----Trelew, de mayo del año dos mil catorce.----------

----**VISTO:**----------

----El recurso de apelación interpuesto a fs. 79 contra la sentencia interlocutoria dictada a fs. 76/77vta., concedido a fs. 80 es fundado a fs. 81/82vta., corrido traslado a la contraria del memorial de agravios a fs. 83 es contestado a fs. 86/87.----------

----**Y CONSIDERANDO:**----------

----I.- A fs. 76/77vta. el juez de grado resuelve rechazar la excepción de incompetencia y la defensa de caducidad de la acción opuestas por la demandada.----------

----Para así decidir tiene en cuenta que en el orden local cuando se trata de repetir tributos municipales el ejercicio de la acción civil ordinaria siempre es procedente, y que lo es por efecto del derecho de opción que acuerda la Ley 3098 según cita de un decisorio de nuestro máximo Tribunal Provincial.----------

----Respecto de la defensa de caducidad de la acción entiende que la misma debe rechazarse, pues el actor pretende la repetición del impuesto de ingresos brutos retenido ilegalmente, razón por la cual ejerció la acción de pleno conocimiento prevista en la última parte del art. 136 de la ley XVI Nº 46, motivo por el cual no resulta aplicable el plazo de caducidad previsto por dicho artículo, ya que no se trata de impugnaciones contra actos administrativos las cuales deben ser deducidas dentro del término de quince días.----------

----II. Agravia a la apelante la decisión del juez de grado toda vez que reconoce implícitamente que la acción es de naturaleza contencioso administrativa, sin analizar si la acción tenía dichas características, por lo que ingresó de lleno al tratamiento de las opciones que brinda la Ley XVI Nº 46.----------

----Destaca que el actor reclama la devolución de la retención indebida pero omite considerar, al igual que el juzgador, que para que resulte procedente dicha acción debe declararse necesariamente la nulidad del acto administrativo.----------

----Sostiene que el actor debió reclamar la nulidad del acto administrativo y la devolución de los importes, y si no lo hizo no puede pretender que el tribunal supla de oficio su omisión, verificándose en autos la doctrina de falta de jurisdicción, con transcripción de fallos del Superior Tribunal de Justicia en su apoyo.----------

----Alega que todos los requisitos se encuentran presentes en el presente caso, pues hay un acto de la administración (retención de tributos municipales), resultando necesaria la declaración de invalidez de dicho acto para que proceda la pretensión deducida.----------

----Concluye señalando que no interpuesta la nulidad no tiene el actor habilitada la instancia judicial para reclamar la devolución del importe retenido por tributos. ----------

----III.- A fs. 86/87 contesta el actor el traslado del memorial de agravios, manifestando con relación al primer agravio que la nulidad del acto administrativo no fue articulado por la demandada al oponer excepciones ya que sólo habló de un plazo de caducidad. -

----Relata los acontecimientos que manifestara en su demanda y sostiene que el fallo

del Superior Tribunal de Justicia citado por el magistrado de la instancia anterior es la interpretación correcta para el caso.----------

----Agrega, remitiéndose al punto III del escrito de contestación de excepciones, que conforme lo señaló esta Cámara de Apelaciones en la sentencia Nro. 99/89 los arts. 132, 133, 134, 135, 136 y 137 de la Ley I Nro. 18 refieren a recurso, cuya interposición se realiza ante la Cámara de Apelaciones y las acciones se presentan en los juzgados de primera instancia. No obstante, -señala- sea que se trate de una acción contencioso administrativa o se la entienda como una acción de repetición y de derecho común, sin que medie acto administrativo alguno del Municipio y por más que funde su reclamo en el Código Fiscal Municipal, el art. 93 de la Const. Provincial y aún en la misma ley XIV Nro. 46, siempre ha de intervenir el juez de primera instancia. Asimismo, manifiesta, un nuevo aporte jurisprudencial lo constituye la sentencia interlocutoria Nro. 49/95 del S.T.J., en cuanto reconoce una tercera opción, cual es la de prescindir de la vía contencioso administrativa para reparar el agravio y ocurrir ante los tribunales de derecho común.----------

----Respecto del segundo agravio contesta que no demandó la nulidad de acto administrativo alguno -inexistente por otra parte- y es correcto que el juez de grado no se detuviera en el análisis de algo no demandado y ni siquiera exigible por norma legal alguna y por cierto tampoco existente. Lo que ha efectuado -dice- es la impugnación reiteradamente sostenida de todas y cada una de las retenciones indebidas sin lograr que el Municipio se expida.----------

----IV.- Cabe comenzar señalando el objeto del presente proceso, cual es, obtener la restitución de las sumas descontadas al actor en concepto de Impuesto a los Ingresos Brutos al momento de efectuar pagos parciales de los honorarios que le fueron reconocidos por la representación legal de P. S.A. en los autos caratulados “P. S.A. c/ Municipalidad de Rawson s/ contencioso administrativo” (Expte. 3118-1989), con más sus intereses conforme la tasa activa del Banco del Chubut S.A. y costas, por no resultar aplicable el Código Fiscal toda vez que no es contribuyente ni responsable.------

---

----Ello así, la acción intentada aún cuando presenta aspectos contenciosos administrativos en el modo de proponerla, lo cierto es que no es ésta su naturaleza pues cuando se trata de la repetición de tributos municipales, el ejercicio de la acción civil ordinaria es procedente.----------

------Al respecto, es de recordar que la opción a la que alude la Ley XVI Nro. 46, solo se aplica a cuestiones que por su naturaleza -en razón de la materia- son contencioso administrativas, porque son aquéllas en las que se demanda la protección jurisdiccional de un derecho subjetivo o interés legítimo del administrado amparado, a más de por el derecho público por la ley civil (STJCH, SI 49/95, 3, 133 y 34/96).----------

----Comparte esta Sala lo manifestado por el juez de grado, en cuanto a que ha señalado nuestro máximo Tribunal Provincial que intentada la acción ordinaria, la

circunstancia de que la parte la hubiere considerado contencioso administrativa pero ejercido la opción por vía ordinaria, o fuere que la hubiese considerado directamente ordinaria y consecuentemente ejercido, tal disquisición mental...es inoficiosa absolutamente. Su consideración a todo efecto deberá serlo como acción de derecho común, ya que es la protección de este derecho el que admite la opción, aún cuando se lo estimare de materialidad contenciosa (STJCh, SDRE Nro. 08/96).----------

----En efecto, no está en discusión la facultad del Municipio de percibir el Impuesto a los Ingresos Brutos, sino si los ha percibido debidamente o no, beneficiándose con un pago incausado que halla amparo en el derecho común.----------

----A ello se suma que la pretensión del actor incluye un contenido resarcitorio dado por los intereses devengados conforme la tasa activa que cobra el Banco del Chubut S.A. --

----Siguiendo este razonamiento, ha dicho esta Sala en la SDC 003/14, que la ley I Nro. 18 regula las reclamaciones resarcitorias estableciendo el reclamo administrativo previo al ejercicio de todas las clases de acciones fundadas en el derecho común en su art. 136.----------

----Respecto al agotamiento de la vía administrativa, constituye una regla básica que al tiempo de declarar habilitada la instancia, corresponde examinar de oficio`para establecer si resultan "prima facie" reunidos los presupuestos especiales de admisibilidad de la demanda, entre los cuales se encuentran en el caso de la impugnación de actos administrativos de alcance individual, el agotamiento de la vía administrativa a través de la oportuna interposición de los recursos y la observancia del límite temporal para deducir la acción judicial" (Conf. CNCAF Sala III, "Alvarez Lancellotti, Idelfonso c. Gobierno Nacional-Superintendencia de Seguros de la Nación", LA LEY, 1988-D, 449), debiéndose tener presente lo decidido por el Superior Tribunal Provincial en cuanto a que “no sólo la competencia de los tribunales es de orden público, también lo son los procedimientos instaurados, y en ese marco, los recaudos para la admisión de las acciones” (STJCH, SD Nº 03/S.C.A./98), “que deben ser -todos ellos- examinados de oficio por el Tribunal” (STJCH, SRO Nº 04/09), criterio sostenido por esta Alzada en SDCA Nro. 02/10, análisis que en el caso deviene necesario a los fines de establecer si la acción judicial fue interpuesta en plazo.----------

----En tal sentido, de las numerosas peticiones realizadas por el actor se advierte que ha quedado habilitada la instancia con el reclamo realizado ante la Tesorería por el Dr. G. glosado a fs. 278 del expediente administrativo Nro. 006688/2003, el 13/08/12, y el posterior reclamo ante la Sra. Intendente de la ciudad de Rawson de fs. 290 de fecha 18/02/13, los que encuadran en las previsiones de los arts. 62,63, 64, 65, 87 y 91 del Código Fiscal Municipal sin que haya recibido respuesta a su reclamo de parte de la Sra. Intendente de Rawson en el plazo establecido por el art. 140 de la Ley I Nro. 18, y en tanto la demanda se interpuso en el término fijado por el art. 142 de la citada norma legal, a la que adhirió el municipio por Ordenanza 4380, respecto a las ordenes de pago 94344 y 96960.----------En relación a la

orden de pago 94380, incluída en el reclamo glosado a fs. 295/ 297 del expediente administrativo, si bien no habían transcurrido los plazos para el agotamiento de la vía administrativa, se ha dicho, que el reclamo previo no es una solución idónea cuando con posterioridad al acto atacado la administración dictó nuevas resoluciones en el mismo sentido de la primera y que también son impugnadas a través de esta acción. Obligar a la interposición del reclamo en sede administrativa, frente al claro temperamento adoptado por la demandada, para luego volver a sede judicial, configura un exceso de rigor formal incompatible con las reglas del debido proceso y el adecuado servicio de justicia (CSJN, Fallos 311:700 y 2177, 317: 1579; CNFed.CAdm., Sala II, 12-9-2002, in re "Mattel Argentina S.A. c/ E. N. ME y OSP. Resol. 24/99 s/ Proceso de Conocimiento; Rev. de Derecho Público, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2003- 2, p. 463, SDC 028/07).----------Ello así siguiendo el criterio rector del Superior Tribunal de Justicia en cuanto estableció que si siendo la acción contencioso administrativa se ejerciera la opción por la vía ordinaria prevista por el art. 131 “in fine”, es exigible el agotamiento de la vía administrativa, no sólo porque en definitiva la opción no muta la materialidad de la acción ni enerva los recaudos impuestos por las leyes u ordenanzas específicas, sino a la par, por efecto de la aplicación de los arts. 138 y sigs. del Dto. Ley 920, estándose además en materia de repetición de impuestos a las Ordenanzas Fiscales para determinar la materialidad de la acción y la exigencia del requisito aludido. Y añadió que cuando se trata de acciones civiles (incluída la repetición de impuestos cuando la legislación fiscal no contenga previsiones sobre el particular) ha de acatarse el Dto. Ley 920 siempre, salvo disposición municipal en contrario (STJCh, SDRE Nro. 08/96).---------En relación al segundo agravio que titula el apelante “Falta de jurisdicción”, y que fundamenta en la necesidad de interponer la nulidad del acto administrativo además de la restitución de las sumas indebidamente pagadas, es de señalar que es una cuestión que no fue sometida a la decisión del juez de grado.----------Ello así, en virtud de lo establecido por el art. 280 del CPCC este Cuerpo se halla impedido de resolver sobre las cuestiones referidas pues no han sido sometidas a decisión del juez de grado, so pena de incurrir en incongruencia.----------Es de señalar, que el art. 280 del código adjetivo establece como límite del pronunciamiento el thema decidendum propuesto por las partes. El principio de congruencia que limitó la actuación del a quo en la sentencia de primera instancia, habrá de limitar también al ad quem en la sentencia de segunda instancia. Es que, la alzada constituye un área de revisión que, por tal razón, carece de poderes para decidir sobre temas no sometidos al juez inferior; pues su función prístina no es la de fallar en primer grado sino la de controlar la decisión de los magistrados de jerarquía inferior (Elena I. Highton, Beatriz A. Areán, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Hammurabi-2006; t. 5, pág. 344 y ssgts. y 351) (esta sala SIL 02/12, 39/13, entre otras). Es decir, no está permitido reeditar ante la Alzada un nuevo proceso ----------En consecuencia, por

los fundamentos expuestos se confirma el decisorio de grado. Conforme el resultado arribado las costas se imponen a la apelante vencida (arts. 69 y 70 CPC), por aplicación del principio objetivo de la derrota, regulando honorarios al Dr. A. H.G., en mérito a la extensión y complejidad de la labor desarrollada y resultado obtenido en el 30% de las sumas que le fueron reguladas en la instancia anterior, y de resultar el monto inferior al mínimo legal se regulará un tercio del mínimo previsto en el art. 7, cuarto párrafo de la Ley XIII, Nro. 4 (Arts. 5, 6bis, 32 último párrafo y concordantes de la Ley XIII Nro. 4), con más el IVA pertinente; y a los Dres. J. P. R. y M. F. R. se le regulan honorarios, en conjunto, en la suma equivalente a un tercio del mínimo previsto en el art. 7, cuarto párrafo de la Ley XIII, Nro. 4, con más el IVA pertinente, toda vez que no le fueron regulados honorarios en la instancia anterior por aplicación del art. 2 de la Ley XIII Nro. 4, salvo que se encuentren comprendidos en las previsiones de la última norma citada.-

----En su mérito, la sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ----------

--- I. Confirmar el decisorio de fs. 76/77vta.----------

--- II. Imponer las costas de Alzada a la apelante vencida (Arts. 69 y 70 CPCC).----------

--- III.- Regular honorarios al Dr. A. H. G., en el 30% de las sumas que le fueron reguladas en la instancia anterior, y de resultar el monto inferior al mínimo legal se regulará un tercio del mínimo previsto en el art. 7, cuarto párrafo de la Ley XIII, Nro. 4 (Arts. 5, 6bis, 32 último párrafo y concordantes de la Ley XIII Nro. 4), con más el IVA pertinente, y a los Dres. J.P. R. y M. F. R., en conjunto, en la suma equivalente a un tercio del mínimo previsto en el art. 7, cuarto párrafo de la Ley XIII, Nro. 4, con más el IVA pertinente, toda vez que no le fueron regulados honorarios en la instancia anterior por aplicación del art. 2 de la Ley XIII Nro. 4, salvo que se encuentren comprendidos en las previsiones de la última norma citada.- ----------

----La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Sergio Rubén Lucero (Art. 7º Ley V Nº 17). ----------

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

RAUL ADRIAN VERGARA
PRESIDENTE

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

--- **REGISTRADA BAJO EL Nº DE 2014 – SIC.- CONSTE.-**

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA