RAWSON, 09 de agosto de 2018.

------ **VISTOS:** ----------

------ Estos autos caratulados: **"S. C. P. L. de C. R. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia y otros s/ Contencioso Administrativo (Expte. N° 24.886 - 2018)"** ----------
---------- **DE LOS QUE RESULTA:** ----------

------ I. Que a fs. 412/414 y vta., el día 31/5/18, se presentan los apoderados de la S. C. P. L. de C. R. y, de conformidad con lo establecido en el artículo 263 inc. 5° a) del CPCC, alegan hechos nuevos que consideran de directa incidencia en la resolución de este proceso. Razón por la cual, piden que se abra a prueba la causa. ----------

------ Recuerdan haber sostenido la incompetencia del Tribunal de Cuentas Municipal para las funciones de control, fiscalización y auditoría de los servicios públicos que presta su representada. Porque, según sostienen, correspondían al Ente de Control de los Servicios Públicos art. 116 y ss. de la Carta Orgánica Municipal (en adelante COM)- aun cuando no estuviera funcionando en ese momento. Indican también que solo el Concejo Deliberante puede asignar esa competencia, como lo prevé el art. 73 inc. 22 de la Carta mencionada. Destacan que ello fue lo que cuestionaron y no que la Sociedad Cooperativa actora no pudiera ser objeto de esas actividades.----------

------ Subrayan que, con posterioridad a la oportunidad prevista en el art. 369 del CPCC, tomaron conocimiento de la Resolución N° 10/16 del Concejo Deliberante por la cual designó a los miembros del Ente de Control creado por Ordenanza N° 10270/11, para dar inicio a las tareas encomendadas en el art. 73 inciso 22) de la COM. Es decir, agregan, teniendo una activa participación en el control y fiscalización de la Sociedad demandante.----------

------ A continuación, transcriben las atribuciones y funciones que el art. 4° de la citada Ordenanza -en dieciséis incisos- asigna al referido Ente (fs. 412 vta./413 vta.). Manifiestan que, el día 11 de diciembre de 2017, conforme con la reglamentación dictó un extenso dictamen referido al incremento de las tarifas de Energía Eléctrica. ----------

------ Asimismo, cuentan que fue la Resolución N° 34/18 del Concejo Deliberante la que dispuso que el Tribunal de Cuentas lleve a cabo una auditoría económico-financiera a su representada, en los términos del art. 73 inciso 22 de la COM. Añaden que estos acontecimientos deben ser objeto de prueba en esta instancia porque, según esgrimen, no hacen más que ratificar incompetencia del Tribunal de Cuentas Municipal que acusaron, para disponer per se aquellas en relación con los concesionarios

de los servicios públicos. Pues, según aducen, su función está limitada al control de la Administración financiera del Estado, salvo la excepción prevista en el precepto mencionado, la que no se verificó en los hechos tratados en el proceso y que deberá ser merituado. ----------

------ Ofrecen en el apartado III. prueba documental e informativa y en el IV. piden que se tenga por denunciados los hechos nuevos descriptos y se disponga la producción de esa.----------

------ A fs. 415 se ordenó correr traslado a la contraria y a fs. 416/435 se agregó la expresión de agravios de la Sociedad presentante. ----------

------ II. A fs. 438/439 y vta. concurren los apoderados de la codemandada Municipalidad de Comodoro Rivadavia y en el apartado I. Objeto denuncian "hecho nuevo" y ofrecen prueba de ese.----------

------ A continuación mencionan que, conforme prevé el art. 263 y dentro del quinto día de notificada la providencia referida en el art. 262 -ambos del CPCC-, denuncian un *"hecho nuevo que torna abstracta la cuestión"*. Comentan que por la Resolución N° 34/18 el Concejo Deliberante solicitó, el día 19/04/18, al Tribunal de Cuentas municipal la realización de una auditoría, económica-financiera a la Sociedad Cooperativa concesionaria de servicios públicos, desde el 1/01/12 al 30/04/18. Subrayan que habiéndose anoticiado la Sociedad Cooperativa recurrente no lo cuestionó, encontrándose a la fecha -remarcan- firme y consentido.----------

------ Deducen que con el dictado de esa, los cuestionamientos efectuados en primera instancia relativos a la nulidad de diversos actos por supuesto vicio de incompetencia, devienen abstractos. En cuanto el órgano que la propia accionante reconocía como competente para emitir aquellos alegan- así lo hizo. Justifican con una cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que sostiene la necesidad de las sentencias de ceñirse a las circunstancias existentes al momento de emitir pronunciamiento (fs. 438 vta./439). ----------

------ Comentan que para efectivizar la medida ordenada se instrumentó el expediente administrativo (N° 09/18), en el que consta su desarrollo. De modo que, advierten, no existe interés legítimo actual y concreto de la Sociedad Cooperativa para la subsistencia del proceso judicial en curso. Aclaran que "*…la Resolución N° 34/18… solo puede ser interpretada como el ejercicio legítimo de una potestad concurrente a la previamente ejercida por el TCM mediante la Res. 10/16…"* (fs. 439).----------

------ Se agrega a fs. 437 y vta., como documental, copia certificada de ese acto administrativo y dejan ofrecida como instrumental en poder de terceros aquellas actuaciones, para lo cual solicitan se libre oficio al

Tribunal de Cuentas Municipal de Comodoro Rivadavia para que lo remita y/o su copia certificada, en caso de no permitirlo su estado actual.-

------ III. Se notifican digitalmente las partes, según constancias de fs. 441/442. ----------

------ Los apoderados de la Sociedad Cooperativa recurrente contestan la vista conferida a fs. 446/448, oponiéndose a la solicitud de declarar abstracta la cuestión.----------

------ Argumentan que la Resolución del HCD de Comodoro Rivadavia que dispuso la realización de la auditoría ya comentada, refuerza la postura asumida por su representada en esta causa ya que -explican- conforme la Carta Orgánica Municipal el Tribunal de Cuentas no tiene por sí competencia para disponer aquellas. Indican que así lo sostuvieron en esta presentación, al denunciar los hechos nuevos y al expresar agravios y vuelven a detallar su razonamiento (fs. 446 vta.).----------

------ Subrayan que con legítimo interés, actual y concreto, todavía se debate si el Tribunal de Cuentas puede ordenar por sí auditorías sobre las concesionarias de servicios públicos cuando su competencia se encuentra delimitada -alegan-en los arts. 104 y 105 de la COM. Siendo eso completan-lo que está llamado a resolver este Tribunal. ----------

------ Interpretan que la competencia de aquel es exclusivamente para el control del gasto público del Estado y, como su representada no forma parte de esa estructura, no recibe subsidios, estipendios ni aportes del Estado municipal, no se encuentra incluida entre los supuestos previstos en esas normas.----------

------ Advierten que cuando al ordenar la auditoría el Concejo Deliberante *"...lo está haciendo en una patente reivindicación y ejercicio de las atribuciones que le otorga el art. 73 inc. 22 de la COM que dispone que es el concejo quien realiza la auditoría a través del Tribunal de Cuentas Municipal"* (fs. 447). Aseveran que en ejercicio de esas potestades dictó la resolución que no convalidó la N° 10/16 del Tribunal de Cuentas tampoco le reconoció atribuciones para hacerla. ----------

------ Distinguen ambas situaciones. Por una parte, la auditoría ordenada por ese está suspendida en virtud de la medida cautelar de autos. Y, por la otra, la dispuesta por el Concejo en uso de sus propias facultades. Esta última, aclaran, ha sido acatada por su representada sin cuestionamiento alguno.----------

------ Reiteran que lo que habrá de resolverse es si el Tribunal de Cuentas tiene o no facultades para disponer por sí la realización de auditorías a las concesionarias de servicios públicos, como es su representada. Expresan

que la sentencia en crisis no menciona el art. 73 inc. 22 de la COM sino que con una extraña concepción técnica de lo que se considera "gasto público" -arguyen- otorga facultades a ese para ordenarlas *"motu proprio"* cada vez que así lo decida. Desoyendo -consideran- lo establecido en los arts. 73 inciso 22, 104, 105, 106, 116 y concordantes de la COM convalidando una actuación contraria a derecho; que requiere –aseveran- el pronunciamiento de este Superior Tribunal.----------

------ En el apartado III hacen reserva de Caso Federal y en el IV. formulan petitorio de estilo. ----------

CONSIDERANDO: ----------

------ 1. Que como consecuencia de la denuncia de "*hechos nuevos*" efectuada por las partes corresponde resolver su admisibilidad en esta Alzada, como así también el pedido de apertura a prueba formulado. Pues, según exponen cada uno de los recurrentes a su turno, tienen directa incidencia en la resolución del presente proceso.----------

------ Por una parte, los apoderados de la Sociedad recurrente, esgrimen que tales acontecimientos llegaron a su conocimiento con posterioridad a la oportunidad prevista en el art. 369° del CPCC. Por la otra, tal situación no es resistida por los representantes de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia quienes, a tenor de la documental que acompañan a fs. 437 y vta., coinciden en la petición. Además, en razón de esos, solicitan se declare abstracta la cuestión y en el Apartado IV. desisten de la apelación deducida a fs. 395. ----------

------ Que como es sabido, tanto la consideración del *hecho nuevo* como la producción de prueba en esta instancia, de conformidad con el art. 263 inciso 5) del CPCC, es de carácter *excepcional* y de *interpretación restrictiva*, aplicable solo a los procesos ordinarios y sumarios en los cuales el Recurso de Apelación fue concedido libremente (conc. arts. 245, segundo párrafo, y 263 del mismo plexo normativo), encontrándose expresamente prohibido cuando la impugnación fue otorgada en relación (art. 278 CPCC). ----------

------ El principio general que debe tenerse siempre en cuenta cuando se analiza esta cuestión es que el actor, al iniciar su pretensión, y el accionado, al contestar la demanda, deben fijar el *tema decidendum* y plantear claramente *los hechos* que motiven sus propias acciones. A partir de entonces y salvo los casos de excepción, no es factible invocar *nova reperta*, ya que ello significa la alteración del cuadro litigioso liminar, pudiéndose violentar de ese modo el principio de congruencia, el de defensa en juicio y el de la prohibición de la *reformatio in peius*. No obstante las limitaciones referidas en cuanto a la posibilidad de alterar los hechos en la Cámara, es obvio que el Tribunal de apelación no puede

prestar oídos sordos a los acontecimientos que se producen luego de puesto en marcha el proceso. Por ello, en ciertos casos, es posible que el justiciable los haga valer, permitiéndosele la producción de pruebas, por supuesto bajo ciertas condiciones (Conc.: Juan Carlos Hitters - "Técnica de los recursos ordinarios" - 2ª. Ed. La Plata: Librería Editora Platense, 2004 - pág. 482/483).----------

------ Es oportuno señalar, para completar, que calificada doctrina efectúa una atinada disquisición al subrayar que los "hechos nuevos" pueden invocarse en primera instancia y, en la alzada, solamente aquellos *"que ocurriesen o llegasen a conocimiento de las partes"* con posterioridad al vencimiento del plazo de cinco días computados a partir de la notificación de la providencia de apertura a prueba en primera instancia. En ese sentido, es conteste la jurisprudencia de diversos Tribunales así, por ejemplo, la Cámara Nacional Civil falló "…en la regulación procesal del hecho nuevo confluyen dos elementos a valorar: las condiciones de su pertinencia y la oportunidad de su alegación. En segunda instancia, esto último se configura mediante su invocación dentro del quinto día de notificada la providencia a que se refiere el art. 259 del Cód. Procesal, y en los términos del art. 260 inc. 5° … lo cual responde al instituto de la preclusión, la celeridad y el orden de los procesos… (Sala H, 3/9/97, La Ley 1998 - B, 434)". En otro caso, se juzgó "…La articulación de un hecho nuevo en la alzada requiere la relación directa con la cuestión que se ventila, lo que implica que debe ser debidamente concretado, explicitando la vinculación que guarda con las pretensiones alegadas en los escritos constitutivos del proceso, y ha de ser útil como factor de solución y susceptible de influir sobre el derecho invocado por las partes. Todo ello supeditado a la satisfacción de los restantes recaudos de índole formal establecidos en el art. 260 del Cód. Procesal (CNCom., Sala A, 10/9/99, La Ley, 2000 - B, 239 y DJ 2000 - 1-1011; Nota 170 en pág. 221)…" (Conf.: Roberto G. Loutaf Ranea - "Los Hechos en el Recurso de Apelación" en "Los Hechos en el Proceso Civil" - Augusto M. Morello (Director) - 1ª. Ed. Buenos Aires - La Ley 2003 XXVIII, págs.. 185/236).

------ 2. En virtud de lo expuesto corresponde adentrarnos en el examen de los recaudos procesales exigidos para su admisibilidad, los que habrán de ser interpretados de manera estricta porque, como se expuso en los párrafos anteriores, implica una excepción al régimen preclusivo que estructura nuestro ordenamiento procesal. A más de ello, tendremos presente la distinción habida entre el *hecho nuevo*, considerado como el *acontecimiento* que ocurre o llega a conocimiento de las partes, y el concepto de *documento nuevo* que implica la prueba de lo *acontecido*. ---

------ A más es conteste la jurisprudencia, registrándose que se aprecia como "*nuevos documentos*" a todos aquellos que tuvieran fecha posterior a la traba de la litis, o que sean conocidos por las partes luego de dicha oportunidad (Cám. Civ. y Com. II, Sala 1ª., La Plata, causa B 82.864,

27.08.96 “Rossi…”). “…Los nuevos documentos podrán ser utilizados para acreditar tanto lo invocado en los escritos constitutivos como en los hechos sobrevinientes. Será necesario que el hecho vinculado al documento ya se encuentre referido en alguna pieza del expediente. De lo contrario, deberá ingresar por el carril del hecho nuevo. También, es dable destacar, la gravitación que el documento pueda tener en el proceso, será valorada exclusivamente al momento de sentenciar (CSJN Fallos 324:869), aunque el juez debe analizar si el mismo se vincula a la causa previo a su agregación (Conf.: Juan Manuel Hitters - “Hechos nuevos, sobrevinientes, nuevos hechos y nuevos documentos”- LL 2008 B, 998)(STJ CH SI N° 57/SCA/10).----------

------ 3. En forma preliminar, es dable establecer, respecto de la temporalidad para invocar el hecho nuevo que la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, al denunciarlo, manifiesta hacerlo dentro del plazo legal de cinco días de notificada la providencia a que refiere el art. 262 del CPCC, impuesto en el art. 263 del mismo cuerpo.----------

------ No obstante, surge incontrastable de las constancias de la causa que dicho recaudo legal no ha sido cumplido. Es que el escrito de fs. 438/439 vta. fue presentado el día 8 de junio de 2018, tal como demuestra el respectivo cargo inserto en el reverso de esa última hoja. Mientras que la parte quedó notificada de manera digital del proveído que dispuso poner los autos a disposición de los apelantes (fs. 401), el día 23 de mayo de este año, como surge de fs. 402. ----------

------ Desde esa perspectiva, la invocación del hecho nuevo que se estudia resulta extemporáneo, pues aquél término feneció en las dos primeras horas del día 1° de junio del 2018 y así habrá que resolverlo.----------

------ Sin embargo, como en dicha presentación también la Municipalidad de Comodoro Rivadavia peticiona que la cuestión sea declarada abstracta y desiste del recurso interpuesto, no corresponde el desglose de la documental adjuntada ni del escrito que se analiza. Además, como esta postulación es controvertida por la Sociedad actora al contestar la vista conferida a fs. 446/448; ha de establecerse que resulta procedente posponer su tratamiento para el momento del dictado de la sentencia definitiva, donde será objeto de un adecuado análisis.----------

------ 4. Incumbe ahora ingresar al análisis del escrito de la parte actora, por el que también ella plantea la existencia de un hecho nuevo (fs. 412/414 vta.). En cuanto al recaudo de tiempo, cabe puntualizar que la Sociedad actora fue notificada en forma digital el mismo día 23 de mayo, por lo que se considera que el *presupuesto temporal* exigido ha sido debidamente acatado, toda vez que los alegó en el escrito presentado el día 31 de mayo del 2018 (fs. 414 vta.). ----------

------ 5. Dicho ello, interesa detallar que estos actuados arribaron a esta Sede por el planteo recursivo que las nombradas dedujeron contra la Sentencia Definitiva N° 01/18 que la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Comodoro Rivadavia, dictó el 3 de abril del año en curso y corre agregada a fs. 368/387. Por la cual se rechazó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la S. C. P. L. de C. R. contra el Tribunal de Cuentas de la Municipalidad de esa ciudad y contra ésta inclusive, respecto a la Resolución N° 10/16, que el 10 de marzo de 2016 dispuso la realización de una auditoría económica financiera en el ámbito de aquella (art. 1°). Mientras que, en el artículo 2°, admitió la impugnación y declaró nulas las N° 11/16 que designaba las personas encargadas de realizar la decisión antes ratificada; la N° 13/16 que declaraba la ejecutividad de la N°10/16 y también frente a la N° 14/16 que a su vez, desestimaba el cuestionamiento deducido contra la N° 11/16. ---

------ A grandes rasgos, al solo efecto de interpretar la pretendida injerencia que tienen los *"hechos nuevos"* que se examinan, debe mencionarse, sintéticamente, que la referida Sociedad cuando interpuso la acción contencioso administrativa esgrimió que el art. 105 de la COM al definir las atribuciones del Tribunal de Cuentas municipal limitó sus facultades y; según considera, si bien la actora tiene a su cargo la distribución de agua, cloacas, alumbrado público y de electricidad, no recibe del Municipio ninguna suma de dinero que pertenezca a las rentas de ese. De ello colige que el Tribunal de Cuentas municipal solo se encuentra autorizado a pedir informes, y califica el comportamiento que cuestiona judicialmente como un exceso. Cita legislación para justificar su posición y con ella fundamenta que dicho Organismo no puede disponer *per se* la realización de una auditoría económico - financiera en su actividad.----------

------ Además de los extremos que se ventilaron en anterior instancia, es pertinente mencionar que la Sociedad actora acompaña ahora: ----------

---- A fs. 403 y vta., la Resolución N° 10/16 del Honorable Concejo Deliberante, sancionada el 23 de marzo de 2016, mediante la cual se designó a los miembros del Directorio del Ente de Control de los Servicios Públicos, de conformidad con el art. 8° de la Ordenanza N° 10270/11.----

----- A fs. 404/410 y vta., los nombrados en esa suscriben un informe técnico a requerimiento de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia del día 28 de noviembre de 2017 para que proceda a la evaluación del incremento de la tarifa Energía Eléctrica que brinda la Sociedad recurrente. ----------

-------- A fs. 411 y vta., la Resolución N° 34/18, también del Cuerpo deliberante municipal que, por las razones que pueden leerse en el Visto de esa y que se expresan en los Considerandos, resuelve *"...solicitar al*

Tribunal de Cuentas Municipal en el marco de los previsto por la Carta Orgánica Municipal…, la realización de una auditoría de contenido económico financiero a la S. C. P. L. S. P. concesionados…desde el 01 de enero de 2012 al 30 de Abril de 2018…” . ----------

