existencia y quantum de daños y perjuicios se hubieren generado como consecuencia de la unilateral decisión rescisoria del servicio público de cloacas, a los fines de su eventual reclamo..." (Resolución 463/08, art. 1°, 2ª. parte, fs. 11/16).

Que tal impugnación tiene como fundamento que esta parte del decisorio resulta ajena al asunto que motivó aquella Resolución que la contiene.

Que el Expte. Adm. 254/08 -que obra por cuerda-, es consecuencia del reclamo resarcitorio y comunicación de rescisión contractual formulada a fs. 325/321vta. del mismo.

Que a fs. 326, el ente comunal da las razones por las que decide tramitar en forma autónoma e independiente cada cuestión planteada. Hecho que no ha merecido impugnación alguna –ver presentación de fs. 331, 332 y contestación de fs. 334 a comunicación de fs. 333- y que de ningún modo admite presumir perjuicio alguno para la reclamante. Pero tampoco admite concluir que tal decisorio implique más allá de lo procedimental, falta de conexidad sustancial.

Previo dictamen de fs. 346/331 y en sintonía con sus fundamentos, se dicta la Resolución 463/08, cuya objeción parcial estamos tratando.

Y es que el reclamo resarcitorio que motivó esta parte de las actuaciones tiene como principal fundamento el presunto desamparo del ente

concedente al negarle la adecuación tarifaria oportunamente solicitada y que la llevó al quebranto financiero de la concesionaria, extendiéndose en las argumentaciones al respecto. Tras la oposición fundada del ente municipal se decide por el rechazo de dicho relamo y dar la intervención al ente regulador y a las áreas municipales pertinentes a los efectos de verificar presuntos daños y perjuicios que la decisión resarcitoria unilateral del servicio público de cloacas pudiera haber generado.

Que si bien tal intervención pudo haberse ordenado antes durante o después de tal Resolución, en forma conjunta o separada de ningún modo puede agraviar a la reclamante, ya que no es más que la manifestación del debido ejercicio del poder de policía municipal, más que derecho es un obligación el ente municipal en razón de la naturaleza del servicio concesionado, la necesidad de no discontinuarlo por conflictos ajenos a los beneficiarios y que de ningún modo pueden resultar perjudicados por sus efectos colaterales. La legitimidad de la decisión escapa a todo reproche y encuentra sobrado fundamento legal, tal como bien destaca mi colega preopinante –ver Ley 46 antes 3908, art. 75, 85 y concs., arts. 233 inc. 1 y 14 in fine CProv. Ch.; ver v. gr. "Jurisprudencia de la concesión pública de los servicios públicos" por Porras, Alfredo Rafael, publicado en LL Gran Cuyo 2000, 302).

Debe recordarse que la intervención del estado en la fiscalización integral del servicio prestado a la comunidad mediante concesión, y en definitiva su recuperación por el mismo Estado, sea por caducidad, rescate –o como en el caso rescisión- o mero

vencimiento del término fijado a la concesión, como modalidad inherente a ésta, y susceptible de acaecer en un momento dado por remoto que pudiera parecer, ha constituido siempre una característica notoria de estas formas de explotación (ver, v. gr., CS, Fallos: 221:731).

Además, el Estado concede pero no enajena la prestación del servicio público y tiene el derecho y la obligación de exigir la eficacia del servicio mediante el adecuado ejercicio de las facultades estatales de policía y controlador (ver v. Fallos: 179:54; 321:311), máxime cuando se ha suscitado un conflicto por rescisión unilateral de la concesionaria.

Preservar la integridad patrimonial del ente comunal ante tales situaciones obligan a tomar medidas como las dispuestas sin que pueda considerarse de algún modo afectadas las partes contratantes, ya que al margen de ser preventivas y en su caso oportunamente objetadas, lo son en beneficio de la comunidad, fin primordial de tal accionar (ver v. gr. "¿Qué son los entes reguladores? (Apuntes en torno a la coherencia interna de su régimen jurídico)" por Bianchi, Alberto B., de fecha 1-feb-2000, cita: MJ-DOC-2617-AR - ED, 186-675 - MJD2617, producto: Microjuris).

Por lo expuesto y en línea con la opinión de quien abre el acuerdo, propongo el rechazo de la nulidad parcial intentada por la recurrente. Con costas y difiriendo la regulación de honorarios al momento el acuerdo. Se tiene presente la reserva del llamado "caso federal".

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con el voto de la Dra. Silvia Alonso de Ariet, reitero su fórmula decisoria.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Nahuelanca no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1°) Rechazar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la C. de A. P. y otros S. P. de R. T. L., contra la segunda parte del artículo 1° de la Resolución n° 463/08 de la Municipalidad de Rada Tilly.

2°) Costas a la parte actora vencida.

3°) Regular los honorarios del Dr. N. D. en la suma de PESOS TRES MIL ($3.000) y los correspondientes a los Dres. J. J. E. y H. J. F. de las C., en forma conjunta, en la suma de PESOS DOS MIL ($2.000), en ambos casos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

4°) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 94 por la Municipalidad de Rada Tilly.

5°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2010
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "C"