TOMO XXVII – **INTERLOCUTORIO** – T.S.J.-

REGISTRO Nº 3198

FOLIO Nº 5266/5269

PROT. ELECT. TSS1 040 I.161

Río Gallegos, 13 de mayo de 2016.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados: **"JUZGADO MUNICIPAL DE FALTAS S/RECURSO DE APELACIÓN"**, Expte. Nº **J-59.982/14** (J-2022/15-TSJ), venidos al Acuerdo para resolver; y

CONSIDERANDO:

I.- Que llegan los presentes autos a conocimiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por el Dr. Eugenio Gómez Carrasco en representación de la Municipalidad de Caleta Olivia a fs. 131/141, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción N° Uno de dicha ciudad obrante a fs. 117/123 vta., por cuanto admitió el recurso de apelación formulado por el Sr. González Nora y dispuso la nulidad del Acta N° 2612/13 y de todos y cada uno de los actos derivados en su consecuencia.-

II.- Que la presente causa se inicia con motivo del Acta N° 2612/13 labrada por los inspectores del Departamento Operativo de Comercio de la Municipalidad de Caleta Olivia en el consultorio oftalmológico del Dr. Fernando González Nora, en la cual se constató que dicho establecimiento carecía de habilitación comercial y los extintores hallados en su interior se encontraban vencidos (conf. fs. 3 del Expte. Adm. Nº 115.503/13). Así también la apertura del consultorio sin la autorización correspondiente (conf. fs. 9). Por este motivo, el Juez de Faltas resolvió condenar al facultativo al pago de la multa correspondiente a la falta de habilitación comercial, desestimando la relacionada con los extintores vencidos y ordenando la clausura del consultorio oftalmológico (conf. fs. 35/39). Contra dicha sanción interpone recurso de nulidad y apelación el Dr. Fernando González Nora, -remitiéndose al descargo administrativo oportunamente efectuado (conf. fs. 11/12)- quien sostiene la inconstitucionalidad de las ordenanzas municipales en las que se funda la sanción, debido a que el Municipio no es competente para realizar inspecciones en establecimientos médicos. Ello en virtud, según sostiene el recurrente, que el Ministerio de Asuntos Sociales, es el cual efectivamente le otorgó la habilitación para el funcionamiento del consultorio médico conforme Decreto Provincial 1242/75, resultando improcedente el sometimiento a normas municipales (conf. fs. 43/46 vta.). Llegadas las actuaciones a la justicia ordinaria, el Juez de Primera Instancia dicta sentencia a fs. 117/123 vta., declarando la nulidad del Acta 26/2/13 y todo lo actuado en consecuencia por carecer de competencia la Municipalidad y todo organismo administrativo que de ella dependa.-

Contra esta decisión, la Municipalidad de Caleta Olivia interpone recurso de casación con fundamento en la causal prevista en el artículo 3º inciso a), de la ley 1687, indicando que "...la resolución en embate no constituye una inducción razonada del ordenamiento jurídico y la doctrina legal vigente, dando lugar a una sentencia descalificable como acto jurisdiccional" (cfr. fs. 133) y explica que "...se trasluce del acto sentencial dictado por el Juzgado de Instrucción N° 1 una violación de la ley en su aspecto negativo, o como lo denomina parte de la doctrina, una inobservancia de la ley..." (cfr. fs. 135 vta.) y que "...se ha dejado de aplicar la norma que le correspondía al caso en particular" (cfr. fs. cit.). Relata que para arribar a dicho decisorio el Magistrado que actúa como alzada "...señala que la profesión de los médicos está regulada por la Ley Nacional 17.132 y el decreto reglamentario de la Provincia de Santa Cruz N° 1242/75, y estos instrumentos legales o reglamentos son de mayor jerarquía que una ordenanza o reglamento municipal, siendo -como afirma- la competencia en principio exclusiva y excluyente ... no hay identidad entre la competencia del Ministerio de Salud de la Provincia y la competencia municipal, ya que se tratan de materias distintas o competencias aplicadas a distintos aspectos en una misma actividad, lo que nos coloca en la violación a los principios constitucionales previstos en el artículo 5 y ccdtes. de la Constitución Nacional y arts. 150 y 151 Constitución Provincial, en todo cuanto hace a la autonomía municipal. En este mismo sentido, la sentencia recurrida desconoce lo normado por el art. 47 de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 55, en cuanto a las facultades legisferantes que se le confieren al Departamento Legislativo en relación a establecer normas de acuerdo a las cuales funcionarán los lugares públicos" (cfr. fs. 136 vta./137). Agrega que "La inspección al Consultorio Oftalmológico del administrado se ha realizado al amparo de las Ordenanzas vigentes que aplica a la fecha la Municipalidad de Caleta Olivia que, de conformidad a la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se les ha reconocido el carácter de legislación local..." (cfr. fs. 137). Sostiene que es posible "...observar que el fallo en embate avasalla el principio de autonomía municipal. Desconocer la competencia del Municipio para ejercer el poder de policía es desconocer el propio Reglamento N° 1242 cuando establece como requisito previo la 'habilitación municipal en trámite' y paralelamente, desconocer las facultades otorgadas a esta repartición local mediante Ordenanza N° 5420 y N° 5460" (cfr. fs. 138). Cita jurisprudencia de este Tribunal. Continúa expresando que "...se plantea el interés individual del administrado que manifiesta su afectación dispuesta en el ejercicio de una potestad municipal, frente al interés comunal que se persigue, que no puede ser soslayado: habilitación comercial para ejercer lícitamente la medicina y el arte de curar, al amparo de la Ley 17.132 y la Ley Provincial 1.589 (modificada por la Ley 3200) y la posibilidad de inspeccionar el local, sobre la base

de la salubridad, moralidad y demás aspectos relacionados con el interés comunal" (cfr. fs. 139). Manifiesta que "...esta actividad que realizan los médicos, desde el aspecto técnico científico del arte de curar necesariamente concierne a la Provincia y, lógicamente, en esta materia se encuentra excluida de la competencia municipal. Pero no sucede lo mismo con la actividad que se genera en dicho espacio físico en los aspectos que le son ajenos al arte de curar y que es común a todas las actividades lícitas que se desarrollan en la jurisdicción municipal" (cfr. fs. 139 vta.). Indica que "Dentro de los rubros que son competencia de la Municipalidad de Caleta Olivia se encuentran los 'establecimientos sanitarios'...(art. 35 inc. 10, Ord. N° 5460). Todos estos comercios participan en una actividad lícita y en este caso, lucrativa, lo cual conlleva a una equiparación a todos los demás comercios" (cfr. fs. 140). Hace reserva del Caso Federal, con motivo que la sentencia en crisis "...no ha garantizado principios liminares consagrados por nuestra Carta Magna, como lo es la garantía sindical..." (cfr. fs. cit.).-

A fs. 142 y vta., el Juzgado de Instrucción N° Uno, en su carácter de Alzada, declara formalmente admisible el recurso de casación interpuesto por el Dr. Gómez Carrasco en representación de la Municipalidad de Caleta Olivia.-

III.- Ahora bien, en esta etapa corresponde efectuar el examen preliminar que establece el artículo 7º de la ley Nº 1.687 a efectos de valorar si se encuentran reunidos los extremos formales que habilitan la admisibilidad del recurso intentado para establecer si ha sido bien o mal concedido.-

Antes de comenzar, entendemos oportuno señalar que el Juzgado de Instrucción de Caleta Olivia actúa como instancia revisora de lo dispuesto por el Juez de Faltas, por lo que lo resuelto constituye una sentencia definitiva a los fines de la interposición del recurso de Casación (art. 1 de la ley 1687). Así lo ha señalado este Alto Cuerpo en reiteradas oportunidades, indicando que "El concepto de sentencia definitiva al que alude el requisito de procedencia del Recurso de Casación Provincial, se refiere a la decisión 'de modo final, directa o indirectamente, sobre la existencia del derecho de fondo'; es por ello necesario que el caso expuesto esté ya acabadamente resuelto o fallado, es decir que no le queda al perdidoso ninguna oportunidad de juzgamiento (confr. TSJ Santa Cruz Tomo III, Interlocutorio, Reg. 288, Folio 464/465; ídem, Tomo VI, Interlocutorio, Reg. 901, Folio 1063; Tomo IX, Interlocutorio, Reg. 1311, Folio 1763/1765, Tomo XII, Interlocutorio, Reg. 1559, Folio 2220/2221; Tomo XIII, Interlocutorio, Reg. 1698, Folio 2470/2473; Tomo VIII, Sentencia, Reg. 283, Folio 1534/1539)" (cfr. Tomo XXI, Interlocutorio, Reg. 2715, Folio 4166/4169). Presupuesto que no se cumple en este caso.-

IV.- El recurso de casación es enmarcado por el impugnante en el artículo 3°, inciso a) de la ley 1687 -Recurso de Casación-, fundamentalmente por

entender que la sentencia atacada no constituye una inducción razonada del ordenamiento jurídico y doctrina legal, al no observar lo establecido por las normas para el presente caso (conf. fs. 133).-

Sin embargo, de la atenta lectura del escrito presentado, surge evidente el ayuno de la fundamentación recursiva, manifestándose como una postura meramente discordante con el criterio sostenido por el Ad quem.-

En efecto, el recurrente sostiene que la interpretación efectuada por el Juez de Instrucción, en su carácter de Alzada deja un vacío legal respecto de los casos como el que se estudia en estos autos (conf. fs. 135 vta), señalando la forma en que -a su criterio- debía interpretarse las normas municipales y provinciales vigentes. Ahora bien, los argumentos planteados no alcanzan a conmover los fundamentos brindados en la sentencia impugnada. Allí el Magistrado tuvo presente la normativa que rige la materia señalando que "...La ley nacional 17.132 regula el ejercicio de la profesión de los médicos y de los distintos especialistas y colaboradores del arte de curar, por su parte el Decreto Provincial Nro. 1242/75 reglamenta las condiciones para el ejercicio profesional de los médicos y de las habilitaciones de los distintos establecimientos de salud pública. Estas normas establecen un régimen que es especial, otorgando competencia exclusiva y excluyente en el Ministerio de Salud de la Provincia...no evidenciándose la posibilidad de facultades concurrentes, lo que implica lisa y llanamente la falta de competencia de la Municipalidad de Caleta Olivia y de cualquiera de sus órganos de otorgar o denegar habilitación de cualquier médico y/o centro de salud conforme ha sido señalado" (cfr. fs. 122).-

En cuanto al requisito del certificado de habilitación municipal en trámite para la habilitación del consultorio, y el señalamiento del recurrente respecto a la falta de identidad de las competencias provincial y municipal, el Magistrado dio una acabada respuesta, aclaró que "Si bien no se desconoce que el certificado de habilitación comercial en trámite es un requisito, si bien no exigido taxativamente por la ley ni por el reglamento, para otorgar la habilitación del consultorio médico, que como se señalara fue agregado, no requiere la habilitación comercial concluida, bastando solo la iniciación del mismo. Ello no implica que si la habilitación comercial municipal no se concluye por algún motivo, que la misma sea comunicada a la autoridad de aplicación, pero el incumplimiento de un requisito no implica una transferencia de competencia que en este caso debe ceder ante la autoridad de aplicación. Es decir que nada obsta a que si el trámite no fue concluido, que dicha circunstancia se haga saber a la autoridad de aplicación, pero eso no faculta, reitero, a la Municipalidad ni a ningún órgano administrativo a arrogarse competencias que le corresponde al gobierno provincial por imperio constitucional y

que han sido reglamentadas conforme a derecho" (cfr. fs. 122 y vta.).-

Por otro lado, el recurrente sostiene que la sentencia impugnada ha incurrido en violación de la doctrina legal (conf. fs. 132 vta.). Indica que se habría quebrantado la doctrina sentada en autos "Casino Club S.A." Interlocutorio inscripto al Tº XXII, Rº 2768, Fº 4306/4311, del 6 de mayo de 2010 (conf. fs. 138).-

Sin embargo, del cotejo de esa fecha con el dictado de la sentencia del Juzgado de Instrucción Nº 1 (30 de marzo de 2015) (conf. fs. 117), se observa que han pasado más de tres años entre ambas resoluciones, las sentencias de este Alto Cuerpo sólo tienen vigencia como doctrina legal por tres años (art. 3° inc. 'a' de la Ley 1.687). En consecuencia el fallo citado no se puede considerar como doctrina legal vinculante para el Juzgado. En atención a lo expuesto, es oportuno traer a colación lo dicho por este Alto Cuerpo: "Frente a tal reivindicación, cabe precisar en primer término, que el recurso de casación podrá prosperar, por la causal de violación de la 'doctrina legal, cuando la sentencia haya violado o aplicado erróneamente la doctrina legal sentada por otro tribunal colegiado de única o última instancia de la Provincia dentro de un lapso no mayor de tres (3) años' (confr. art. 3° inc. 'a' de la ley 1.687 - Recurso de Casación)..." (cfr. Tomo XV, Sentencia, Reg. 511, Folio 2.860/2.871).-

A su vez, cabe destacar que ha utilizado este precedente en forma parcializada, y de la lectura de dicho fallo se desprende que lo allí resuelto no se contradice con los fundamentos esgrimidos por el Juez de Instrucción.-

En efecto, en dicha resolución este Tribunal reconoce la existencia de facultades concurrentes entre el Municipio y la Provincia para ejercer el poder de policía, explicando (tal como se transcribe en el escrito recursivo a fs. 138 y vta.) que se debe reconocer la competencia municipal para ejercer el poder de policía en la medida que no se oponga a las pautas legales y reglamentarias provinciales. Pero también es cierto que se hizo hincapié en dicha oportunidad en que "...la Provincia se ha reservado la creación, reglamentación e implementación del juego de azar con determinación precisa de sus condiciones de habilitación, en mérito a su poder de policía..." y que "...se advierte que el poder de policía 'originario', corresponde a la provincia y es ella quien regula el 'alcance y contenido' de la autonomía municipal (confr. art. 123 de la Constitución Nacional)" (cfr. Tomo XXII, Interlocutorio, Reg. 2.768, Folio 4.306/4.311).-

Así, se observa que se ha dado debido tratamiento al caso planteado, contestando los agravios esgrimidos por ambas partes y efectuando una apreciación de los hechos y pruebas con correcta calificación jurídica propia de la aplicación del derecho; resultando las conclusiones del Juez de Instrucción producto de un razonamiento debidamente fundado. En tal sentido, corresponde expresar, que

la presente instancia "...debe sólo limitarse a confrontar si ha sido aplicado el derecho ajustadamente a los hechos definitivamente valorados y prefijados en la instancia de grado (conf. TSJ Santa Cruz, Tomo IX, Interlocutorio, Reg. 1214, Folio 1602/1603 y jurisp. citada), y que, el mero disentimiento de la parte con lo resuelto por el 'ad quem', no habilita la vía del recurso extraordinario provincial deducido, más aún, como en el caso de autos, cuando los fundamentos en la instancia de grado son coherentes, logrando una equilibrada aplicación legal..." (cfr. TSJ Santa Cruz, Tomo XXVI, Interlocutorio, Reg. 3114, Folio 5097/5100).-

Entonces, aun reconociendo que sobre la materia pueden existir distintas opiniones doctrinarias o jurisprudenciales, la adhesión por parte del juzgador a una de ellas –en este caso, la falta de competencia municipal para ejercer el poder de policía en establecimientos de salud privados, en oposición a la postura del recurrente- no habilita por sí sola la vía casatoria, ni en principio configura fundamento suficiente para agraviarse. Así se ha pronunciado este Alto Cuerpo, al decir que "... '...Cuando existen distintas visiones sobre el 'thema decidendum', como sucede en el caso de autos, la adhesión a una teoría -por parte del Juzgador- no constituye materia que deba tratarse en casación, pues ello no implica -en principio- el haber incurrido en violación de la ley o arbitrariedad...' (cfr. Tomo XXII, Interlocutorio, Reg. 2813, Folio 4400/4404; Tomo XXIII, Interlocutorio, Reg. 2880, Folio 4541/4546; Tomo XXIV, Interlocutorio, Reg. 2977, Folio 4800/4803; Tomo XXV, Interlocutorio, Reg. 3038, Folio 4915/4919)" (cfr. Tomo XXVI, Interlocutorio, Reg. 3114, Folio 5097/5100).-

IV.- Que, por lo expuesto, el recurso intentado, no logra traspasar la valla de admisibilidad del recurso pues sus pretensos ataques resultan inoperantes respecto de la sentencia recurrida, cuyos fundamentos concluyen siendo suficientes para su mantenimiento y firmeza. En efecto, las razones vertidas para desmerecerla carecen de entidad como para lograr su objetivo, en tanto la totalidad de los temas expuestos -dentro de sus límites jurisdiccionales- fueron debida y acabadamente tratados por el juez de Instrucción, deviniendo el remedio intentado una mera discrepancia con lo resuelto, carente de fundamentos tales que logren conmover lo resuelto por el ad quem.-

Que, en virtud de lo expuesto, doctrina y jurisprudencia citadas y ante la insuficiencia del requisito formal establecido por el artículo 4º inciso a) de la ley 1687, corresponde declarar mal concedido el recurso de casación interpuesto por la Municipalidad de Caleta Olivia a fs. 131/141 y en consecuencia, revocar el interlocutorio emanado del Juzgado de Instrucción N° Uno de la localidad de Caleta Olivia obrante a fs. 142 y vta., teniendo presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 140 y vta.-

Por ello, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

1º) Declarar mal concedido el recurso de casación interpuesto por el Dr. Eugenio Gómez Carrasco en representación de la Municipalidad de Caleta Olivia, a fs. 131/141 y, en consecuencia, revocar el auto dictado por el Juzgado de Instrucción N° Uno de la localidad de Caleta Olivia obrante a fs. 142 y vta.-

2º) Regístrese. Notifíquese y oportunamente devuélvase.-

La presente resolución se dicta con la firma de cuatro miembros del Tribunal por constituir mayoría concordante en la solución del caso (art. 27, 2º párrafo, de la ley Nº Uno, t.o. ley Nº 2404).-

CLARA SALAZAR
Presidenta
Tribunal Superior de Justicia

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA de los ANGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia