

En la ciudad de Mar del Plata, a los **03 días del mes de mayo del año dos mil doce**, reunida la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en dicha ciudad, en **Acuerdo Ordinario**, para pronunciar sentencia en la causa **C-2798-BB1 "OBERTI HUGO RUBEN Y OTRO/A c. MUNICIPALIDAD DE CORONEL ROSALES s. PRETENSION ANULATORIA"**, con arreglo al sorteo de ley cuyo orden de votación resulta: señores Jueces doctores **Sardo, Mora y Riccitelli**, y considerando los siguientes:

ANTECEDENTES

I. El titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial Bahía Blanca dictó sentencia rechazando la demanda promovida por el Sr. Rubén Oberti y por la Sra. Liliana Isabel Flores contra la Municipalidad de Coronel Rosales. Impuso las costas en el orden causado (art. 51 del C.P.C.A.) y difirió la regulación de honorarios para una vez firme su pronunciamiento [cfr. fs. 228/236].

II. Declarada por esta Cámara la admisibilidad formal del recurso de apelación deducido a fs. 239/243 por la parte actora -replicado por la demandada a fs. 251/256- [cfr. Res. de fs. 260/261], y puestos los autos al Acuerdo para Sentencia [cfr. fs. 261 punto **2.**] -providencia que se encuentra firme-, se plantea la siguiente:

CUESTION

¿Corresponde declarar la nulidad del pronunciamiento dictado a fs. 228/236?

A la cuestión planteada, la señora Juez doctora Sardo dijo:

I.1. El **a quo** dictó sentencia rechazando la demanda promovida por el Sr. Rubén Oberti y la Sra. Liliana Isabel Flores contra la Municipalidad de Coronel Rosales, mediante la cual pretendían la anulación de la Resolución N° 307/05 -

dictada el 21-09-2005 en el expediente administrativo N° 3923/04- en virtud de la cual se otorgó habilitación comercial para funcionar como salón de fiestas y eventos al Club de Pesca y Náutica "Los 40", ubicado en la calle Mitre N° 675 de la ciudad de Punta Alta, como asimismo el resarcimiento de los daños y perjuicios que tanto el acto reputado ilegítimo como la omisión en el ejercicio del poder de policía de salubridad les han ocasionado.

Tras relevar las posturas de ambas partes, lo acontecido en la causa y las constancias del expediente administrativo N° 3923/04, circunscribió el objeto de la contienda a determinar: **(a)** si la impugnada Resolución N° 307/2005 se ajusta a derecho o si -por el contrario- tiene algún vicio que ocasione su nulidad; y **(b)** si procede la indemnización de los daños y perjuicios reclamados.

(a) Analizó, en primer orden, el denunciado vicio en la "causa", considerándolo a partir de la motivación del acto.

Así, apuntó que de los Considerandos de la Resolución N° 307/2005 surgen los antecedentes que motivaron su dictado, a saber: **i)** el informe elaborado por la Subdirección de Planeamiento Urbano como consecuencia de la Verificación Edilicia; **ii)** el informe del Departamento de Bromatología y, **iii)** el Acta final de "Certificación en Materia de Seguridad Antisiniestral" labrada por la Dirección de Bomberos, concluyendo que la Resolución impugnada no adolece de vicio susceptible de acarrear su nulidad, toda vez que el acto se sustenta en los hechos y antecedentes que lo causaron y en el derecho aplicable.

Asimismo, señaló que de las constancias del expediente administrativo surge que el Municipio ha dado cumplimiento con lo establecido por la Ordenanza N° 2660 que en su art. 2.6.1.2 reglamenta el trámite de habilitación y, en cuanto a

las medidas de mitigación de propagación de ruido sugeridas por el Ingeniero Giulietti (fs. 10/11), destacó que la mentada Ordenanza solo exige en el punto para la habilitación la presentación del informe técnico de aislamiento en el que se evalúe la realización de las obras necesarias.

De lo expuesto concluyó que habiendo cumplido el Club de Pesca y Náutica "Los 40" con los recaudos especificados en la norma y no teniendo la Resolución N° 307/05 vicios que afecten su validez, el rechazo de su nulidad se impone.

Desde otro prisma de análisis, y no obstante reconocer que de las actas de constatación obrantes en el expediente administrativo se evidencia que el Club no respetó los niveles de emisión establecidos en la Ordenanza N° 1849 de ruidos molestos, coincidió con la demandada en punto a que los actores tenían a su disposición una serie de medidas administrativas y judiciales que le hubieran permitido obtener el cese de las molestias ocasionadas por el Club de Pesca y Náutica "Los 40".

Enfatizó que en autos no fue demandado el Club, circunstancia que estimó llamativa dado que fue el generador de los ruidos y molestias invocadas por la actora, y que -asimismo- es al Club a quien la sentencia podría impactar en modo directo en el ejercicio de las actividades iniciadas al amparo de la autorización brindada por el Municipio.

(b) Establecida de tal modo la legalidad del acto administrativo cuestionado, descartó que en la especie se hubiera configurado la responsabilidad endilgada al Municipio por su conducta omisiva en el ejercicio del poder de policía de salubridad -a tenor de los reclamos formulados por los actores, las inspecciones y actas labradas por la Comuna y la remisión de las actuaciones al Juzgado de Faltas-, ni los daños por los que deba responder la demandada.

2. Los accionantes impugnan el pronunciamiento de grado por entender que el **a quo** ha prescindido de los hechos probados expuestos en su demanda y alegato y que surgen del expediente administrativo N° 3923/04, y -en cambio- se fundó en hechos no probados y en los dichos de la Comuna en su contestación de demanda.

Desmienten que se hubiera dado cumplimiento a lo establecido por el art. 2.6.1.2 de la Ordenanza N° 2660 que reglamenta el trámite de habilitación, y refieren que el plano obrante a fs. 4/5 no cumple con las exigencias legales, en tanto no da cuenta de las obras necesarias para no causar molestias en el exterior y ningún informe así lo acredita. Sostienen que la habilitación fue otorgada como consecuencia de la "Visación Edilicia" realizada a partir de los planos (conf. dictamen de fs. 48), empero -afirman- ésta no es válida para dar por cumplido aquel requisito.

b. En cuanto al informe técnico de aislación acústica agregado a fs. 8/10, disienten con lo expresado por el **a quo** por entender que se ha considerado irrelevante -al momento de dictar sentencia- que el mentado informe del Ing. Giulietti demuestra que los niveles de molestias no fueron tomados en los lugares que la Ordenanza N° 1849 -de ruidos molestos a la población- establece como prohibición de ser causados por las actividades habilitadas (los predios vecinos -como es el caso de la propiedad de los actores-), y añaden que a pesar de las observaciones contenidas en dicho informe se procedió a habilitar el salón sin constatar si alguna medida se había tomado al respecto.

c. Cuestionan la ponderación efectuada por el juez de grado en cuanto a la acreditación del correcto ejercicio del poder de policía administrativa por el hecho de haberse comprobado en varias oportunidades la existencia de ruidos molestos en el salón en cuestión. Entienden que de nada sirve

que un funcionario municipal efectúe tales constataciones, si luego ello no conlleva ninguna consecuencia para el particular.

d. Se agravian -además- por cuanto ninguna consideración se efectuó en sentencia respecto de la falta de presentación de la memoria descriptiva de uso exigida por el art. 2.6.2.9. de la Ordenanza N° 2660 a la que se refirieran en su alegato.

e. Desechan la posibilidad de acudir a medidas administrativas y judiciales para obtener el cese de las molestias ocasionadas por el Club de Pesca y Náutica "Los 40", afirmando que no existe respecto de la pretensión anulatoria que regula el art. 12 inc. 1° del C.P.C.A., una restricción similar a la del art. 43 de la Const. nacional en materia de amparo, que supedita la admisibilidad de la acción a la inexistencia de otra vía judicial más idónea. Sostienen que la vía procesal elegida es apta para obtener la anulación del acto administrativo lesivo. Además, estiman que habiéndose declarado formalmente admisible la pretensión - como ha ocurrido en autos- carece de asidero rechazar luego la demanda con aquel argumento.

f. Manifiestan no comprender la relevancia que pudiera tener -al momento de dictar sentencia- el no haber demandado al Club -como se señala en el fallo-, toda vez que ello no es óbice para la procedencia de la acción ya que no se ha puesto en duda la falta de legitimación pasiva de la demandada.

Con todo, destacan que de las constancias de la causa surge sin lugar a dudas la existencia reiterada de ruidos molestos -tal como lo reconoce la sentencia- que han venido turbando su calidad de vida desde el año 2004 y hasta la actualidad, tanto antes como después de que el Municipio otorgara la habilitación aquí impugnada.

3. La Municipalidad demandada replica el memorial de agravios a fs. 251/256, defendiendo -en lo sustancial- los fundamentos vertidos en el fallo de grado y controvirtiendo las argumentaciones de los recurrentes.

Destaca que el acto de habilitación ha sido correctamente otorgado -previo cumplimiento de los requisitos formales y técnicos exigidos para ello-.

Refiere que es un tema distinto cuestionar la legalidad del acto administrativo de habilitación, al reproche por los incumplimientos en que pudiera incurrir el contribuyente al descartar las indicaciones que se le impartan desde la Comuna para que el funcionamiento de su local no origine ni cause daños a la vecindad, o bien que -advertidos los supuestos incumplimientos- la Administración no actúe en consecuencia.

Manifiesta que los recurrentes tienen a su disposición todo el proceso contravencional para el juzgamiento de la falta denunciada en el ámbito del Juzgado de Faltas y -eventualmente- obtener la pretendida clausura. La queja, en todo caso, debió serlo contra los supuestos infractores de la normativa municipal, mas no contra la propia Comuna.

Del mismo modo, agrega, si el Municipio tampoco hubiera cumplido en efectuar los controles necesarios, tenían los actores remedios judiciales a su alcance para sostener el derecho que pretenden.

Afirma que la Municipalidad de Coronel Rosales no originó ni motivó ninguno de los supuestos perjuicios alegados en la demanda, no los alentó ni eludió las obligaciones a su cargo, por lo que está lejos de ser el sujeto pasivo del reproche que los actores le formulan, no pudiendo responsabilizársela por las consecuencias dañosas derivadas del obrar de un tercero ("Club de Pesca y Náutica Los 40") que se supone debe cumplir con sus obligaciones.

Con todo, solicita el rechazo del recurso deducido y la confirmación de la sentencia apelada.

II. Estimo que la respuesta afirmativa se impone.

1. Efectuando un repaso del derrotero procesal que precedió al dictado de la sentencia, destaco los siguientes datos relevantes para la solución del presente litigio:

i) Los actores, Hugo Rubén Oberti y Liliana Isabel Flores promovieron demanda contra la Municipalidad del Partido de Coronel de Marina Leonardo Rosales, persiguiendo la anulación total de la Resolución N° 307/05 dictada en fecha 21-09-2005, en virtud de la cual se otorgó habilitación comercial para funcionar como "Salón de Fiestas y Eventos" al Club de Pesca y Náutica "Los 40" ubicado en el edificio de Mitre N° 675 de Punta Alta -lindero a su propiedad-, en transgresión a las disposiciones que sobre ruidos molestos contiene la Ordenanza N° 1849. Asimismo, y teniendo en cuenta que el acto cuya anulación se pretende favorece directamente al Club de Pesca y Náutica "Los 40" -por ser titular de la habilitación cuestionada-, solicitaron que dicha entidad sea citada a intervenir en el proceso en carácter de coadyuvante en los términos del art. 10 del C.P.C.A. [v. fs. 36/47].

ii) En fecha 09-10-2007, en ocasión de dar traslado de la demanda a la accionada, el **a quo** rechazó la petición de citación de coadyuvante por considerar que su intervención es voluntaria y no puede ser compelido a intervenir en el proceso a pedido de parte [v. fs. 56].

iii) En fecha 11-10-2007 y aún consintiendo el carácter voluntario de la intervención del tercero decidida por el **a quo**, la letrada de la parte actora requirió que se anoticie al Club de Pesca y Náutica "Los 40" de la existencia de las presentes actuaciones a fin de que pueda, en su caso, ejercer los derechos que estime corresponder [v. fs. 57],

planteo que nuevamente fue desestimado por el juez de la instancia por carecer de encuadre legal {v. fs. 58}.

2. Bien podrá advertirse que por decisión judicial - firme y consentida- el Club de Pesca y Náutica "Los 40" no fue incorporado a la **litis** pese a la clara intención inicial de los accionantes de traerlo al proceso en los términos del art. 10 del C.P.C.A.

Tal situación -la ausencia en juicio del mentado Club y su imposibilidad, en consecuencia, de desplegar su defensa en pos del mantenimiento del acto administrativo que oportunamente le otorgó la habilitación para funcionar como "Salón de Fiestas y Eventos" (Código de Actividad 85.300-04) [v. Resolución N° 7321/2005, fs. 88 del expte. admt. N° 3923/04]- evaluada a la luz del resultado del pleito no apareja consecuencias para aquel tercero en la medida en que el rechazo de la demanda y el consecuente mantenimiento del acto impugnado significan para él la continuidad -sin alteración alguna- de la explotación del local comercial cuya habilitación le fuera oportunamente otorgada.

Mas el haberse acudido a la instancia revisora traduce la posibilidad cierta de que este Tribunal -o aún los Tribunales Superiores- al abocarse al examen del recurso intentado pueda dictar un pronunciamiento favorable a las pretensiones actorales, con indiscutibles gravitaciones en la esfera de los derechos de aquel tercero que no formó parte del proceso.

En ese marco, ineludible resulta indagar respecto de la trascendencia que una eventual sentencia que declare la nulidad del acto impugnado revestirá para el mentado Club teniendo presente que -por resolución firme y consentida- se determinó su no inclusión en la **litis** a pedido de parte.

A partir de tal hipótesis estimo oportuno destacar que el art. 10 del ordenamiento ritual prevé que **"1. Los terceros**

directamente favorecidos por la actuación u omisión que diera lugar a la pretensión, intervendrán como coadyuvantes en cualquier estado del proceso...". Tal figura procesal responde al propósito de amparar a quien tiene un interés en mantener la validez de la resolución administrativa que ha sido puesta en tela de juicio, viendo de tal modo amenazados sus derechos por una demanda en contra de la ejecución del acto que lo favorece (argto. doct. S.C.B.A., causa B. 58.159 "Fernández Estevez Vda. de Blazeovich", sent. del 25-VII-2003; doct. esta Cámara, causa **G-376-BB1 "Asociación Civil Barrio Molina Campos"**, sent. del 14-VII-2009).

Al regular la figura del coadyuvante, el ordenamiento guarda silencio -no obstante- en torno al modo en que su comparecencia al juicio habrá de materializarse. Y si bien es cierto que el Supremo Tribunal de la Provincia ha sostenido que la intervención del coadyuvante es facultativa y, en caso de concretarse, no interrumpe los trámites de aquél (argto. S.C.B.A. causa B. 58.875 "Fernández Vidal", sent. del 24-X-2001), no lo es menos que cuando los **derechos otorgados a un particular** sean controvertidos en un proceso por otro administrado, es procedente darle intervención, sea admitiendo su presentación espontánea, sea a pedido de parte o incluso de oficio, como forma de mantener la vigencia del derecho a la tutela judicial continua y efectiva (art. 15 de la Constitución Provincial).

De no concretarse tal situación y, dependiendo del tipo de relación que una al coadyuvante con alguna de las partes originarias del litigio, podrían llegar a dictarse pronunciamientos inútiles en la medida en que difícilmente se podrían extender sus efectos sin menoscabo a su derecho de defensa (argto. a contrario doct. S.C.B.A. causas L. 63.798 "Pedrosa", sent. del 8-VI-1999; B. 57.513 "Boese", sent. del 17-VIII-1999).

3. Repasando los conceptos vertidos, advierto que de hacerse lugar a la pretensión actoral en esta instancia revisora, el pronunciamiento que eventualmente se dicte en tal sentido no podría ser opuesto al Club de Pesca y Náutica "Los 40", en razón de su falta de incorporación a la **litis**. Supuesto radicalmente inverso, por cierto, a aquel que se presenta cuando el coadyuvante, debidamente citado, decide no comparecer al juicio, en cuyo caso los efectos de la sentencia le resultan extensivos en la misma medida que a las partes principales del litigio, en tanto declarada admisible su intervención, el tercero deja de ser tal para asumir la calidad de parte (cfr. argto. Palacio, Lino Enrique "Manual de Derecho Procesal Civil", Ed. Abeledo-Perrot, decimoquinta edición, 2000, pág. 282).

En el marco procesal descripto, no caben dudas de que el pronunciamiento definitivo sin intervención del mencionado Club traduce una flagrante violación a su derecho de defensa por cuanto nadie puede ser privado arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran eventualmente asistirle (cfr. doct. S.C.B.A. causas B. 53.209 "Alvarez", sent. del 3-XI-2004). Este menoscabo no logra siquiera sanearse por efecto de la preclusión operada en la instancia respecto de la errónea decisión del **a quo** de no permitir el ingreso del coadyuvante a la **litis**, autorizando - en consecuencia- a declarar de oficio la nulidad de las actuaciones cumplidas, como modo de resguardar una de las garantías básicas del sistema constitucional el debido procesal legal (argto. S.C.B.A., causas Ac. 34.039 Devicenzi", sent. del 8-X-1985; C. 104.588 "R.V. y T.L", sent. del 19-V-2010; esta Cámara, causa **C-2269-D01 "Pinamar Golf Club"**, res. del 12-IV-2011).

Y siendo que la intervención del coadyuvante **"en cualquier estado del proceso"** no autoriza -por sí solo- a

hacerlo comparecer en una causa que se encuentra en un estado procesal tan avanzado que vulnere su derecho de defensa, considero prudente nulificar lo actuado en la instancia desde el dictado del proveido de fs. 82 -que fijó la fecha de audiencia prevista en el art. 41 del C.P.C.A.- en adelante.

En atención al defecto nulificante evidenciado y dada la imposibilidad de pronunciarse sobre las cuestiones de fondo sometidas a conocimiento de este Tribunal en razón de la prematuridad en que ha quedado inmerso el fallo de grado [cfr. doct. S.C.B.A. causas Ac. 49.681 "De Leo", sent. del 2-XI-1993; Ac. 79.404 "Romero", sent. del 8-IX-2004 -con especial referencia al voto del Dr. Soria-; C. 105.186 "Fisco Nacional AFIP-DGI s/ Incidente de revisión en autos: Angel Lallo S.A. Concurso preventivo", sent. de. 9-XII-2010; esta Cámara causas **P-2874-MP1 "Mut"**, sent. del 29-XI-2011; **C-2453-D01 "Arenera Zárate S.A."**, sent. de 15-XI-2011), corresponderá remitir las actuaciones al Juzgado de origen para que: **(i)** proceda a citar -de oficio y en los términos del art. 10 del C.P.C.A.- al "Club de Pesca y Náutica Los 40", dada su condición de titular de la Habilitación Municipal del local ubicado en la calle Mitre N° 669/73 de la localidad de Punta Alta, otorgada por Resolución N° 307/05 de fecha 21-09-2005; **(ii)** continúe con el trámite de las actuaciones hasta la oportunidad del art. 48 del C.P.C.A. - inclusive- y **(iii)** luego de ello, remita la presente causa al Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo del Depto. Judicial Necochea para que, seguidamente al llamado de autos, dicte sentencia dentro del plazo legal.

Las costas de esta instancia deberían imponerse en el orden causado (art. 51 inciso 1° del C.P.C.A.)

Así, voto a la cuestión planteada por la **afirmativa**.

A la misma cuestión planteada, el señor Juez doctor Riccitelli dijo:

He de adherir al voto de la doctora Sardo con las siguientes consideraciones adicionales, expuestas oportunamente al votar en la causa **G-376-BB1 “Asociación Civil Barrio Molina Campos”** (sent. del 14-VII-2009).

La figura del coadyuvante en el C.P.C.A. reviste suma importancia no sólo desde el mirador de la defensa de la legitimidad del acto administrativo por quien resulta beneficiado por aquél, sino también desde la perspectiva de la estabilidad del acto administrativo que, una vez emitido, ha sido notificado al interesado y ha hecho nacer derechos subjetivos (arg. arts. 114 y 117 del Decreto ley 7647/70).

Los efectos que podrían derivarse de un embate judicial de un tercero contra un acto administrativo cuyo beneficiario lo considera perfecto, tornan recomendable la **citación** de este último -sea oficiosa, sea a pedido- para asegurar no solo los alcances de la cosa juzgada judicial, sino también para aventar toda alegación de afectación del derecho de defensa del administrado perjudicado a la postre con la anulación judicial del acto.

Y siendo que el coadyuvante es quien aspira a impedir -mediante su colaboración en la gestión procesal de la Administración- un fallo que pueda obstaculizar el ejercicio práctico del derecho en virtud del cual se presenta, o que de alguna manera hará sentir su eficacia refleja en la esfera en la que actúa (cfr. C.S.J.N. Fallos 326:1276), llamarlo a intervenir en el proceso luce como una conducta procesal prudente que tiende a evitar potenciales supuestos de indefensión, más cuando en este específico ámbito del derecho juega a su favor la inmutabilidad del acto administrativo que **prima facie** luce perfecto.

En esta línea de razonamiento, no dejo de advertir que en la Provincia de Santa Fe, por la ley 11.330 -art. 17-, se ha adoptado una nueva política procesal en la materia

estableciendo el deber del Tribunal de citar a aquellos terceros que tengan interés directo en el mantenimiento del acto objeto de la acción anulatoria (cfr. www.adeledoperrot.com Lexis: N° LSFELY11330; además ver Corte Suprema de Justicia de Santa Fe **in re** "Ramirez Emilia Magdalena v. Provincia de Santa Fe", sent. de 11-11-98), lo que a mi juicio importa una sabia medida.

Lo anterior de ningún modo importa negarle el carácter voluntario o facultativo a la participación del coadyuvante en el proceso contencioso administrativo. Será el propio coadyuvante quien, una vez citado, decida si interviene o no en el proceso y el momento a partir de cuándo lo hace, asumiendo las consecuencias tanto de su voluntaria comparecencia y actuación como las derivadas de su conciente ausencia, frente a lo que en definitiva se resuelva por sentencia en el proceso.

Voto, consecuentemente, por la **afirmativa**

El **señor Juez doctor Mora** no suscribe la presente sentencia por hallarse en uso de licencia.

De conformidad a los votos precedentes, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata, dicta la siguiente:

SENTENCIA

1. Declarar la nulidad de lo actuado en la instancia desde el dictado del proveido de fs. 82 -que fijó la fecha de audiencia prevista en el art. 41 del C.P.C.A.- en adelante, incluyendo la sentencia de grado dictada a fs. 228/236. Consecuentemente con lo anterior, se ordena la remisión de las actuaciones al Juzgado de origen para que el **a quo: (i)** proceda a citar -de oficio y en los términos del art. 10 del C.P.C.A.- al "Club de Pesca y Náutica Los 40", dada su condición de titular de la Habilitación Municipal del local ubicado en la calle Mitre N° 669/73 de la localidad de Punta

Alta, otorgada por Resolución N° 307/05 de fecha 21-09-2005; **(ii)** continúe con el trámite de las actuaciones hasta la oportunidad del art. 48 del C.P.C.A. -inclusive- y **(iii)** luego de ello, remita la presente causa al Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo del Depto. Judicial Necochea para que, seguidamente al llamado de autos, dicte sentencia dentro del plazo legal.

2. Imponer las costas de esta Alzada en el orden causado (art. 51 inc. 1° del C.P.C.A.).

3. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 del Dec. ley 8904/77).

Regístrese, notifíquese y devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen por Secretaría para la continuidad del trámite de conformidad con lo que aquí se decide. Fdo: Dres. Adriana M. Sardo - Elio Horacio Riccitelli - María Gabriela Ruffa, Secretaria.