------ De la simple lectura de la decisión del HCD surge que se trata, justamente, de un acto administrativo en el cual se plasma una autorización para que el Tribunal de Cuentas lleve a cabo una auditoría en la sede de la Sociedad actora. Fácil resulta advertir entonces su vinculación con la temática puesta en debate en la anterior instancia y que dio sustento a los argumentos esgrimidos por la apelante con los cuales viene a mantener su cuestionamiento en esta Alzada. Todo lo cual, gira en torno a las atribuciones que dicho Organismo tendría asignadas por la ley y que -según acusa la actora- habrían sido excedidas en la Resolución N° 10/16 impugnada.----------

------ Además, estos hechos nuevos denunciados tienen como soporte escrito aquella documental que se acompaña, ya sea por la actora como por la Municipalidad de la ciudad de Comodoro Rivadavia, ya que esta última adjuntó copia fiel de esa decisión en oportunidad de efectuar su presentación antes analizada (fs. 437 y vta.). ----------

------ Por lo tanto, mediando conformidad entre ambas presentantes respecto de la Resolución N° 34/18, y dado que la restante documental adjuntada por la actora no ha sido desconocida por la Municipalidad de Comodoro Rivadavia (notificada a fs. 445 del traslado dispuesto a fs. 415), carece de utilidad disponer la producción de la restante prueba ofrecida. -

------ 6. Que según se resuelve, las costas del incidente se imponen por su orden, de conformidad con el artículo 72 del CPCC. En cuanto a los honorarios, habida cuenta del resultado obtenido y la exigua complejidad de la cuestión debatida, conforme la manda del art. 46 de la Ley XIII N° 4 deben regularse los de los apoderados de la Sociedad recurrente -Dres. N. B. L. de E. y J. F. L. G.-, de manera conjunta, atendiendo la calidad de su labor, en el 11 % de lo que resulte fijado a su parte en esta instancia. Todo de acuerdo con los artículos 32, 13 y 6 de la Ley XIII N° 4, modif. por Ley XIII N° 15 y con más IVA si correspondiere. En tanto, no corresponde regular los estipendios de los representantes procesales de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la ley arancelaria citada.----------

------ Por ello la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y Minería del Superior Tribunal de Justicia: --

---------- **R E S U E L V E:** ----------

------ **1°) DESESTIMAR** por extemporánea la denuncia de hecho nuevo realizada por los apoderados de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia a fs. 438/439 y vta.. Diferir el tratamiento de la cuestión abstracta y el desistimiento del Recurso de Apelación, para cuando se dicte el fallo de mérito. ----------
----- **2°) ADMITIR** la denuncia de hecho nuevo formulada por los apoderados de la S. C. P. L. de C. R. a fs. 412/414 vta., juntamente con la documental incorporada a fs. 403/411 y vta., por las razones dadas en los Considerandos de la presente.----------

------ **3°) COSTAS** de este Incidente por su orden (art. 72 del CPCC). Regular los honorarios de los profesionales apoderados de la S. recurrente -Dres. N. B. L. de E. y J. F. L. G.-, de manera conjunta, en el 11 % de lo que resulte fijado a su parte en esta instancia (art. 32, 13 y 6 Ley XIII N° 4 modif. por Ley XIII N° 15), con más el I.V.A si correspondiere.--------

------ **4°) REGÍSTRESE** y Notifíquese.----------

------ La presente se firma con dos miembros de la Sala Civil por aplicación de lo dispuesto en el art. 28 Ley V - N° 3. ----------

FDO: ALEJANDRO JAVIER PANIZZI. MARIO LUIS VIVAS.
RECIBIDA EN SECRETARÍA EL 09 DE AGOSTO DE 2018. S.I. REGISTRADA BAJO EL Nº 68/SCA. CONSTE. DIANA NOEMÍ SALTO. SECRETARIA.