------ En la ciudad de Rawson, capital de la Provincia del Chubut, a los 04 días del mes de abril del año dos mil diecinueve, se reúnen en Acuerdo los integrantes de la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y Minería del Superior Tribunal de Justicia, con la Presidencia de su titular, Dr. Miguel Ángel Donnet y asistencia de los Sres. Ministros Dres. Mario Luis Vivas y Alejandro Javier Panizzi, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"P., O. D. c/ Municipalidad de Esquel s/ Contencioso Administrativo" (Expte. N° 24.949 - Año 2.018)**. Teniendo en cuenta lo dispuesto por los Acuerdos Plenarios N° 4609/18 y 4617/18 y el Acuerdo de la Sala Civil N° 715/17, correspondió el siguiente orden para la emisión de los respectivos votos: Dres. Vivas, Panizzi y Donnet. ----------
------ Acto seguido se resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es procedente el Recurso de Apelación interpuesto? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

------ A la primera cuestión el Dr. Vivas, dijo: ---------- -

----- **A. El caso traído:**----------

------ **1. Breve relación preliminar**.----------

------ Vienen estos actuados a consideración de la Sala, en virtud del Recurso de Apelación que, en el marco del artículo 138 de la Ley XVI N° 46 de Corporaciones Municipales, dedujo el apoderado de la parte actora -Dr. M. E. I. M.- contra la Sentencia Definitiva N° 16/18 de la Excma. Cámara de Apelaciones de Esquel que a fs. 950 y vta. la concedió, libremente y con efecto suspensivo. ----------

------ Las actuaciones fueron elevadas por ante este Superior Tribunal de Justicia, donde se pusieron a disposición del apelante (fs. 957) que expresó agravios a tenor del escrito obrante a fs. 960/968 y vta.. Habiéndose corrido traslado a la contraria (fs. 969) respondió la vista a fs. 971/973 y vta. .Posteriormente, se agregó el dictamen del señor Procurador General (fs. 975/977 y vta.), pasaron los autos para dictar sentencia (fs. 978) y, finalmente, a fs. 979 se practicó el sorteo de la causa. ----------

------ **2. La Sentencia apelada.**----------

------ A fs. 932/943 corre agregado el pronunciamiento que se cuestiona emitido por la Excma. Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel con la opinión mayoritaria que se conformó con el voto de dos de sus integrantes (arts. 7 y 8 Ley V N° 17), mientras que el Dr. Omar Magallanes -Juez de Cámara Subrogante- no hizo uso de la facultad que le asiste, en los términos del art. 274, última parte, del CPCC.----------
------ 2.1 El primer Magistrado reseñó las posiciones de las partes

explayándose, ampliamente, acerca de los extremos contenidos en los escritos postulatorios. A saber:----------

------ a. Narró que el señor O. D. P. concesionario del servicio público de transporte de pasajeros de la ciudad de Esquel, a través de su apoderado, interpuso formal demanda contra el municipio de esa, persiguiendo se la condenara a recomponer la ecuación económicofinanciera del contrato administrativo en ejecución que los vinculaba. Porque, según alegó, esa es una obligación propia y de garantía inherente a la concesionaria demandada. ----------

------ Al narrar los hechos, el Dr. Früchtenicht describió que el accionante intentaba obtener una decisión jurisdiccional que garantizara el mantenimiento de aquella. Además, solicitaba la declaración de inconstitucionalidad y nulidad parcial del art. 1° de la Ordenanza Municipal N° 91/13.----------

------ Relató que, para fundar la demanda, el quejoso refirió a las características del servicio público de transporte, a su naturaleza jurídica y su retribución. Fundó que esta última no era una concesión graciosa del municipio sino que se trataba de una expectativa garantizada por el derecho de propiedad y su inviolabilidad (art. 17°), por el de ejercer el comercio y toda industria lícita (art. 14°, ambos CN). Con especial atención -razonó- al principio de proporcionalidad abarcativo del costo del servicio brindado y un margen apropiado de utilidad.----------

------ Esgrimió que dicho equilibrio debe mantenerse como principio inherente a todo contrato administrativo y enfatizó que, de no ser así durante su ejecución, surge la obligación sucedánea del concedente del servicio público de restablecerla. ----------

------ Relató que, según había alegado el contratista actor, tal ruptura y el consecuente quebranto financiero se debió a dos circunstancias: a) el grave impacto inflacionario acontecido en la economía en general y, b) la inexplicable reticencia municipal de ajustar la tarifa con parámetros razonables y equitativos. Acusó que la Municipalidad concedente se había negado a efectuarlos por cuestiones políticas y tampoco proporcionó medidas de auxilio económico o financiero para reestablecer las condiciones tenidas en cuenta al contratar. Mencionó, a modo de ejemplo, los subsidios municipales y aclaró que era el único prestador que no los recibía: Por ello, invocó la vulneración del principio de igualdad ante la ley. ----------

------ Abordó luego, lo relativo al sistema retributivo de la concesión y aseveró que el régimen tarifario no estuvo acompasado al flagelo inflacionario. Estimó insuficientes las tarifas sancionadas para los años 2.012 y 2.013 y, en relación con el precio del boleto único implementado

por las Ordenanzas N° 01/11 y 43/12, acusó la demora en proveer un nuevo costo de aquel entre ambas. Seguidamente, aludió que las Ord. N° 28 y 91 -ambas del año 2.013- habían fijado ese valor en $3, cuando para cubrir los gastos -acusó- no podrían haber sido inferiores a $6,30 y para obtener una mínima rentabilidad a $7,56; este aumento tarifario completó P.- respondió a fines electoralistas. Calificó como extorsivo que se hubiese condicionado la autorización de una nueva tarifa al previo cumplimiento de una obligación a cargo del concesionario. Como era la instalación del sistema de cobro de boleto electrónico. ----------

------ Continúa el Juez de Grado con la reseña de la demanda. Refiere que contiene sucesivos reclamos que el accionante realizó a través de notas que identificó y acompañó al expediente. Además, describió el estado de quebranto, la distribución por línea de las seis unidades de transporte afectadas a la prestación del servicio, detalló los recorridos promedio, los gastos de combustible, de mantenimiento y por reposición de cubiertas. Sumó a ello: los impuestos por patentes, las tasas por controles técnicos e inspecciones de los rodados y el costo laboral de seis choferes; la evolución de los costos y transcribió los resultados de un relevamiento económico que el propio accionante efectuó. También, para sostener su pretensión, el actor citó y acompañó un estudio de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco acerca de los costos de una empresa de transporte urbano de pasajeros para los meses de octubre y noviembre de 2.013, destacando sus conclusiones.-

------ Describe que el accionante reconoció que fijar el régimen tarifario era atribución propia de la autoridad concedente y su ámbito de reserva administrativa. Sin embargo, subrayó, ello no quedaba fuera de los límites constitucionales y legales y reiteró que si la remuneración no era resguardada a través de la tarifa, el concesionario debía ser compensado mediante subsidios o indemnización. A renglón seguido, señaló que retrotraía los efectos de la pretensión al año 2.012 y finalizó haciendo reserva de Caso Federal y ofreció pruebas.----------

------ Mencionó el Camarista que la parte actora amplió la demanda a tenor del escrito que corre agregado a fs. 75/77 y vta.; donde mencionó las circunstancias y los hechos acaecidos entre la interposición de la demanda y nuevos aumentos tarifarios dispuestos por la demandada, aunque los calificó como insuficientes. Abonó con citas doctrinarias y acompañó documental.----------

------ b. Continúa el voto del señor Juez de Grado con la descripción del escrito con el cual se presentó a estar a derecho la Municipalidad de Esquel (fs. 271/280 y vta.). ----------

------ Señaló que, luego de la negativa que es de práctica, el municipio accionado recordó haber otorgado al demandante la concesión del servicio

público de transporte de pasajeros de las líneas 2, 3 y 4 sin descuidar la retribución percibida por el concesionario. Destacó los diferentes reajustes tarifarios, las eximiciones tributarias como así también la compensación por adquisición de vehículos. Resaltó y detalló reiterados incumplimientos de P.. Citó, como ejemplo, un Acta Acuerdo -suscripta el 02/03/2.004- por la cual el nombrado se había obligado a adquirir nuevas unidades, para las que percibió las contribuciones del municipio respectivas y, sin embargo, jamás concretó dicha compra. Entre otros incumplimientos que, según subrayó el apoderado del municipio, el accionante sistemáticamente incumplió. Enunció la obligación de presentar bimestralmente, por ante la Subsecretaría de Transporte Multimodal, de un estudio de costos para obtener la compensación complementaria provincial; motivo por el cual remarcó- dejó de percibir subsidios provinciales. Asimismo, añadió que tampoco implementó el sistema de "*boleto electrónico*" como se había comprometido el día 31/05/2.011, incumplió su obligación y -agregó- continúa haciéndolo.----------

------ Razonó que esa omisión impidió el control estatal y poder determinar, de manera fehaciente, la cantidad de boletos vendidos; ambos necesarios para realizar un estudio de costos para fijar una retribución justa y equitativa. Reiteró una serie de incumplimientos del concesionario, mencionó una *"Addenda"* que fue incorporada al Convenio Marco aunque -esgrimió- no fue aprobada por el HCD de la ciudad de Esquel, por lo que no puede ser invocada por el accionante y, además, calificó como ineficiente el servicio que presta el actor.----------

------ A continuación, describió distintos subsidios nacionales y provinciales que, entre los años 2.012 a 2.015, el accionante percibió en concepto de compensaciones de tarifas y régimen de gasoil a precio diferencial. Objetó el análisis de los estudios de costos presentado con la demanda porque -según razonó- no respetaban lo establecido en la Resolución N° 422/12. Además, insistió en la imposibilidad de fijar los ingresos del concesionario por la venta de boletos y recalcó que no pudo establecer el referido quebranto financiero que alegó la contraria porque se encargó, metódicamente, de evitar el control estatal sobre su concesión.----------

------ Apreció como demostrativa de la ausencia de grandes pérdidas o deterioro de la rentabilidad por parte el accionante, la circunstancia que, frente a los vencimientos de la concesión, solicitara expresamente su prórroga. Y controvirtió "…*el contrato administrativo […] no requiere una actualización de la ecuación económico financiera pues la actividad no resulta ruinosa económicamente para el concesionario…"* (fs. 935 vta.).----------

------ Expuso, para finalizar, que el municipio accionado se explayó acerca del concepto de la ecuación económico financiera cuya actualización se

pretende, su proporcionalidad, la vigencia técnica y su regulación, fiscalización y protección. Concluyó que reajustó en el tiempo las tarifas, el monto de los subsidios, dijo haber colaborado con el concesionario con exenciones impositivas, pagos especiales destinados a equipamiento y pago de las compensaciones, aún -subrayó- frente a los incumplimientos del actor. Finiquitó *"…el actor no prueba […] el desequilibrio económico y tampoco se le ha irrogado un daño especial […] no se le ha impuesto ninguna medida irrazonable […] ni violatoria del principio de igualdad…"* (fs. 935 vta.). Ofreció prueba documental, indicó otra en poder del actor, hizo reserva de caso federal y pidió el rechazo de la demanda.----------

------ c. Resumida la postura de las partes, el Dr. Früchtenicht ciñó la controversia al planteo de nulidad parcial e inconstitucionalidad deducido contra el art. 1° de la Ordenanza N° 91/13 y al tratamiento de la alegada afectación de la ecuación económico financiera del contrato de concesión. De manera preliminar, desarrolló algunas consideraciones que, según expresó, guiarían su pronunciamiento (fs.936). Seguidamente, abordó la segunda de las cuestiones referidas.----------

------ Puntualizó los principios fundamentales que admite la doctrina en materia de contratos administrativos y refirió que, tanto el mantenimiento de la ecuación económico financiera como la consecuente intangibilidad de la remuneración del contratista o concesionario, está justificada por el interés público que este tipo de acuerdo persigue. El cual -razonó- justifica su necesario mantenimiento durante toda la ejecución de aquel, como así también restringe las posibilidades de incumplimientos que pueden ser invocadas por el contratista. Asimismo y, como contrapartida, funciona como garantía, pues el contratista tiene derecho al mantenimiento del precio acordado al tiempo de la celebración del contrato. ----------

------ Destacó que las tarifas deben ser justas y razonables para permitir que el concesionario recupere los costos irrogados, más una razonable rentabilidad. Ello se garantiza -explicó- conservando la ecuación económica financiera de la prestación, respetando los principios de igualdad y proporcionalidad, con una adecuada estructura de los costos.--

------ Señaló que tampoco puede perderse de vista que, nuestro sistema constitucional sustentado en el orden republicano, impone la división del gobierno en tres departamentos independientes y soberano cada uno en su esfera. Sobre esa base advirtió que, en el sub judice, corresponde al Concejo Deliberante la fijación de las tarifas del transporte público de pasajeros municipal. Potestad que, completó, es propia del poder administrador y concedente, que deberá ser ejercido con razonabilidad, proporcionalidad y de acuerdo al principio de legalidad. ----------

------ Observó el Sentenciante que el actor sustentó su pretensión en el desfasaje financiero motivado en la espiral inflacionaria que superó la relación costos/beneficio, lo que se agravó, sostuvo en la demanda, por la inasistencia financiera ya sea mediante aportes, subsidios o exenciones impositivas. ----------
------ En relación con ello, advirtió el judicante que aquella era un hecho público que no requería acreditación en juicio e indicó que los referidos estudios fueron objetados por la contraria. ----------

------ Analizó la pericial contable rendida a fs. 532/537 y la calificó como trascendente. Por una parte, explicó, porque examina los costos para la prestación del servicio y, por la otra, la evolución del costo del boleto. Concluyó el experto que para lograr un equilibrio en la ecuación económico financiera del contrato debía cubrirse un déficit operativo total de $1.617.650,91. Y, según aclaró, habiéndose descontado lo percibido por el actor en concepto de subsidios, por una suma de $7.555.633,13; a partir de este valor y contemplándose una rentabilidad esperada del 18% para la actividad del actor, el monto necesario para reparar el déficit ascendería a $7.763.964,45, para el período comprendido entre los meses de Octubre de 2.013 a Diciembre de 2.016.----------

------ Recordó el Magistrado que, al contestar la demanda, la Municipalidad de Esquel expresó que el total de los subsidios percibidos efectivamente por el actor ascendía a la suma de $7.969.740,75. Añadió que, una vez que el accionante presentara cierta documentación accedería a la de $136.861,44. Razón por la cual, dedujo el *a quo*, se obtiene así un valor total de $8.106.602,19 conforme las constancias de autos que acreditan esos datos; las que fueron enumeradas por el Sentenciante quien además, subrayó que no habían sido negadas por P..----------

------ Dijo que era dificultoso proyectar los pagos percibidos y actualizarlos a la fecha del pronunciamiento, aunque especificó *"…entiendo que las diferencias aparecerían significativas si lo dictaminado por el perito como rentabilidad esperada lo es a valores constantes y actuales…*". Con ello, razonó *"…la cuestión sometida a conocimiento de esta jurisdicción resulta ser de contenido eminentemente crematístico, concluyo…en función de la prueba rendida en este legajo, que el invocado quebranto financiero del actor -de existir- no puede ser imputado al municipio concedente toda vez que no se advierte que en este último conducta alguna atentatoria del equilibrio de la ecuación económico financiera del contrato que los une…"* (fs. 938). ----------

------- A continuación, abordó el planteo de inconstitucionalidad y nulidad parcial impetrada contra la parte pertinente del art. 1 de la Ordenanza N° 91/13 obrante a fs. 120/122, anticipó que seguiría la misma suerte, ya que no advertía violación a ninguna garantía derivada de la Carta Magna que mereciera protección.----------

------ Ponderó como legal y legítima la facultad de control de los boletos efectivamente emitidos por parte del municipio concedente y, agregó, que aquella aparecía ejercida de manera prudente. Completó que esa devenía oportuna y útil en función de las facilidades que ofrecen los sistemas electrónicos e informáticos a fin de realizar aquél control. De esta manera, argumentó la razonabilidad y proporcionalidad de la medida. Así se justifica -abonó- con la suscripción, por parte del accionante, del Convenio Marco de fecha 31/05/2.011, sin que se haya invocado ni acreditado vicio de la voluntad; más allá -aclaró- de la ausencia de rúbrica del HCD lo cual no inhibe su conocimiento.----------

------ Desestimó el planteo de inconstitucionalidad y rechazó la pretensión crematística. Para ello, argumentó *"…el virtual muestreo ventilado en este proceso carece de significación patrimonial y no resulta a mi juicio imputable al municipio concedente, teniendo en cuenta asimismo la voluntad manifiesta del actor en continuar con la prestación del servicio así concesionado, cuestión que inhibe a presumir de aquel quebranto. …"* (fs. 938 vta.). ----------

------ 2.2. El segundo Camarista, principió su razonamiento, explicando que el litigio surgió a raíz del cumplimiento de un contrato típicamente administrativo, como lo es la concesión de un servicio público de transporte urbano de pasajeros. Citó a Marienhoff para desarrollar uno de sus rasgos esenciales: "*…la subordinación del administrado a la Administración…"* y su diferencia con el Derecho Civil en el que hay una relación de paridad (fs. 939). Consideró natural la existencia de cláusulas exorbitantes en este tipo de relación contractual, como modificar -ejemplificó- unilateralmente el contrato. Calificó ésta como una prerrogativa o potestad estatal y, como tal, irrenunciable. Advirtió que ello es así con ciertos límites en tanto la modificación no importe un quebranto para el cocontratante. Pues -completó- si tiene entidad como para imponer una carga insostenible debe resarcirlo, y derecho a rescindirlo si hubo una variación que altere el objeto de ese. Asimismo, añadió que la finalidad alegada para introducir esa modificación debía ser cierta, sincera, verdadera y no encubrir una desviación de poder. ----------

------ Expresó que en los contratos administrativos rige la "*exceptio non adimpletis contractus"*, la explicó y puntualizó *"… cuando la obligación del cocontratante, se erige como un requisito material para el cumplimiento de la obligación que se reclama, más que una excepción de incumplimiento contractual estamos frente a una condición que impide el cumplimiento y exonera de responsabilidad"* (fs. 939 vta.).----------

------ Sentado ello, el segundo votante destacó que la municipalidad accionada para defenderse invocó tres incumplimientos del accionante. Expuso: 1) no compró -como debía hacerlo- un automotor apto para la prestación del servicio en el año 2.009; 2) omitió presentar bimestralmente

a la Subsecretaría de Transporte Multimodal un estudio de costos lo que impidió pagar la compensación complementaria provincial y, 3) desatendió su obligación de implementar el boleto electrónico.----------

------ Sostuvo el Magistrado que las dos enumeradas en primer término serían motivo más que suficientes para rechazar la pretensión actoral.

Remarcó que atender la enunciada en segundo lugar, era requisito para la conservación de la ecuación económica pues de ella dependía la entrega de un subsidio. Además, descartó que se tratara de obligaciones arbitrarias, abusivas o de difícil cumplimiento.----------

------ Seguidamente, sostuvo que el deber de implementar el Boleto electrónico que, en cabeza del actor, impuso la Ordenanza N° 91/13 era legítimo. Así controvierte la calificación de extorsiva e inconstitucional dada por P. quien la reputaba violatoria del derecho constitucional de propiedad porque, según alegaba, la Administración no podía condicionar la percepción de la retribución que percibía. El Magistrado indicó que el Municipio puede modificar los presupuestos del contrato, que esa potestad es irrenunciable y reiteró que la condicionante contemplada en la Ordenanza era legítima, salvo -destacó- que quede demostrada la transgresión de los límites antes señalados.----------

------ Adentrándose en ese análisis, mencionó que no era razonable afirmar que la compra de las máquinas necesarias para aquella implementación pudiera, por su costo, producir un quiebre financiero. Sustentó esta conclusión comparando la situación con el concesionario de la Línea 1 y detalló los costos que surgían de las facturas, obrantes a fs. 256/257, conforme las cuales el valor de un lector de tarjeta era de $12.500 mientras que una boletera ascendía a $12.000. Subrayó el Sentenciante que estas cifras difícilmente produzcan un quebranto a una empresa cuyos costos globales superaron los $9.000.000. Si así fuera, añadió, el accionante no acompañó prueba que lo demuestre.----------

------ Apreció que la exigencia del boleto electrónico era una medida razonable. ----------

------ Refirió a una nota dirigida por el Director General de Autotransporte Terrestre (fs.193) del 25 de febrero del año 2.011 al Honorable Concejo Deliberante por la cual informaba que, en el año 2.007, la empresa había declarado la venta de 772.702 boletos escolares. No obstante, explicó, al ser auditada se determinó por ese concepto solo 397.441. Completó que, en el año 2.009, con el sistema de abonos escolares se verificó un total de 61.960 boletos vendidos. Circunstancia ésta -merituó el juzgador- que no mereció el esfuerzo probatorio de la demandada, cuya acreditación se limitó a la documental citada. Razonó que la implementación del boleto electrónico era una media que aportaba claridad al sistema al permitir conocer exactamente aquel número. ----------

------ Descartó que se tratara de una medida extorsiva como la calificaba P., considerándola una decisión administrativa para dar transparencia a la relación contractual, un deber ineludible frente a quienes abonan el boleto y ante los ciudadanos que con sus tributos sustentan los subsidios percibidos por la actora.----------

----- Argumentó el Sentenciante que conocer el número exacto de tickets no aparecía como un capricho, sino como un requisito esencial para proceder a la recomposición de la ecuación económica, si esta se hubiera alterado. Advirtió que la ausencia de boleto electrónico restaba credibilidad a la pericia contable de autos, pues el relevo de la cantidad de pasajeros transportados mensualmente, se realizó *"…sobre las planillas unilateralmente elaboradas por la actora…".* Fundamentó que, de haberse implementado el sistema, el perito y la Sala hubieran podido tener una prueba cierta e indubitable de la cantidad de boletos vendidos, lo que incide directamente en la comentada ecuación como en la rentabilidad. Calificó como arbitraria la reticencia de la actora para la puesta en marcha del referido sistema, a pesar de las sucesivas inspecciones y actas de infracciones labradas.----------

------ En cuanto a la defensa del actor que consideró encontrarse excusado de esa obligación por la "Addenda" de fs. 268/269, el juzgador enunció tres objeciones para controvertirla. En primer lugar, reiteró las potestades administrativas que derivaban de la cláusula exorbitante que permitía a la Administración a introducir modificaciones en las condiciones contractuales; en segundo lugar, que había sido impuesta por Ordenanza y no era facultad del Poder Ejecutivo derogarla. Y, finalmente, que de la cláusula Sexta de la comentada "Addenda" no surgía la eximición sino un reconocimiento expreso de ello. ----------

------ Para desestimar el planteo de inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 91/13 fundó el Camarista que modificar las condiciones de la prestación contractual sin generar quebranto y sin incurrir en arbitrariedad, era una potestad de la Administración Pública y, quien contrataba con ella, no tiene un derecho absoluto a que las condiciones contractuales permanezcan inmutables. Razonó que *"…imponer como condición para la ecuación económica, una prueba objetiva y fiable de los ingresos de la empresa no afecta ningún derecho del administrado sino que, por el contrario, lo garantiza plenamente, pues mediante ella se puede conocer con exactitud uno de los factores esenciales de tal ecuación…"*(fs. 941 vta.). ----------

------ Consideró que la implementación del boleto electrónico era una obligación previa a la recomposición de esa y, concluyó que su incumplimiento obstaba a la pretensión esgrimida en la causa. Coincidió con el Dr. Früchtenicht y se pronunció a favor de su rechazo. ----------

------ 2.3. En definitiva, se acordó desestimar la demanda intentada, se impusieron las costas al actor perdidoso de conformidad con lo prescripto en el art. 69 del CPCC y, en el artículo 3° se regularon los honorarios de los letrados de las partes y de los peritos intervinientes. ----------

------ **3. El Recurso de Apelación:** ----------
----- Apela el apoderado del actor, a fs. 947, remedio procesal que es concedido por la Sentencia Interlocutoria N° 96/18 (fs. 950 y vta.), libremente y con efecto suspensivo. Elevados los autos, la expresión de agravios se agregó a fs. 960/968 y vta..----------

------ 3.1. Por un lado, acusa la inexistencia de convergencia plural y ausencia de la necesaria coincidencia en los fundamentos de los miembros del Tribunal para conformar mayoría de la sentencia, según los presupuestos de validez de un decisorio que narra a fs. 961. Justifica que, mientas uno de los Sentenciantes desestimó la acción sobre la base de valorar la prueba contable. El otro, señala, consideró la defensa opuesta por la accionada relativa al incumplimiento contractual que endilgó a quien acciona. Entonces, se agravia, no hubo concordancia en los términos del art. 274, segundo párrafo, del CPCC.----------

------ Transcribe parcialmente párrafos de ambos votos (fs. 961 vta./962 vta.) y colige que los jueces se basaron en diversas cuestiones para rechazar la demanda. Completa: *"…sin que en el voto de ninguno hubiera quedado comprendida la cuestión considerada como esencial por el otro…"*. Atribuye una falta de sustancial coincidencia requerida en un fallo motivado y válido. Reitera que mientras el Dr. Flass justificó su decisión en la defensa de la Municipalidad demandada, en cambio -compara- el primer votante lo hizo considerando que la acción carecía de significación patrimonial. Insiste en que, a su entender, el fallo apelado exhibe como deficiencia la forma en que los integrantes del Tribunal colegiado debieron proceder para arribar a una sentencia válida, al no observarse la concurrencia de opinión mayoritaria sobre cuestiones esenciales sobre las que cada uno de los Vocales se pronunció. ----------

------ Cita y reproduce el art. 169 de la Constitución Provincial, refiere a su concordancia con los arts. 274 y 275 del Código Procesal, para aseverar que la consecuencia jurídica que acarrea el dictado de una sentencia que contravenga estos preceptos es su nulidad por incumplimiento de los recaudos que estos imponen.----------

------ 3.2 Por el otro, el recurrente aborda los argumentos individuales contenidos en cada voto de la sentencia en crisis, subrayando que refutarlos no implica subsanar o consentir el déficit constructivo que advirtió previamente.----------

------ En relación con el primer votante, se agravia de la consideración efectuada acerca de la cuestión central, toda vez que otorgó una dimensión patrimonial y económica que calificó como crematística. Relató los dichos del juzgador (fs. 964 vta.) y concluyó que su argumento no se compadece con el análisis financiero y las conclusiones que aporta a la causa la pericia contable. Manifiesta que esta determinó ciertamente la existencia de un crédito compensatorio a su favor el cual, interpreta, permitiría nivelar la ecuación financiera de la actividad desajustada por la diferencia entre los insuficientes ingresos devengados y los incrementos operados en los costos de la actividad.----------

------ Arguye que el prestatario del servicio tiene derecho a la recomposición patrimonial ante la eventual ruptura del equilibrio económico-financiero por vía compensatoria o resarcitoria, lo que fue -agrega- objeto de la demanda. Subraya que la determinación de esas diferencias no importa una cuestión crematística, subjetiva o de ponderación sino que -opina- es estrictamente financiera. La cual, justifica, debe reconocer inexorablemente la concedente al prestatario del servicio público para la compensar la diferencia entre ingresos y costo de la actividad.----------

------ Comenta que, para demostrar el quiebre de la ecuación económica financiera, se encomendó la realización de la pericia contable agregada a fs. 532/537 y -remarca- no se impugnó ni se solicitaron explicaciones, la describe extensamente (fs. 965/966). Razona que esa determinó cuál es el déficit que se generó a partir de la evolución de los costos operativos y la involución de la "remuneración" de la actividad que, según explica, está dada por la insuficiencia de las tarifas y los subsidios compensatorios del gas-oil para cubrir los costos. Reitera, luego de referirse a sus importes, que compensar ese déficit era justamente el objeto de esta demandada. ---

------ Opina que la apreciación de la prueba pericial contable y su rigor técnico no se compadece con la derivación que formuló el Magistrado relativo a proyectar los pagos percibidos y traerlos a valores constantes. Resulta confuso -acusa la quejosa- establecer cuál es la dificultad señalada pues *"…las conclusiones periciales en orden a la liquidez, composición, y períodos de esos créditos no es otro que […] el que resulta de los "saldos" que han sido determinados en la Pericia lo que puede verificarse fácilmente cotejando todas las consideraciones vertidas en la Pericia Contable y sus Anexos…no resulta entendible ni fundada la explicación brindada por el Magistrado en orden a sustentar la composición de la deuda cuando ello ha sido determinado pericialmente...* (fs. 966 vta.)".---

------ Cuestiona también la mención del Dr. Früchtenticht de la eventual suma pendiente de liquidar al concesionario, en concepto de subsidio. Advierte que, eventualmente, debería descontarse esa del valor indicado por el Perito Contador como deuda cierta, lo que puede ordenarse en la

Sentencia y manifiesta su conformidad para que ello ocurra. Indica que la existencia de crédito líquido y exigible, demuestra el incumplimiento contractual de la accionada. Completa que, como el quiebre de la ecuación del contrato quedó objetivizado financieramente, ello generó la responsabilidad legal y contractual de la demandada de recomponer ese desequilibrio y garantizar al concedente que la prestación del servicio sea debidamente retribuido con tarifa o en su defecto con otra prestación compensatoria. Ello -aduna- es lo que motivó este proceso.----------

------ Asevera que su queja procede porque, según dice, ha demostrado con sus fundamentos una doble infracción el deber que tiene el Magistrado de motivar su pronunciamiento y la íntima o subjetiva convicción del juzgador respecto de que no habría quebranto, se contrapone -señala- al resultado de la prueba pericial contable practicada. Interpreta que ésta determinó la evolución financiera de la actividad sobre la base del análisis de los costos e ingresos, determinó el déficit de la actividad y el alcance económico del desajuste. De tal modo, acusa que se apartó de la regla del art. 390 del CPCC que obliga al juez a expresar en la sentencia la valoración de la prueba esencial y decisiva con que resuelve en caso. -----

------ A continuación, bajo el subtítulo 6., centraliza su queja en las consideraciones que el Dr. Flass efectuó *"…en orden a la inexigibilidad de la recomposición de la ecuación económica demandada por incumplimiento del actor…"*. Esto es, la omisión de implementar la boletera electrónica. ----------

------ Rebate tal fundamento expresando que el sistema electrónico de registro es de regulación federal y que fue implementado por el Decreto N° 48/09, el 4 de febrero de 2.009. Destaca que su implementación fue progresiva y que, inicialmente, comprendió la región metropolitana de Buenos Aires. Recuerda que, el 4 de diciembre de 2.014, se dictó la Resolución N° 1535/14 del Ministerio del Interior y de Transporte y, con cita del art. 1°, argumenta que esa obligación no era para las empresas de transporte público de pasajeros de ciudades con menos de 200.000 habitantes, como el caso de Esquel. Añade que, recién el 11 de marzo de 2.015 (Res. N° 296/15) se aprueba el Cronograma 2 de instalación del sistema, lo reseña y concluye *"…ninguna norma local…podía imponer la implementación de boletera electrónica fuera de los ámbitos obligatorios comprendidos dentro de la normativa federal […]y si así hubiera sido, ello sería inexigible en función de contrariar una norma federal de mayor jerarquía […] la Ordenanza municipal n° 91/13 de fecha 2.7.2013 […] la que fue abrogada con la sanción de la Ordenanza municipal de fecha 1.7.2014 n° 115/14 […] que deja sin efecto el párrafo segundo de aquella…"* (fs. 968). ----------

------ Expone que la implementación no era automática ya que las provincias y/o municipios debían suscribir un "Acta Acuerdo" y considera que, dada la jerarquía, ninguna norma local podía imponer la

implementación de la boletera electrónica fuera de los parámetros de las normas detalladas. Eso ocurrió -asevera- con la Ordenanza N° 91/13 que luego fue abrogada por la N° 115/14 del 1 de julio del 2.014 y que dejó sin efecto el párrafo segundo del art. 1°.----------

------ Controvierte lo afirmado por el juzgador, cuando concluyó que no implementación de la boletera hubiese impedido el reajuste. Esgrime que ello no constituía un incumplimiento que obstara a una justa composición del servicio. Justifica que se sancionaron otras ordenanzas y, conforme lo fijó en el art. 4° la N° 115/14 el concesionario debía instalar la boletera o presentar un comprobante de compromiso de adquisición de las máquinas, por lo que aquella no era una obligación exigible. Según aclara, aquélla era del 1° de julio de 2.014, es decir, posterior a la interposición de la presente acción al tiempo que abrogaba la Ord. N° 91/13 (02/07/2.013) (fs. 968). De ello deriva que surgía una alternativa y no fijaba fecha alguna para la instalación de las máquinas. Entonces -asevera- el Dr. Flass hizo propio un argumento de la accionada que no es congruente con el hecho de que el concesionario solo debía acreditar un eventual compromiso de adquisición.----------

------ Aduce que, ante el hipotético caso de considerar que dicha boletera fuese exigible, lo hubiera sido a partir de la sanción de la Ordenanza N° 181 del 3 de septiembre de 2.015, entonces no procede exigir el reajuste de la ecuación respecto de períodos anteriores a esa data como los que fueron objeto de la pericia contable practicada a fs. 532/537 (01/10/2.013 al 31/06/2.014 y 01/07/2.014 al 31/08/2.015). De la que surge -esgrime- saldo compensatorio a favor del actor reflejados en los Anexos IV y V de esa. ----------

------ A continuación, rechaza la conclusión del Sentenciante referida a que el sistema de registro mecánico impidiese al municipio tener parámetros para establecer el reajuste de la ecuación económica, toda vez que -estima- la alegada certeza contable de un sistema electrónico no es argumento para sostener, como contrapartida, la incerteza o infidelidad de uno mecánico de emisión de boletos como el utilizado. Relata que eran periódicamente relevados por la concedente, registros estos -añade- que eran remitidos a la Secretaría de Transporte de Nación y Provincia para la respectiva liquidación de subsidios compensatorios.----------

------ Finalmente, pide que se haga lugar al recurso y se revoque la sentencia apelada.----------

- ------ **4. Contestación de la parte demandada.** ----------

------ A fs. 969 se ordena correr traslado del recurso reseñado. Contestó el representante del Municipio a fs. 971/973 y vta., solicita su rechazo con expresa imposición de costas a la quejosa. ----------

------ Para fundar su postura, comenta que el actor apelante cimienta su apelación en dos agravios que no constituyen una crítica concreta y razonada en los términos del art. 268 del CPCC. . ----------

------ Apunta que la apelante en el desarrollo del primer agravio critica el método de argumentación utilizado por los señores Jueces de Cámara pero no el fondo de la cuestión. Menciona que la quejosa se agravia de que la opinión de ambos no sea idéntica y considera que aunque los votos de los jueces difieran o han dado tratamiento a distintos aspectos, es importante destacar -subraya- que ambos fundamentos llevan a idéntico resultado, esto es, el rechazo de la demanda. ----------

------ Puntualiza que, mientras para el primer votante, el actor no pudo probar el quebranto de la ecuación económico financiera, el Dr. Flass, argumentó que no era razonable afirmar -como lo hacía el accionante- que la compra de las máquinas pudieran producir el quiebre de la empresa.----------

------ Entiende que la queja referida a la necesidad de coincidencia sustancial y convergencia plural constituye un burdo intento de revocar la sentencia ante la falta de fundamentos sólidos que constituyan una crítica concreta y razonada.----------

------ En relación con el segundo agravio, menciona que la recurrente atribuye a la pericia contable una “verdad absoluta”. Sin embargo, remarca, esa prueba se llevó a cabo con información aportada exclusivamente por el concesionario; es ahí -agrega- donde cobra importancia la necesidad de tener un número cierto sobre los pasajeros transportados (boletera electrónica). Refiere a la falta de coincidencia de los datos de una auditoría con el total de boletos estudiantiles declarados y lo considera un indicio de que la información que dio sustento a la experticia es inexacta y le quita rigor científico. ----------

------ Afirma que “no es cierto” que el juzgador haya omitido ponderar el resultado de la pericia contable sino que -agrega- descartó el argumento del quebranto de la ecuación económico financiera considerándolo poco creíble porque -recordó- el Magistrado refirió a la voluntad del actor de continuar con la prestación del servicio concesionado, lo que inhibe presumir la existencia de aquel.----------

------ Refiriéndose al voto del Dr. Flass, destaca que es inexacto interpretar, como lo hace el recurrente, que considere que la recomposición de la ecuación económico financiera se deba a un incumplimiento del señor P.. Pues el Magistrado se fundó en la falta de prueba y transcribe párrafos de su voto (fs. 973).----------

------ Para concluir, señala que los votos de ambos Sentenciantes versan sobre la falta de prueba respecto al quebranto económico del actor y solicita se rechace la apelación intentada, con costas. ----------

----- **5. Dictamen del señor Procurador General.**----------

------ A fs. 974 son girados los presentes a dictamen del señor Procurador General, quien se expide a fs. 975/977 y vta. .----------

------ En principio, describe que se trata del remedio procesal previsto en el art. 138 de la Ley XVI N° 46, detalla la expresión de agravios y la contestación del traslado que acompañó la Municipalidad de Esquel para solicitar su rechazo.----------

------ Luego de reseñar la sentencia que rechazó la acción, menciona que la recurrente enuncia la falta de convergencia en los fundamentos en los votos de los miembros que integran la mayoría del Tribunal en la sentencia. En relación con esto menciona que, a los fines de la nulidad del pronunciamiento, no es suficiente que esos argumentos sean diversos, sino que debe alegarse y demostrarse que sean excluyentes. ----------

------ Con cita de un precedente de esta Sala, explica que quien pretenda la nulidad deba alegar y demostrar que las razones dadas como fundamento de una solución común se excluyen entre sí, que son incompatibles -aclara- una y otra. Razona que, en el caso, el quejoso se limitó a enunciar lo que es evidente, que los Jueces de Cámara han brindado distintas razones para arribar al rechazo de la demanda, pero no ha afirmado que se excluyan lógicamente. Opina que esto es esencial y propicia el rechazo del agravio.----------

------ A continuación, destaca que hay argumentos de la sentencia que no han sido objeto de crítica en la expresión de agravios. Remarca que el segundo votante refirió expresamente a tres incumplimientos como relevantes para obstar la procedencia de la acción. Y la crítica de la quejosa -completa- se limitó al último de ellos, describe los otros dos y señala que denota un déficit técnico que impide avanzar sobre un pronunciamiento revocatorio. ----------

------ Tampoco está claro, afirma el Magistrado, cuál sería el fundamento jurídico por el que el municipio de Esquel debería resarcir al empresario de un eventual quebranto sufrido por el desarrollo de la actividad mercantil. Subraya que la realización de una actividad económica de transporte de pasajeros con exclusividad y sin régimen de competencia es una ventaja para quien obtiene la licencia. ----------

------ Destaca que el ingreso del empresario, surge de la venta de pasajes y boletos según las tarifas que acordó con el Estado en el contrato de

concesión. Durante el período objeto de la demanda, completa, se dictaron normas que fijaron la actualización de aquellas, tales condiciones no fueron impugnadas judicialmente ni existió una base cierta acerca del principal ingreso de la actividad. Lo que en definitiva, estima, demuestra una falta de prueba de la ruptura del equilibrio económico de la relación sobre la que habla la decisión apelada.----------

------ Seguidamente, cita el art. 481 CPCC, recuerda que la realización de la pericia contable se efectuó con documentación exhibida exclusivamente por la actora y considera significativo que no se hubiera requerido su pronunciamiento respecto a si, los libros contables que el experto relevó, por el período en cuestión, hubieran sido llevados o no en legal forma. Aprecia que la valoración de la prueba ha sido correcta y que los cuestionamientos formulados por la quejosa no tienen entidad suficiente para modificar las conclusiones a las que arriban los jueces. Propicia se rechace la impugnación examinada y se tenga por cumplida la intervención conferida.----------
------ **B. La Solución del Asunto.**----------

------ **1.** Habiendo descripto los antecedentes de la causa, el pronunciamiento de los señores Jueces de Cámara y la pieza recursiva presentada por el actor señor O. D. P., a través de su apoderado, abordaré sin más el estudio del Recurso de Apelación previsto en el art. 138 de la Ley XVI N° 46 para ante este Cuerpo que oficia de Segunda Instancia.--

------ **2.** Siendo así verificaré, en forma preliminar, si acaso la queja deducida contra dicho fallo alcanza el estándar mínimo de suficiencia que habilite el ingreso a su estudio. ----------

------ Tal como se ha señalado en anteriores decisiones, no puede soslayarse la previsión del artículo 268° del Código Procesal Civil y Comercial que fija como requisito que la crítica que se efectúa al resolutorio considerado adverso, constituya un cuestionamiento concreto y razonado de los segmentos del fallo que el apelante considera erróneos. No es suficiente, a los efectos de conmover los fundamentos de aquél, contraponer la mera disconformidad, por el contrario deben arrimarse argumentaciones concretas, que impliquen un verdadero ataque directo a la decisión, demostrativo de los errores de hecho y derecho que esta pudiera contener. La cita normativa es clara y no admite dudas, exige que el debate se mantenga en un plano intelectual y no verbal o meramente retórico. Debe señalarse del discurso del Magistrado, aquel argumento que constituya, estrictamente la idea dirimente que forma la base lógica de la decisión (SD N° 01/SROE/15 y 02/SROE/17). ----------

------ Entonces, dígase que toda apelación debe sustentarse en fundamentos válidos y contundentes, que cimenten sus bases sobre estructuras serias, y que permitan de ese modo, dejar en evidencia alguna

fragilidad o falencia en las razones dadas por los Magistrados en el pronunciamiento cuya revisión se pretende. ----------

------ Ello así porque "…el recurso de apelación, como remedio impugnatorio permite al justiciable elevar a conocimiento del tribunal superior la solución que estima injusta para que la modifique o revoque, no está concebido en nuestra legislación como un "novum iudicium", sino como una remisión del material incorporado a la instancia de origen, a fin de reparar los posibles errores que, expuestos en la expresión de agravios, exhiba la sentencia. Así como el principio dispositivo deja en manos de las partes la fijación y el alcance del contenido de la pretensión y oposición en todos sus elementos (sujeto-objeto-causa), el principio de preclusión indica que desde que el proceso se desarrolla en forma sucesiva (progresividad) con la clausura definitiva de cada uno de los estadios que agotan su desarrollo, la determinación de aquellos elementos debe concretarse a las piezas liminares del proceso. A su vez, el principio de consumación impedirá reeditar el ejercicio de tales facultades procesales, salvo en hipótesis excepcionales. El acatamiento de estos principios asegurará la vigencia de aquellos otros que consagran la bilateralidad del contradictorio, la igualdad de las partes y el equilibrio procesal. Habida cuenta de ellos, la expresión de agravios se constituye en una alegación crítica -de hecho o derecho- que valora la atendibilidad de la pretensión o de la oposición, impugnando las conclusiones del fallo. Aquellos aspectos de la sentencia de Primera Instancia que no fueron materia de expresión de agravios ante la Segunda, fueron consentidos por las partes y, aunque fuere parcialmente, la materia consentida ha pasado en autoridad de cosa juzgada, amén de haber precluído por consumación, la facultad procesal impugnatoria…" (mi voto en Sentencia Definitiva N° 02/SROE/17, donde reproduje las SD N° 12/SCA/12 y 26/SCA/15).----------

------ **3**. En ese sentido, adelanto que a mi criterio la apelación en estudio "…no cumple con la manda y carga procesal de constituir una exposición jurídica que contenga una crítica concreta y razonada de las partes, o del total, del fallo que considera desacertadas. Y cuando el litigante formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica, antes que por la solidez de la sentencia todavía no examinada (Conf.: Morello, Sosa, Berizonce en "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial - Prov. Buenos Aires y de la Nación", comen. Art. 260, T. III, pág. 352, Ed. Platenses 1988- mi voto en las Sentencias Definitivas N° 8/SROE/18 y 23/SCA/18). Doy razones. -------

------ La Sentencia impugnada rechazó la demanda del señor O. P. por la cual pretendía que la Cámara de Apelaciones condenara al municipio a recomponer la ecuación económico financiera del contrato de concesión por el servicio público de transporte de pasajeros, todos de la ciudad de Esquel. Además, había planteado la inconstitucionalidad y nulidad parcial del art. 1° de la Ordenanza N° 91/13. ----------

------ Por respeto a la siempre deseable brevedad y acatando el principio procesal de economía, en su doble vertiente de tiempo y esfuerzos me remito a la referencia que, de los fundamentos brindados por los Vocales en ese pronunciamiento, realicé en el Punto A.2. de ésta.----------

------ **3.1.** En breve reseña diré que su atenta lectura evidencia una resolución con un contenido lógico y con un adecuado razonamiento jurídico. Contiene un correcto análisis de la prueba pericial que evaluó de qué manera evolucionó el alegado desequilibrio económico-financiero, cuyo restablecimiento fue objeto de juicio. Se mencionó que la experticia tomaba como base de realización las planillas que fueron elaboradas unilateralmente por el actor, un estudio de los gastos generados para la prestación de la actividad como así también la descripción de los distintos ingresos que P. tuvo durante el período comprendido entre el 01/10/2.013 al 31/12/2.016. Al amparo de la opinión del experto contable, entre otras argumentaciones, se juzgó que de haberse producido el aludido *quebranto financiero*, éste no podía ser imputado al municipio concedente. Añadieron los Magistrados que, las cifras enunciadas allí, luego de evaluar los costos para la prestación del servicio y la evolución sufrida por el valor del boleto -durante el período examinado- demostraban, inclusive, la existencia de una suma pendiente de cobro a favor de P.. La que a su vez no había sido liquidada, como consecuencia del incumplimiento de la presentación en debida forma de la documentación respectiva. Según aclara el *a quo,* la valoración de este subsidio achicaría la brecha existente entre las cifras finales que arrojó la pericia contable.----------

------ Otra cuestión que se abordó fue la incertidumbre acerca de la cantidad de "*boletos cortados*", derivada del incumplimiento de la condición reglamentaria que se imugna. Esto es que al no haberse puesto en marcha el sistema de "*cobro electrónico*" requerido por el art. 1° de la Ordenanza N° 91/13, determinar con exactitud qué cantidad vendió el concesionario era un dato fáctico incierto. A modo de ejemplo, puede leerse en el segundo voto, una descripción de la sustancial disparidad surgida entre la cantidad de boletos escolares declarados por la empresa concesionaria y los determinados por una auditoría estatal en el año 2.007. Consideró el pronunciamiento que eso era indispensable ya que hubiese permitido evaluar los costos/gastos y la retribución percibida por el accionante, pues constituye uno de los principales ingresos de la actividad del accionante. El otro, que está dado por los importes que cobra en concepto de subsidios y, como refirió el fallo, hubo algunos provenientes de la Subsecretaría de Transporte de la Nación que no ingresaron al patrimonio de P. por incumplimiento de las condiciones legales previamente establecidas a esos efectos. Sobre esa base, arribaron los Sentenciantes a la conclusión de que la Ordenanza cuestionada no era abusiva, arbitraria o de difícil cumplimiento.----------

------ **3.2.** Ninguna de esas argumentaciones fueron debidamente rebatidas, cuestionadas o criticadas en el escrito recursivo; desentendiéndose el quejoso del deber procesal descripto y deberá soportar las consecuencias de este déficit técnico. ----------

------ **3.2.1.** Así lo juzgo, por una parte, porque centralizó sus agravios en la dimensión económica y patrimonial dada a la cuestión en debate, argumentando contra la interpretación de la prueba pericial producida. En relación con esta, se observa de su queja que ha entendido el modo en que fue valorada la experticia y las razones brindadas por los Jueces de Grado. Al hacerlo, incluso, ratifica lo sostenido por el *a quo* relativo a los subsidios pendientes de liquidación. Esgrime textualmente: "*...la eventualidad de que quede pendiente de liquidar al Concesionario -una vez presentada la documentación requerida- la suma de $....*" (fs. 966). Frase que no hace más que demostrar que entendió lo que se estaba ponderando en el pronunciamiento que critica y pudo apreciar de qué manera se hizo. Es más, viene a confirmar los dichos de la contraria, valorados también en el fallo, acerca de las inobservancias de su parte o, lo que es igual, los incumplimientos de las obligaciones que como concesionario estuvieron a su cargo. ----------

------ En ese sentido, recuérdese que el sistema de la sana crítica reserva al arbitrio judicial la concreta determinación de la eficacia de la prueba según reglas lógicas y máximas de la experiencia, esto es normas lógicoexperimentales (Kielmanovich, Jorge - "Teoría de la prueba y medios probatorios" - Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa FE, 2.001, pág. 138 y ss.). La recepción legal expresa de este sistema de valoración probatoria otorga a los Magistrados la facultad de seleccionar, con base a la experiencia y con un adecuado criterio lógico, las pruebas producidas seleccionando algunas, desechando otras, con sustento en las cuales edificarán sus conclusiones, verdaderos pilares sobre los que cimentará la sentencia, de tal modo que los jueces no tienen el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de aquellas que fueran esenciales y decisivas para fallar la causa, siendo soberanos en la selección de las mismas, pudiendo inclusive preferir unas y descartar otras (Cfme.: S.C.B.A. Ac. 59.234, S. 12/8/1.997 y Ac. 72.274, S. 23/2/2.000). ----------

------ En el sub-lite, la parte actora no ha sido exitosa en su faena procesal de aportar elementos de convicción necesarios para acoger su demanda, tampoco aportó prueba que permita derribar la valoración efectuada por los Magistrados de la Instancia anterior de las producidas en autos. En conclusión, no se advierte que surja procedimiento alguno o arbitrariedad en el pronunciamiento en crisis que merezca reproche por parte de esta Alzada, tampoco fue demostrado por la recurrente en sus agravios. Así, su planteo se muestra insuficiente para habilitar el análisis de esta Segunda Instancia, al no haber rebatido las razones jurídicas contenidas en la

Sentencia y en las cuales reposa la conclusión a la que arriba, ello finiquita, de manera inequívoca el caso. Tal como expresé, el señor O. P. ensaya una apelación, reproduciendo la estrategia desplegada en ocasión de interponer la demanda tratando de convencer a esta Alzada de qué modo el Tribunal de Grado debió merituar los elementos probatorios, sin asumir la carga procesal impuesta.----------

------ **3.2.2.** Y por la otra, tampoco resultará triunfante el agravio que refiere a la **equivocada** interpretación del *a quo* referida a la boletera electrónica. Tratando de desestabilizar el argumento de la Sentencia cuestionada, aduce que se trata de un sistema único de regulación federal que habría sido implementado por vía de normas nacionales. Las enuncia y explica a fin de justificar que debía ser puesto en marcha progresivamente y no de manera automática. Ahora bien, al expresar su agravio el recurrente omitió considerar que su obligación de "poner en marcha" en sus vehículos de transporte público de pasajeros el "sistema de boleto electrónico", no surgía tan solo de la norma cuya inconstitucionalidad acusó. Sino también, del art. 4° de la Ordenanza N° 115/14 (fs. 613/614) con la cual pretende sustentar su apelación. Con argumentos novedosos que no fueron esgrimidos en el momento procesal oportuno, introduce nuevos fundamentos que podrían calificarse como *capítulos no propuestos* por ante esta Alzada. O bien, como si pretendiera confeccionar, tardíamente, el alegato de bien probado que el recurrente no ofreció cuando pudo hacerlo en la Instancia anterior.----------

------ En conclusión, luego de una pormenorizada lectura del memorial, tal como anticipé, la suerte del remedio procesal se encuentra sellada. -------

------ **4**. Tuve ocasión de pronunciarme, al amparo del criterio de este Superior Tribunal de Justicia, acerca de las exigencias formales que deben estar presentes en la causa para habilitar luego el examen de las cuestiones de fondo. Juzgué que "…es condición de la expresión de agravios que constituya una expresión jurídica y lógica que demuestre que la sentencia es injusta y agraviante, indicándose por qué lo es. Requiere un estudio crítico, razonado, punto por punto de los errores de la sentencia, por la apreciación de los hechos, la interpretación de las pruebas o la aplicación del derecho. No son suficientes consideraciones generales en torno a la sentencia, sino que es menester hacer mérito de los motivos o razones legales que fundamentan el pedido de revocación…" (mi voto en Sentencias Definitivas N° 19/SROE/17, 23/SCA/18 y recientemente N° 12/SROE/19). ----------

------ Precedentes en los que además precisé: "…*no puede ignorarse la previsión del art. 268 del CPCC, la norma es clara y no admite titubeos, exige que el debate se mantenga en el plano intelectual y no verbal, debe seleccionarse del discurso del Magistrado aquel argumento que constituya estrictamente la idea dirimente y que forma la base lógica de*

la decisión. Le incumbe al recurrente la tarea de señalar cuál es el punto del desarrollo argumental que constituye una errata en sus referencias fácticas o en su interpretación jurídica, que lleva al desacierto ulterior concretado luego en veredicto, si no arrima materia constituyente de crítica concreta y razonada, la suerte adversa del recurso es inevitable, antes siquiera de todo juicio de valor de la sentencia opugnada…". ------

------ Entonces, examinado que fuera el memorial que corre agregado a fs. 960/968 y vta. y, al amparo de las consideraciones previas, es posible aseverar que la queja no satisface el postulado del precepto referido, pues resulta insuficiente para fundar su discrepancia con el razonamiento lógico de la sentencia. Toda vez que las aseveraciones que ese escrito contiene, destinado a evidenciar que el pronunciamiento es arbitrario, se torna inocua para desbaratar las razones en que se funda el fallo de primera instancia para rechazar la demanda.----------

------ Por lo tanto, deberá el accionante soportar las consecuencias de su inobservancia y, a tenor de lo establecido en el art. 268° del CPCC, su queja se torna inaudible al no lograr demostrar la inconsistencia de la decisión que ataca. No resulta ocioso recordar que: *"…debe rechazarse el recurso en el cual el argumento del embate ensayado por el quejoso se desentiende del fundamento de la sentencia, dejando sin controvertir las premisas que resultan basales del fallo impugnado. Por lo tanto, la insuficiencia recursiva deja incólume la decisión por falta de cuestionamiento idóneo de los conceptos sobre los que la misma se asienta y sella adversamente la suerte de los agravios planteados en tales términos…"* (CSJ Bs.As. -Causas C 116.903 "Caparrós", Sent. 15- VII-2.015, C 118.779 "Misuraca" Sent. 19- X-2.016, entre muchas; mi voto en SD 23/SCA/18). ----------

------ En definitiva, ausentes los recaudos procesales previstos en el precepto citado y en tanto la argumentación de la recurrente no contiene fundamentos válidos que admitan apartarse de lo decidido por los Jueces del Tribunal *"a quo"*, corresponde declarar desierto el recurso de apelación intentado y confirmar el fallo en crisis.----------

------ **C**. No modifica la solución que propicio el postulado con el que se inicia la expresión de agravios, al enunciar que no existiría convergencia en los fundamentos de los miembros que integran la mayoría del *Tribunal a quo* en la sentencia. ----------

------ En efecto, a mayor abundamiento, es preciso tener presente que "…se exige que los fundamentos de cada uno de los votos individuales que concurre a formar la mayoría, sean coherentes entre sí; esto es, que se trate de argumentación compatible, que confluya en una misma conclusión... (Confr.: "La Alzada- Poderes y deberes" - Juan José Azpelicueta- Alberto Tessone - LEP - La Plata, 1.993 - págs. 237/238)".-

------ En ese orden de ideas, este Superior Tribunal de Justicia en anterior composición explicaba que el art. 169° de la Constitución Provincial, impone a los órganos colegiados la obligación de dictar sus fallos, mediante votos individuales y fundados. En concordancia, el art. 274° del CPCC expresamente indica que toda sentencia dictada por tribunales pluripersonales, debe pronunciarse por mayoría de sus miembros. Esto quiere decir que, la voluntad del órgano judicial, está formada por la conjunción de sus integrantes. También se previno que esas disposiciones se complementan con lo establecido en la Ley V N° 17 y, puntualmente refiriéndose al art. 7, este Tribunal interpretó: "*…al momento de conformarse el acuerdo, no se está frente a una suma de voluntades particulares forjadas de manera autónoma e individual, sino de un verdadero intercambio de ideas racionales que manifiestan los jueces que integran el Tribunal. Es por esta razón que, sus votos no se traducen en una mera formalidad sino en un debate profundo donde la deliberación que precede al fallo, constituye una verdadera garantía para los justiciables…".* Y agregaba "*…no cualquier contradicción manifestada a través de los votos de los jueces Sentenciantes, acarreará, sin más, la nulidad de la sentencia, sino, por el contrario, las diferencias deberán ser notorias, graves y contradictorias, jurídicamente relevantes para acarrear su nulidad, total o parcial…"* (Conf.: SD N° 45/SRE/95, 26/SRE/99, 10/SRE/07 y 04/SCA/11).----------

------ En idéntico sentido y como integrante de este Cuerpo, me pronuncié acerca de la conformación de la mayoría en cuerpos colegiados. Con cita de precedentes de este Tribunal para cada hipótesis, especifiqué en qué circunstancias procede la declaración de nulidad total o parcial de un fallo por déficit en su motivación o por ausencia de mayoría. Habré de remitir a su atenta lectura a quien se encuentre interesado en profundizar en esta cuestión, pues sería un exceso traerlo a colación. En su lugar, daré por reproducidas aquí las razones que brindé en mi voto en la Sentencia Definitiva N° 5/SRE/18.----------

------ Puesto que, en lo que al *sub exámine* se refiere, en coincidencia con la opinión del señor Procurador General (fs. 975/977 vta.) considero que los Jueces de Cámara han valorado la prueba aportada, poniendo énfasis en distintos incumplimientos del recurrente, analizaron la cuestión controvertida y arribaron a idéntica solución. Sus argumentaciones no son contradictorias ni pueden ser evaluadas como excluyentes lógicamente entre sí.----------
------ En mérito de las consideraciones expuestas en los acápites anteriores y en razón de la insuficiente técnica recursiva, corresponde declarar desierto el recurso de apelación. Así lo juzgo y VOTO. ----------

------ **A la primera cuestión el señor Ministro Alejandro Panizzi juzgó:**----------

------ 1. El claro detalle de los antecedentes del caso confeccionado por el primer votante, en particular la reseña del contenido de la sentencia en crisis, de la expresión de agravios presentada por el actor vencido y del escrito con que el Municipio de Esquel contestó la vista y se refirió a esos, me permite omitir toda referencia a ellos para no ahondar en reiteraciones innecesarias. ----------

------ 2. Desde el inicio, dejo sentado que coincido con las apreciaciones efectuadas por el Dr. Vivas de evaluar la admisibilidad del remedio procesal en cuestión, donde este Superior Tribunal interviene en Alzada de la sentencia de Primera Instancia dictada por la Cámara de Apelaciones de Esquel, conforme las previsiones del artículo 138 de la Ley XVI N° 46.

------ 3. Dicho esto, voy a introducirme directamente en el análisis del recurso de apelación que nos convoca. ----------

------ Ello conlleva la constatación de la presencia de los recaudos atinentes a la expresión de agravios, pues esos fijan los límites para la apertura de la instancia revisora que se pretende instar. No puede soslayarse la previsión del art. 268 del CPCC conforme el cual es requisito de toda expresión de agravios, que la crítica que se efectúe al resolutorio considerado adverso constituya un cuestionamiento concreto y razonado de los segmentos del fallo que el apelante considera erróneos. ----------

------ De esta manera, lo concreto se dirige a lo preciso, indicado, específico (debe decirse cuál es el agravio). Lo razonado incumbe a los fundamentos, las bases, las sustentaciones (debe exponerse por qué se configura el agravio). En consonancia con lo antes mencionado, puede señalarse que los argumentos del recurso deben dirigirse en forma directa y concreta a refutar los conceptos sobre los que se asienta la sentencia, debiendo efectuarse una réplica adecuada de las motivaciones esenciales que el pronunciamiento cuestionado contiene (SD N° 01/SROE/12 y 66/SCA/17). ----------

------ Además, en este último, se aclaró *"…el agraviado debe asumir el fallo que censura y confutar escrupulosamente los aspectos atinentes, necesidad que no subsana la mera discordia con argumentos que le son desfavorables o que resultan opinables. Este es el sentido de la locución* ***"crítica fundada, prolija y razonada de los argumentos de la sentencia"*** *con la que se sintetiza la obligación procesal impuesta…"* ----------

------ Entonces, "… no reviste el carácter de impugnación concreta y razonada de la sentencia, la mera reproducción parcial de argumentos expuestos por el pronunciamiento de primera instancia ni es admisible la remisión a manifestaciones formuladas en escritos anteriores a la decisión que se cuestiona…" (SD N° 66/SCA/17). ----------

------ 4. En ese marco y realizado un minucioso examen del escrito impugnativo, cosido a fs. 960/968 y vta., surge palmario de la mera comparación de los fundamentos esgrimidos por los Camaristas en la sentencia cuestionada y los agravios que contra estos invoca el quejoso, que la carga procesal descripta no ha sido cumplida. ----------

------ Así lo juzgo porque la sentencia impugnada rechazó la demanda intentada por el señor O. P. quien, en su carácter de prestador del servicio público de transporte urbano de pasajeros de la ciudad de Esquel, a través de un proceso contencioso administrativo municipal, pretendió que se condenara al municipio de esa, *a recomponer la ecuación económico-financiera del contrato administrativo* que los vincula, ya que afecta la remuneración del contratista del Estado. También intentó la declaración de inconstitucionalidad y nulidad parcial del artículo 1° de la Ordenanza Municipal N° 91/13 que había fijado, a partir del 27 de junio del 2.013, la tarifa del referido servicio. Puntualmente, atacaba el segundo párrafo del precepto que reza "*…no se realizará un nuevo aumento de tarifas hasta la incorporación por parte de las Empresas que presten el servicio, de un sistema de cobro electrónico o boleto electrónico…"*. ----------
------- Para decidirlo de ese modo, el Magistrado que votó en primer término para justificar su decisión, entre otros argumentos, se refirió al régimen jurídico de los contratos administrativos, mencionó que P. fincó su postura en un análisis de costos cuyos datos fácticos habían sido proporcionados por él. Añadió que estos no solo fueron objetados por la Municipalidad demandada, sino que además, destacó la imposibilidad de auditar, de modo fehaciente, la cantidad de boletos vendidos. Para superar tal debate, continuó valorando el Sentenciante la prueba pericial contable y concluyó que, de existir el alegado quebranto financiero invocado por la actora- no podía ser imputado al municipio concedente. Seguidamente, verificó la Ordenanza N° 91/13 y razonó que no vulneraba ninguna garantía constitucional.----------
------ A su turno, el Dr. Flass enumeró las obligaciones a cargo del ahora apelante y, puntualmente, referenció el incumplimiento de tres que habían sido descriptas por el Municipio al contestar la demanda. Mencionó que la inobservancia de las dos primeras permitía rechazar la pretensión. Sin embargo, abordó el tratamiento de la última que consistía en el deber legal impuesto por la Ordenanza N° 91/13 ya comentado. A partir de esa inobservancia, estructuró su pronunciamiento. En base a ello, consideró que restaba credibilidad a la pericia contable porque había sido confeccionada a partir de las planillas aportadas por el accionante. Mientras que de haberse puesto en marcha el sistema referido habría arrojado, de manera indubitable, la cantidad de boletos vendidos, lo que incide directamente -agregó- en la ecuación económica financiera y en la rentabilidad del concesionario.----------

------ 5. Ahora bien, del estudio del libelo recursivo surge, sin hesitación alguna, que las alegaciones esgrimidas no alcanzan el estándar mínimo

exigido en la norma procesal antes mencionada, si lo que se pretende con ella es desacreditar el razonamiento lógico-jurídico de la Sentencia Definitiva N° 16/18 (hojas 932/943) de la Cámara de Apelaciones de Esquel. Y, como previne, tal carencia establece el sentido que ha de correr su cuestionamiento.----------

------ Voy a coincidir con el Ministro que me precede, pues valoro que la queja de P. acerca del análisis de la prueba pericial contable, permite aseverar que la comprendió y, por lo tanto, no se vio privado de controvertirla. Juzgo que la carencia de suficiencia en el recurso de apelación es imputable a su propio proceder, al confeccionar un cuestionamiento que no jaquea las disquisiciones de los Sentenciantes consolidadas en explicaciones jurídicas válidas. ----------

------ Siendo así, advierto que la apelación no puede ser receptada en esta Alzada, pues constato una falencia esencial en el contenido intelectual del recurso, ya que no hace más que persistir sobre su parecer.----------

------ Dable es destacar que la sentencia es un acto jurisdiccional que constituye una unidad lógica, por lo que su contenido debe respetar los principios que la informan y, como lo destacó el colega preopinante, la valoración de la prueba debe desarrollarse conforme la obligación legal impuesta al juzgador. Debe ser efectuada en base a las reglas de la sana crítica, al amparo de los principios que esta comprende, sumados a los de la experiencia y la psicología común.----------

------ Subsumiendo el caso concreto a tales consideraciones, veo que los Jueces de Cámara señalaron que la experticia tomó como base una plataforma fáctica insuficiente para justificar el alegado desequilibrio económico financiero. Con una correcta técnica argumentativa, achacaron al incumplimiento reglamentario acusado por la accionada como generador de aquella incertidumbre y, al amparo de otras fundamentaciones, juzgaron pertinente pronunciarse por el rechazo de la demanda. Los que no merecieron réplica adecuada ni fueron tampoco objeto de un embate certero por parte del apelante dejando indemnes las conclusiones del *a quo*. ----------

------ 6. En conclusión, habré de desechar el ataque desplegado por P. como estrategia defensiva, pues no se hizo cargo de rebatir con suficiencia los argumentos que constituyen el pilar en que se sustenta el fallo en crisis. Ello así, porque la particular visión que el recurrente tiene del caso, no alcanza para poner en crisis la fundamentación contenida en el pronunciamiento. "*…el texto del memorial campea solo la opinión disidente de quien apela, procura un resultado distinto, sin demostrar cómo y por qué los postulados de las señoras Juezas fueron desacertados […] el recurso interpuesto se queda en el intento de desarrollar la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que le resultan adversas, pero*

no confuta el acto sentenciador asumiendo la justificación en que reposa la solución, para luego -de este modo- demostrar el pensamiento que tildó equivocado…" (mi voto en SD N° 23/SCA/18). ----------

------ En mérito de lo expuesto, concuerdo con la solución adoptada por el Ministro que me precediera con su voto y, en coincidencia con lo dictaminado por el señor Procurador General, en tanto ninguno de los cuestionamientos formulados por el recurrente cuentan con entidad suficiente para modificar las conclusiones a las que arribaron los Sentenciantes el razonamiento lógico jurídico desarrollado en el pronunciamiento a partir de la caracterización del contrato administrativo de concesión y las implicancias derivadas del tipo específico que lo vincula con el Municipio demandado. Así lo juzgo y voto.----------

------ 7. Finiquitando mi exposición, concordaré también con el Dr. Vivas en rechazar las manifestaciones del apelante referidas a la inexistencia de mayoría absoluta en los votos de los Camaristas. Dígase que la Sentencia Definitiva N° 16/18 no evidencia la acusada inexistencia de convergencia plural, ni pondero ausencia de la necesaria coincidencia de los miembros que integran la mayoría absoluta del Tribunal, al amparo del art. 274° del CPCC. ----------

------ Es criterio sentado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la descalificación de las sentencias dictadas por los tribunales inferiores sucede cuando las opiniones en que se sustenta un decisorio, contienen diferencias irreconciliables que, como corolario de una expresión razonada del derecho y fundada en los hechos del juicio, fracasa en argumentos que se eliminan o invalidan entre sí. La motivación es indivisible e insoslayable. Su ausencia, desvanece el vínculo lógico entre una y otra y no hay un verdadero fallo. Ello así, porque la obligación de emitir un pronunciamiento coincidente y fundado viene a proteger el principio constitucional del debido proceso. (Fallos 261:263; 302:320; 305:2218 - STJ CH SD 10/SRE/07). ----------

------ Valorado el pronunciamiento de autos, juzgo la improcedencia del referido planteo el que deberá desestimarse. ----------

------ **A su turno dijo el Dr. Donnet:** ----------

------ Atento los votos emitidos por los Ministros Vivas y Panizzi, los que conforman la voluntad mayoritaria de la Sala Civil, Comercial, Laboral y Contencioso Administrativa de este Superior Tribunal de Justicia, no emitiré pronunciamiento según lo dispuesto en el art. 1º del Acuerdo Extraordinario Nº 3.555, en concordancia con el art. 28 de Ley V N° 3 y el Acuerdo Nº 3.202. ----------

------ **A la Segunda cuestión el Dr. Vivas dijo:** ----------

------ Tal como voté la primera propongo al Acuerdo: 1º) Declarar Desierto el Recurso de Apelación intentado por el señor O. D. P. -a través

de su apoderado- contra la Sentencia Definitiva N° 16/18 de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel, obrante a fs. 932/943, la que se confirma. 2º) Costas a cargo del apelante vencido (art. 69 CPCC). 3º) Regular los honorarios profesionales del Dr. M. R., quien ocurrió ante esta Alzada a sostener la decisión de Primera Instancia con el memorial que obra a fs.971/973 y vta., en el 25% de los que en definitiva se estimen para los letrados de su parte en aquella (art. 13 Ley XIII N° 4), con más el I.V.A. en caso de corresponder. En tanto, no se regulan los estipendios del apoderado de quien apela Dr. M. E. I. M. -por la inoficiosidad de la tarea (art. 3º conc. 5º de Ley Nº XIII-4 - antes Dto. Ley N° 2.200, T.O. Dto. N° 138/99). ----------

------ **A la misma cuestión el Dr Panizzi juzgó:** ----------

------ Según voté la Primera cuestión, coincido en la solución dada por el Dr. Vivas. ----------

------ **A idéntica cuestión, dijo el Dr. Donnet:** ----------
----- Me abstengo de pronunciarme en atención a lo expresado respecto de la Primera Cuestión. ----------

------ Con lo que se dio por finalizado el acto, quedando acordado dictar la siguiente: ----------

----------**S E N T E N C I A:** ----------

------ **1º) DECLARAR DESIERTO** el Recurso de Apelación intentado por el señor O. D. P. -a través de su apoderado- contra la Sentencia Definitiva N° 16/18 de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel, obrante a fs. 932/943, la que se confirma.----------
------ **2°) COSTAS** a la apelante vencida (art. 69 CPCC).----------

------ **3°) REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. M. R., apoderado de la Municipalidad de Esquel, en el 25 % de los que en definitiva se estimen para los letrados de su parte en Primera Instancia (art. 13 Ley XIII N° 4), con más I.V.A. en caso de corresponder. Sin regular honorarios al Dr. M. E. I. M. (art. 3 del régimen arancelario provincial).--

------ **4°) REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase. ----------

FDO. MIGUEL ANGEL DONNET - ALEJANDRO JAVIER PANIZZI - MARIO LUIS VIVAS.----------
RECIBIDA EN SECRETARÍA EL 05 DE ABRIL DE 2.019. S.D.
REGISTRADA BAJO EL N° 004/SCA/2019. ----------
FDO. DIANA NOEMÍ SALTO - SECRETARIA.