Comodoro Rivadavia, de agosto de 2013.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados:**"O. M. E. c/ MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA s/ SUMARIO (Daños y perjuicios)"** Expte. N°307/2013, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N°1, Secretaría N°2 (Expte N°301/2012) por haber interpuesto la demandada a fs. 96, recurso de apelación contra la sentencia de fs. 90/93 que, declara la inconstitucionalidad del art 138 de la Ordenanza Municipal N°485/76 y rechaza las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva y falta de acción opuestas por la recurrente.

I- A fs. 98/101, fundamentalmente se agravia porque el juez declara la inconstitucionalidad del art. 138 de la Ordenanza Municipal N°485/76 y porque omitió considerar la extemporaneidad del planteo de inconstitucionalidad de la actora. Señala que la decisión contiene una errónea aplicación e interpretación del derecho vigente. Alega que el art. 138 de la Ordenanza Municipal N°485/76 establece la reclamación administrativa como requisito previo a la demanda judicial siendo un presupuesto procesal de la acción. Afirma que el fallo "Gil" citado como precedente es aplicable al presente por tratarse de un supuesto distinto. Sostiene que la Municipalidad tiene un régimen procesal administrativo propio. Manifiesta que no hubo en el caso concreto actividad previa de la actora. Aduce que la decisión es arbitraria. Insiste sobre la falta de habilitación de la instancia judicial por ausencia de reclamo administrativo previo. Solicita

se revoque la sentencia de grado. Mantiene la reserva del caso federal.

A fs. 103/105, contesta la actora y solicita el rechazo del recurso.

II- De las constancias de autos surge que a fs. 35/42vta. la actora interpone demanda por daños y perjuicios contra la Municipalidad de Comodoro Rivadavia. Ofrece prueba y adjunta documental. No denuncia la existencia de reclamos o actuaciones previas ante la administración.

A fs. 65/75, contesta el municipio local mediante apoderados, opone excepciones de falta de legitimación procesal activa y pasiva y falta de acción por no estar habilitada la instancia judicial por falta de reclamo administrativo previo (art. 138 Ordenanza Municipal N°485/76). Asimismo, contesta demanda y solicita citación de terceros. Ofrece prueba.

A fs. 79/80vta., contesta la actora y solicita se declare la inconstitucionalidad del art. 138 de la ordenanza municipal citada.

Sustanciada la excepción, previa vista al Ministerio Público Fiscal, se dicta Sentencia interlocutoria N°021/2013 aquí recurrida.

III- En materia contencioso administrativa municipal, cuando se trata de acciones con fundamento en el derecho común, el principio es la exigibilidad de la reclamación administrativa previa por imposición legal (art. 138 Ordenanza Municipal 485/76, arts. 135 y 136 Ley XVI N°46 y art. 136 Ley I N°18. Ver STJCH SD N°08/2001 entre otros). Sin este recaudo, en principio, no existiría habilitación de la instancia judicial.

De las constancias de autos surge que en

el particular no existió reclamo administrativo previo, circunstancia que la actora no desconoce pero, opone el planteo de inconstitucionalidad del art. 138 de la Ordenanza Municipal 485/76 en oportunidad de contestar las excepciones opuestas por la demandada.

La Municipalidad de Comodoro Rivadavia sostiene la constitucionalidad de la norma y la extemporaneidad del planteo contra la norma.

En primer lugar, nos referiremos a la temporaneidad del planteo de inconstitucionalidad de la actora.

a) El planteo de inconstitucionalidad debe ser introducido en la primera oportunidad apta para hacerlo, pero esta exigencia debe ser ponderada con criterio razonable a fin de no incurrir en un rigorismo formal excesivo, y deben ser analizadas las circunstancias propias del caso.

En este sentido, la jurisprudencia y doctrina han optado por tomar como pauta de ponderación la oportunidad "propicia" para ello, es decir, en la primera ocasión que le brinda el procedimiento- cuando se vislumbra razonablemente que el dispositivo tachado de inconstitucional pueda ser aplicado- pues en definitiva se trata de que el juez tenga esta cuestión sometida a su conocimiento y ello le permita pronunciarse concretamente sobre el punto.

La Suprema Corte se refirió al tema, entendiendo por oportunidad propicia la que permite tanto al interesado desarrollar sus argumentos sobre la pretendida inconstitucionalidad, cuanto a la contraparte la posibilidad de rebatirlos (SCJN "C.A.C.C. de San Isidro, Ac 44.241 del 7.5.91. en Ac. Y Sent. 1991-I, 671; causa 89.863; citado por esta Sala

A S.I. N° 217/2002. En igual sentido ver Sala B Trelew 22-02-01. "C. V. C/ Provincia De Chubut s/ Ordinario", entre otros).

Conforme lo expuesto, el planteo de inconstitucionalidad interpuesto por la actora al contestar las excepciones de falta de legitimación procesal y falta de acción conforme lo dispuesto por el art. 138 de la Ord. Municipal, fue realizado en oportunidad propicia, pudiendo la demandada formular su oposición al pedido.

Lo expuesto evidencia la improcedencia del agravio.

Y engarza con la potestad de de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de una norma aún de oficio, supliendo así el derecho de las partes que no lo invocan o lo hacen erradamente, por ser el control de constitucionalidad una de las funciones específicas del Poder Judicial. (CSJN 27/9/2001, causa "Mill de Pereyra").

b) Inconstitucionalidad. Agotamiento de la vía administrativa.

La norma que dispone el cumplimiento de la etapa administrativa previa al reclamo judicial, no es una norma de orden público, siendo la "ratio legis" de la misma, la posibilidad de que la administración pública tenga oportunidad de evitar el juicio, reviendo sus actos o procurando la conciliación con el administrado. (Sala A S.I. N°44/2011)

Ahora bien, entender que es un presupuesto de orden público irrenunciable, implica beneficiar a la administración pública en perjuicio de los administrados. Así lo ha resuelto la actual tendencia jurisprudencial, proclive a atenuar el rigor

formal a favor del administrado.

La doctrina enseña que cuando está en juego un derecho fundamental del hombre como es el derecho pleno e irrestricto de acceso a la justicia, el hecho de que no se resuelvan los problemas y conflictos que plantean las personas ante los jueces genera una situación altamente desfavorable para las libertades del ciudadano.(Cassagne Juan Carlos. "Subsistencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa" LA LEY 09/08/2011). El autor citado, señala que en el estado constitucional de derecho ha surgido un nuevo paradigma configurado como una derivación del derecho a la tutela judicial efectiva, que se proyecta también a la protección administrativa de los derechos individuales y colectivos.

Ese nuevo paradigma surge de los tratados internacionales de derechos humanos, en especial, los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el art. 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, que consagran como principio general el acceso a la justicia en forma efectiva e irrestricta. Este principio conlleva la tutela efectiva jurisdiccional que no puede estar obstaculizada por ritualismos formales.

Reparase que la Constitución de 1994 consagró la jerarquía constitucional preferente de los tratados sobre las leyes y como los tratados de derechos humanos enunciados integran la constitución sin derogar artículo alguno de la primera parte de la misma (art. 75 inc. 22) surge que la regla del agotamiento de la vía administrativa, en su concepción absoluta, ha devenido inconstitucional por impedir

precisamente el acceso irrestricto a la justicia.

Cabe aclarar que lo que está en pugna con la Constitución y los Tratados Internacionales no es en sí misma la decisión previa o reclamación previa, sino la exigencia de una vía de tránsito o decisión previa impuesta obligatoriamente al ciudadano.

La norma del art. 138 Ord. Municipal 485/76 establece que la reclamación en vía administrativa será requisito previo al ejercicio de toda clase de acciones fundadas en el derecho común contra la Municipalidad; es decir, claramente lo prevé como una imposición legal conculcando el libre acceso irrestricto del ciudadano a la justicia, en consecuencia, en respeto de los derechos y garantías constitucionales, la misma no puede ser convalidada. (ver Sala A S.I. 55/2011)

A mayor abundamiento, señalamos que la conducta procesal de la demandada que, ha contestado demanda y se ha opuesto enfáticamente al reclamo y derecho invocado, demuestra que la exigencia del agotamiento de la instancia administrativa previa devendría en un ritualismo inútil y dispendio procesal inncesario.

Por los fundamentos expuestos corresponde rechazar el recurso de la demandada y confirmar la sentencia de grado debiendo continuar los autos según su estado.

Atento el modo de resolver la cuestión las costas de ambas instancias se imponen a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia por el principio objetivo de la derrota (arts. 69,70 y 282 CPr). Se regulan los honorarios de los profesionales actuantes teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, etapas

cumplidas, éxito obtenido y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados (arts. 5 a 7, 32, 13 y ss Ley XIII N°4).

Por ello, la Sala A de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia

RESUELVE

1) Rechazar el recurso de apelación de la demandada fs. 96 y confirmar la sentencia de fs. 90/93 debiendo continuar los autos según su estado.

2) Costas de la alzada a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia. Regular los honorarios por la actuación en primera instancia de los Dres. N. L. y R. P., en forma conjunta, en el 30% y de los Dres. N. L. y C. M., en forma conjunta, en el 25%, de los regulados en la incidencia de grado.

3) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 101.

4) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

La presente se firma por dos vocales de Cámara en razón de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Fernando NAHUELANCA y concordar en la solución del caso (Ley V N° 17).-