000617/2014

Comodoro Rivadavia, de febrero de 2015.

VISTOS Y CONSIDERANDO

Estos autos caratulados: **"C. L. B. y otros c/ SOCIEDAD COOPERATIVA POPULAR Ltda. de COMODORO RIVADAVIA y otro s/ SUMARIO (daños y perjuicios)"** Expte N°617/2014, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 (Expte N° 268/2013) por haber interpuesto la codemandada a fs.402, recurso de apelación contra la sentencia de fs.395/396 vta. que rechaza la excepción de falta de reclamo administrativo previo e impone costas y por haber apelado el letrado de la actora a fs.401, la regulación de honorarios fijada en la sentencia de fs.395/396 vta.

I- En su memoria de fs.407/411, manifiesta que no está controvertido la falta de reclamo administrativo previo conforme la Ordenanza Municipal N° 1101/96 y que es aplicable el art. 136 de la Ley I N° 18. Sostiene que el juez no tiene facultades para discernir sobre si, en el particular, la exigencia legal configura un ritualismo inútil. Cita jurisprudencia que entiende avalan su postura. Advierte que el juez no declaró la inconstitucionalidad de la norma que impone la obligación del reclamo administrativo previo y solo se limitó a aplicar la jurisprudencia de la Sala A de esta Cámara de Apelaciones. Aduce que el fallo es arbitrario y solicita se revoque. Critica la imposición de costas y solicita que las mismas sean por su orden. Mantiene la reserva del caso federal.

II- De las constancias del expediente

surge que a fs.223/231, la actora interpuso demanda por daños y perjuicios contra la Sociedad Cooperativa Popular Limitada de Comodoro Rivadavia, la Cooperativa de Agua de Rada Tilly y la Municipalidad de Rada Tilly, por la suma de $2.234.647,36.

A fs.263/270, contesta la Sociedad Cooperativa Popular Ltda. de Comodoro Rivadavia, a fs.305/308 y a fs. 317/333, hacen lo propio COOAGUA y la Municipalidad de Rada Tilly respectivamente. Esta ultima, opone las excepciones de falta de habilitación de la instancia judicial por falta de reclamo administrativo previo (Ordenanza Municipal N° 1101/96 y art. 136 Ley I N°18) y falta de legitimación pasiva.

Sustanciadas las respectivas excepciones, primero, el juez resuelve diferir el tratamiento de la excepción de falta de legitimación pasiva hasta el dictado de la sentencia definitiva, luego, a fs.395/396, dicta la sentencia interlocutoria aquí recurrida que rechaza la falta de habilitación de la instancia judicial por falta de reclamo administrativo previo.

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 (Ley I N° 18. Ordenanza municipal 1101/96); sin este recaudo, en principio, no existiría habilitación de la instancia judicial.

En autos no está controvertida la falta de reclamo administrativo previo, circunstancia que la actora no desconoce aunque niega su procedencia por entender que el planteo sería meramente dilatorio.

Ahora bien, en el caso concreto, el juez ha dado sobrados motivos para apartarse de tal disposición legal con fundamento en las normas supranacionales y constitucionales, interpretadas en función de lo actuado por las partes en el proceso.

En definitiva, si bien el juez no declaró en forma explícita la inconstitucionalidad de la norma, sostuvo su inaplicabilidad en función de una interpretación constitucional del acceso a la jurisdicción.

Este tribunal sostuvo que la norma que dispone el cumplimiento de la etapa administrativa previa al reclamo judicial, no es una norma de orden público, siendo su fundamento la posibilidad de que la administración pública tenga oportunidad de evitar el juicio, reviendo sus actos o procurando la conciliación con el administrado.

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.

Se señaló que, 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 (Sala A S.I. N° 164/2013).

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.

A mayor abundamiento, la conducta procesal demostrada por la demandada que, ha contestado demanda y se ha opuesto enfáticamente al reclamo y derecho invocado, evidencia –como lo sostuvo el juez- que la exigencia del agotamiento de la instancia administrativa previa devendría en un ritualismo inútil y en un dispendio procesal innecesario.

No se desconoce que la postura adoptada por la recurrente consistió en el ejercicio amplio de su derecho de defensa, pero esto mismo, ya expuestos los fundamentos de su negativa, demuestran que la reiteración del reclamo en sede administrativa es redundante y dilatorio.

Por todo lo expuesto, se resuelve rechazar el recurso de la demandada y confirmar la sentencia de grado debiendo continuar los autos según su estado.

Con relación a las costas, no siendo el presente un supuesto de excepción al principio general de la derrota, no corresponde la revisión del criterio seguido en la instancia de grado.

IV.- Honorarios.

El letrado de la actora critica la regulación de honorarios fijada en la sentencia, solicita se eleve la misma en el 20% y se exprese en una suma fija conforme la estimación que realiza.

En primer lugar, la regulación en porcentaje es la regla (art. 46 Ley XIII N°4) de modo tal que es improcedente la pretensión de regulación en suma fija. Luego, el presente es un incidente dentro

del proceso principal de daños y perjuicios promovido por la actora, siendo aplicables al caso la norma del art. 32 de la ley de aranceles para abogados.

El art. 32 establece que los honorarios en los incidentes se fijarán ente el 10% y el 20% de los que se determinen en el principal, no pudiendo ser inferiores a 8 jus, salvo pacto en contrario. El art. 46 establece la obligación de regular honorarios sin necesidad de petición expresa de parte.

El juez fundó su decisión en los arts. 32 y 46 citados y fijó los honorarios del letrado recurrente en el 10% de los que se determinen en la sentencia definitiva.

Adviértase que la ley de aranceles establece para los supuestos como el presente la solución contraria a la postura del letrado y determina que la regulación sea en porcentajes, siendo su fundamento que la pendencia del trámite del juicio principal y la falta de dictado de una sentencia definitiva hacen que el monto del proceso aún no esté determinado, circunstancia que impide su determinación en una suma fija.

Conforme lo señalado, la crítica efectuada por el letrado recurrente no puede prosperar, no demuestra la arbitrariedad de la regulación y por lo tanto, corresponde rechazar el recurso y confirmar la regulación de primera instancia.

V.- Atento el modo de resolver la cuestión las costas de ambas instancias se imponen a la Municipalidad de Rada Tilly 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 la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia **RESUELVE:**

1) Rechazar el recurso de apelación de la co-demandada fs.402 y confirmar la sentencia de fs. 395/396 vta. debiendo continuar los autos según su estado.

2) Rechazar el recurso de fs.401 y confirmar la regulación de primera instancia.

3) Costas de la alzada a la Municipalidad de Rada Tilly. Regular los honorarios por la actuación en segunda instancia del Dr. N. D. en el 25% de los regulados en la incidencia de grado.

4) Tener presente la reserva del caso federal de fs.410/411.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso y concordar en la solución del caso (Ley V N° 17 del DJPCh).

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2015

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS