ACUERDO N° 32. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los dos días del mes de marzo del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, **Doctores RICARDO TOMAS KOHON** y **OSCAR E. MASSEI,** con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, **Doctora Luisa A. Bermúdez,** para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"ALVAREZ ROSA B. C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 3726/12**, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor OSCAR E. MASSEI** dijo: **I.-** Que a fs. 166/183 se presenta ROSA B. ALVAREZ, por derecho propio e invocando su calidad de representante de la ASOCIACION PROTECTORA DE ANIMALES DE PLOTTIER, con patrocinio letrado, insta acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Plottier. Solicita que se condene a la demandada al cumplimiento de lo normado por la Ley N° 14346, Carta Orgánica de la Municipalidad de Plottier y la Ordenanza N° 2251/04 más la indemnización de los daños y perjuicios cuya omisión y negativa a cumplir ha provocado.

Relata que desde el año 2004 se encuentra vigente en la ciudad de Plottier la Ordenanza Municipal N° 2251/04 en virtud de la cual el municipio asume la obligación a través de la Dirección de Bromatología y el departamento Veterinario de recoger a los animales domésticos que se encuentran en la vía pública por medio del servicio de retiro municipal.

Agrega que por la misma Ordenanza se estipuló que los animales capturados serían llevados a lugares de retención adecuados, esto sin mencionar que en virtud de dicha normativa el municipio asumía la obligación de destinar un predio para la instalación de lo que sería una perrera municipal y la construcción de caniles.

Dice que la organización se viene ocupando desde sus comienzos del cuidado de los animales abandonados en la vía pública, lo que se debió principalmente no sólo a su amor por los mismos sino también porque observaron el estado de abandono y mal trato de los que eran objeto constituyendo un peligro no sólo para la salud de éstos sino también para la población en general.

Agrega que por esta razón a la asociación se le asignaron desde sus comienzos funciones que le eran y son propias del municipio y que éste último, de hecho, trasladó sin ningún tipo de ayuda económica los deberes que le fueran impuestos por la Carta Orgánica y la Ordenanza en cuestión.

Dice que entre dichos deberes se encuentra no sólo el cuidado de los animales sino el llevar adelante campañas de tenencia responsable y castración en el ámbito de la ciudad de Plottier.

Agrega que se encarga, a través de los diferentes miembros de la Asociación, de alimentar a los animales que actualmente se encuentran en condiciones de hacinamiento en una porción de terreno ubicado en Perito Moreno y Roca, lugar en el que fueran ubicados por Bromatología, y el resto distribuido en dos hogares pertenecientes a sus miembros, quienes se encargan de vacunarlos y alimentarlos.

Menciona que es el mismo Municipio el que les lleva a los animales, y a su vez, informa a la población en general que la Asociación es la encargada del cuidado de los animales abandonados, cuestión totalmente alejada de la realidad.

Dice que el 5 de mayo de 2011 en virtud de la Ordenanza N° 3225/11 se les entregó un predio ubicado en el lote 5 de la Fracción C5 de la Colonia 2 de Abril de la localidad de Plottier, pero en la reunión que tuvieron con el Intendente el 13 de febrero de 2012 les manifiesta que renunciarán a la donación aduciendo la inconveniencia del municipio para trasladar los animales a ese lugar.

Señala que la asociación viene desplegando funciones propias de la municipalidad, sin contraprestación alguna.

Como consecuencia de ello, formalizó reclamo administrativo el 12 de mayo de 2011 solicitando que el municipio cumpliera con las obligaciones que le impone la Ordenanza. Ante la falta de respuesta y en razón de una intimación proveniente de un funcionario municipal para que abandonaran el refugio, interpusieron pronto despacho, y fueron trasladados a otro predio.

Dice que con la presente acción lo que busca es que el municipio cumpla con las leyes que tienden a la protección animal, como así también se reparen los gastos irrogados por la asociación ante la omisión del municipio.

Solicita la devolución de los gastos que –dice- injustamente han tenido que afrontar para no dejar desamparados a los animales y para favorecer a una mejor calidad de vida de la ciudad. Estima los daños en la suma de $22.694,12, detallando las facturas que acompaña.

Funda en derecho y ofrece prueba.

II.- A fs. 224 mediante RI 280 se declara la admisión del proceso.

III.- Efectuada la opción por el proceso ordinario, y corrido traslado de la demanda, a fs. 235 toma intervención la Asesora General de Gobierno atento la ausencia del Fiscal de Estado en los términos de la Ley 1575.

A fs. 246/250 contesta demanda la Municipalidad de Plottier efectuando las negativas de rigor.

Opone defensa de falta de legitimación.

Dice que la Municipalidad no delegó ningún tipo de deber y/o función en la ONG demandante, resultando tal delegación, en su caso, nula por inconstitucional, pues es sabido que las funciones estatales son en principio indelegables.

Agrega que una delegación de la magnitud que menciona la actora exigiría una norma específica para su perfeccionamiento.

Dice que son falsas las alegaciones de la actora, que son un intento de vincular a la Municipalidad, en el afán de obtener una solvencia económica para su asociación.

Agrega que la acción intentada carece de causa, no existe relación ni contractual ni de ningún tipo que vincule a las partes, y de allí que se invoque no sólo la falta de legitimación activa sino también, y por la misma causa, una manifiesta falta de legitimidad pasiva.

Refiere que la discrecionalidad del poder ejecutivo en el modo de cumplir la ley, siempre dentro del marco de sus límites y funciones, habilita al mismo a estimar y evaluar los plazos y mecanismos de cumplimiento.

Dice que la falta de causa se manifiesta evidente en la reclamación de gastos efectuada por la actora, quien como ONG destinada a fines precisamente acordes al cuidado de los animales realizó de manera voluntaria los gastos descriptos.

Concluye que, mal puede la actora intentar financiar las actividades propias de la ONG con el respaldo presupuestario de la demandada, quien no delegó ni ordenó jamás la realización de tarea alguna a aquella; por el contrario, la Municipalidad colaboró con la entrega en comodato a la actora de un predio para el cuidado de los canes.

Solicita el rechazo de la demanda.

IV.- A fs. 256 se abre la causa a prueba y a fs. 328 se clausura el período y se colocan los autos para alegar. A fs. 332/346 obra agregado alegato de la actora.

V.- A fs. 349/354 se expide el Sr. Fiscal General quien propicia el rechazo de la demanda.

VI.- A fs. 355 se dicta la providencia de autos para sentencia la que, firme y consentida, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VII.- Para comenzar cabe señalar que la actora, por sí y en representación de la Asociación Protectora de Animales, solicita se condene a la Municipalidad de Plottier a dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ordenanza N° 2251/04, y a abonar los gastos irrogados en el cumplimiento de tal norma, en virtud de las funciones que –dice- le fueron delegadas y que eran propias del Municipio.

Por su parte, la demandada afirma que no ha delegado funciones en la actora, y que la discrecionalidad del poder ejecutivo en el modo de cumplir la ley, siempre dentro del marco de sus límites y funciones, habilita a estimar y evaluar los plazos y mecanismos de cumplimiento.

Agrega que la falta de causa se manifiesta evidente en la reclamación de gastos efectuada por la actora, quien como ONG destinada a fines precisamente acordes al cuidado de los animales realizó de manera voluntaria los gastos descriptos.

Concretamente, la actora le imputa a la Municipalidad de Plottier responsabilidad por omisión en el cumplimiento de lo dispuesto por la Ordenanza 2251/04, y por otra parte, peticiona se la indemnice por los gastos irrogados en el cumplimiento de la obligación incumplida por la demandada.

VIII.- Fijada aquí la cuestión a resolver, corresponde repasar en primer lugar, cuáles son las obligaciones fijadas por la Ordenanza en relación con lo aquí planteado.

La Ordenanza 2551/04 dispone que se implemente a través de la Dirección de Bromatología y su Departamento de Veterinaria, en coordinación con el Consejo Provincial de Educación, Jardines de Infantes, Escuelas Primarias y Medias

de Plottier, un Programa Educativo tendiente a brindar información sobre la tenencia responsable de animales domésticos, los derechos y deberes de cada uno de los tenedores, el accionar del Municipio hacia los mismos y los que se encuentren sueltos en la vía pública.

Crea un Registro Municipal de Identificación y Patentamiento de los animales de compañía obligatoria y progresiva, con el objeto de reconocer la responsabilidad civil del propietario, implementa un plan de castración, destina un predio para la construcción de caniles.

El art. 13 establece: “Los animales domésticos que sean hallados en la vía pública serán recogidos por un Servicio de Retiro Municipal el cual recorrerá regularmente las áreas urbanas y suburbanas del ejido municipal”.

“Todo animal capturado será conducido a instalaciones de retención adecuadas donde permanecerá durante cinco días corridos como máximo, notificando al propietario, si el animal estuviere identificado y patentado”.

Artículo 15: “Transcurrido el plazo del artículo 13 de la presente, sin que los animales hubieran sido reclamados por sus dueños, el organismo responsable determinará el destino de los mismos, adoptando: 1) El sistema de castración correspondiente. 2) Entrega a Entidades Protectoras de animales reconocidas y con personería jurídica para su transferencia inmediata a un tenedor responsable, las que deberán llevar un registro con fechas de ingreso, egreso, estado del animal y nombre del tenedor responsable”.

El art. 25 establece: “El Departamento Ejecutivo a través de la Dirección de Bromatología implementará la presente en etapas, que determinará de acuerdo a la disponibilidad de recursos y personal necesario”.

Así las cosas, en lo que a esta causa incumbe conforme lo reclamado por la actora, la demandada se encuentra obligada a recoger los animales domésticos que se encuentren

en la vía pública –por un Servicio de Retiro Municipal- y a conducirlos a instalaciones de retención adecuadas donde permanecerá durante cinco días corridos como máximo, notificando al propietario, si el animal estuviere identificado y patentado. Y transcurrido tal plazo, determinar el destino de los mismos, adoptando: 1) El sistema de castración correspondiente. 2) Entrega a Entidades Protectoras de animales reconocidas y con personería jurídica para su transferencia inmediata a un tenedor responsable, las que deberán llevar un registro con fechas de ingreso, egreso, estado del animal y nombre del tenedor responsable.

Por otra parte, la misma ordenanza establece que se implementará en etapas, de acuerdo a la disponibilidad de recursos y personal necesario.

De la prueba rendida en autos, puede advertirse que una de las testigos que declara cuenta que no era la Municipalidad la que recogía a los perros (pregunta cinco, declaración de fs. 306), y por otro lado, la otra testigo declaró “la gente de bromatología recibía animales … y se los daba a la APA para que los cuiden y mantengan. Desconozco si la Municipalidad abiertamente recolectaba animales de la calle pero sí sé que había gente de la municipalidad que recibía los animales y los llevaba a la protectora” (tex. fs. 307 vta.).

A su vez, del expediente N° 073 A4 (agregado en copia a fs. 197/216) surge que –con deficiencias denunciadas por la actora- se encuentra funcionando un quirófano móvil para esterilización. A fs. 203 el Director de Bromatología informa sobre los horarios en los que se dan los turnos y los requisitos a cumplir para la esterilización. Agrega además que en junio el quirófano comenzaría un recorrido por los barrios de la ciudad para aquellas personas que no tengan medios de movilidad para trasladar a sus mascotas.

Finalmente, en las actuaciones administrativas se hace saber que la Asociación debería ocupar un espacio dentro

del sector rural, pero la Municipalidad carece de propiedades en dicha área.

En consecuencia, y atendiendo a que la propia Ordenanza establece que lo normado se implementará en etapas, de acuerdo a la disponibilidad de recursos y personal necesario, no se advierte en forma acabada que la actora haya acreditado el incumplimiento que denuncia.

Del texto de la norma (concretamente art. 25) surge que la autoridad administrativa dispone de cierta libertad de apreciación política para cumplir con la manda dictada por el legislador, al punto que condiciona su cumplimiento a la disponibilidad de recursos y de personal.

Estas circunstancias sólo pueden ser valoradas por la Administración; lo contrario importaría que el órgano jurisdiccional incursionara en el ejercicio de facultades discrecionales, potestad exclusiva de otro poder del Estado.

Porque como se ha dicho *"...En base a la división de poderes, cuando el juez controla el ejercicio de la discrecionalidad no reproduce en forma exacta el proceso lógico desarrollado por la Administración. El control judicial recae sobre una decisión administrativa ya dictada. Consecuentemente, si existió un margen discrecional de libre apreciación a cargo de la Administración ("núcleo interno" de lo discrecional), no incumbe al juez revalorar y ponderar una elección ya realizada por la Administración, pues ello implicaría "administrar, "sustituir" al órgano administrativo competente y "vulnerar" la división de poderes..."*(SESÍN, Domingo Juan, "El juez sólo controla. No sustituye ni administra. Confines del derecho y la política", La Ley, 2003-E-1264).

En consecuencia, la concreción práctica de lo establecido en la Ordenanza está supeditada, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, a juicios de ponderación con ingredientes discrecionales, que pertenecen a la zona de

reserva de la Administración; zona en la que este poder jurisdiccional no puede inmiscuirse.

IX.- Luego la actora reclama la suma de dinero que ha abonado para cumplir con las funciones que dice le fueron “delegadas” por la Municipalidad.

Ahora bien, en autos no ha existido tal delegación, en los términos impuestos por la Ley 1284, teniendo en cuenta que la delegación debe ser expresa y contener una clara y concreta enunciación de las tareas, facultades y deberes que comprende la transferencia de la competencia (conf. art. 9 de la Ley 1284).

La Asociación Protectora de Animales de Plottier se ha constituido como una Asociación Civil sin fines de Lucro en fecha 2 de abril de 2011 (personería jurídica otorgada mediante Decreto N° 1911/11) y sus propósitos son: a) Proteger y hacer respetar los derechos de los animales a través de denuncias; b) vigilar el cumplimiento de ordenanzas y leyes de protección animal; c) realizar actividades en forma conjunta con el Municipio y otras instituciones para garantizar el bienestar de los animales; d) interactuar con entidades que tengan un objeto social similar; e) asesorar gratuitamente a personas que necesiten interiorizarse en relación a leyes de protección animal.

En consecuencia, la actividad desplegada por la actora lo ha sido en cumplimiento del objeto que motivara la creación de la Asociación, y con el aporte de los asociados que voluntariamente la integran.

Como afirma el Sr. Fiscal General en su dictamen, no se configura el enriquecimiento incausado si los gastos que dicen haber soportado fueron producto de acciones voluntarias de la Asociación Protectora de Animales de Plottier para lograr sus objetivos autoimpuestos, sin que se haya demostrado una delegación de facultades municipales, sino únicamente una decisión libre de los socios de contribuir con el bienestar de

los animales de propia mano y reclamando a las autoridades que hagan lo mismo.

Por los motivos expuestos, propicio al Acuerdo el rechazo de la demanda.

X.- Con relación a las costas, se imponen en el orden causado en atención a las funciones y roles de la accionante (artículo 68 -segunda parte- del CPCyC, de aplicación supletoria). **TAL MI VOTO.**

El señor Vocal **Doctor RICARDO TOMAS KOHON** dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Massei, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. **MI VOTO**.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, **SE RESUELVE: 1º)** Rechazar la demanda interpuesta por ROSA ALVAREZ por sí y en representación de la ASOCIACION PROTECTORA DE ANIMALES DE PLOTTIER contra la MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER. **2º)** Imponer las costas en el orden causado (art. 68 del CPCyC -segunda parte- de aplicación supletoria). **3°)** Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Con lo que se dio por finalizado el acto que, previa lectura y ratificación firman los Magistrados presentes por ante la Actuaria, que certifica.

Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI
Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria