





**Eduardo Mertehikian**

**Estudios  
de Derecho  
Administrativo**

Mertehikian, Eduardo  
Estudios de Derecho Administrativo  
1a ed. - Buenos Aires: Rap, 2007  
1 E-Book.

ISBN 978-987-1313-26-6

1. Derecho Administrativo . I. Título  
CDD 342

© **Ediciones Rap S.A.**

Talcahuano 638, 2º piso "D" (C1013AAN)  
Ciudad de Buenos Aires - República Argentina  
4374-0661 líneas rotativas  
consulta@revistarap.com.ar  
www.rapdigital.com

Queda hecho el depósito  
que establece la Ley 11.723

ISBN 978-987-1313-26-6

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Prohibida la reproducción total o parcial, por medios  
electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia,  
grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento  
de información sin autorización escrita del Editor.

Este libro se terminó de imprimir  
en Abril de 2007 en Edigraf S.A.  
Delgado 834 (1426) - Buenos Aires, Argentina  
Tel. 4553-6749

*A mis alumnos*



## NOTA INTRODUCTORIA

En este libro me propuse reunir de manera sistematizada un conjunto de trabajos publicados en distintas épocas, así como algunos pocos aún inéditos sobre varios aspectos ligados al derecho administrativo. Está principalmente dirigido a quienes de una manera u otra deben enfrentarse al estudio de esa polifacética realidad que sin tapujos nos ofrenda constantemente la Administración pública.

Para mis alumnos que inician sus estudios en la disciplina o que se han propuesto profundizar sus estudios, este libro intenta proveer la ventaja considerable de evitarles el dispendio de tiempo y la molestia de hurgar en los anaqueles de algunas bibliotecas para conocer la opinión vertida en los aspectos tratados en este volumen. Ciertamente que las posibilidades que hoy en día ofrece la transmisión electrónica de información, y especialmente la Internet, resolverían con creces cualquier procedimiento de difusión del contenido de una obra de estas características, pero aun siendo inexorablemente así, esa enorme ventaja no logra suplir –al menos para mí– el placentero momento de leer, de estudiar y de pensar con un libro.

Es seguro que placer semejante no es predicable de este libro; sin embargo, no deja de brindarme la enorme posibilidad de reunir en un solo lugar un conjunto de ocurrencias –decir que son ideas sonaría un tanto presuntuoso– vertidas con el solo propósito de dejar asentada aquella propuesta, que no es mía, de que el derecho administrativo, si para algo existe, es para la lucha por la libertad del individuo frente al abuso de poder en la que, más temprano que tarde, toda Administración pública fatalmente incurre.

Eduardo Mertehikian  
Buenos Aires, abril 2007





# ÍNDICE

<b>INTRODUCCION</b> .....	7
---------------------------	---

## **ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**

“El Jefe de Gabinete. Especial referencia a la jerarquía y sus efectos. Avocación. Recursos y agotamiento de la vía administrativa” .....	15
--	----

“Algunas consideraciones jurídicas acerca del control parlamentario” .....	33
--	----

“La jurisdicción federal sobre los caminos nacionales. Análisis sobre los límites de las potestades locales” .....	45
---	----

“Breves anotaciones sobre los límites de la “competencia” de los entes reguladores en la solución de conflictos, en la jurisprudencia del caso “Ángel Estrada” .....	61
--	----

## **SERVICIOS PÚBLICOS**

“Medidas cautelares, audiencias públicas, aumento de tarifas y renegociación de contratos de servicios públicos” .....	91
---	----

“La necesaria participación de los usuarios de servicios públicos en defensa de sus derechos. El caso de los aeropuertos”. (Breve comentario al fallo de la Sala IV de la CNACAF “Asociación Civil de Defensa Paut y otro (Incidente de medida cautelar) c/ORSNA y otro”.) .....	97
---	----

“La condición de usuarios aeroportuarios de las compañías aéreas” .....	113
---	-----

“La administración y explotación de los espacios aeroportuarios y la aplicación de la Ley N° 17.091 a la concesión aeroportuaria nacional” .....	121
“Servicios públicos, emergencia, delegación legislativa, renegociación, prestación privada y aprobación ficta por el Congreso. A propósito de las Leyes Nros. 25.561, 25.790 y 25.820”. .....	133

## **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

“El costo financiero en el contrato de obra pública” (Comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Calderas Salcor Caren S.A. c/ Comisión Nacional de Energía Atómica”). .....	145
“Permisos de uso de bienes del dominio público. Lo atinente a la discrecionalidad en su otorgamiento, renovación y/o revocación” (Comentario al fallo “Criscuolo E. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”). .....	167
“Perfeccionamiento de los contratos administrativos. Procedimiento administrativo contractual y el conocimiento por el interesado del vicio que afecta su celebración, en un fallo de la Corte Suprema” (Comentario al fallo de la Corte Suprema “El Rincón de los Artistas SRL c/ Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas s/ Ordinario”). .....	177
“Revocación por oportunidad de contratos de infraestructura y resarcimiento del lucro cesante Análisis crítico del Régimen Nacional de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado N° 1.023/2001”. .....	195

## **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

“Un alzamiento militar y el nacimiento de la responsabilidad del estado por la adecuada aplicación de la doctrina de los propios actos”. (Comentario al fallo de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo federal recaída en la causa “Gómez de Aberastain de Pita, María y otros c/ Estado Nacional y otros s/ personal militar y civil de las Fuerzas Armadas y de Seguridad”). .....	209
“La pretendida imposibilidad jurídica de admitir la responsabilidad del estado en sede administrativa. Análisis crítico sobre la interpretación que sostiene la vigencia de una norma retrógrada; el Decreto N° 28.211/1944”. ..	223

“La responsabilidad del Estado por la irregular actuación del síndico en el concurso, en un fallo de la Corte Suprema (El caso “Amiano”)”. .....	235
“Notas sobre la responsabilidad del Estado por la ejecución de una obra pública en el marco de una concesión otorgada a un particular”. .....	251
“La responsabilidad del Estado-Administración en el derecho argentino actual”. ...	263

## **DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO**

“La ‘protección de la salud’ como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al Estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido” (Comentario al fallo “Viceconte, M. c/ Ministerio de Salud y Acción Social”). .....	277
“La prueba en el proceso administrativo a la luz de la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad”. .....	287



# ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA



## EL JEFE DE GABINETE

### Especial referencia a la jerarquía y sus efectos. Avocación. Recursos y agotamiento de la vía administrativa\*

#### 1. FUNDAMENTOS DE LA REFORMA. LO ATINENTE A LA ATENUACIÓN DEL PRESIDENCIALISMO

En general se acepta que la introducción de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros en el esquema de la organización administrativa que estructura la Constitución Nacional como consecuencia de la reforma producida en 1994 ha sido con el propósito de *atenuar* el fuerte *presidencialismo* del texto de 1853, a cuyas rigideces se le han achacado muchos de los males que ha padecido la República Argentina en sus últimos tiempos<sup>1</sup>. Por lo demás, tal ha sido el título con que el legislador preconstituyente declaró la necesidad de la reforma al dictar la Ley N° 24.309 (BO del 31-12-1993).

Sin embargo, la doctrina no se pone de acuerdo en el *grado* de atenuación que tan *extraña* figura produce en el esquema original, pues en tanto para algunos la incorporación del Jefe de Gabinete únicamente produjo una descarga del *ejercicio material* que implica la atención de la Administración general del país, sin pérdida de la conducción política de ella por parte del Presidente (Barra)<sup>2</sup>, para otros, en cambio

\* Conferencia pronunciada por el autor en las “Jornadas sobre el Derecho Administrativo argentino hoy”, organizadas conjuntamente por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y el Instituto de Derecho Administrativo “Bartolomé Fiorini” de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

<sup>1</sup> Cfr. Alfonsín, Raúl, “Núcleo de Coincidencias Básicas”, *La Ley*, 1994-B-824 y sigs.

<sup>2</sup> Cfr. Barra, Rodolfo C., “El Jefe de Gabinete atenúa el sistema presidencialista”, diario *Ámbito Financiero* del 25-02-1994, p. 18, quien diferencia los conceptos de “Gobierno” y “Administración”, pues en tanto el primero supone el ejercicio del poder de concepción y conducción política de los asuntos estatales, el segundo importa el ejercicio material de la Administración. En sentido semejante se puede ver la opinión de Roberto Andrés Gallardo y Mario Justo López (h.), para quienes “se ha definido, sin espacio para la duda, un rol político para el Presidente y uno de administrador para el Jefe de Gabinete”; “El Jefe de Gabinete en la Constitución Nacional reformada”, *El Derecho*, t. 161, p. 946 y sigs., en especial p. 955.

(Alfonsín), implicó lisa y llanamente quitarle al Presidente la jefatura de la Administración pública, lo cual –por lo demás– era, en el sentir de tales opiniones, uno de los objetivos fundamentales de la reforma constitucional<sup>3</sup>.

De tal modo, y siguiendo en ello la opinión de uno de los mentores políticos de la reforma, la atenuación del presidencialismo ha sido el principal objeto de la reforma constitucional y ello se logrará –entre otras medidas– “quitándole” al Presidente la jefatura de la Administración pública, la jefatura de la Capital Federal y el manejo de las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Congreso, las que en el futuro van a quedar en manos del Jefe de Gabinete<sup>4</sup>. Conteste con ello, en esa corriente de opinión (Alfonsín) no se lo considera un mero funcionario “administrativo”, sino que –según anticipaba– se le otorgarían importantes responsabilidades políticas.

En sentido semejante se expresa Paixão, para quien el conjunto de modificaciones al sistema institucional cambió profundamente el modo de distribución del poder de la Constitución de 1853<sup>5</sup>.

En orden siempre a los fundamentos que se esgrimieron para la adopción de esta “[...] originalidad del derecho público argentino [...]”, siguiendo las expresiones de Barra<sup>6</sup>, explica Cassagne –a modo de resumen– que, en general, se aducen tres razones para la adopción de la figura: 1) descarga de la labor presidencial en un órgano inferior a efectos de introducir mayor eficacia; 2) mayor control del Parlamento sobre la Administración pública; y 3) mayor flexibilidad en las relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo<sup>7</sup>.

Con todo, se puede válidamente afirmar que en razón de las semejanzas que presenta, pretende encontrarse en el instituto una “importación” de los sistemas parlamentarios europeos y, más precisamente, que ha tenido como referente la Constitución francesa de 1958, por medio de la cual se instauró allí la llamada V República, aunque –en rigor de verdad– como producto de un proceso histórico y político exacta-

<sup>3</sup> Alfonsín, Raúl, *op. cit.*

<sup>4</sup> Cfr. Alfonsín, Raúl, *op. cit.*, p. 835.

<sup>5</sup> Cfr. Enrique Paixão, “El Jefe de Gabinete de Ministros”, en la obra colectiva *La reforma de la Constitución*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 309.

<sup>6</sup> Cfr. Barra, Rodolfo C., *El Jefe de Gabinete en la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 31 Y nota 18, donde el autor cita el caso de la Ley de Ministerios de Córdoba N° 8.351 de 1993 donde se introduce la figura del ministro coordinador.

<sup>7</sup> Cfr. Cassagne, Juan Carlos, “En torno al Jefe de Gabinete”, *La Ley*, 1994-E, p. 1267. Del mismo autor: *Estudios sobre la reforma de la Constitución* (obra colectiva), p. 245 y sigs., con cita de la opinión de Alfonsín, “Núcleo...”. En sentido semejante, se puede ver Alberto García Lema, quien afirma que la reforma constitucional respondió a cinco grandes ideas-fuerza: 1) la consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático; 2) la obtención de un nuevo equilibrio entre los tres órganos clásicos del poder del Estado; 3) la promoción de la integración latinoamericana; 4) un mayor reconocimiento de ciertos derechos de las personas o de sus garantías específicas; 5) el fortalecimiento del régimen federal (cfr. “La modernización del Parlamento en el contexto de las reformas introducidas al régimen de poderes”, *La Ley*, Actualidad, del 2 de mayo de 1996, p. 1.



mente inverso al que se ha alegado entre nosotros para adoptar la figura estudiada, ya que en Francia se pretendió precisamente una reducción del sistema parlamentario francés al que se le achacaron los males de la inestabilidad de la IV República francesa<sup>8</sup>.

Si bien la Constitución francesa de 1958 incorpora “la tradición liberal y democrática, es de destacar sin embargo, que, en relación con la tradición constitucional anterior, el factor democrático sufre una cierta desviación en cuanto disminuyen los poderes [...] de la Asamblea Nacional, para aumentar los poderes del Presidente de la República. [...] significa también una rectificación del clásico parlamentarismo francés, que queda aminorado en el doble sentido de hacer más difícil la exigencia de la responsabilidad ministerial y en el de limitar la capacidad legislativa del Parlamento para aumentar la del Gobierno”<sup>9</sup>.

Según explica García Lema<sup>10</sup>, existió consenso de los partidos políticos mayoritarios, al menos parcialmente, en la necesidad de producir una desconcentración de las funciones ejecutivas, “no sólo en búsqueda de un mejor equilibrio entre los poderes del Estado y para una mayor estabilidad del sistema político, sino incluso para la preservación de la persona del Presidente”, aunque inmediatamente se encarga de aclarar que “lo que el justicialismo aceptaba era sólo una atenuación del régimen, sin adoptar ninguno de los regímenes mixtos que ofrecía el derecho comparado”<sup>11</sup>.

Ahora bien, en virtud de las adaptaciones que ha sufrido el instituto al incorporarlo a nuestro sistema constitucional es cuando adquiere vigor la apuntada expresión de Barra acerca de su “originalidad del derecho público argentino”<sup>12</sup>.

No es éste el lugar ni la ocasión para examinar el mayor o menor acierto de las afirmaciones que le atribuyen al “presidencialismo”, o al “hiperpresidencialismo”, la responsabilidad por los males que ha padecido la República, en especial a los repetidos procesos de interrupción democrática que con variadas formas y matices se han alzado contra la soberana voluntad popular a partir del año 1930, no obstante lo cual no podemos dejar de disentir con tales achaques, en la medida en que se pretenda que este disco constitucional es, más que una saludable modernización del sistema político argentino, una suerte de herramienta exclusiva y excluyente de prevención a eventuales interrupciones del Estado de Derecho. Aunque resulte una obviedad, no parece por sí solo suficiente para tan alto cometido<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. Gallardo-López (h), *op. cit.*

<sup>9</sup> Cfr. García Pelayo, Manuel, *Manual de derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1993, tercera reimpression, pp. 608-609.

<sup>10</sup> García Lema, Alberto, *La Reforma por dentro (La difícil construcción del consenso nacional)*, Buenos Aires, Planeta, 1994, p. 163 y sigs.

<sup>11</sup> *Ibíd.*, p. 166.

<sup>12</sup> *Ibíd.*

<sup>13</sup> Entendemos de suma utilidad en este punto las expresiones del convencional constituyente por la Provincia de Buenos Aires Antonio Cafiero, extraídas de la obra *Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones*, pp. 2615-2616, Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina.

De todos modos, no se puede dejar de mencionar que hay quienes ven en nuestro actual esquema constitucional, al menos en este aspecto, un ejemplo de los sistemas mixtos (mezcla de parlamentarismo y presidencialismo), cuyo paradigma trascendente lo conforma la citada Constitución de Francia de 1958.

Sin embargo, cabe señalar que allí la jefatura del Gobierno está en manos del Jefe de Gabinete y de los Ministros, que componen el Gobierno con responsabilidad política ante la Asamblea Nacional, aunque, al igual que entre nosotros, al Jefe de Gabinete lo designa el Presidente<sup>14</sup>.

Como sea, existe, evidentemente, un apartamiento de nuestro sistema tradicional concebido por la Constitución de 1853 al influjo de la Constitución de los Estados Unidos de 1779 y del modelo propugnado por Alberdi, quien en este aspecto, bueno es mencionarlo, propone apartarse del modelo de la constitución americana – al punto que se le imputa el diseño de uno más exagerado que el norteamericano –, pues con base en la tradición hispano-americana propugna un ejecutivo fuerte imitando al chileno, que exalta<sup>15</sup>.

## 2. EL JEFE DE GABINETE NO ES UN PRIMER MINISTRO

Tal como lo anticipo en el título, a efectos de establecer la verdadera naturaleza del Jefe de Gabinete, nos ha parecido conveniente comenzar por establecer qué no es. Así, se puede afirmar que no es un Primer Ministro, pues ésta es una institución propia de los sistemas parlamentarios y, más precisamente, del constitucionalismo inglés, al que debe su origen.

<sup>14</sup> Cfr. García Pelayo, *op. cit.*, p. 608 y sigs.

<sup>15</sup> Cfr. Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Platero, 1991, p. 121 y sigs. Se expresa Alberdi en términos que no pueden dar lugar a dudas. “Llamaré la atención [...] a dos puntos esenciales que han de tenerse en vista en la constitución del Poder Ejecutivo, tanto nacional como provincial. Éste es uno de los rasgos en que nuestra Constitución hispano-argentina debe separarse del ejemplo de la Constitución federal de los Estados Unidos. [...] Bien sabido es que no hemos hecho la revolución democrática en América para establecer ese sistema de gobierno que antes existía, ni se trata de ello absolutamente, pero si queremos que el poder ejecutivo de la democracia tenga la estabilidad que el poder ejecutivo realista, debemos poner alguna atención en el modo como se había organizado aquél para llevar a efecto su mandato [...] El fin de la revolución será salvado con establecer el origen democrático y representativo del poder, y su carácter constitucional y responsable. En cuanto a su energía y vigor, el poder ejecutivo debe tener todas las facultades que hacen necesarios los antecedentes y condiciones del país y la grandeza del fin para que es instituido. De otro modo, habrá gobierno en el nombre, pero no en la realidad; y, no existiendo gobierno, no podrá existir la constitución, es decir, no podrá haber ni orden, ni libertad, ni Confederación Argentina. [...] El tiempo ha demostrado que la solución de Chile es la única racional en repúblicas que poco antes fueron monarquías. [...] Yo no vacilaría en asegurar que la constitución del poder ejecutivo, especialmente, depende de la suerte de los Estados de la América del Sud”.

En efecto, el *Premier* es una institución típica del constitucionalismo británico; su figura asegura, según García Pelayo<sup>16</sup>, el principio de la unidad del ministerio en general y del Gabinete en particular. Jurídicamente hablando, no forma un cargo autónomo sino vinculado al Primer Lord de la Tesorería, “[...] su efectiva regulación se basa en convenciones constitucionales [...]”. La importancia y significación de este cargo es verdaderamente decisiva: “es la clave del arco de Gabinete. Es el centro de su formación, el centro de su vida y el centro de su muerte”; su status es “casi comparable con el del Presidente de los Estados Unidos [...] Si hay una persona en cuya sola mano está emplazado el poder del Estado, esta persona no es el Rey, sino el Presidente del comité conocido por el nombre de Primer Ministro”<sup>17</sup>.

Esta fuerte posición no se debe a otra cosa que al hecho de que si bien formalmente es nombrado por el Rey, sin embargo, en realidad es elegido por el pueblo. El *Premier* nombra a los Ministros y en el seno de ellos designa a los que han de componer el Gabinete; es, pues, dentro de ciertos supuestos políticos, a quien deben sus cargos los demás colegas, a los que, por otra parte, puede dimitir<sup>18</sup>.

Desde esta misma óptica, es útil recordar que en el lenguaje común se suele equiparar las expresiones Parlamento y Congreso en orden a referirse al órgano del poder que ejerce la función de legislar, pero desde un punto de vista estrictamente jurídico las expresiones no presentan tal equivalencia, toda vez que “desde el punto de vista jurídico-formal, la palabra Parlamento designa la reunión de tres instituciones: el Rey, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes, reunión a la que se denomina ‘Rey en Parlamento’”, como expresiva del poder legislativo. Ahora, en sentido estricto, “el Parlamento es el titular del poder supremo de Gran Bretaña”. A esta situación se la designa con el nombre de “soberanía legal”, de “autoridad trascendente y absoluta”, de “omnipotencia” parlamentaria<sup>19</sup>. La República Argentina no tiene Parlamento, tiene Congreso, órgano propio del sistema presidencialista en el que existe una “separación” rígida de los poderes constituidos. El parlamentarismo se caracteriza –en cambio– por la existencia de una “coordinación” de poderes. En el sistema parlamentario, el Poder Ejecutivo o Gabinete es una suerte de desprendimiento del Legislativo y éste tiene sobre aquél un control muy pronunciado, pues existe entre ellos una “relación fiduciaria”<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Cfr. García Pelayo, *op. cit.*

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 307, con cita de las opiniones de Laski, Jennings y Dicey.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Cfr. García Pelayo, *op. cit.*, p. 309.

<sup>20</sup> Cfr. Ekmekdjian, Miguel Ángel, “El Poder Ejecutivo y el Gabinete ministerial”, en la obra colectiva *Reforma constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994, p. 15, con cita de Giuseppe De Vergottini.

## 2.1. El Gabinete de Ministros

Con referencia siempre a las novedades del texto constitucional en el aspecto examinado, se puede mencionar la “constitucionalización” de esta “institución” – propia también de los regímenes parlamentarios–, aun cuando presenta escasas definiciones sobre cometidos concretas<sup>21</sup>. Se menciona –incluso– que ya desde los acuerdos celebrados previamente a la reforma constitucional entre los partidos mayoritarios reconocieron una constitucionalización indirecta del Gabinete de Ministros, al atribuirse a su jefe la facultad de coordinar, preparar y convocar las reuniones de Gabinete e incluso presidirlas en caso de ausencia del Presidente, atribuciones que se ven reflejadas en el inciso S del Artículo 100 de la Constitución Nacional<sup>22</sup>.

## 3. LA INCIDENCIA DE LA FIGURA EN LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA NACIONAL, CONSTITUCIONALMENTE DISEÑADA

### 3.1. Jefatura de Gobierno, titularidad y ejercicio de la Administración general del país

Es indudable que a la adopción de la figura debe atribuírsele directa incidencia en el cambio operado en el diseño de la organización administrativa nacional, a punto tal que, como se ha visto, las opiniones se dividen entre quienes sostienen la existencia de un cambio profundo en la conducción de la Administración general del país, y quienes afirman que la reforma no ha implicado la pérdida de la “titularidad” de ella por parte del Presidente y, más precisamente, que no ha variado el sistema presidencialista, al punto de afirmar (Badeni) que en rigor de verdad se trata de una figura híbrida en la cual se pretende concentrar las atribuciones técnicas y administrativas del Presidente de la República<sup>23</sup>.

Desde ya que la cuestión es ciertamente opinable, y ello en razón –principalmente– de la supresión de la expresión “tiene a su cargo” del anterior inciso 1º del Artículo 86 de la Constitución Nacional y su reemplazo por la actualmente contenida en el inciso 1º del Artículo 100, que –como se sabe– establece: “Al Jefe de Gabinete de Ministros [...] le corresponde: ejercer la Administración general del país”. La cuestión no es novedosa y ha sido suficientemente advertida por la doctrina, no obstante lo cual no nos parece que esté agotada<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. Barra, Rodolfo C., *El Jefe de Gabinete...*, op. cit., p. 90.

<sup>22</sup> Cfr. García Lema, *La reforma por dentro...*, op. cit., p. 167.

<sup>23</sup> Cfr. Badeni, Gregorio, *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1994, p. 383.

<sup>24</sup> Cfr. en ese sentido los trabajos de Rodolfo C. Barra., *El Jefe de Gabinete...*, op. cit., p. 73; Julio R. Comadira y Fabián O. Canda, “Administración general del país y delegaciones administrativas en la reforma constitucional”, en la obra colectiva *Estudios sobre la reforma constitucional*, p. 185, Buenos Aires, Depalma, 1995.

Sin embargo, nos resulta difícil creer que en sustancia se haya modificado el esquema constitucional de la titularidad y responsabilidad por la conducción de la Administración general del país que el texto de 1853/1860 le asignaba al Presidente, más allá de que la previsión original de la Ley N° 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma, reproducía la fórmula tradicional en este aspecto, idéntica en su literalidad a la establecida por el anterior Artículo 86 (inc. 1°) y que –como se ha dicho– no se vio literalmente reproducida en el actual inciso 1° del Artículo 100.

Para semejante afirmación parto de dos consideraciones –por cierto, también discutibles–: a) por un lado, que la “idea de ‘Gobierno’ refiere a la ‘alta dirección’, a la ‘impulsión’ que parte del centro para activar los negocios en el sentido de la buena política y del interés general [...]”, y que –a su vez– la de “Administración” es la acción “complementaria” de aquél y “subordinada” al mismo<sup>25</sup>; y b) por otro lado, que la Constitución Nacional en su actual redacción le asigna al Presidente –precisamente– la “jefatura de Gobierno” (Art. 99, inc. 1°), por lo cual no cabe sino concluir en que se ha visto ratificada la –tradicional– asignación de la “función administrativa” al titular del Poder Ejecutivo.

#### 4. PODER EJECUTIVO UNIPERSONAL O PLURIPERSONAL

Ello nos lleva al análisis de otro aspecto, producto también de la originalidad del instituto y que por virtud del mismo parece haberse renovado. Me estoy refiriendo a la vieja discusión entre quienes postulan el carácter “unipersonal” del Poder Ejecutivo, con aquellos que sostienen el carácter “pluripersonal”, o al menos “dual”, de él, utilizando la expresión del Prof. Marienhoff<sup>26</sup>.

Una interesante reseña de ambas posturas es realizada por Canasi<sup>27</sup>. Allí cita como partidarios del carácter “unipersonal” a Bielsa, González Calderón, Linares Quintana, Villegas Basavilbaso y Sarda, entre otros. A esa lista cabría agregar a autores como Bidart Campos y al propio Canasi<sup>28</sup>. En cambio, alineados al carácter “pluriperspnal” el autor seguido ubica a Sánchez Viamonte, Matienzo, Ferreira y al propio Marienhoff. Enrolado en esta corriente se puede citar también a Ekmekdjian<sup>29</sup>.

No es ningún descubrimiento decir que tal disparidad de opiniones viene dada en razón de la expresa previsión constitucional acerca de que los actos del Presidente

<sup>25</sup> Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, 1977, 2° edición actualizada, p. 61.; Otto Mayer, *Derecho Administrativo alemán*, T. I, Parte general, p. 5, Depalma, Buenos Aires, 1982, 2° edición inalterada; José Canasi, *Derecho Administrativo*, Vol. 1, Parte general, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 248 : “[...] la idea de Administración puede tener alcances diversos en cuanto a su ámbito, por cuanto la Administración en el Estado moderno, es un instrumento de regulación social cuyo alcance es cada vez más dilatado y que en su ejercicio no tiene solución de continuidad [...]”.

<sup>26</sup> Cfr. Marienhoff, *Tratado...*, *op. cit.*, T. I, N° 173, p. 524.

<sup>27</sup> Cfr. Canasi, *op. cit.*, p. 365.

<sup>28</sup> *Ibíd.*, p. 363.

<sup>29</sup> Cfr. Ekmekdjian, *op. cit.*, p. 19, nota 3.

deben contar con el refrendo y legalización, mediante su firma, de los Ministros Secretarios, y ahora también del Jefe de Gabinete en los aspectos de su incumbencia, sin cuyo requisito ellos carecen de eficacia (Art. 100, primera parte; e incs. 8º, 12 y 13, de la Constitución Nacional).

La doctrina constitucional y administrativa, como ya se ha visto, ha dividido sus opiniones acerca de la conformación unipersonal o plural del Poder Ejecutivo, pues mientras los sostenedores de la primera posición afirman que los Ministros son únicamente “órganos de un órgano”, es decir, del Poder Ejecutivo, y no modifican la previsión del Artículo 87 (anterior Art. 74) de la Constitución Nacional, que establece:

“El Poder Ejecutivo de la Nación será ejercido por un ciudadano con el título de ‘Presidente de la Nación Argentina’”, y así se puede citar a Canasi<sup>30</sup>; los partidarios de la segunda posición opinan –en general– que aun cuando el Poder Ejecutivo, haciendo valer sus atribuciones, separe del cargo al ministro que se niegue a refrendar con su firma, “[...] va de suyo que, por imperio de la Constitución, para la ‘regularidad’ del acto del Ejecutivo, el Presidente deberá indefectiblemente designar otra persona para que actúe como ministro en el caso dado, lo que significa que esa función, en su expresión escrita, requiere la intervención mínima de dos personas: el Presidente y el respectivo ministro [...]” (Marienhoff)<sup>31</sup>.

Sin perjuicio de hacer notar que el estudio del refrendo ministerial amerita por su importancia un tratamiento particularizado y profundo, pues, como se sabe, implica, entre otras, la asunción de “responsabilidad” por parte del órgano ministerial, no obstante parece convincente la caracterización del “refrendo” como un requisito esencial que hace al elemento “forma” del acto administrativo presidencial (Canasi), que –por ello– no modifica el carácter “unipersonal” que la Constitución Nacional le asigna al Poder Ejecutivo, unipersonalidad que se ve ahora confirmada con la reforma, pues –como se ha dicho– aquélla le atribuye, además, el carácter de Jefe de Gobierno y por tanto de responsable político de la Administración general del país.

Adicionalmente, abona la solución de la unipersonalidad, el mantenimiento por el texto constitucional de la condición de “Jefe Supremo de la Nación” del Presidente, ya que –aun cuando semejante expresión siga recibiendo críticas<sup>32</sup>– no puede obviarse que tal carácter implica que “tiene bajo su inmediata dependencia todos los departamentos y ramos que para administrar mejor los intereses del pueblo, se distribuye el Poder Ejecutivo y los respectivos jefes están obligados a dar al Presidente los informes que él crea conveniente pedirles sobre la parte del servicio público que les está encomendado”<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Canasi, *op. cit.*, p. 370. Dicho autor afirma que en verdad “son Secretarios de él con sus atribuciones perfectamente definidas por la Constitución Nacional, pero regladas, por materia, en la Ley de Ministerios [...], no son pues Secretarios de Estado, como en los regímenes parlamentarios, sino Secretarios del Poder Ejecutivo”.

<sup>31</sup> Marienhoff, *op. cit.*, p. 524.

<sup>32</sup> Cfr. Ekmekdjian, *op. cit.*, p. 17, nota 2; Gallardo-López (h.), *op. cit.*

<sup>33</sup> Cfr. Canasi, *op. cit.*, p. 248.

Por lo dicho, existen suficientes argumentos para sostener la existencia de una “relación jerárquica” entre el Presidente y el Jefe de Gabinete de Ministros<sup>34</sup>. En contra de esta postura se puede ver la opinión de Mata, quien no obstante reconocer que en la relación entre el Presidente y los Ministros aparecen algunos rasgos de la potestad jerárquica, sostiene –sin embargo– que tanto en el anterior texto constitucional como en el actual, esa relación es de “coordinación”, pues los Ministros no responden a órdenes ni son responsables disciplinariamente por apartarse de las órdenes del Presidente<sup>35</sup>.

## 5. DESIGNACIÓN Y REMOCIÓN. LA CENSURA

Al igual que el resto de los Ministros, el Jefe de Gabinete es designado y removido por el Presidente sin el concurso de voluntad de ningún otro órgano del poder, ya que “por sí solo nombra y remueve al Jefe de Gabinete”, reza el Artículo 99, inciso 7º, de la Constitución Nacional.

No obstante, la reforma ha introducido un procedimiento específico de remoción para el Jefe de Gabinete, propio de los sistemas parlamentarios. La remoción por la “censura” del Congreso.

Es, típicamente, un procedimiento del sistema parlamentario, pues en él los mandatos del Gabinete y del Parlamento están directamente sometidos a los cambios de las circunstancias políticas, y cuando ello sucede, el Parlamento puede censurar al Gobierno que, al perder la confianza de aquél, debe renunciar. Pero, como contrapartida, el Gobierno puede, a su vez, instar al Jefe de Estado para que disuelva el Parlamento y convoque a una nueva elección en busca de una mayoría que lo apoye<sup>36</sup>.

Sin ninguna de estas particularidades, el Artículo 101 de la Constitución Nacional establece que el Jefe de Gabinete puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras.

Este procedimiento de remoción tiene –entonces– dos etapas, y para cada una de ellas la norma constitucional exige una votación diferente. La cuestión es determinar si también exige dos mayorías diferentes, en virtud de que el constituyente suprimió de la parte final del Artículo 101, nada menos que la palabra “totalidad”, que estaba contenida en la Ley N° 24.309, de declaración de la necesidad de reforma (apartado A, inc. b, del Núcleo de Coincidencias Básicas).

<sup>34</sup> Cfr. Cassagne, *op. cit.*

<sup>35</sup> Cfr. Mata, Ismael, “El Jefe de Gabinete”, “Panel de Debate” en las Primeras Jornadas sobre Instituciones Administrativas en la Reforma Constitucional, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 194: 21.

<sup>36</sup> Cfr. Delia Ferreira Rubio-Matteo Goretti, “La reforma constitucional argentina (¿un Presidente menos poderoso?)”, *Contribuciones*, N° 1, Fundación Konrad Adenauer, CIDELA, Año XII, enero-marzo 1995.

La primera etapa es la referida a la “interpelación a los efectos del tratamiento de un voto de censura”, en donde resulta necesaria la mayoría absoluta (mitad más uno) de la totalidad de los miembros de cualquiera de las cámaras (la que se propone interpelarlo). La segunda etapa y consecuente votación, esta vez a los efectos de la remoción, como resultado de la interpelación del Jefe de Gabinete resultante del voto de “la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras”.

A mi modo de ver, al menos dos cuestiones suscita el artículo. La primera es si la norma exige mayorías diferentes en cada etapa, aunque ambas sean calificadas, y la segunda es si puede haber procedimiento de remoción sin interpelación y moción de censura previas.

Al primer interrogante respondo afirmativamente. El constituyente suprimió la expresión totalidad del artículo y se justifica porque es necesaria la mayoría absoluta (mitad más uno) de ambas cámaras. Al segundo interrogante respondo negativamente. La remoción únicamente puede ser el fruto de una interpelación previa llevada a cabo por una moción de censura obtenida con la mayoría requerida (absoluta) de la totalidad de los miembros de la cámara que intenta o desea interpelado.

## **6. LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS POR PARTE DEL PRESIDENTE EN EL JEFE DE GABINETE**

Separada la jefatura del Gobierno y titularidad de la Administración de su ejercicio concreto, corresponden al Jefe de Gabinete las funciones y atribuciones que el Presidente le delegue (Art. 100, inc. 4º, Constitución Nacional), delegación que – sin que implique decir nada nuevo– no podría recaer en materias que sean propias del Presidente en su condición de Jefe de Gobierno, como son, por ejemplo, las contenidas en los incisos 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º y 9º del Artículo 99 de la Constitución Nacional.

## **7. ANÁLISIS ACERCA DE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN JERÁRQUICA ENTRE EL JEFE DE GABINETE Y LOS RESTANTES MINISTROS**

Según una ya clásica definición se puede expresar que la jerarquía es la relación de supremacía de los órganos superiores respecto de los inferiores y recíprocamente la relación de subordinación en que se hallan los inferiores respecto a los superiores, y que sobre ella se asienta la organización administrativa<sup>37</sup>.

Algunos autores (Canasi) sostienen que la Administración pública se asienta sobre la base de dos elementos fundamentales: la coordinación y la subordinación de

<sup>37</sup> Cfr. Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, T. III, 6º edición, p. 14.



órganos, pero como la coordinación puede ofrecer un encuentro de voluntades discordantes se requiere una fuerza o voluntad superior que dirima los disensos<sup>38</sup>.

Sin embargo, afirma Cassagne<sup>39</sup>, no existe coincidencia en la doctrina acerca del mentado elemento o principio de la coordinación, aunque, en rigor, siempre constituye un requisito de toda organización y está en su base, no revistiendo carácter jurídico.

Respecto a las consecuencias y efectos que se derivan de la jerarquía son ya clásicos los enunciados por la doctrina, como las de dirigir la actividad de los inferiores, posibilidad de dictar instrucciones, y la de revisión de la conducta del inferior por medio de los recursos administrativos<sup>40</sup>.

En orden a esto último, y sin perjuicio de que volveré sobre este asunto más adelante, se puede anticipar que el recurso jerárquico se instituye como una autolimitación administrativa de lo discrecional, a la vez que reafirma el régimen de derecho de las Administraciones públicas<sup>41</sup>. No se puede obviar que el recurso jerárquico conforma una clara manifestación del control administrativo y tiene su raíz jurídica en el Artículo 14 de la Constitución Nacional, en cuanto reconoce el derecho de todo habitante de la Nación a peticionar a las autoridades, derecho que impone el correlativo deber de darles debida respuesta.

Ahora bien, retornando el tema central que nos ocupa, se puede citar como partidarios de la existencia de una relación jerárquica entre el Jefe de Gabinete y los Ministros, autores como Barra<sup>42</sup>, Cassagne<sup>43</sup>, Comadira y Canda<sup>44</sup>, Dromi y Menem<sup>45</sup>, y García Lema<sup>46</sup>. En cambio, se manifiestan contrarios a tal postura Mata<sup>47</sup> y Paixão<sup>48</sup>.

<sup>38</sup> Canasi, *Derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, Depalma, 1981. p. 276.

<sup>39</sup> Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, T. I, pp. 235-236, con cita de José Antonio García Trevijano Fos, *Tratado de derecho administrativo*, T. II, Madrid, 1967, p. 380.

<sup>40</sup> Cfr. Cassagne, *op. cit.*, pp. 235-236.

<sup>41</sup> Cfr. Canasi, *op. cit.*, p. 279.

<sup>42</sup> Cfr. Barra, Rodolfo C., *El Jefe de Gabinete de Ministros...*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>43</sup> Cfr. Cassagne, Juan Carlos, "El Jefe de Gabinete en la Constitución reformada", en *Estudios sobre la reforma constitucional* (obra colectiva), p. 252. Dicho autor afirma que varió su pensamiento anterior, originalmente inclinado hacia el establecimiento de un ministro coordinador.

<sup>44</sup> Cfr. Julio R. Comadira y Omar Fabián Canda, "Administración general del país y delegaciones administrativas en la reforma constitucional", en la citada obra colectiva *Estudios sobre la reforma constitucional*, p. 199.

<sup>45</sup> Cfr. Roberto Dromi; Eduardo Menem, *La Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, p. 354.

<sup>46</sup> Cfr. García Lema, Alberto, *La reforma por dentro...*, *op. cit.*, p. 169 y en especial la nota 26.

<sup>47</sup> Cfr. Mata, *op. cit.*

<sup>48</sup> Cfr. Paixão, *op. cit.*

Enrolada en esa orientación se deben citar las expresas previsiones contenidas en el proyecto de Ley de Ministerios enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional<sup>49</sup>, entre cuyas disposiciones cabe destacar las contenidas en el Artículo 15, que posibilita el tratamiento y resolución de los recursos administrativos que los particulares interpongan contra las decisiones de los Ministros (cuestión sobre la cual volveremos luego); las del Artículo 20, mediante las cuales se prevén –entre otras– la facultad del Jefe de Gabinete de Ministros de requerir de los demás Ministros, Secretarios y demás funcionarios de la Administración pública la información necesaria para el cumplimiento de su función específica (inc. 12), y la de controlar y coordinar la ejecución de las delegaciones autorizadas a los Ministros Secretarios (inc. 16).

## **8. EL PROYECTO DE LEY DE MINISTERIOS Y LA AFECTACIÓN DE LA “ZONA DE RESERVA DE LA ADMINISTRACIÓN”**

### **8.1. Lo atinente a los recursos administrativos y en particular del recurso jerárquico es materia propia de un reglamento autónomo**

Conforme se desprende del título, me anticipo en afirmar que, de sancionarse, la previsión contenida en el Artículo 15 del proyecto de Ley de Ministerios tenido a la vista implica una clara invasión del Poder Legislativo sobre competencias “propias” del Presidente. No modifica esta posición la circunstancia de que el proyecto haya sido remitido por el propio Poder Ejecutivo, pues no se puede aceptar la resignación de las atribuciones que la Constitución Nacional le asigna a éste, así como tampoco es concebible el camino inverso.

No es una novedad que la Constitución Nacional asigna al Poder Ejecutivo lo que en la elocuente expresión del autor que entre nosotros desarrolló esta teoría –obviamente, me estoy refiriendo al Prof. Marienhoff– se denomina “zona de reserva de la Administración”, y que con fundamento en ella, el “titular” de la Administración pública nacional tiene atribuidas –constitucionalmente– facultades para reglar lo atinente al recurso jerárquico.

Conforme la clásica descripción que realiza Marienhoff, la reglamentación del recurso jerárquico se fundamenta en la denominada zona de reserva de la Administración<sup>50</sup>. Trátase de un reglamento autónomo y, por tanto, sólo corresponde al Poder Ejecutivo todo lo atinente a él, sin posibilidad para el legislador de invadir su esfera de actuación, pues “a esos efectos la ley formal es improcedente, porque improcedente es en esta materia la intervención del Poder Legislativo”.

<sup>49</sup> Mensaje 41 del 25 de septiembre de 1995, *Debate Parlamentario*, N° 145 del 26-09-1995, p. 8129 y sigs.

<sup>50</sup> Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, T. 1, p. 249, en especial lo que se dice en pp. 692-693.

El prestigioso jurista se expresa en términos que no pueden dejar lugar a dudas, cuando afirma que “los recursos administrativos –entre ellos el jerárquico– no requieren ley formal que les sirva de base, pues, importando ellos una manifestación de la actividad administrativa, a la vez que una autolimitación o regulación de sus propias potestades por parte del Poder Ejecutivo, va de suyo que la facultad para instituirlos le corresponde privativamente a dicho Poder, quien al efecto se vale del instrumento jurídico con que expresa su voluntad: el ‘decreto’ o el ‘reglamento’”<sup>51</sup>. En sentido análogo se puede consultar la opinión de Canasi<sup>52</sup>.

De otra parte, y tal como se adelanta, trátase de lo atinente al estudio de una de las manifestaciones más claras de la existencia de una verdadera autolimitación administrativa<sup>53</sup>, según la cual el recurso jerárquico tiene como objetivo esencial establecer para la Administración pública una autolimitación de sus propias facultades y por tanto corresponde únicamente al Poder Ejecutivo establecer los modos del ejercicio del poder jerárquico<sup>54</sup>.

Configurando, entonces, la reglamentación, en su propia esfera constitucional de actuación, del derecho de peticionar consagrado por el Artículo 14 de la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo no podría suprimir el recurso jerárquico ante él mismo contra las decisiones emanadas del Jefe de Gabinete de Ministros, pudiendo establecer –en cambio– que sea éste quien resuelva los recursos jerárquicos que los particulares interpongan contra las decisiones emanadas de los Ministros Secretarios.

### **8.1.1. Lo atinente a los reglamentos autónomos**

“Son los que puede dictar el Poder Ejecutivo sobre materias acerca de las cuales dicho Poder tiene competencia exclusiva, de acuerdo a textos o principios constitucionales”<sup>55</sup>. Estas materias son –en el criterio del autor seguido– las que integran lo que él llama “zona de reserva de la Administración”, por oposición a la “reserva de la ley” que contempla un ámbito reservado al Poder Legislativo.

El nombre de reglamento “autónomo”, “independiente” o “constitucional” deriva de que su emanación no depende de ley alguna, sino de facultades propias del Ejecutivo resultantes de la Constitución<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> Cfr. autor y *op. citados*, p. 693.

<sup>52</sup> Canasi, *op. cit.*, especialmente lo que se dice en relación al recurso jerárquico y al agotamiento de la vía administrativa en pp. 386-387.

<sup>53</sup> Para un desarrollo de este aspecto, ver la excelente monografía de Carlos M. Orecco, “Apuntes para una teoría de las auto limitaciones administrativas”, *Revista de Derecho Administrativo –REDA–*, N° 14, p. 317 y sigs.

<sup>54</sup> Cfr. nuevamente Marienhoff, *op. cit.*

<sup>55</sup> Cfr. Marienhoff, *op. cit.*, p. 249.

<sup>56</sup> *Ibíd.*, p. 251.

Así como el Poder Ejecutivo no puede invadir con su acción la esfera propia y exclusiva del legislador, éste tampoco puede invadir –so pena de inconstitucionalidad– la esfera propia y exclusiva del Ejecutivo. Por la misma razón en cuyo mérito el Poder Ejecutivo no puede constitucionalmente dejar sin efecto una “ley formal” vigente, el Poder Legislativo carece de imperio para dejar sin efecto un decreto del Ejecutivo, dictado por éste en ejercicio de potestades constitucionales<sup>57</sup>. Ello, claro está, sin perjuicio de que frente a ambas “zonas” exista la “reserva de la justicia”.

En sentido semejante se expide Bidart Campos, para quien “los reglamentos autónomos no son reglamentos de ejecución de la ley, sino reglamentos sobre *materias no reguladas por ley, y reservadas de la Administración*”. “Recaen” –concluye– “sobre *materias propias de la ‘zona de reserva’ de la Administración, que no pueden regularse por ley*”<sup>58</sup>.

El Poder Ejecutivo los emite en su carácter de Jefe de la Administración y en aplicación del principio de la “reserva de la Administración”, mediante el cual ejerce sus facultades privativas con la misma independencia que el Congreso y la judicatura cumplen las propias. Por necesidad de sus circunstancias, el Poder Ejecutivo aplica e interpreta la Constitución por sí mismo cuando ejercita dichas facultades (lo cual no significa liberado del control judicial suficiente). “Una materia propia de reglamento autónomo es –por ejemplo– la regulación de los recursos administrativos en el área de la Administración dependiente del Poder Ejecutivo”<sup>59</sup>.

De manera análoga se puede ver la opinión de Fiorini, quien al examinar la crisis del concepto de reserva de la ley, se manifiesta, también, partidario de la necesidad de reconocimiento de una zona de reserva al poder administrador “[...] para la realización empresaria que ha asumido en el Estado moderno”<sup>60</sup>.

El Congreso no puede dictar leyes que impliquen invadir la esfera constitucionalmente reservada al Poder Ejecutivo.

Partiendo entonces de la caracterización que realiza Marienhoff y en particular de que –como lo explica dicho autor– “el principio constitucional es que cada uno de los tres poderes es supremo en su esfera”, debe concluirse en que “el Congreso no

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 250.

<sup>58</sup> El destacado en bastardilla nos pertenece.

<sup>59</sup> Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional*, T. II, “El derecho constitucional del poder”, Buenos Aires, Ediar, p. 310.

<sup>60</sup> Cfr. Bartolomé A. Fiorini, *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, p. 130. En sentido concordante se expresa en su *Manual de derecho administrativo* (T. 1, Buenos Aires, La Ley, 1968, p. 255), pues aun cuando aquí pone en tela de juicio su denominación, afirma, no obstante, que “los denominados reglamentos, autónomos se sustentan en la Constitución (Art. 86, inc. 1º). No se tratará de un ámbito sin norma del legislador sino del ejercicio de una atribución de potestad y organización proveniente de la Constitución, en la misma forma que se le reconoce a los otros dos poderes estatales (Arts. 58 y 99, CN)”.

puede dictar leyes que impliquen el ejercicio de facultades que la Constitución le confiere expresamente al Poder Ejecutivo, o “que deban considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas”, y que constituyan la “sustancia” misma de la labor propia del órgano Ejecutivo<sup>61</sup>.

Típico reglamento autónomo, proveniente de la citada zona de reserva, lo constituye el que instituye y organiza el recurso jerárquico,

Así las cosas, en relación a este Artículo 15 del proyecto de Ley de Ministerios que se ha consultado y que se halla en trámite, podrían haber una de tres posibilidades: a) o el Poder Ejecutivo envía un proyecto de ley correctivo; b) el propio legislador suprime la previsión contenida en el Artículo 15 del proyecto en estudio; o c) de sancionarse el texto proyectado, el Poder Ejecutivo veta la ley en este aspecto.

## **8.2. El Decreto N° 977/1995 y los recursos administrativos**

Ya vimos que, en nuestra opinión, el Artículo 15 del proyecto de Ley de Ministerios afecta (invade) la zona de reserva mencionada. Pues bien, ahora corresponde examinar el tratamiento vertido a las decisiones del Jefe de Gabinete y de los Ministros por el Artículo 15 del Decreto N° 977/1995.

Establece la norma: “[...] las decisiones y resoluciones que dicte el Jefe de Gabinete de Ministros y las resoluciones emitidas por los Ministros Secretarios tendrán carácter *definitivo*, salvo el derecho de los afectados a deducir los recursos y acciones que correspondan de acuerdo a la reglamentación vigente y la facultad del Presidente de la Nación de avocarse a la resolución del tema en trato” (el destacado no es del texto).

Varias son las cuestiones que suscitan un examen más detenido. En primer término, la norma asigna carácter definitivo al acto emanado del Jefe de Gabinete y de los respectivos Ministros Secretarios en aquellas incumbencias que le son propias (régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos).

Es pacífico el criterio según el cual acto administrativo definitivo es el que resolviendo la cuestión de fondo, es conclusivo o final del procedimiento administrativo. Ya se sabe que con el objeto de posibilitar su impugnación judicial se le ha equiparado a aquel que sin serio impida la tramitación ulterior de la pretensión o reclamo del administrado<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Cfr. Marienhoff, *op. cit.*, p. 253.

<sup>62</sup> “Para la promoción de las acciones procesales administrativas es necesario la existencia de una decisión administrativa y que cause estado; decisión definitiva o acto administrativo definitivo es el que resuelve la cuestión de fondo planteada y que siendo de trámite, impide totalmente la continuación del procedimiento”. Cfr. José Roberto Dromi, *El procedimiento administrativo*, IEAL, Madrid, 1986, p. 99. En sentido semejante se puede ver Julio R. Comadira, *La anulación de oficio del acto administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1981, p. 174.

Partiendo de allí, y a efectos de establecer cuándo el administrado obtendrá un acto que causa estado, esto es, que agotando la instancia administrativa habilite la acción judicial impugnatoria, en el contexto del Artículo 15 del Decreto N° 977/1995 y del Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, podrán presentarse los siguientes supuestos:

a) *Acto administrativo dictado por un órgano inferior a ministro.* Procede el recurso jerárquico por ante éste, que agota la instancia administrativa, sin perjuicio del recurso de reconsideración (siempre) facultativo para el particular (arg. Arts. 90 y 100, RLPA, y 15, Decreto N° 977/1995).

b) *Acto administrativo originariamente dictado por un ministro.* Procede el recurso jerárquico ante el Jefe de Gabinete, cuya decisión causa estado. Al igual que en el supuesto anterior, procedería a opción del interesado, el recurso de reconsideración regulado por el Artículo 100 del RLPA (arg. ídem anterior). En sentido coincidente, aunque por distintas razones, se ha expedido Mata<sup>63</sup>.

c) *Acto administrativo originariamente dictado por el Jefe de Gabinete.* Procede el recurso jerárquico ante el Presidente que agota la instancia administrativa y contra esta decisión el recurso de reconsideración del Artículo 100 del RLPA.

*Dicho de otra manera.* Las decisiones de los Ministros y del Jefe de Gabinete, son definitivas y causan estado, salvo el recurso jerárquico ante el superior que “deba” interponerse contra los actos originariamente emanados de cada uno de ellos, en cuyo caso deben resolverlo el Jefe de Gabinete y el Presidente, respectivamente.

Ello, claro está, siempre que se reconozca –como nosotros lo hacemos– la supremacía jerárquica del Presidente sobre el Jefe de Gabinete y de éste sobre los restantes Ministros.

En contra de tal posibilidad se expide Paixão, quien desecha esta última alternativa por considerar que las decisiones del Jefe de Gabinete agotan la instancia administrativa, pues contra ellas no procede el recurso jerárquico, ya que el vértice de la pirámide jerárquica se agota allí y que –por lo demás– tal vía de control abarca tanto la revisión por razones de ilegitimidad como de oportunidad, mérito y conveniencia del acto<sup>64</sup>.

### **8.3. Lo atinente a la avocación del Presidente. Límites**

La otra cuestión es la atinente a la intervención del Presidente por avocación, ya que el decreto deja a salvo esa facultad en la parte final del Artículo 15.

<sup>63</sup> Cfr. Mata, *op. cit.*

<sup>64</sup> Paixão, *op. cit.*

Veamos. Conforme al criterio exteriorizado por autores como Marienhoff<sup>65</sup>, Díez<sup>66</sup>, Villegas Basavilbaso<sup>67</sup> y Canasi<sup>68</sup>, la avocación procede cuando no exista “un recurso para ante el superior acerca de lo resuelto por el inferior”, de manera tal que cuando se admita el recurso jerárquico contra lo resuelto por el inferior, la avocación no procederá, ya que lo contrario implicaría disminuir las instancias en que se lleve a cabo el debate, atentando contra la amplitud de defensa y disminuyendo las garantías individuales<sup>69</sup>.

En contra de tal postura, cabe citar las opiniones de Gordillo, Escola y Bidart Campos<sup>70</sup>, bajo el criterio de que como siempre proceden –en principio– los recursos ante el superior, se excluiría en realidad la posibilidad de avocación.

No se me oculta que conforme lo establece el Artículo 3° de la Ley N° 19.549, la avocación siempre procede a menos que una norma expresamente la prohíba, no obstante lo cual, entiendo que tal previsión debe ser interpretada en orden a que siempre debe mediar la posibilidad del recurso jerárquico, ya que de lo contrario se afectaría el derecho constitucional de petición (Art. 14 de la Constitución Nacional), fundamento jurídico del citado recurso. La reglamentación del recurso jerárquico no puede –en modo alguno– conllevar a su supresión<sup>71</sup>.

En suma, la parte final del Artículo 15 del decreto en cuestión deberá ser interpretada del modo que sigue: la avocación del Presidente sería posible a menos que: a) una norma la prohíba; b) la competencia haya sido atribuida en mérito a una idoneidad especialmente reconocida al inferior (v.gr., refrendo ministerial o del Jefe de Gabinete); o c) que exista ante él la posibilidad de interponer el recurso jerárquico.

Tengo claro que en la opinión de calificada doctrina (Hutchinson)<sup>72</sup>, la solución contraria a la que expreso se podrá imponer, en razón de que, según se explica, “de los [...] textos legales [...]” (con referencia al citado Art. 3° de la Ley N° 19.549) surge que “el Presidente no está impedido de avocarse por la competencia exclusiva del inferior: la exclusividad es tal respecto de otros órganos, no del presidencial”<sup>73</sup>, mas de ser así se estarían afectando, no ya los principios expuestos, sino la garantía consagrada por el Artículo 14 de la Constitución Nacional, y ante toda duda debe prevalecer aquella interpretación que mejor la consagre, pues no debe perderse de vista

<sup>65</sup> Marienhoff, *op. cit.*, T. I, p. 576.

<sup>66</sup> Díez, *Derecho administrativo*, T. II, p. 38.

<sup>67</sup> Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, T. II, p. 262.

<sup>68</sup> Canasi, *Derecho administrativo*, T. I, p. 265.

<sup>69</sup> Cfr. Marienhoff, *op. cit.*, p. 695.

<sup>70</sup> Cfr. Tomás Hutchinson, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 99 y nota 44.

<sup>71</sup> Cfr. Marienhoff, *op. cit.*, p. 695.

<sup>72</sup> Tomás Hutchinson, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*. T. I, p. 99.

<sup>73</sup> *Ibíd.*, p. 99

que el Poder Ejecutivo en el ámbito de su competencia, también es intérprete y garante de la Constitución nacional, sin perjuicio del correspondiente control judicial.

Como fácilmente se aprecia, la reforma de la Constitución Nacional deja aun en este y en otros aspectos un generoso margen para la teorización y el análisis jurídico, y en especial para el derecho administrativo, que –en última instancia– es el derecho procesal de aquélla.

Ciertamente que este trabajo no ha tenido por objeto contribuir a la proposición de originalidades para la ciencia del derecho (no abrigo en ello duda alguna), aunque, eso sí, celebro tener una Constitución vigente a la que puedo interpretar en libertad, sin otros límites que el mayor rigor científico del que sea capaz y mi propia imaginación.



# ALGUNAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS ACERCA DEL CONTROL PARLAMENTARIO DEL SECTOR PÚBLICO NACIONAL\*

## 1. INTRODUCCIÓN

La reforma de la Constitución Nacional producida en el año 1994 ha plasmado en el texto de la ley suprema como atribución propia del Poder Legislativo el ejercicio del “*control externo*” del Sector Público Nacional, en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, aunque ya con anterioridad el ejercicio de tal actividad controladora le era reconocido en virtud de lo que disponía el Artículo 67, inciso 7° del texto constitucional<sup>1</sup>, y con sustento en ello decidió la creación de la Auditoría General de la Nación, a través de la sanción de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y Control del Sector Público Nacional.

Siempre según la ley suprema (Artículo 85), dicha vertiente del control parlamentario habrá de ser ejercida en base a la labor que despliegue la Auditoría General de la Nación, a quien la Constitución Nacional le asigna el carácter de *organismo de asistencia técnica* del Congreso y sobre cuyos *dictámenes* habrá de basar su opinión acerca del “desempeño y situación general de la Administración pública”.

Para garantizar la *independencia* del citado organismo, incluso del propio Congreso, el Artículo 85 le otorga *autonomía funcional* en el ejercicio de su actividad de *fiscalización*, que abarca el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la Administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, a más de las restantes funciones que la ley le otorgue.

Pues bien, vaya con lo dicho un indicio acerca del contenido de este trabajo, que tiene como intención examinar algunos aspectos jurídicos que se suscitan a propósito del establecimiento en el texto expreso de la Constitución Nacional de una atribución que ya era reconocida como propia del legislador.

\* “Algunas consideraciones jurídicas acerca del control parlamentario”, en Cassgane, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo*, libro en homenaje al Prof. Miguel S. Marienhoff, pp. 419-430. Reproducido en *La Ley*, 30-05-1996.

<sup>1</sup> Disposición que acordaba al Congreso la facultad de fijar anualmente el presupuesto de gastos de Administración de la Nación y de aprobar o desechar la cuenta de inversión y que, con algunas variantes, actualmente mantiene el Artículo 75, inciso 8°.

## II. QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR CONTROL

Cuadra advertir que a la expresión *control* suelen dársele diferentes usos<sup>2</sup>, aunque desde el plano que aquí nos interesa destacar, debemos forzosamente acudir a la opinión vertida por el profesor Miguel S. Marienhoff cuando afirma que no es tarea fácil dar las líneas generales de una teoría del contralor, no obstante lo cual todo lo atinente a él encuentra ubicación en: a) las relaciones interorgánicas e interadministrativas; b) en la actividad interna de la Administración; c) en la actividad externa de la Administración<sup>3</sup>.

Al momento de definirla, sostiene: “[...] dicha Administración es la que se ejerce sobre los actos de la Administración, o sobre los actos de los administrados vinculados a ella, con el objeto de verificar la legitimidad e incluso la oportunidad o conveniencia de dichos actos [...]”<sup>4</sup>.

Enrique Sayagués Laso, por su parte, luego de coincidir en que “[...] La multiplicidad y complejidad de la actividad administrativa de los entes públicos hace imprescindible la existencia de procedimientos de contralor, destinados a asegurar que aquélla se realice conforme a derecho y a los principios de buena administración [...]”<sup>5</sup>, nos ratifica que “[...] esos procedimientos son muy variados, pero tienen una finalidad común: llegar a un pronunciamiento sobre la actividad administrativa controlada”<sup>5</sup>.

Afirma este último que la expresión *contralor* se ha incorporado al léxico jurídico habitual y su uso está plenamente justificado. “[...] También suelen utilizarse las palabras fiscalización, vigilancia, tutela, etcétera, sobre cuyo alcance hay muchas divergencias [...]”, y en este orden de ideas concluye: “[...] el contralor de una actividad supone un juicio lógico respecto de si dicha actividad se conforma o no a las reglas que las regulan y que para llegar a formular dicho juicio y determinar las consecuencias que derivan, el derecho positivo establece múltiples procedimientos [...]”<sup>6</sup>.

Desde el mismo plano que nos preocupa y enroldado en una concepción aún más amplia, nos cita Baena del Alcázar<sup>7</sup> que por control debemos entender “[...] la actividad encaminada a asegurar el cumplimiento de las finalidades perseguidas y, en el caso de las administraciones públicas, también de las normas generales que deben regir su conducta desde puntos de vista políticos, así como de oportunidad”.

A esta altura, la pregunta que debemos necesariamente formularnos es por qué el control sobre la Administración pública. Pues bien, la razón de ello debe buscarse en

<sup>2</sup> El Dr. Leslie William Chapman ha efectuado una interesante reseña acerca del sentido terminológico y conceptual de la expresión *control* en “Análisis terminológico y conceptual del control gubernamental instituido por la Ley N° 24.156”, *Revista Sindicatura (SIGEN)*, N° 1, Año I, enero-abril 1995, p. 4 y sigs.

<sup>3</sup> Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª edición actualizada, pp. 103-104.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Montevideo, 1987, 4ª edición, p. 921 y nota 3, p. 436.

<sup>6</sup> *Ibidem*, en especial las notas 2 y 3 en p. 436.

<sup>7</sup> Baena del Alcázar, Manano, *Curso de Ciencia de la Administración*, Vol. I, Madrid, Tecnos, 1985, p. 341.

que es ella –como conjunto orgánico difícilmente abarcable por su volumen– la que actúa en la vida cotidiana para satisfacer las necesidades de interés general de la comunidad, “[...] la que ofrece más ocasiones de quebrantar la norma y observar una conducta incorrecta que en el caso de los demás órganos del Estado [...]”<sup>8</sup>.

### 1. El control sobre la Administración pública es “integral”

Desde hace ya algún tiempo me he manifestado partícipe de la idea de que cualquier sistema de control gubernamental que pretenda ser moderno, eficiente y eficaz, debe ocuparse de la totalidad de los aspectos que involucran una decisión administrativa. Ello es así, por cuanto la legalidad formal de los actos o conductas administrativas es siempre una condición necesaria de éstos, pero no siempre suficiente<sup>9</sup>.

Está claro que cualquier conducta o acción administrativa además de ajustarse estrictamente a la ley, debe ser *conveniente, necesaria, razonable y oportuna*, y que todas esas circunstancias deben valorarse teniendo en mira el fin de interés público que inspira su dictado. En este sentido, la *legalidad* –o, más ampliamente, su *juridicidad*– es un elemento integrante de esa dimensión, aunque –obvio parece decirlo– no el único. Todos los mencionados son también aspectos que en una moderna Administración deben estar sometidos a control y cualquier sistema que no rescate ese postulado parcializa el examen de las conductas o actos gubernamentales que deben estar sometidos a una íntegra fiscalización.

Sabido es que uno de los pilares en los que se asienta la actuación de la Administración pública es el *principio de legalidad*, entendido éste como el sometimiento irrestricto a la ley.

La doctrina nacional se ha ocupado prolijamente de este aspecto, precisando el concepto según el cual la totalidad del accionar de la Administración pública está encuadrado en un marco procesal de respeto prioritario al ordenamiento jurídico y que, generalmente formulado en relación al procedimiento administrativo, tiende no sólo a la protección del recurrente o a la determinación de sus derechos, sino también a la defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. Baena del Alcázar, M., *Curso...*, *op. cit.*

<sup>9</sup> Cfr. nuestro trabajo “La reforma del Estado y el nuevo sistema de control gubernamental (a propósito de la Ley de Administración Financiera y Control de Gestión del Sector Público Nacional)”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 171:5.

<sup>10</sup> Cfr. Comadira, Julio Rodolfo, “Función Administrativa y Principios Generales del Procedimiento Administrativo”, con cita de Heredia, Horacio H., en la obra *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación*, p. 84. En la doctrina extranjera también se ha sostenido que la completa subordinación de la Administración pública a la leyes la resultante del sistema de legislación escrita y de la propia índole de la función administrativa (Cfr. Accioli, Wilson, “El control de legalidad de la Administración por el Poder Legislativo”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, N° II, 1988, p. 59 y sigs., citando las opiniones de Schwartz, Vicente Ráo y Seabra Fagundes).

Comadira ha preferido, según sus propias palabras, identificar al fenómeno descrito mediante la locución *juridicidad*, por considerar que ella representa la idea de que el accionar de la Administración pública en la procura del bien común supone, necesariamente, el respeto del orden jurídico, y que la *juridicidad* nuclea, en este sentido, todo el sistema normativo, desde los principios generales del derecho y la Constitución Nacional hasta los simples precedentes administrativos en cuyo seguimiento está comprometida la garantía de igualdad, pasando por la ley formal, los actos administrativos de alcance general y, eventualmente, ciertos contratos administrativos<sup>11</sup>.

De un modo análogo, se expresa que en el marco del Estado de Derecho los principios de razonabilidad, de justicia sustancial y de logicidad son connaturales a la misma esencia del ordenamiento administrativo, y que junto a la unicidad, coherencia y plenitud del bloque de derecho, conforman el plexo jurídico necesario dentro del cual habita la discrecionalidad en la experiencia contemporánea. De allí que el nuevo principio de *juridicidad* no es hoy sólo una regla de contenido, sino también de límite y guía de la actividad administrativa, que a menudo se inserta en la dialéctica autoridad-libertad<sup>12</sup>.

Pues bien, al efecto de establecer el perfil que según nuestra opinión debe poseer un sistema de control eficiente sobre las Administraciones públicas hemos adherido a la utilización del término *legitimidad* para denotar la exigencia de que el actuar administrativo debe responder a la totalidad de los anteriores postulados (legalidad, razonabilidad, necesidad, oportunidad) reservando la expresión *legalidad* a sólo uno de esos aspectos, cual es el del sometimiento irrestricto del órgano administrativo al orden jurídico.

Opiniones más autorizadas que la nuestra dan cuenta de que el rumbo elegido es el correcto, cuando afirman que esa sumisión de la Administración pública a la ley, propia del Estado de Derecho, hace que sea fundamental el control de *legalidad*, aunque con él no se agotan las actividades revisoras o controladoras que es necesario ejercer. Es preciso asegurarse de que las Administraciones públicas no malgasten o malversen los fondos públicos. “En muchas ocasiones puede respetarse formalmente la ley, pero actuar de un modo ineficaz o inoportuno, o ignorar los derechos de los particulares adoptando una actitud pasiva o inactividad. Todo ello debe ser controlado asimismo. De este modo, junto al control de legalidad en sentido estricto existe otro financiero y contable así como un control referido a la falta de oportunidad, la inadecuación de medios a fines y la negligencia e inactividad”<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Comadira, Julio, “Función...”, *op. cit.*, p. 84.

<sup>12</sup> Cfr. Sesin, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica*, Buenos Aies, Depalma, 1994, p. 46.

<sup>13</sup> Cfr. Baena del Alcázar, M., *Curso...*, *op. cit.*, p. 342.

En este sentido, no debe pasar inadvertido que en el orden nacional, el ordenamiento jurídico vigente posibilita el ejercicio de control sobre la Administración pública en todos esos sentidos, ya que acuerda competencia a los órganos de control “interno” y “externo” para desarrollar su labor de “fiscalización” sobre la “gestión” de aquélla.

### III. EL CONTROL “EXTERNO” PARLAMENTARIO

Se afirma que la anterior Ley de Contabilidad<sup>14</sup> juridizó la expresión *control externo* que en la Ciencia de la Administración corresponde al que cumple un órgano no ubicado en relación jerárquica con los órganos u organismos controlados<sup>15</sup>. Pues bien, el vocablo es mantenido en el sistema legal vigente y –como ha quedado dicho– se ha incorporado al texto constitucional por la reforma del año 1994, tal como seguidamente se examinará.

A pesar de ser comúnmente aceptada la tesis de que la base de sustentación teórica del control parlamentario no es otra que la división de poderes entre los órganos del Estado<sup>16</sup>, lo cierto es que algunos autores se han mostrado particularmente escépticos acerca de la eficacia de los controles impuestos desde afuera de la organización (control externo) en razón del volumen que adquieren las Administraciones públicas modernas y de tal modo se ha predicado que el fenómeno de la multiplicación de los controles sobre tal volumen orgánico hace muy difícil que el mismo sea plenamente efectivo<sup>17</sup>.

Como ya lo sostuvimos, la reforma del texto constitucional acaecida con posterioridad a la sanción de la Ley de Administración Financiera, reafirma las competencias que el Congreso ya poseía para ejercer el “control externo” de la Administración pública nacional<sup>18</sup>.

La propia Ley N° 24.156 partió de la premisa aludida, al crear y organizar el funcionamiento de la Auditoría General de la Nación, disponiendo que a través suyo será ejercido “[...] el control externo posterior del Congreso de la Nación [...]” (cfr. Art. 117, cuarto párrafo).

<sup>14</sup> Recordemos que la Ley N° 24.156 derogó el Decreto Ley N° 23.354/1956, salvo en lo que se refiere a los capítulos del Régimen de Contrataciones y de la Gestión de los Bienes Estatales.

<sup>15</sup> Cfr. Pérez Colman, Luis J., *Ley de Contabilidad y el Régimen de Contrataciones del Estado*, Ciencias de la Administración, 1990, p. 227.

<sup>16</sup> Cfr. Fuentes Vega, Santiago, *Realidad y Racionalidad en el Control del Sector Público*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1986, p. 31.

<sup>17</sup> Baena del Alcázar, M., *Curso...*, *op. cit.*, p. 342.

<sup>18</sup> En efecto, según el anterior Artículo 67, inciso 7° de la Constitución federal correspondía al Congreso “[...] Fijar anualmente el presupuesto de gastos de Administración de la Nación, y aprobar o desechar la cuenta de inversión [...]”.

Ahora bien, ya nos hemos mostrado partidarios del criterio según el cual el proceso reformador de la Constitución Nacional ha jerarquizado el *control* al haber ratificado la inclusión de un órgano que, dependiendo del Poder Legislativo Nacional, tiene como cometido específico el *control externo* del Sector Público Nacional, en sus aspectos patrimoniales, económico-financieros y operativos<sup>19</sup>.

El Artículo 85, incluido en el Capítulo Sexto del nuevo texto constitucional, dispone, además de lo dicho precedentemente: “El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación de la Administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación”.

Dicho órgano “[...] de asistencia técnica del Congreso [...]” tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la Administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuere su modalidad de organización, “y las demás funciones que la ley le otorgue”. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos.

Debe mencionarse, asimismo, que el organismo que tendrá a su cargo el *control externo* poseerá “autonomía funcional”, integrándose del modo que establezca “[...] la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. El presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso”<sup>20</sup>.

La doctrina constitucional se ha expedido en el sentido de que la citada “autonomía” “[...] se adscribe al ejercicio de la función que le incumbe y por eso la norma dice *autonomía funcional*, como para prohibir toda interferencia –así sea del Congreso al cual aquel organismo asiste técnicamente– [...]”<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> En sentido semejante se ha expedido el Prof. Agustín A. Gordillo, en “El nuevo sistema constitucional de control”, separata de *Lecciones y Ensayos*, N° 62, Abeledo Perrot, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1995.

<sup>20</sup> Gordillo, en el trabajo anteriormente citado, se lamenta de que no se haya dispuesto que la titularidad del organismo recayera en un representante de un partido minoritario independiente, o simplemente de alguna personalidad independiente (cfr. p. 96). En relación a este mismo asunto es interesante citar la opinión de M. Daniel Braga Rosado, para quien la importancia del nombramiento del presidente de la Auditoría General, viene dada por la circunstancia de que “[...] los constituyentes hayan pensado y previsto que el que proponga el candidato sea aquel grupo político que no tenga ‘vinculación’ con quien se pretende controlar [...] y que tal procedimiento, en forma clara tiene por objeto dar transparencia a todo el proceso y evitar o por lo menos que no se especule con posibles ‘amiguismos’ o ‘favoritismos’”; “Reflexiones acerca de la designación del presidente de la Auditoría General de la Nación prevista en el Artículo 85 de la Constitución Nacional”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*:199:31.

<sup>21</sup> Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. VI, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 478.

La circunstancia precedentemente apuntada configura una razón adicional para sustentar la postura que desarrollamos *infra*, acerca de la naturaleza administrativa de la actividad que despliega el citado órgano de control externo.

#### **IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD A SER DESPLEGADA POR LA AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN. EL LÍMITE IMPUESTO POR LA CONSTITUCIÓN NACIONAL**

Planteada la cuestión acerca de la naturaleza de la actividad que habrá de desarrollar la Auditoría General de la Nación en su calidad de órgano de control *externo* de la Administración pública nacional, adelantamos nuestra opinión en el sentido de que la misma reviste, sustancialmente considerada, naturaleza *administrativa* (técnica) y de carácter *consultivo*, aun cuando la inserción o ubicación institucional del referido órgano en el ámbito del Poder Legislativo permita suponer que reviste naturaleza política.

Puede que las consecuencias de esa actividad sean políticas o, antes bien, que su razón de ser posea fundamentos de tal índole, pero ello no permite inferir que el contenido, *material o sustancialmente* considerado de la actividad de la Auditoría General participe de esa característica.

Me apresuro en afirmar que lo dicho en modo alguno importa restarle mérito ni, mucho menos jerarquía a dicha labor, sino que, al contrario, caracterizar de tal forma a la función impedirá –a mi juicio– las interferencias que propiamente pueden darse en su seno, incluyendo las provenientes del órgano del cual institucionalmente depende<sup>22</sup>.

Como vimos, el Artículo 85 de la Constitución Nacional asigna a la Auditoría General carácter de *órgano de asistencia técnica* del Congreso, por lo cual dicha circunstancia deberá tenerse especialmente presente al tiempo de la definición de sus funciones concretas de control, reservada a la legislación que se dicte como consecuencia del nuevo texto constitucional. De otro modo, no puede omitirse que tal actividad habrá de expresarse a través de *dictámenes*, y sobre ellos se sustentará la “opinión del Congreso” (actividad política) sobre “el desempeño y la situación general de la Administración pública” (*control de gestión*). Se sostiene, incluso, que tales dictámenes, por tratarse de una función propia del Congreso, no poseerán carácter vinculante<sup>23</sup>.

Advierto, sin embargo, que la cuestión examinada no es pacífica en la doctrina extranjera, aunque al mismo tiempo debe señalarse que tales disidencias están estrictamente referidas a la controvertida naturaleza de la actividad desplegada por los Tribunales de Cuentas y, en particular, cuando su existencia es establecida también

<sup>22</sup> En sentido coincidente véase la opinión de Germán J. Bidart Campos, citada en nota 21.

<sup>23</sup> Cfr. Badeni, Gregorio, *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, Buenos Aires, 1994, p. 314.

en los textos constitucionales. Ello es lo que sucede, por ejemplo, con la Constitución de España de 1978, cuyo Artículo 136 dispone para el Tribunal de Cuentas competencias de fiscalización análogas a las establecidas para la Auditoría General de la Nación por el Artículo 85 de nuestra ley suprema.

En tal sentido, se ha sostenido que en base a las facultades atribuidas, tanto por el Artículo 136 de la Constitución española como por las disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, que se encuentran dirigidas a controlar no sólo la legalidad, sino también la actividad pública económica<sup>24</sup>, sometiénola a controles de eficiencia y de economía, tal actividad fiscalizadora es identificable con una función eminentemente *política*, máxime cuando el destinatario está constituido por los órganos integrados en el Poder Legislativo<sup>25</sup>.

### 1. La concepción objetiva o material de la función administrativa

La doctrina nacional sustenta mayoritariamente la posición *objetiva o material* para caracterizar a la Administración pública o función administrativa, aunque no pueden dejar de mencionarse las importantes disidencias existentes<sup>26</sup>.

Definiéndose partidario de la denominada tesis “material” u “objetiva”, en razón de que “[...] lo que ha de definir una institución es la *sustancia* de la misma, no la ‘forma’ ni ‘el autor’ de los actos respectivos: la forma y el autor sólo constituyen

<sup>24</sup> El Artículo 136.1 de la Constitución de España establece: “El Tribunal de Cuentas es el supremo fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del Sector Público”.

<sup>25</sup> Cfr. Quintana López, Tomás, “El Tribunal de Cuentas y la Teoría Estatutaria del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, N° 116, mayo-agosto 1988, p. 180.

<sup>26</sup> Se ubica en tal postura a Rafael Bielsa y de igual modo puede citarse la opinión de Juan Carlos Cassagne cuando afirma que la función administrativa en sentido material “[...] puede ser definida como aquella actividad que en forma inmediata, permanente, concreta, práctica y normalmente espontánea, desarrollan los órganos estatales para alcanzar el bien común, conforme a regímenes jurídicos de derecho público” (cfr. *Derecho Administrativo*, T. 1, p. 60). En cambio, en la tesis *subjetiva* u “orgánica” debe mencionarse a Manuel M. Diez (cfr. *Derecho Administrativo*, T. I, p. 105 y sigs.). Por su parte, y en lo que ha dado en definir se una posición *mixta*, se suele ubicar la opinión de Agustín Gordillo (cfr. *Introducción al Derecho Administrativo*). Es interesante destacar también aquí el criterio que entre nosotros ha formulado Rodolfo C. Barra y que fuera sistematizadamente expuesto en su obra *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1980. Barra distingue los conceptos de *actividad* y *función*. El primero (actividad) se refiere a la “[...] relación de la expresión de la voluntad estatal con la norma jurídica, ya sea que le dé nacimiento, la aplique a situaciones particulares y concretas, o resuelva conforme a ella los conflictos intersubjetivos”. Desde ese punto de vista –continúa el mencionado autor– exclusivamente material, o más exactamente *jurígeno*, puede individualizarse la actividad legislativa, la actividad ejecutiva o administrativa y la actividad jurisdiccional. Por “función”, en cambio, debe entenderse la “[...] atribución de competencia otorgada por la norma constitucional a cada uno de los órganos supremos del Estado para que realicen sus actividades jurígenas sobre materias determinadas y preponderantemente conforme a un procedimiento típico y preestablecido. De esta manera –concluye– cada órgano debe ajustarse a su propia *función*, aunque dentro de lo admitido por ésta, realice materialmente las tres actividades” (*op. cit.*, pp. 141 y 145).



elementos contingentes [...]”<sup>27</sup>, afirma Marienhoff: “[...] la concepción sustancial, material u objetiva, considera a la Administración teniendo en cuenta la naturaleza jurídica interna de la actividad desarrollada, con total prescindencia del órgano o del agente productor del acto o de la actividad. En ese orden de ideas, de acuerdo con este criterio puede haber actividad ‘administrativa’, *stricto sensu*, no sólo en la que desarrolle o despliegue el órgano Ejecutivo, que es a quien normal y preferentemente le están asignadas dichas funciones, sino también en la que, al margen de las suyas específicas realicen los órganos Legislativo y Judicial [...]”<sup>28</sup>.

Ateniéndonos estrictamente al texto constitucional y a las opiniones precedentemente vertidas, es claro que la labor que habrá de desplegar el citado órgano de control externo, es material u objetivamente considerada, *función administrativa* a ser desarrollada en el ámbito del Poder Legislativo.

## **2. La actividad administrativa así definida reviste contenido técnico y consultivo**

Pero la cuestión no se agota en lo recién expresado, pues sabido es que no toda la actividad administrativa reviste la misma característica, ni es de igual naturaleza, ni se expresa o traduce en igual forma, como bien lo define el propio Marienhoff<sup>29</sup>.

“[...] Ello da lugar a diversos tipos de Administración, que permiten clasificar a ésta en mérito a la naturaleza de la función ejercida o en mérito a la estructura del respectivo órgano [...]”. Así, en lo que aquí interesa, el mismo Marienhoff sostiene: “[...] Administración *consultiva*, es una actividad *preparatoria* de la manifestación *activa* de la Administración”. Consiste en una función de colaboración. Por eso es que generalmente aparecen vinculadas estas dos formas de la actividad administrativa. La actividad *consultiva* se justifica por el carácter “técnico” –en su amplio sentido– que revisten ciertas decisiones administrativas. Con ello tiéndese a lograr el mayor acierto de la decisión<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado...*, *op. cit.*, T. I, p. 78.

<sup>28</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>30</sup> *Ibidem*, T. I, p. 94. Dentro de la sistematización que efectúa quien en este aspecto hemos seguido muy especialmente, debe citarse que el propio Marienhoff nos señala lo que seguidamente habrá de transcribirse textualmente por la riqueza que encierra. “[...] En razón de la naturaleza de las funciones, la Administración puede clasificarse en activa y jurisdiccional; interna y externa; consultiva; reglada y discrecional; de contralor. a) Administración activa, es la que decide y ejecuta; aquella cuya actividad es acción y obra. Diríase que ésta es la Administración propiamente dicha [...]”. “[...] Administración interna es la actividad que el órgano administrador realiza para su propia organización, y en cuya labor no entra en relación con terceros. Trátase de medidas o normas que la Administración se da a sí misma. Es por ello, una actividad no jurídica” (con citas de D’ Alessio, Giannini, Zanobini, Labaudere, Silvestri y Diez). “El contenido de esos tipos de Administración incide en los conceptos de ‘acto de Administración’ y de ‘acto administrativo’. El acto de Administración corresponde a la actividad interna de la Administración; el acto administrativo corresponde a la actividad externa de la misma [...]”. “[...] La actividad ‘externa’ tiene por objeto la satisfacción de los intereses públicos, cuya gestión le compete a la Administración. La actividad ‘interna’ no tiene ese objeto, sino el de lograr el mejor funcionamiento del ente” (cfr. pp. 86,93 y 94, respectivamente).

La tarea que la Constitución Nacional reserva a la referida Auditoría General de la Nación es, por ende, eminentemente *consultiva*, sin perjuicio de las demás funciones que la ley reglamentaria le asigne, aunque –claro está– en el límite que el texto constitucional le ha impuesto y sobre el que luego nos ocuparemos.

El desarrollo de su labor de control se habrá de exteriorizar a través de la emisión de *dictámenes* que trasuntan la opinión técnica del organismo encargado de llevar a cabo el control *externo* de la Administración pública nacional centralizada y descentralizada. Opinión que deberá recaer o bien sobre actos u operaciones consideradas aisladamente, o bien sobre el conjunto o la *totalidad* de la actividad de aquélla; esto es, su *gestión*<sup>31</sup>.

Con *sustento* en tales *dictámenes* (actividad administrativa), el Congreso deberá emitir su opinión sobre el “[...] desempeño y situación general [...]” de aquélla (actividad política).

Tal debe ser considerado el principio, ya que el dictamen sólo contiene una opinión *técnica*, en el amplio sentido; consecuentemente, traduce una actividad que termina con la mera opinión del parecer<sup>32</sup>.

Ahora bien, la Constitución Nacional ordena que en ciertos casos la intervención del examinado órgano es *obligatoria*. Ello así sucede en el “[...] trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos [...]”. Que dicha intervención sea obligatoria no significa que posea carácter *vinculante*, pues si así fuera el ejercicio de las competencias que la ley suprema le asigna al legislador (actividad política), sería llevada a cabo por un órgano que lo *asiste técnicamente*.

En ese sentido no puede perderse de vista que, como bien se ha dicho, “[...] la técnica presupone un conjunto de conocimientos especializados cuya naturaleza cognitiva es incuestionable como principio general [...]” y que “[...] nada impide al orden jurídico incorporar una regla o elemento técnico en su prescripción normativa [...]” No cabe en ese caso duda alguna sobre la integración al mundo del derecho, al que pasa a integrar. De ahí que no pueda considerársela como un fenómeno extrajurídico, aun cuando para conformar su núcleo interno se nutra de notas cualificantes que nada tienen que ver con la juridicidad<sup>33</sup>.

### 3. El límite impuesto por el texto constitucional

Pero si la caracterización conferida por la Constitución Nacional a la labor descripta dota al organismo de la necesaria *independencia* para el ejercicio de tan alto cometido, ciertamente le impone límites muy precisos.

<sup>31</sup> Cfr. Sayagués Laso, E., *Tratado...*, *op. cit.*, T. II, nota 2, p. 439.

<sup>32</sup> Cfr. Marienhoff, Miguel. S., *Tratado...*, *op. cit.*, T. I, pp. 95-96.

<sup>33</sup> Cfr. Sesin, D. J., *Administración...*, *op. cit.*, pp. 356-357.

De tal modo, el mentado carácter *consultivo* de la actividad administrativa de asistencia técnica impediría –llegado el caso– que la legislación reglamentaria le otorgue, por ejemplo, facultades de *naturaleza jurisdiccional*, como ocurría con el disuelto Tribunal de Cuentas de la Nación.

Si por función jurisdiccional debe entenderse la “[...] actividad estatal que decide controversias con fuerza de verdad legal [...]” y aun cuando se admita que la misma puede ubicarse en el Poder Ejecutivo<sup>34</sup>, no abrigo dudas acerca de que el texto constitucional impide que el examinado órgano de control externo posea facultades de tal naturaleza.

De acuerdo con el tenor del Artículo 85 de la Constitución federal, surge a mi juicio de manera evidente que el constituyente ha privilegiado la *función fiscalizadora* por sobre la tradicional asignación de facultades jurisdiccionales que de ordinario se atribuyen a los Tribunales de Cuentas, sin perjuicio de hacer notar que nuestro ordenamiento legal (me estoy refiriendo a la ya mencionada Ley N° 24.156) ha hecho abandono de esa concepción tradicional.

En efecto, ya con la sanción de la Ley N° 24.156 se dejó sin efecto la existencia de una *instancia jurisdiccional* en sede administrativa especialmente organizada para la determinación de la *responsabilidad patrimonial* de los agentes públicos, que en el sistema de la derogada Ley de Contabilidad era atribuida específicamente al Tribunal de Cuentas de la Nación (órgano de control externo). La solución legal encuentra absoluto sentido en el esquema que la orienta, pues está inspirada en los sistemas sajones que no prevén, como acontece con el sistema tradicional español, la conformación y organización de Tribunales de Cuentas<sup>35</sup>.

Para una cabal comprensión de lo dicho, no puede dejar de señalarse que la Ley de Contabilidad (Decreto Ley N° 23.354/1956) determinaba un sistema de *responsabilidad administrativa* por los daños causados a la hacienda estatal por “[...] todo *estipendiario* de la Nación [...]”, en tanto los mismos proviniesen de su culpa o negligencia, sujetándolos a la “[...] jurisdicción del Tribunal de Cuentas, al que compete formular los cargos respectivos [...]”. Cuando esa responsabilidad alcanzaba a los funcionarios comprendidos en el anterior Artículo 45 de la Constitución Nacional (actual Artículo 53), el Tribunal debía comunicar dicha circunstancia al Congreso y reservar las actuaciones hasta que los mismos cesaran en sus cargos, a partir de lo cual comenzaban a correr los plazos de prescripción respectivos, a fin de que el Tribunal pudiera someterlos ante su *jurisdicción* (cfr. Artículo 90, decreto ley citado).

Dicha responsabilidad poseía carácter *administrativo* y no sólo se encontraba asociada a las ideas de culpa y negligencia (*responsabilidad subjetiva*), sino que su

<sup>34</sup> Cassagne, J. C., *Derecho...*, op. cit., T. I, p. 63.

<sup>35</sup> Cfr. Fuentes Vega, S., op. cit. De igual modo, recomendamos la lectura del Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional que acompañó el “Proyecto de Ley de Administración Financiera y Control de Gestión del Sector Público Nacional”. A ese respecto, ver lo que decimos en nuestro trabajo *Ley de Administración Financiera y Control de Gestión*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1995, 3ª edición.

juzgamiento era sometido a la jurisdicción especial del aludido órgano. La misma, comprendía a todo *estipendiario* de la Nación, es decir, a todo aquel que recibiera un estipendio en función de un servicio, recayendo en él responsabilidad toda vez que se produjera la violación de un deber impuesto anteriormente al agente y siempre que dicha transgresión hubiera acontecido durante el cumplimiento de su función o empleo.

Dadas esas condiciones, resultaban de aplicación las normas específicas de la Ley de Contabilidad; de lo contrario, el caso quedaba sometido al régimen jurídico general. En consecuencia, la norma dejaba fuera a las relaciones jurídicas por servicios no remunerados, que en cuanto a su responsabilidad, se encontraban sometidas a las disposiciones comunes y se sustanciaban directamente ante los estrados judiciales<sup>36</sup>.

Pues bien, la derogación de la Ley de Contabilidad ha traído aparejada la abrogación de las normas referidas a los juicios de responsabilidad y de cuentas, cuya sustanciación se llevaba a cabo ante la *jurisdicción* del propio Tribunal. No obstante, la jurisprudencia estableció su revisibilidad en sede judicial, declarando aplicable el plazo de caducidad de la acción contencioso administrativa normada por el Artículo 24 de la Ley N° 19.549 en el conocido fallo plenario “Pajares”<sup>37</sup>.

Como lo digo más arriba, entiendo que en el aspecto aquí analizado, el constituyente ha privilegiado *la función fiscalizadora* por sobre otras que, comúnmente, se asignan a los órganos de control externo, circunstancia que deberá tenerse particularmente presente al tiempo en que se dicte la legislación que reglamente su funcionamiento.

## V. PALABRAS FINALES

Resulta indudable que la inserción en el texto constitucional de un órgano de control parlamentario jerarquiza esta función de quien por voluntad de la sociedad está llamado a gestar y distribuir el bien común.

Esta función del Poder Legislativo, que, no obstante, no puede ser concebida como una cuarta función del Estado como algunos han pretendido, únicamente habrá de responder a tan proclamada jerarquización si está dotada de la suficiente *independencia* en su ejercicio, y en ese sentido, la conjunción de las características que la Constitución Nacional le ha atribuido, a saber: autonomía funcional, naturaleza administrativa (técnica) y carácter consultivo, son piezas claves para asegurar tan mentada independencia.

<sup>36</sup> Cfr. Pérez Colman, L. J., con citas de la jurisprudencia del ex Tribunal de Cuentas de la Nación en la obra ya referida.

<sup>37</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal en fallo plenario recaída en los autos “Pajares, Demetrio c/ Estado Nacional (Tribunal de Cuentas) s/ nulidad de resolución”, 14-08-1984, *Revista Régimen de la Administración Pública –Rap–*, Suplemento Fallos Plenarios.

# LA JURISDICCIÓN FEDERAL SOBRE LOS CAMINOS NACIONALES

## Análisis sobre los límites de las potestades locales\*

### 1. INTRODUCCIÓN

El deslinde de competencias en la materia que se aborda debe hacerse, en general, conforme a los modos de articulación que están previstos en la Constitución Nacional, esto es, la libre circulación de bienes y personas, el comercio interjurisdiccional, la concertación, las atribuciones concurrentes y el régimen de los lugares sometidos a jurisdicción federal.

En este último sentido, nos anticipamos al afirmar que la reforma de la Constitución Nacional acaecida en 1994 al haber modificado sustancialmente la redacción del Artículo 75 inc. 30 de la misma (anterior Artículo 67 inc. 27), ha permitido la formulación de opiniones que sostienen la posibilidad de superar la antigua doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tradicionalmente sostuvo la inaplicabilidad a los *caminos nacionales* de la doctrina formada alrededor de los denominados *establecimientos de utilidad nacional* y en consecuencia de tal modificación constitucional, aplicarles ahora la profusa doctrina elaborada por ella misma con relación a estos últimos<sup>1</sup>.

Lo expuesto reviste la mayor importancia, pues en el actual contexto constitucional no puede soslayarse la consideración del referido instituto, desde que el mismo confiere fundamento, ahora desde el propio texto expreso constitucional al *poder de policía* y de *imposición* provincial y municipal, circunstancia que patentiza el ejercicio de las denominadas *facultades concurrentes* y que debe conciliarse con el ejercicio de aquellas que son *exclusivos* del Estado Nacional, en función del *interés federal* que las vías de acceso poseen.

\* Este trabajo fue publicado en: *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 238:9, Editorial Ciencias de la Administración (julio 1998).

<sup>1</sup> Cfr. Palazzo, Eugenio Luis, “Los establecimientos de utilidad nacional en la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación después de la Reforma de 1994”, *Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación*, N° 23, enero-junio 1995, p. 3 y siguientes (ver especialmente p. 9).

La cuestión posee interés actual en vista a la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaída en la causa “Operadora de Estaciones de Servicios S.A. c/ Municipalidad de Avellaneda s/amparo Ley N° 16.986”, del 28-04-1998<sup>2</sup>.

## II. DOMINIO Y JURISDICCIÓN ‘FEDERAL’ SOBRE EL “CAMINO” SON CONCEPTOS DIFERENTES

No puede obviarse en orden al adecuado tratamiento de la cuestión, que en esta materia debe realizarse un necesario distingo entre los conceptos de *dominio* y *jurisdicción* –como seguidamente llevaremos a cabo–, pues los mismos responden a criterios jurídicos muy diversos, aunque –en determinadas circunstancias– puedan tener aplicación simultánea sobre una misma cosa.

Así, el *dominio* (público en nuestro caso) se refiere a la *condición y situación legal de la cosa o bien*, en tanto que la *jurisdicción* se refiere a la *potestad para reglar lo atinente al uso* de dicha cosa o bien, potestad que podría comprender *todos* los usos de que es susceptible ese objeto, o bien referirse a *un determinado uso* o a *varios usos*<sup>3</sup>, como ocurre en el caso de un camino nacional.

De tal manera y siguiendo en esto de cerca a Rafael Bielsa, podría haber *jurisdicción* sin *dominio*, como ocurre en el caso de los ríos interjurisdiccionales navegables; podría haber *dominio* privado del Estado Nacional *sin jurisdicción* en bienes ubicados en provincias que no se emplean para una finalidad de utilidad nacional, en estos hay *dominio* pero no *jurisdicción*. De todo ello se sigue que *dominio* y *jurisdicción* no son conceptos equivalentes ni correlativos, y que pueden existir el uno sin la otra<sup>4</sup>.

### II. I. Una primera aproximación a la solución del problema

Así las cosas y como una primera aproximación a la solución del problema, puede decirse que en esta materia lo atinente a la reglamentación del *uso* del camino nacional, en cuanto constituye una vía de comunicación interjurisdiccional que forma parte de un sistema integrado, pertenece al Estado Nacional, aunque la titularidad del *dominio* le hubiera seguido perteneciendo a las entidades locales por las que ese camino atraviesa.

En efecto, tratándose de un camino que sirve al tráfico o comercio interjurisdiccional, la *jurisdicción* sobre lo atinente a la reglamentación de su uso en cuanto tal,

<sup>2</sup> Causa O.146.XXXIII.

<sup>3</sup> Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T.V., Buenos Aires, 1988, segunda edición actualizada, p. 39. Fas, Pedro, *Introducción al Derecho Público Provincial*; Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 211.

<sup>4</sup> Cfr. Bielsa, Rafael, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, 1956, quinta edición, p. 401.

corresponde por principio a la autoridad federal o nacional<sup>5</sup>, independientemente de quien ostente la titularidad (dominio) del citado bien, porque la jurisdicción es independiente del dominio y basta la primera para que el estado federal pueda desplegar su competencia constitucional en lo concerniente a la reglamentación del comercio interprovincial<sup>6</sup>.

Es la expuesta la solución que brinda el Artículo 3° de la Ley Nacional N° 13.504, que en lo que aquí interesa dispone: “[...] Son carreteras nacionales aquéllas que construidas por la Nación con fondos propios, unen las provincias y territorios nacionales, las radiales a los puertos, las que den acceso a los grandes centros urbanos, a los países limítrofes y las que intercomunican a las ciudades importantes con los centros de producción [...]”.

Ahora bien, en lo que se refiere a los restantes usos, la competencia para reglarlos (jurisdicción) pertenece a las entidades locales, en tanto no interfieran con la finalidad de carácter federal asignado a ese bien (arg. Artículo. 29 Ley N° 13.504), pues el ejercicio de dichas facultades por parte de la entidad local no puede obstruir u obstaculizar la organización de la actividad puesta bajo la supremacía de la legislación federal (Artículo 31 Constitución Nacional)<sup>7</sup>. Es esta una manifestación de lo que se conoce como *doctrina de la no interferencia*.

La distinción efectuada en el texto ha sido expresamente receptada por la Procuración del Tesoro de la Nación en oportunidad de requerirse su intervención en lo relativo al conflicto suscitado con la *propiedad de las calles colectoras* del Acceso Norte<sup>8</sup>.

De manera análoga, aunque con diversos fundamentos se expresó en oportunidad de examinar las competencias del Poder Ejecutivo Nacional para dictar el Decreto N° 1.446/1990 sobre control de cargas interjurisdiccional en los denominados “corredores viales nacionales” y de tal modo reglar lo atinente al ejercicio del poder de policía en dicha materia<sup>9</sup>.

### III. COMPETENCIAS “EXCLUSIVAS” DEL GOBIERNO FEDERAL Y COMPETENCIAS “CONCURRENTES”

Todo lo anterior nos lleva forzosamente a hacer esta necesaria distinción, por ser ella de estricta consideración, a efectos de una correcta dilucidación de las cuestiones planteadas.

<sup>5</sup> Cfr. Marienhoff, Miguel S., *op. cit.* p. 602.

<sup>6</sup> Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, T. II, Buenos Aires, Ediar, 1993, p. 184.

<sup>7</sup> Cfr. Bidegain, Carlos María, *Curso de Derecho Constitucional*, T. IV, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, núm. 701, p. 146.

<sup>8</sup> Cfr. Dictamen N° 61/1995 del 27-04-1995, *El Derecho*: 164:276 y siguientes. con nota de los Dres. Julio Rodolfo Comadira y Fabián Omar Canda en la misma publicación.

<sup>9</sup> Cfr. Dictamen N° 52/1994 del 27 de mayo de 1994, *Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación*, N° 21, enero-junio 1994; p. 332 y siguientes.

Tal como quedó de manifiesto al comienzo, atento el carácter federal de nuestra organización institucional, es bien conocido que la Constitución Nacional realiza un reparto de competencias entre el gobierno federal y los gobiernos provinciales atendiendo a diversos criterios o circunstancias.

Una de esas circunstancias es la atinente a la reglamentación del *comercio* interjurisdiccional o interprovincial que corresponde al Congreso de la Nación Argentina en forma exclusiva (Artículo 75 inc. 13 Constitución Nacional)<sup>10</sup>, al punto que les está vedado a las provincias dictar legislación sobre esa materia (Artículo 126 Constitución Nacional)<sup>11</sup>, criterio al que tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (como luego se verá), en su consolidada postura tradicional o histórica, sometió todo lo relativo a la regulación de los *caminos*<sup>12</sup>, como también lo hizo la más autorizada doctrina científica argentina<sup>13</sup>.

Otro de los criterios que la Constitución Nacional emplea para el referido reparto competencial es el de los denominados *establecimientos de utilidad nacional*. (Artículo 75 inc. 30 Constitución Nacional),<sup>14</sup> sobre los que el Poder Legislativo Nacional posee, según la actual redacción de la norma, la competencia para dictar la legislación que resulte *necesaria* para el cumplimiento de los fines específicos de los mismos en el territorio de la República.

Cabe citar aquí que el texto del anterior Artículo 67 inc. 27 de la Constitución Nacional disponía que el Congreso Nacional ejercía una legislación *exclusiva* sobre tales establecimientos, expresión que ha sido sustituida por la de *necesaria*, lo que ha dado motivo para sostener que la reforma constitucional ha acrecentado el ámbito de facultades concurrentes entre la Nación y las provincias<sup>15</sup>, al menos en esta materia<sup>16</sup>.

Las *facultades exclusivas* del gobierno federal le están o lisa y llanamente prohibidas a las provincias o son excepcionales para ellas. Tal es el principio sentado por el Artículo 126 de la Constitución Nacional, en virtud del cual *las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación* y así lo ha reconocido expresamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de reglamentación del comercio interprovincial, en donde ha llegado a decir, como seguidamente se verá, que “[...] su ejercicio corresponde al Congreso de una manera tan completa como podría serlo en un país unitario [...]”<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> Anterior Art. 67 inc. 12.

<sup>11</sup> Anterior Art. 108.

<sup>12</sup> Cfr. *Fallos*: 283:251.

<sup>13</sup> Cfr. Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, p. 603.

<sup>14</sup> Anterior Art. 67 inc. 27.

<sup>15</sup> Cfr. Bidegain, Carlos María, *op. cit.*, T. III, p. 78.

<sup>16</sup> Luego se verá que en materia de caminos, y tal cual lo anticipado, el criterio dominante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido no considerar a los mismos establecimientos de utilidad nacional, sino aplicarles las cláusulas constitucionales de legislación sobre el comercio.

<sup>17</sup> Cfr. Bidegain, Carlos María, *op. cit.*, T. III, N° 493, p. 76.



En cambio de lo anterior, existe un grupo de facultades que pueden ser ejercidas indistintamente por el estado federal o las provincias a las que se denomina *concurrentes* o *compartidas*, bien entendido que en caso de que ambas ejerzan la misma competencia, prevalece la nacional en virtud de la supremacía consagrada por el Artículo 31 de la Constitución Nacional y en tanto el ejercicio por las provincias de esas facultades no perjudiquen el ejercicio de una autoridad ejercida por la Nación, o no resulte incompatible con el ejercicio de aquélla (doctrina de la *no interferencia*), pues en caso de conflicto el mentado principio de supremacía decide el mismo en favor de la jurisdicción federal<sup>18</sup>.

En punto a esto último, resulta esclarecedora la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Nación Argentina c/ Provincia de Santiago del Estero” del 22 de diciembre de 1987<sup>19</sup>, donde se dijo: “[...] En caso de facultades concurrentes, una potestad legislativa nacional y una provincial pueden ejercerse sobre un mismo objeto o una misma materia sin que de esta circunstancia derive violación de principio o precepto jurídico alguno, y para que una cabal coexistencia de esas facultades sea constitucionalmente admisible es preciso que no medie una incompatibilidad manifiesta e insalvable”.

“Las provincias carecen de facultades para retardar, impedir o de cualquier manera contralorear el cumplimiento de las leyes sancionadas por el Congreso Nacional en ejercicio de facultades constitucionales, fundándose tal doctrina en el principio de supremacía consagrado en el Artículo 31 de la Constitución, aplicable toda vez que estén en juego los planes trazados o la política adoptada por el Congreso teniendo en vista los intereses del país como todo. Ello es así ya que uno de los altos fines cuya realización ha sido encomendada al Congreso argentino es la promoción de la prosperidad del país, dentro del cual han de entenderse armónicamente incluidos el adelanto y bienestar de las provincias [...]”.

Siguiendo en esto a Bidegain, puede decirse: “[...] en definitiva, son facultades concurrentes las que aunque atribuidas al Congreso federal no están prohibidas a los provincias en el Artículo 126, ni su ejercicio por ellas, con fines provinciales, resulte incompatible, en principio, con el ejercicio de la autoridad análoga del gobierno federal [...]”<sup>20</sup>.

Lo expresado tendrá gravitante importancia para dilucidar lo atinente a las facultades impositivas por parte de los municipios.

<sup>18</sup> Cfr. Bidegain, Carlos María, *op. cit.*, p. 78.

<sup>19</sup> *Fallos*: 310:2812.

<sup>20</sup> Cfr. autor y lugar citados.

#### IV. LA JURISDICCIÓN FEDERAL SOBRE LOS CAMINOS NACIONALES. ALCANCES. CRITERIO DOMINANTE

A esta altura del relato, es necesario ir precisando el alcance que, a la luz de las normas constitucionales y legales vigentes, la jurisprudencia –en particular la emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– y la opinión de la doctrina científica dominantes, resultarían aplicables para dilucidar los alcances de la jurisdicción *federal* sobre los caminos nacionales.

Conforme a la situación jurídica en la que tales caminos se encuentran, puede afirmarse sin abrigar dudas que “la regulación relativa al uso de dichos caminos, en cuanto tales, corresponde a la autoridad federal”.

Ahora bien, la propia Ley N° 13.504, en su Artículo 29, dispuso que la circunstancia de que los caminos nacionales sean de propiedad exclusiva de la Nación, “[...] no afectará el poder de policía de las provincias y municipalidades dentro de sus respectivas jurisdicciones, en tanto no sea incompatible con el ejercicio de facultades exclusivas o concurrentes de la Nación” (el destacado nos pertenece). Análoga solución se desprende del Art. 27 del Decreto Ley N° 505/1958 que organiza la Dirección Nacional de Vialidad.

El criterio dominante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido el de resolver los conflictos suscitados con los caminos nacionales a través de la denominada *cláusula comercial* incluida en el Artículo 75 inc. 13 de la Constitución Nacional (anterior Artículo 67 inc. 12), según la cual corresponde al Congreso de la Nación Argentina en forma privativa:

“[...] Reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí”;

Esta norma ha sido conjugada junto con las disposiciones de los incisos 14 y 18 del mismo artículo (anteriores incisos 13 y 16 del Artículo 67) que, respectivamente y en lo que aquí interesa establecen:

“[...] Arreglar y establecer los correos generales de la Nación”; y

“[...] Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas la provincias [...]”.

La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica ha hecho una “aplicación amplia de dicha cláusula comercial” (muy seguida por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en esta materia) no sólo referida al comercio como tal, sino a todo tipo de tráfico, compraventa, intercambio, transporte, navegación, uso de medios de comunicación, manejo de información, contratación de seguros, regulación de monopolios, aunque sean de producción y todo otro tipo de transacción, aunque no sea comercial, siempre que dichas actividades tengan carácter interestatal<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Buenos Aires, Zavalía; 1996, p. 387. Bidart Campos, Germán J., *Tratado...*, *op. cit.*, T. II, p. 185.

En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene resuelto, incluso, que el transporte interjurisdiccional de bienes o personas encuadra en la definición de comercio que brinda nuestra Constitución Nacional<sup>22</sup>.

Resumiendo, el Alto Tribunal tiene establecido: “[...] el vocablo comercio usado por la Constitución Americana al igual que nuestro inciso 12 del Artículo 67, ha sido interpretado en el sentido de comprender además del tráfico mercantil y la circulación de efectos visibles y tangibles para todo el territorio de la Nación, la conducción de personas y la transmisión por telégrafo, teléfono u otro medio, de ideas, órdenes y convenios [...] “el poder para Regular el comercio así comprendido es la facultad para prescribir las reglas a las cuales aquél se encuentra sometido y su ejercicio corresponde al Congreso de la Nación de una manera tan completa como podría serlo en un país de régimen unitario”<sup>23</sup>.

Como quedó dicho, en materia de caminos nacionales la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que su regulación se rige por la *cláusula comercial* y no por la relativa a los *establecimientos de utilidad nacional* contenida en el Artículo 75 inc. 30 (anterior Artículo 67 inc. 27) de la Constitución Nacional.

Así lo resolvió claramente en la causa “Vial del Sur S.A. de Ingeniería, Comercial, Industrial, Financiera y Agropecuaria c/ Santa Cruz, Provincia de s/repetición” del 23 de agosto de 1972, con cita de sus precedentes<sup>24</sup>, diciendo: “[...] los caminos interprovinciales, destinados a promover y facilitar la circulación de personas y productos en todo el territorio del país, constituyen instrumentos del gobierno federal: y, en consecuencia, que el hecho mismo de su construcción no debe ser obstaculizado por el ejercicio de poderes reservados a los gobiernos locales. Se trata, en definitiva, de la realización de obras en beneficio común, conducentes al adelanto y bienestar de todas las provincias, ejecutadas de conformidad con lo que prescribe el Artículo 67, inc. 16, de la Constitución Nacional”<sup>25</sup>.

De tal manera, la Corte Suprema descartó que los caminos nacionales puedan ser calificados como *establecimientos de utilidad nacional*<sup>26</sup>, pues en esta materia consideró que “[...] se trata de lugares que por su naturaleza consienten cierta concurrencia de la jurisdicción provincial con la de la Nación [...]”<sup>27</sup>, circunstancia que siempre según el Alto Tribunal se ve confirmada por las disposiciones del Decreto Ley N° 505/1958.

<sup>22</sup> Cfr. “Compañía Colectiva Costera Criolla S.A. c/ Buenos Aires Provincia” del 15 de septiembre de 1971; *Fallos*: 280:388.

<sup>23</sup> *Fallos*: 154:104; 283:251, entre otros.

<sup>24</sup> *Fallos*: 283:251.

<sup>25</sup> Actual Artículo 75 inc. 18 de la Constitución Nacional.

<sup>26</sup> Bien entendido que lo hizo con arreglo a la anterior redacción del Art. 67, inc. 12, de la Constitución Nacional.

<sup>27</sup> Cfr. Considerando 3° del fallo citado.

La doctrina científica argentina es conteste con el criterio jurisprudencial señalado. Así, pueden citarse las opiniones de Miguel S. Marienhoff, autor que afirma: “Sobre los terrenos ocupados por caminos nacionales, las provincias no han perdido su dominio eminente, sino tan sólo su jurisdicción a los efectos limitados del tránsito. No se trata de terrenos federalizados, en los que la Nación ejerza poderes de legislación y jurisdicción exclusivos, sino de lugares meramente sometidos a la jurisdicción nacional para un objeto determinado .el .tránsito, en este caso. en los que el imperium y la jurisdicção de los provincias no queden excluidos sino en la medida en que su ejercicio obstaculice directa o indirectamente el fin a que corresponden esos bienes”<sup>28</sup>.

En manera análoga ha escrito Bartolomé Fiorini: “[...] la jurisdicción nacional de los caminos públicos se sustenta en el Artículo 67, inc. 12, sobre comercio interior y exterior. Toda actividad que tenga relación con la circulación de cosas, mercaderías y personas, puede caer bajo la jurisdicción nacional o local según el acto y la vulneración producida. [...] la existencia de los caminos nacionales no destruye el principio del dominio territorial que rigen para todos los bienes del dominio público, como tampoco la coexistencia de jurisdicciones locales sobre cuestiones privativas de la actividad local[...]

”<sup>29</sup>. No sin dejar de advertir que la legislación en materia de caminos nacionales es ambigua al respecto, Rafael Bielsa se expresa en sentido coincidente al decir: “[...] donde existe el dominio público, existe también la jurisdicción (al menos general), pues precisamente el derecho del Estado [...] en el dominio público es precisamente ése, el de jurisdicción, ya que no se trata de derecho privado. Sin embargo, pueden concurrir dos jurisdicciones sobre el mismo dominio público, las cuales no interfieren por tener distinto objeto. En un camino nacional que atraviesa provincias y sus ciudades, la jurisdicción nacional se limita al tránsito general, y la autoridad local puede tener jurisdicción sobre la salubridad, moralidad, y aun sobre la seguridad en cuanto concierne a los habitantes de esa localidad”<sup>30</sup>.

Para concluir este repaso de opiniones no puede obviarse la de Benjamín Villegas Basavilbaso, quien se ha expedido en términos absolutamente coincidentes a los expuestos en el texto<sup>31</sup>.

## V. LOS CAMINOS CONSIDERADOS COMO ESTABLECIMIENTOS DE UTILIDAD NACIONAL

Como ha quedado de manifiesto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha desechado expresamente esta posibilidad, sobre la base de entender que en materia de caminos nacionales se consiente la concurrencia de ciertas facultades.

<sup>28</sup> Cfr. *Tratado...*, T. V, p. 603.

<sup>29</sup> Cfr. *Manual de Derecho Administrativo*, T.2, Buenos Aires, La Ley, 1968, pp. 977-978.

<sup>30</sup> Cfr. *op. cit.*, pp. 401, 402 y 435.

<sup>31</sup> Cfr. *Derecho Administrativo*, T. IV; Buenos Aires, TEA, 1952, p. 372.

También ha quedado claro que esta construcción del Alto Tribunal de Justicia Nacional ha sido elaborada sobre la base de la anterior redacción del Artículo 67 inc. 27 de la Constitución Nacional, que disponía que el Congreso de la Nación Argentina debía: “[...] ejercer una legislación exclusiva [...] y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión, en cualquiera de las provincias para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional”.

En torno a semejante disposición se había producido una profusa, aunque muy cambiante, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, particularmente en materia de poder impositivo provincial y municipal, que pretendía conjugar las competencias del Congreso Nacional con las de las entidades locales.

Actualmente y como resultado de la reforma constitucional de 1994, el texto de la referida norma ha variado sustancialmente, pues ahora se dispone: “[...] dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines”.

Como se aprecia, el nuevo texto sustituye la expresión *exclusiva*, por la de *necesaria* y suprime el requisito de que dichos emplazamientos se correspondan con lugares que hayan sido “adquiridos por compra o cesión del Estado Nacional”. De otra parte, queda en claro que el ejercicio de las facultades concurrentes no puede entorpecer o interferir los fines de utilidad nacional de estos enclaves.

De tal suerte, entonces, que la nueva norma fortalece el rol de las provincias y municipios en sus respectivos territorios, evitando que pueda considerarse al “establecimiento de utilidad nacional” como un territorio federal<sup>32</sup>, ratificando la facultad de las autoridades locales y deslindando las jurisdicciones respectivas entre Nación y provincias, resguardando con ello el federalismo<sup>33</sup>, bien entendido que tal legislación necesaria es en lo relativo a los fines específicos del citado establecimiento y que el ejercicio de las facultades propias de las provincias y municipios (policiales y de imposición) está subordinada a que no interfieran el cumplimiento de aquellos fines<sup>34</sup>.

Por lo demás, la reforma es conteste con el reconocimiento de la autonomía municipal, ahora consagrada expresamente (Artículo 123 Constitución Nacional).

<sup>32</sup> Cfr. Vitolo, Alfredo M., “Luces y Sombras en la Nueva Constitución”, en la obra de varios autores con la dirección de Juan Carlos Cassagne: *Estudios sobre la Reforma Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 337 y siguientes, en especial 392.

<sup>33</sup> Cfr. Dromi, Roberto y Eduardo Menem, *La Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994, pp. 406-407.

<sup>34</sup> Cfr. Bidart Campos, Germán, J., *op.cit.*, T. VI, Buenos Aires, 1995, p. 360. Badeni, Gregorio, *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, Buenos Aires, Edit. Ad-Hoc, 1994, p. 324.

En el actual contexto constitucional, se nota una clara ampliación de facultades *concurrentes* entre la Nación y las entidades locales<sup>35</sup> (provincias y municipios)<sup>36</sup> y se podría abrir cauce a una nueva orientación en materia de *camino nacionales*, a través de su consideración como “establecimientos de utilidad nacional”, respecto de lo cual resulta reveladora la postura adoptada por la Procuración del Tesoro de la Nación en el recordado Dictamen N° 61/1995.

Si así fuere, resultarían confirmadas, antes que negadas, las conclusiones que se citan en el presente texto (ver *infra* Capítulo VII), pues a poco que se aprecie se estaría arribando a análoga solución, aunque por distintos *camino* constitucionales, a la vez que permitirían explicar los poderes de imposición y sus alcances.

## VI. PODER IMPOSITIVO PROVINCIAL Y MUNICIPAL

Aun cuando lo anteriormente expuesto no se verifique, no deja de ser cierto que la reforma constitucional de 1994 pone fin (al menos lo intenta) a una antigua controversia sobre los poderes impositivos de las provincias y municipios, adoptándose soluciones más propias del denominado *federalismo de concertación*, en reemplazo del federalismo dual o confrontativo, respecto del cual se ha afirmado que en la materia que tratamos conducía a una suerte de exclusivismo nacional en desmedro de las entidades locales<sup>37</sup>.

Decimos esto, además, por cuanto como ha quedado también de manifiesto la mentada reforma constitucional privilegió en este aspecto el reconocimiento de tales poderes de imposición, adoptando el criterio que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había fijado en sus últimos decisorios y que confirmaron tales poderes de imposición.

En sentido análogo, no puede perderse de vista que conforme lo establece el Artículo 123 de la Constitución Nacional.

“Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

No puede obviarse que los recursos municipales se encuentran integrados por tasas, impuestos y contribuciones de diversa índole y naturaleza (v. gr. retribución de servicios, licencias, rentas, etc.), circunstancia de la que por citar un ejemplo actual no se encuentran ajenas las municipalidades de la provincia de Buenos Aires

<sup>35</sup> Cfr. Rosatti, Horacio Daniel, “El federalismo en la reforma”, en la obra de varios autores *La Reforma de la Constitución* (Explicada por miembros de la Comisión de Redacción), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 258.

<sup>36</sup> La Convención Constituyente tomó partido por la tesis concurrencista de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que con muchas contramarchas así terminó por considerar al anterior Artículo 67 inc. 27 de la Constitución Nacional.

<sup>37</sup> Cfr. Rosatti, Horacio Daniel, *op. cit.*, p. 258.

(cfr. Artículo 226 de la Ley Orgánica de Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires; Decreto Ley N° 6.769/1958).

Del mismo modo, no puede perderse de vista que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho: “El alcance del principio contenido en el Artículo 67 inc. 12 de la Constitución Nacional debe ser fijado en relación a otro principio que es el del poder de las provincias de crear impuestos a la riqueza que se halle dentro de sus fronteras, ya que lo condenado, lo ilegal, es el gravamen con fines económicos de protección o preferencia, a fin de manejar la circulación económica y, al interpretar ese objeto esencial de la Ley Fundamental, no puede menoscabarse el derecho primario de las provincias a formar el tesoro público con la contribución de la riqueza y cuya forma más evidente es, sin duda, su población y su capacidad de consumo”<sup>38</sup>.

En igual sentido, y luego de reiterar que la cuestión vinculada a la construcción de un camino nacional en jurisdicción provincial debe examinarse sobre la base de los incs. 12, 13 y 16 del Artículo 67 de la Constitución Nacional y no por el criterio relativo a los establecimientos de utilidad nacional (anterior inc. 27), la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Supermercado S.A.I.C”. ha expresado: “[...] De lo dispuesto por el Artículo 27 del Decreto Ley N° 505/1958 ratificado por la Ley N° 14.467, y el Decreto N° 6.937/1958, reglamentario de aquel cuerpo normativo, surge que atento la naturaleza propia de los caminos nacionales, en éstos se ha permitido una jurisdicción concurrente entre la Nación y las provincias”.

[...] Una de las pautas a tener en cuenta amén del ámbito específico peculiar de cada establecimiento, obra o lugar, susceptible de derivarse racionalmente su naturaleza, es el campo deslindado como propio por la normación nacional dictada para cada instituto ya que, por principio, incumbe a la ley o la reglamentación supletoria determinar la existencia del fin nacional a cumplir y la forma y los medios de su satisfacción”.

[...] *Corresponde rechazar la demanda de repetición de la suma pagada a la provincia de Entre Ríos en concepto de impuesto a los ingresos brutos y derecho de extracción de minerales por las obras realizadas en una ruta nacional en jurisdicción de la provincia, si el tributo no fue creado con el objeto de gravar especialmente los trabajos de construcción de los caminos nacionales, ni tampoco se ha alegado confiscatoriedad o superposición con igual gravamen nacional, ni su gravitación negativa en la concreción de los fines perseguidos por la Nación al disponer la ejecución de la obra*”<sup>39</sup>.

En sentido semejante y tal como lo adelantáramos, la Corte ha resuelto: “[...] ni el régimen del Decreto-Ley N° 505/58, ni el de la Ley N° 16.657 dan base suficiente para pensar que un sistema instituido por la Nación para fomentar el desarrollo de los

<sup>38</sup> Cft. *Fallos*: 315:660.

<sup>39</sup> *Fallos*: 304:995; “Supermercado S.A.I.C. y Dragados y Obras Portuarias c/Entre Ríos Provincia de s/repetición” del 08-07-1982, con sustento en análogo criterio al empleado en *Fallos*: 302:1352 y en la causa “Techint CA Técnica Internacional S.A.C.I.” del 02-07-1981.

caminos en el país exima de la normal tributación de cargas que corresponde a las provincias en razón de las actividades desarrolladas bajo su amparo, o que se haya querido otorgar un privilegio carente de toda justificación”<sup>40</sup>.

Puede decirse que el criterio sentado por el más Alto Tribunal de Justicia de la Nación se encuentra definitivamente consolidado, pues la Corte lo ha empleado, con análogos fundamentos, entre otros, en los precedentes incluidos en la colección de *Fallos*: 310:450, 959 y 2.443; 311:1.148 y 1.459; 312:149; 315:1.169, y aun más modernamente en los autos “Municipalidad de Catamarca c/ ENTel. y Estado Nacional s/ejecutivo”, sentencia del 12 de septiembre de 1996.

En estos últimos, con remisión al decisorio contenido en *Fallos*: 315:1.169<sup>41</sup>, ha establecido:

“[...] no existe óbice, como principio, para que la Nación acepte que las provincias .y necesariamente sus municipalidades, a las que la propia jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido su calidad de organismos de gobierno de carácter esencial (*Fallos*: 154:25; M.574.XXII “Municipalidad de la Ciudad de Rosario c/Santa Fe, Provincia de s/inconstitucionalidad”, sentencia del 4 de junio de 1991) ejerzan sus poderes concurrentes de imposición, porque ningún precepto constitucional acuerda, a quienes realizan actividades de interés nacional, una inmunidad fiscal oponible al gobierno central; y en tanto medie decisión del legislador orientada a precisar los intereses nacionales, el sometimiento de ciertas empresas o actividades del poder impositivo local no significa violación de cláusula constitucional alguna [...]”.

“Por el contrario, tal temperamento importa la compatibilización del aludido interés, sin menoscabo de las potestades constitucionales, con la distribución de competencias entre las provincias y el gobierno central por medio de un instrumento legal idóneo [...]”.

### **VI.I. Límites del poder impositivo local**

Efectuado el anterior análisis, no puede obviarse que, como quedó establecido, la legislación nacional vinculada al asunto acepta el ejercicio del poder de policía y de imposición local (provincial y municipal), al punto que ha sido materia de expresa inclusión en los textos de los contratos celebrados por el Estado Nacional con sus concesionarios de obra pública según tuvo expresa oportunidad de examinar la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el decisorio recaído en la causa “Operadora de Estaciones de Servicio S.A.”, citado al comienzo de este trabajo.

<sup>40</sup> *Fallos*: 311:1323; “Esso S.A. Petrolera Argentina c/ Buenos Aires, Provincia s/ repetición de impuestos” del 04-08-1988.

<sup>41</sup> Causa “Municipalidad de La Plata c/ ENTel s/ejecución fiscal” del 10-06-1992.



De tal manera, mientras medie una decisión orientada a precisar los intereses nacionales, el sometimiento de ciertas actividades al poder impositivo local no significaría violación de cláusula constitucional alguna, pues [...] el impuesto, en tanto valioso instrumento de regulación económica, se aprecia como el modo de satisfacerlos<sup>42</sup>.

Lo anterior no significa aceptar, en modo alguno, la inexistencia de ciertos límites al poder impositivo local, pues como también ha quedado establecido tratándose de la regulación del comercio interprovincial, en el sentido más amplio que a dicha cláusula constitucional le ha conferido la jurisprudencia de la Corte, su regulación es atribución delegada al Gobierno Federal para ser ejercida por el Congreso, y por lo tanto el ejercicio de facultades impositivas por las provincias y municipios no puede ser discriminatorio o de algún modo impedir o dificultar las actividades interjurisdiccionales<sup>43</sup>.

Ello tiene particular importancia en lo relativo a la fijación de las tasas de peaje de las concesiones de obra pública que el Estado Nacional hubiere otorgado sobre los caminos sometidos a jurisdicción nacional, que como atribución propia le corresponde, resultando aquí aplicable la doctrina de la Corte Suprema según la cual la eventual presión tributaria sobre las tarifas de servicios de transporte debe graduarse razonablemente para no quitar rentabilidad a las explotaciones que revisten indudable interés público.<sup>44</sup>

## VII. EL CASO “OPERADORA DE ESTACIONES DE SERVICIO S.A.”

Resumidamente, puede decirse que la cuestión debatida se vinculaba con el ejercicio del poder de policía y de imposición municipal en el caso el que correspondía a la Municipalidad de Avellaneda sobre las denominadas áreas de servicio que se encuentran integradas en los accesos a la Ciudad de Buenos Aires y que por constituir caminos nacionales se encuentran sometidos a la jurisdicción federal (arg. Artículo 3° Ley N° 13.504) y en uno de los cuales (la denominada Autopista La Plata-Buenos Aires), la actora se había comprometido a construir, por contrato celebrado entre ella y la concesionaria de obra pública, estaciones de servicio para el expendio de combustibles, repuestos para automotores, comidas rápidas, etc.

Como cita la propia Corte Suprema en el Considerando 6° del decisorio aludido, la cuestión de fondo consistía en determinar si la autoridad municipal puede requerir la habilitación de dichas estaciones de servicio y por ende reclamar las tasas de alumbrado, barrido y limpieza, en un área sometida a jurisdicción federal, en la cual además el citado municipio de Avellaneda no prestaría tales servicios. Cabe indicar que

<sup>42</sup> Cfr. Corte Suprema de justicia de la Nación *in re* “Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. (Hidronor) v. Provincia de Neuquén” del 18-08-1987; *Fallos*: 310:1.569.

<sup>43</sup> Cfr. *Fallos*: 308:2.153. Más recientemente ver “Sociedad Anónima Agrícola Ganadera, Inmobiliaria El Bagual c/ Entre Ríos, provincia s/ devolución de tributos” del 07-90-1993; *El Derecho*: 156:402.

<sup>44</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación; *Fallos*: 308:153. del 07-09-1993; *El Derecho*: 156:402.

este último argumento, el relativo a la ausencia de una concreta prestación de servicios municipales, que las referidas tasas retribuyen, fue desechado por el Alto Tribunal en oportunidad de examinar el recurso extraordinario interpuesto por considerar que había sido tardíamente introducido por la demandante, lo cual de otra parte, impidió conocer el criterio del Tribunal de este concreto caso, merced a que en anteriores precedentes el mismo fue empleado para descartar la validez de tributos municipales fijados sin atender al requisito de la debida contraprestación.

Así, tuvo ocasión de decidir: “[...] la validez de las tasas, como la de todos los tributos, depende de un interés público que justifique su aplicación (*Fallos*: 251:50) y por tal razón la sola circunstancia de que el contribuyente carezca de interés en el servicio estatal no basta para eximirlo del pago de la tase respectiva (*Fallos*: 251:222, considerando 2° y su cita) [...]”

“[...] que todos los precedentes citados presuponen, empero, la existencia de un requisito fundamental respecto de las tasas, como es que al cobro de dicho tributo debe corresponder siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio relativo a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente (*Fallos*: 236:22 y su cita) [...]”.

“[...] las normas jurídicas son susceptibles de ser cuestionados en cuanto a su constitucionalidad cuando resultan irrazonables, en la inteligencia de que la irrazonabilidad se configura cuando no se adecuan a los fines cuya realización procuran o consagran una manifiesta iniquidad (*Fallos*:304:972; 305:159; 308:418)”<sup>45</sup>.

En lo aquí también interesa, el decisorio destaca –una vez más– que los poderes de las provincias son originarios e indefinidos, en tanto que los delegados al gobierno federal son definidos y expresos y que dentro de tal contexto las prerrogativas de los municipios derivan de los correspondientes a las provincias a los que pertenecen (Considerando 7°).

Finalmente y con cita de sus precedentes, la Corte ratifica las potestades de policía y tributarias de los municipios en los caminos nacionales, en tanto no interfieran con las finalidades que inspiraron al constituyente para establecer la jurisdicción federal sobre esta determinada materia.

### VIII. CONCLUSIONES

Así las cosas, y para culminar, entiendo que de los antecedentes examinados pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) no deben confundirse los conceptos de *dominio público*, y de *jurisdicción* sobre una cosa o bien. El primero apunta a la situación jurídica de dicha cosa o bien, en tanto que el segundo se refiere al poder de reglar total o parcialmente los usos de ese bien;

<sup>45</sup> Cfr. sentencia de fecha 05-09-1989 recaída en la causa “Compañía Química S.A. c/Municipalidad de Tucumán s/recurso contencioso-administrativo y acción de inconstitucionalidad”; *Fallos*: 312:1.575.

b) los accesos a la ciudad de Buenos Aires, como sucede con el caso de la autopista La Plata-Buenos Aires, materia del decisorio referido al comienzo, encuadran en la definición legal de caminos nacionales;

c) la jurisdicción para reglar el uso de los caminos nacionales, esto es, el poder para reglar el tránsito y circulación *roulage* en todo lo que se refiere a su condición de vía de comunicación interjurisdiccional, que se encuentran integrados a un sistema, corresponde a la autoridad federal;

Siguiendo en esto la autorizada opinión del Prof. Marienhoff, en materia de policía de las vías públicas calles y caminos hay que distinguir dos cuestiones que difieren fundamentalmente entre sí: la policía de la circulación o tránsito, y la policía de la vía pública considerada como dependencia dominical. En Francia se hace esa distinción hablando de *police du roulage* (o de la circulación) y de la *police de la voirie* (o de la cosa pública). La policía de la circulación (*roulage*) se vincula a la jurisdicción sobre las vías públicas. La policía de las vías públicas (*voirie*), consideradas éstas como dependencias dominicales, es local o provincial. Tal es el principio<sup>46</sup>.

Ahora bien, siendo tal el principio, merced a nuestra organización federal, dentro de sus respectivas esferas, la Nación y cada provincia tienen facultad exclusiva para establecer cuál ha de ser el modo de utilización de los bienes dominicales y cuál ha de ser el medio jurídico en cuyo mérito podrá adquirirse el derecho de uso especial sobre esos bienes: es decir, si esto último será mediante permiso, concesión o prescripción<sup>47</sup>.

De ello se sigue que en el supuesto de que se hubiere otorgado una concesión de obra pública sobre el camino nacional, corresponderá a la autoridad federal fijar las respectivas tasas de peaje;

d) el criterio dominante tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como en la doctrina científica argentina, ha sido el de incluir a los caminos nacionales en la cláusula de comercio de nuestra Constitución Nacional y por ende es facultad del Congreso de Nación Argentina legislar sobre los mismos;

e) ello no empece a la existencia de ciertas facultades en cabeza de las provincias, pues como ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo relativo a la regulación los caminos nacionales consiente cierta concurrencia de competencias de las autoridades federal y local;

<sup>46</sup> Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado...*, T. V, cuarta edición actualizada, pp. 628-629. Según el siempre destacado tratadista “[...] nuestros bienes públicos pueden ser nacionales o provinciales, según que estén situados en una o en otra jurisdicción. La autoridad competente para legislar sobre todo lo relacionado con el uso de los bienes públicos, depende del lugar en que esté ubicado el respectivo bien. El poder para legislar sobre el uso de los bienes públicos nacionales, le corresponde a la Nación (Constitución, Artículo 67, incisos. 14 y 27)” v. p. 355.

<sup>47</sup> Cfr. Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, p. 357.

f) las entidades locales conservan todo el poder no delegado en el gobierno federal (Artículo 121 Constitución Nacional), en virtud de lo cual ostentan poder de policía, sobre los aspectos no concernientes al uso y tránsito sobre el camino nacional, en cuanto tal (vgr. higiene, salubridad, moralidad);

g) no obstante ello, las provincias y municipios no pueden dictar normas que restrinjan, alteren o menoscaben la jurisdicción federal sobre el camino nacional (Artículo 126 Constitución Nacional).

De ese modo las autoridades municipales en ejercicio de sus poderes de legislación interna no se hayan autorizadas para dictar normas que puedan afectar el derecho de reglamentar el ejercicio del comercio conferido al Congreso Nacional;

h) En caso de que exista colisión de regulaciones en materias que podrían considerarse concurrentes (ej. seguridad), la legislación federal posee supremacía sobre la provincial municipal (arg. Artículo 31 Constitución Nacional)<sup>48</sup>;

i) la autoridad municipal no podría crear tributos que tengan por objeto gravar especialmente la construcción de un camino nacional o que graviten negativamente en la concreción de los fines perseguidos por la Nación al disponer la ejecución de la obra<sup>49</sup>;

j) la autoridad municipal no puede establecer gravámenes que encarezcan las tarifas de peaje o que quiten rentabilidad a las explotaciones que revistan indudable interés público federal<sup>50</sup>; y

k) la autoridad municipal conserva el ejercicio del “poder de policía” e “impositivo” sobre las denominadas *áreas de servicios* establecidas en los caminos nacionales y demás *actividades comerciales* que se llevan a cabo en las mismas, con el agregado –como ha dicho la Corte– que al cobro de una tasa municipal, como al de todos los tributos “[...] debe corresponder siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio relativo a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente”.

<sup>48</sup> Como derivación de lo anterior, la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que las autoridades municipales no poseen facultades para ejercer el control del tránsito con sus respectivos medios dentro de la zona de jurisdicción federal de los caminos nacionales (v. gr. mediante el empleo de agentes municipales). Así tuvo ocasión de expedirse en oportunidad de plantearse un conflicto en relación a la posibilidad de acudir al auxilio de la fuerza pública, para hacer efectivo el control de cargas, instaurado por el Decreto N° 1.446/1990 del Poder Ejecutivo Nacional en los corredores viales nacionales. En tal sentido y como regía, la Procuración del Tesoro de la Nación consideró que dicha autoridad competente, sobre las citadas vías de comunicación interjurisdiccional era la autoridad nacional. Gendarmería nacional; Policía Federal Argentina), sin perjuicio de que pueda mediar concertación o convención expresa con las autoridades provinciales (vgr. Policía bonaerense). Cfr. Dictamen N° 52/1994 del 27 de mayo de 1994 ya citado anteriormente.

<sup>49</sup> Bien podría ser este el caso si se comprueba que un municipio ha establecido una tasa, por la construcción de cabinas para la percepción de peaje, por ejemplo, con posterioridad a la celebración del contrato de concesión de obra pública por parte de la autoridad federal.

<sup>50</sup> Cfr. doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaída en *Fallos*: 308:153

## **Corte Suprema de Justicia de la Nación**

---

### **Daños por interrupción del servicio eléctrico. Facultades del Ente Nacional Regulador de la electricidad.**

A. 126. XXXVI. “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Resolución N° 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (Expte. N° 750-002119/96)”.

Suprema Corte:

- I -

Contra la sentencia de fs. 108/134, de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que -por mayoría- declaró la nulidad de la Resolución N° 229/1995 del Ente Nacional Regulador de la Energía (ENRE, en adelante), que fue confirmada por la Resolución N° 71/1996, de la Secretaría de Energía y Puertos del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y, en consecuencia, ordenó que el ENRE sustancie el reclamo formulado por Ángel Estrada S.A., tanto la Secretaría de Energía y Puertos como el ente regulador dedujeron los recursos extraordinarios obrantes a fs. 141/160 y 166/187, respectivamente, que fueron concedidos en lo atinente a la interpretación de normas federales y denegados en cuanto cuestionan el fallo por arbitrariedad (fs. 205).

La Cámara entendió que, por aplicación del Marco Regulatorio Eléctrico y del contrato de concesión celebrado entre el Estado Nacional y la empresa prestataria del servicio de distribución de energía eléc-

---

## **BREVES ANOTACIONES SOBRE LOS LÍMITES DE LA COMPETENCIA” DE LOS ENTES REGULADORES EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS, EN LA JURISPRUDENCIA DEL CASO “ÁNGEL ESTRADA”\***

### **I. INTRODUCCIÓN**

Con el caso en comentario, ha quedado claro que en el criterio de nuestro más Alto Tribunal no corresponde la intervención del Ente Regulador de la Electricidad (ENRE) –criterio extensible a otros de igual finalidad– en cuestiones que excedan la competencia estrictamente regulatoria que le ha sido atribuida por la ley de su creación, y que en ese orden no tiene facultades para decidir acerca de una indemnización de daños y perjuicios reclamada con arreglo a las disposiciones del derecho común por un usuario que se consideró damnificado por la interrupción del suministro eléctrico.

Para ello, con una profusión de argumentos que nunca antes había empleado cuando debió ocuparse de dichos entes, deja también en claro cuál es el límite admisible de las facultades que el ordenamiento jurídico puede asignarles para resol-

\* “Breves anotaciones sobre los límites de la ‘competencia’ de los entes reguladores en la solución de conflictos, en la jurisprudencia del caso ‘Ángel Estrada’”, Suplemento de Derecho Administrativo, *Jurisprudencia Argentina*, 2005-III, p. 60, Lexis Nexos (agosto 2005).

trica, ésta debía responder por la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la irregular prestación del servicio a su cargo.

Para así resolver, el primero de los jueces que conformó la postura mayoritaria del tribunal, consideró que correspondía discernir si el ENRE tiene facultades para conocer en una pretensión de daños y perjuicios o si su competencia se limita a aplicar las sanciones previstas, respetando los principios del debido proceso de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 58 inc. o) de la Ley N° 24.065. En tal sentido, sostuvo que los usuarios tienen derecho a la protección de sus intereses económicos y a que se establezcan procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos (cfr. Artículo 42 de la Constitución Nacional) y que el deber atribuido a las “autoridades” de proveer a esta protección incluye a las legislativas, administrativas y jurisdiccionales. Así, con sustento en el Artículo 72 de la Ley N° 24.065, consideró que el ente regulador es competente para resolver la controversia, porque su intervención es facultativa para los usuarios y terceros interesados y el hecho que dio origen al reclamo tiene estricta relación con su competencia.

En cuanto al fondo de la cuestión, señaló que el Poder Ejecutivo Nacional no pudo dispensar a las distribuidoras de la obligación de reparar los daños y perjuicios que ocasionen en la prestación del servicio, pues ello contradice el Artículo 42 de la Ley Fundamental y la limitación de la responsabilidad es un privilegio, cuya concesión está atribuida al Congreso (Artículo 75 inc. 18) y el legislador no lo facultó a suscribir contratos que contengan dichas cláusulas. Máxime cuando los destinatarios del servicio no son “clientes”, porque son cautivos, sino “usuarios” y la relación de éstos con el concesionario se rige por el Derecho Administrativo y por los Artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional desde 1994.

---

ver ese tipo de conflictos, bien que en el supuesto y tal como surge del dictamen del Procurador General (apartado IV, segundo párrafo) y ha sido ya señalado por la doctrina<sup>1</sup>, tal intervención del ente era facultativa para el usuario (cfr. Art. 72, segundo párrafo, Ley N° 24.065).

Como refiere Soto Kloss, si algún valor debe poseer desentrañar los caracteres de una institución jurídica, es el de intentar asignarle un concepto que todos comprendan en igual sentido, para conferirle certeza intelectual y con ella seguridad en el tráfico jurídico y justicia en la solución de los problemas, entre otros beneficios<sup>2</sup>; o como también señala Gordillo, los conceptos y definiciones tienen que tener alguna utilidad, tienen que ser funcionales para algo<sup>3</sup>.

Dicho lo cual uno podría interrogarse acerca de cómo deberíamos llamar de ahora en más la actividad que desarrollan los entes reguladores de servicios públicos cuando –por mandato legal– deben intervenir en “toda controversia” suscitada entre dos agentes de la industria o actividad regulada o entre alguno de aquellos y un usuario, en tanto la sentencia apela para resolver el entuerto a la denominada “jurisdicción administrativa primaria” del derecho americano y a los criterios empleados por la jurisprudencia de ese país.

<sup>1</sup> Cassagne, Juan Carlos; “Las Facultades jurisdiccionales de los Entes Reguladores”; La Ley del 9/6/2005.

<sup>2</sup> Soto Kloss, Eduardo, “La Concesión de Servicio Público. Notas para una precisión conceptual en el derecho chileno”, *Ius Publicum*, N° 9, 2002, pp. 111-117

<sup>3</sup> Gordillo, Agustín, “Policía y Poder de Policía”, en AAVV, *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones Rap S.A., 2004, p. 237.

Por otra parte, recordó que la Ley N° 24.240 dispone que, en caso de duda se estará a favor del consumidor e impide que los contratos de adhesión tengan cláusulas limitativas de responsabilidad (Artículos 37 y 38) y, por último, señaló que el Artículo 31 de la Ley N° 24.447 dispuso que las multas aplicadas por los entes reguladores ingresen al Tesoro Nacional, de donde surge que, aun cuando ello operaría sobre las sanciones administrativas, da cuenta de la modificación del destino que se atribuyó a la percepción de las multas impuestas, lo que por vía de hipótesis podría configurarse respecto de los numerales 5.1, 5.2 y 5.3. del Subanexo 4.

El otro magistrado que integró la mayoría también afirmó que el ENRE era competente para decidir la controversia, que se relaciona con la prestación –o su falta– del suministro de energía eléctrica, pues la expresión “toda controversia” contenida en el precitado Artículo 72 no permite limitarla a algunas y excluirla de otras. Por tal razón, descartó la existencia de un vicio en la competencia del órgano que dictó el acto recurrido.

Asimismo, entendió que, para determinar si la relación usuario-concesionario es legal, reglamentaria o contractual, hay que diferenciar si el servicio es *uti singuli* o *uti universi* y, en el primer caso, si es obligatorio o facultativo (como en el caso de la electricidad) y, por lo tanto, contractual, de derecho privado principalmente (civil o comercial según las circunstancias), sin perjuicio de los principios y normas de derecho público aplicables en razón de la calidad de servicio público de la actividad en cuestión. Así surge de los Artículos 9° y 10 de la Ley N° 24.065, que –a su juicio– establecen el carácter contractual de la relación usuario-distribuidora y del Artículo 44 de los contratos de concesión suscrip-

---

Aún más, ¿cuál es estrictamente el ámbito de su labor regulatoria y valor jurídico que corresponderá asignarle a los acuerdos que, en el marco de la competencia de dichos entes, puedan alcanzar los sujetos que –encontrándose habilitados legalmente– acudan ante esa instancia para –bajo el auspicio conciliatorio del ente regulador– dirimir los diferendos o controversias que los involucren? ¿Subsisten tales atribuciones? En caso afirmativo, ¿cuáles son sus límites?; ¿puede instar a la conciliación entre los sujetos en conflicto en materias en las cuales –a partir de los límites que le impone el fallo a su función– no tiene competencia para dirimir el conflicto o controversia?

Considero que interrogantes como los anteriores podrían válidamente plantearse a partir de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, adoptada por el voto de la mayoría de sus miembros, en el caso “Ángel Estrada y Cia. S.A.”, pronunciándose con relación a los límites que corresponden a la denominada “función jurisdiccional” desplegada por el ENRE, con un criterio que resulta extensible a otros entes de fiscalización y control que, siguiendo los parámetros del modelo vigente de traspaso a la gestión privada de servicios públicos, tengan expresamente atribuida competencia para entender en forma previa a la instancia judicial en los conflictos que se susciten entre los sujetos de la actividad regulada o entre un usuario y aquéllos<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> V. gr.: el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos, el cual por los Artículos 29 y 30 del Decreto N° 375/1997, ratificado por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 842/1997, expresamente tiene atribuida esa competencia.

tos entre el Estado Nacional y las distribuidoras. Pero aun cuando se asigne carácter predominantemente de Derecho Administrativo a la relación jurídica que se constituye entre la distribuidora y los usuarios, ante la ausencia de preceptos de Derecho Público que contemplen específicamente la cuestión, serían aplicables, de modo supletorio, las normas del Derecho común.

No puede necesariamente seguirse que el incumplimiento inexcusable de la prestadora la exima de responsabilidad frente al usuario por los daños originados como consecuencia de esa inejecución. Es cierto que si uno de los fines de los marcos regulatorios es la protección de los usuarios no puede traspasarse esas normas y las cláusulas de los contratos para beneficiar al usuario en perjuicio de la calidad técnica del servicio. La concesión es un acto de gobierno que tiene por fin organizar el servicio. El acto estatal regulatorio es de carácter unilateral y los usuarios no están legitimados para discutir el régimen reglamentario que constituye las condiciones de la oferta. Así no podrían pretender la prestación de un mejor servicio que el que la distribuidora se ofreció a dar de conformidad a los niveles de calidad establecidos en el Subanexo 4 del contrato de concesión. Sin embargo, entendió que en el *sub lite* no se discute el alcance de las obligaciones de las distribuidoras para con sus usuarios, sino la magnitud de su responsabilidad por los daños y perjuicios que pueden ocasionar como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones.

También señaló que la protección de los derechos de los usuarios tiene rango constitucional y desde esa perspectiva deben interpretarse las disposiciones de la Ley N° 24.065, que, por otra parte, no limitan aquella responsabilidad (cfr. Artículos 77 y 78), como tampoco lo hace el contrato de concesión (Artícu-

El fallo –por sus implicancias– ha llevado a la doctrina a reflexionar sobre sus alcances<sup>5</sup>, sumándose así a los anteriores estudios<sup>6</sup> que indagaban acerca del fenómeno de atribuirle a dichos entes reguladores –integrantes del complejo orgánico que se denomina Administración pública– competencia para entender en tales controversias.

Anticipo que –a mi modo de ver– se trata de una competencia regulatoria que debe ser analizada como una manifestación de la “función administrativa” de un órgano de la Administración pública (el ente regulador) investido por la ley de unas atribuciones que debe desplegar conforme a criterios de naturaleza eminentemente técnica y bajo un esquema en el cual, si bien no es –en principio– un “interesado

<sup>5</sup> Al ya citado trabajo de Cassagne, se agregan: Fanelli Evans, Guillermo E., “Indemnizaciones a Usuarios y Competencia de los Entes Reguladores”, *La Ley*, del 22-04-2005; Bianchi, Alberto B., “Reflexiones sobre el caso Ángel Estrada y sus efectos en la jurisdicción arbitral”, Suplemento de Derecho Administrativo, *El Derecho*, 18-05-2005; Mata, Ismael, “El caso ‘Ángel Estrada’ y la competencia de los entes reguladores para resolver conflictos sobre daños y perjuicios”, Rap Digital – Circular Letter N° 47, mayo 2005, incluido en *Revista Argentina del Régimen de la Administración pública – Rap: 322:73*, julio 2005; Mora, Roberto D., “Una de cal y otra de arena (a propósito del fallo Ángel Estrada y Cía S.A.)”, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, *La Ley*, 27-05-2005, p. 20 y sigs. También se ha ocupado Vanossi, Jorge R., “De nuevo: ¿Poder Judicial y Tribunales Arbitrales; o Tribunales Administrativos?”, *Jurisprudencia Argentina*–, 2005 –II, fascículo 12, p. 3, en especial pp. 10-12.

<sup>6</sup> Aguilar Valdez, Oscar, “Reflexiones sobre las Funciones Jurisdiccionales de los Entes Reguladores de Servicios Públicos a la Luz del Control Judicial de la Administración” en Universidad Austral – *Anuario de Derecho* 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 181 y sigs. Bianchi, Alberto B., *La Regulación Económica*, T. I, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001, en especial Capítulo V, p. 283 y sigs.; Comadira, Julio R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot – Lexis Nexis, 2003, 2ª edición actualizada, Capítulo XXV, en especial p. 662 y sigs .



lo 24), a cuyo respecto los usuarios son “terceros ajenos” y, por ello, desestimó la interpretación del ENRE relativa a que esa cláusula se refiera a la responsabilidad extracontractual.

Consideró que el Artículo 3º, inc. e) del Reglamento de Suministro introduce un estándar jurídico y la circunstancia de que las multas del numeral 5 del Subanexo 4 del contrato de concesión se abonen a los usuarios y se determinen sobre la base del perjuicio que ocasionan –de donde derivaría su carácter resarcitorio–, no significa que sean “cláusulas penales”, pues ello se opone a la clara letra del numeral 5.2. de dicho Subanexo, ya que si tuvieran aquella característica, habría que concluir que, para la primera etapa de la concesión, se estableció una total impunidad. En su concepto, el objetivo de estas sanciones es orientar las inversiones, tal como expresamente lo determina el numeral 5.1. del Subanexo 4 y, en caso en caso de duda u oscuridad, se han de interpretar en favor de los usuarios, admitiendo sólo excepcionalmente limitaciones a los derechos constitucionales, cuya renuncia, por otra parte, no cabe presumir.

Así, con independencia de que el Artículo 31 de la Ley N° 24.447 dispuso que las multas que apliquen los entes ingresen al Tesoro Nacional, no puede obviarse que dichas penalidades tienden a reintegrar el valor de la energía no recibida, pero sus montos no guardan ninguna relación con los eventuales daños y perjuicios que puedan efectivamente haberse sufrido y, en tal sentido, la Resolución N° 292/1999 del ENRE consideró que las sanciones se previeron en el contexto de las situaciones normales de producción de contingencias, al fijar plazos máximos admisibles de interrupción del servicio durante la cual la distribuidora no sería penada, pero admitió que, superando los perjuicios evidentes, las bonificaciones por las multas impuestas, ello importaría permitir a la distribuidora incumplir sus obligaciones esencia-

---

directo” en el conflicto llevado a su conocimiento, su resultado no le es –en modo alguno– ajeno, pues como señala Fanelli Evans, siempre su misión primera es la defensa del *servicio*<sup>7</sup>.

Es a partir de esa caracterización que debe analizarse la competencia o incompetencia del ente para entender en la materia que se hubiere sometido a conocimiento (arg. Art. 3º, Ley N° 19.549).

## II. LAS CUESTIONES COMPRENDIDAS EN LA DECISIÓN

Dos son los aspectos que, estando íntimamente vinculados, abarca la decisión, y en la consideración conjunta de ellos debe –a mi juicio– ser analizada la decisión (arg. Considerando 4º del voto mayoritario).

### 1. La limitación de la responsabilidad

El primero de esos aspectos está referido a la limitación de la responsabilidad por el daño sufrido por un usuario del servicio público a raíz de la interrupción del suministro eléctrico, sin norma legal que establezca esa limitación. Esto porque, en rigor ella, fue establecida por la interpretación de las cláusulas del contrato de concesión y sus anexos que realizó el Ente Regulador de Electricidad, a partir de considerar que las multas fijadas en dicho plexo contractual constituyen el resarcimiento que corresponde al damnificado por el incumplimiento de la prestación del suministro eléctrico.

La decisión de la Corte Suprema rechaza en forma terminante esa interpretación, en tanto resuelve que tal limitación únicamente puede surgir de la letra expresa de la

<sup>7</sup> Fanelli Evans, Guillermo E., *op.cit.*

les, lo que repugna al criterio de equidad que debe existir en las relaciones entre los usuarios y la distribuidora y la custodia de la seguridad pública. En esa oportunidad, el ENRE decidió fijar una indemnización mínima y permitir a los usuarios reclamar las diferencias de los mayores perjuicios que acreditaran.

El magistrado que votó en minoría, tuvo en cuenta que el contrato de concesión fija la responsabilidad de la distribuidora por “*todos los daños y perjuicios causados a terceros y/o bienes de propiedad de éstos como consecuencia de la ejecución del contrato y el incumplimiento de las obligaciones asumidas*” (Artículo 24) y faculta al ente regulador, en caso de incumplimiento, a aplicar las sanciones previstas en el Subanexo 4 (Artículo 36), el que también prevé que aquella deberá abonar multas a los usuarios cuando incumpla con disposiciones o parámetros relacionados con situaciones individuales y que dicho pago no la releva de eventuales reclamos por daños y perjuicios (cfr. num. 5.2., segundo y tercer párrafos). Por su parte, el Reglamento de Suministro de Energía Eléctrica para los servicios prestados por Edenor S.A. y Edesur S.A. (aprobado por Resolución N° 168/1992 de la Secretaría de Energía Eléctrica) dispone que las distribuidoras deben reparar los daños a las instalaciones o artefactos de los usuarios causados por deficiencias de la calidad técnica del suministro que le sean imputables (Artículo 3° inc. e). Sin embargo, señaló que el ENRE posee facultades para discernir controversias del tipo de la planteada en autos e imponer sanciones (Artículos 56 inc. o y 78 de la Ley N° 24.065), las que están circunscriptas a la comprobación de la falta y a la determinación de su monto, conforme a las pautas técnicas establecidas en los num. 2, 2.1, 2.2., 3, 3.1., 3.2., del Subanexo 4 del contrato de concesión, pero no puede reconocer indemnizaciones por daños y perjuicios, sin que obste a esa conclusión la disposición del

---

ley y siempre a condición de que la norma limitativa sea razonable (cfr. Considerando 9° del voto de la mayoría).

Este aspecto de la sentencia no puede sino merecer elogios, pues viene a confirmar que el “deber jurídico de soportar el daño” sólo puede ser dispuesto por una ley con sustento en el Artículo 19 de la Constitución Nacional, norma en la cual –como ya lo había resuelto el Alto Tribunal– se residencia el principio del *alterum non laedere*<sup>8</sup>.

En ese orden, y por su estrecha vinculación, cuadra mencionar que el Tribunal hace especial mérito a la circunstancia de que –salvo texto expreso en contrario– no es presumible que las estipulaciones del contrato de concesión de servicio público (criterio extensible a la concesión de obra pública) tiendan a regular los efectos de relaciones jurídicas extrañas a él, ni que respecto de ellos no rija la regla básica de todo acuerdo de voluntades según la cual sus cláusulas no pueden –en ningún caso– perjudicar a terceros.

Es que si bien en el ámbito de estos contratos se quiebra el molde tradicional del contrato regido por el derecho común, en cuanto en éstos impera la regla según la cual sus efectos rigen únicamente entre los contrayentes y –cuando corresponda– sus sucesores singulares y universales (Arts. 503 y 1195 Código Civil), y, en cambio, la concesión administrativa proyecta sus estipulaciones a sujetos que no participan de la celebración del contrato original (v. gr.: usuarios o beneficiarios), ello no autoriza

<sup>8</sup> Enseñaba Bielsa que el citado precepto constitucional es un límite objetivo impuesto a la autoridad y a la vez regla de certeza en el status jurídico del habitante (cfr. Bielsa, Rafael, *Régimen Jurídico de Policía*, Buenos Aires, La Ley, 1957, en especial p. 27. Por nuestra parte, nos remitimos a nuestro trabajo *La Responsabilidad Pública (Análisis de la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003.

Artículo 72 de aquella ley, en cuanto alude a “toda controversia”. Máxime cuando la admisión de facultades jurisdiccionales de los entes es de carácter restrictivo, tal como lo indicó la Corte en *Fallos*: 321:776. Por ello, entendió que sostener –tal como lo hace el ENRE– que, en caso de interrupciones, la distribuidora debe pagar las multas previstas en el contrato de concesión “*como única y total reparación*” constituye una afirmación dogmática en una materia que, por imperativo constitucional, sólo corresponde resolver a los jueces, salvo concreta atribución de competencia en el ente regulador, a la vez que constituye un vicio en la competencia y en el objeto del acto, que se trasladan a la resolución de la Secretaría de Energía.

- II -

II.1. Los principales agravios de la Secretaría de Energía y Puertos pueden resumirse del siguiente modo:

a) El ente regulador tiene competencia para determinar el incumplimiento contractual y para imponer la sanción cuyos parámetros están previamente definidos, pero no puede –tal como lo pretende el *a quo*– expedirse sobre un tema de Derecho privado, cual es la facultad de juzgar sobre reclamos de daños y perjuicios, porque la indemnización tiene naturaleza civil y no administrativa y, por lo tanto, esa cuestión está reservada a los jueces.

b) La Ley N° 24.065 faculta al Poder Ejecutivo Nacional, en su carácter de titular del servicio público de distribución, a reglamentar el servicio (Artículo 1°) y la actuación del ENRE. Así, mediante el Artículo 56 inc. b), determinó el régimen de penalidades que aquél debe aplicar, de acuerdo con los parámetros

---

a extender sus alcances más allá de lo expresamente previsto, ni permite olvidar el principio jurídico de que no pueden perjudicar a terceros (Art. 853 Código Civil)<sup>9</sup>.

De manera que una primera conclusión que se desprende de la doctrina sentada por el fallo –por obvia que resulte– es que toda decisión de un órgano administrativo (en el caso, el ente regulador) que se aparte del criterio expuesto es nula de nulidad absoluta por violación del derecho aplicable (arg. Art. 14 inciso b) Ley N° 19.549).

## 2. El límite de la denominada “función jurisdiccional”

El segundo aspecto del fallo es el relativo al límite constitucional dentro del cual se puede admitir el ejercicio de la denominada “función jurisdiccional” –en rigor sería “actividad jurisdiccional”– de los entes reguladores. En ese sentido, el decisorio –enrolándose en una consideración sumamente estricta de semejante atribución– no le reconoce competencia para resolver en su instancia una indemnización de daños y perjuicios en el marco de las disposiciones del derecho común. Es decir, tal materia es extraña a su competencia administrativa.

Digo que en todo caso sería “actividad jurisdiccional” y no “función jurisdiccional” pues, como señala Barra<sup>10</sup> –en criterio que persuade<sup>11</sup>–, la *actividad* es un con-

<sup>9</sup> Ver por todos Marienhoff, Miguel S., *Permiso Especial de Uso de Bienes del Dominio Público*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 51.

<sup>10</sup> Barra, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, parágrafo 50, p. 240 y sigs.

<sup>11</sup> Así lo referimos cuando se me confirió el privilegio de presentar en la Universidad Católica Argentina la obra *Tratado de Derecho Administrativo* del Profesor Rodolfo C. Barra, exposición que ha quedado plasmada por la generosidad del Profesor Eduardo Soto Kloss –Decano Académico de la Universidad

que le fije. En tales circunstancias, el *a quo* se inmiscuyó en una esfera que no le es propia e intentó reglamentar un servicio público en exceso de sus facultades, ya que tanto la determinación de las penalidades como el alcance de las responsabilidades de los actores del Mercado Eléctrico Mayorista es propio de la regulación del sistema que la ley puso en cabeza del Poder Ejecutivo Nacional, sobre la base de delicados equilibrios se ven desestabilizados por la sentencia.

c) La concesionaria tiene una doble relación obligacional que surge de la misma disposición reglamentaria que determina las tarifas y los niveles de calidad: una hacia el poder concedente de cumplir con el contrato de concesión y otra para con los usuarios cuando celebra, con cada uno de ellos, un contrato de suministro. Por ello, al determinarse los niveles de calidad del servicio al que aquélla se compromete (num. 5.5 del Subanexo 4, en cuanto establece que las penalidades por incumplimiento constituyen cláusulas penales) se justifica que el usuario sea el destinatario las multas, tal como, por otra parte, lo ha sostenido la Procuración del Tesoro de la Nación cuando señaló que las multas tienen naturaleza penal -que tienden a prevenir o reprimir la violación de normas legales- y no carácter retributivo del posible daño causado. Ello permite inferir que tendrán carácter resarcitorio cuando -tal como sucede en el *sub lite*- busquen reparar el daño causado con en el caso de autos, en concordancia con lo dispuesto por el Artículo 652 del Código Civil. En definitiva, el Estado creó la actividad de distribución como servicio público, la organizó y dispuso su prestación en las condiciones de sus posibilidades técnicas y económicas, de modo tal de asegurar un nivel de calidad concordante con la valoración que los usuarios otorgan a la energía no suministrada, pero si, por su actividad o deseos, aquéllos tienen la necesidad de tener energía con mayor nivel de seguridad, entonces deben prever los medios pertinentes para obtenerla.

cepto que describe el resultado material de la conducta (la relación de la expresión de la voluntad estatal con la norma jurídica, ya sea que le dé nacimiento, la aplique a situaciones particulares y concretas, o resuelva conforme a ella los conflictos intersubjetivos), en tanto que la *función* es la que, en el reparto de competencias, la Constitución Nacional le asigna a cada órgano. En ese orden de ideas, la *función ejecutiva* -explica el autor seguido- es la que pertenece al órgano ejecutivo y al complejo orgánico -Administración pública- que se le subordina.

No puede pasar inadvertido que el Tribunal apele para la caracterización de la actividad desplegada por el ente en ese plano a la llamada “jurisdicción primaria” de las comisiones o agencias reguladoras del derecho norteamericano (cfr. Considerando 13 del voto de la mayoría, y en particular el último párrafo de dicho considerando) y se remita en forma expresa también a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, ámbito en el que se origina el instituto, aun cuando no exista unánime acuerdo sobre si ella resulta ser una manifestación de la voluntad judicial o legal<sup>12</sup>.

Tampoco puedo dejar de señalar que el Alto Tribunal no mencionó entre sus precedentes la decisión recaída en la causa “Complejo Agroindustrial San Juan S.A. v. Distribuidora del Gas del Noroeste S.A.” de fecha 23-04-1996 (*Fallos*: 319:498), y sólo se remitiera a la sentencia dictada en “Litoral Gas S.A. c/ Enargas - Resolución

Santo Tomás de Santiago de Chile- en la publicación de esa Casa de Estudios *Ius Publicum*, N° 14, 2005, p. 278 y siguientes.

<sup>12</sup> Aguilar Valdez, Oscar, *op. cit.*, en especial pp. 193-215. En sentido semejante puede verse más recientemente la opinión de Mora, Roberto D., *op. cit.*, p. 20 y sigs., en especial p. 23, donde -con cita de calificada doctrina extranjera- el autor señala el origen judicial de la teoría.

II.2. A su turno, el ENRE formula sus agravios en los siguientes términos:

a) La determinación de los montos indemnizables por los incumplimientos de los niveles de calidad prefijados que producen daño, integra la organización del servicio público, que es un acto de gobierno reservado al Poder Ejecutivo Nacional (Artículos 3, 35 y 36 y 56 inc. b, de la Ley N° 24.065). Esta “organización” se ve perturbada por la sentencia que altera la relación “tarifa-calidad-penalidad”, los tres pilares en los que se asienta la estructura y viabilidad del servicio y si uno de estos elementos no se corresponde con el otro el servicio fracasa y, por ello, durante el primer año de gestión se estableció que no habría sanciones, ya que nadie podría prestar el servicio sin estas limitaciones a la responsabilidad. El monto de las penalidades se relaciona íntimamente con la calidad del servicio, que se revisa cada cinco años, según lo dispone el Artículo 42 de la Ley N° 24.065 y determina, a su vez, el cuadro tarifario que no se aplica a los contratos especiales acordados entre los usuarios y la distribuidora (cfr. Artículo 27 del contrato de concesión). De esta manera, quien pretende otra calidad de servicio puede acordarlo con la distribuidora y pactar libremente el precio, lo que asegura que los restantes usuarios no estén subsidiando la mayor tarifa que requiere otro nivel de calidad superior. La estructura de responsabilidad patrimonial de todo el sector eléctrico está regulada con penalidades prefijadas.

b) Existen claras normas reglamentarias limitativas de responsabilidad contenidas en el Subanexo 4 del contrato de concesión, toda vez que no se puede asegurar la absoluta ausencia de fallas. En cuanto a la interpretación del Artículo 24 del contrato de concesión y del numeral 5.2. (tercer párrafo) del Subanexo 4, considera que no es razonable sostener que el concesionario debe afrontar los daños y perjuicios

---

N° 29/1994”, de fecha 16 de abril de 1998 (*Fallos*: 321:776), y aun a la más lejana colectada en la causa “Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José (sucesión)”, de fecha 19-09-1960 (*Fallos*: 247:646), aplicable en todo caso –por lo que luego mencionaré– como declaración de principios y valores jurídicos de nuestro ordenamiento jurídico.

A mi modo de ver, con el criterio que surge de la primera de las decisiones señaladas (que también se remitió a la doctrina sentada en “*Fernández Arias*”) la discusión ya estaba resuelta, pues en aquel caso (y a propósito de un conflicto de competencia) se trataba de dirimir si era prematura la promoción de una acción en sede judicial sin antes transitar la vía administrativa establecida por la Ley N° 24.076 ante el respectivo ente regulador. En un conflicto suscitado entre un usuario y un agente de la industria del gas y el Alto Tribunal –con remisión al dictamen del Procurador General– resolvió que el Ente Regulador del Gas debía entender en el conflicto en forma previa a la intervención de los Jueces.

Esta nueva decisión puede ser inscripta –aunque ahora con más detalle– en la línea que ya había quedado trazada en el caso “Complejo Agroindustrial San Juan S.A.”, sin perjuicio de mencionar la sustancial diferencia que existe entre el caso del ENRE y el ENARGAS en este punto.

En efecto, el marco regulatorio de este último (Ley N° 24.076) no prevé una instancia facultativa para el usuario (como sí en cambio lo hace el segundo párrafo del Art. 72 de la Ley N° 24.065 para el ENRE), ya que el Artículo 66 de la citada Ley N° 24.076 no hace tal tipo de diferencias y, en consecuencia, “toda controversia” que se suscite entre los sujetos de la ley, así como con todo tipo de terceros interesados ya sean personas físicas o jurídicas, deberán ser sometidas en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente (cfr. disposición citada).

ocasionados a los usuarios, pues de lo contrario carecería de razón fijar el complejo sistema de determinación de penalidades e insiste en que tales previsiones se aplican a la responsabilidad “extracontractual”.

c) Las penalidades del contrato de concesión son verdaderas cláusulas penales en los términos del 652 del Código Civil y el hecho de que el numeral 5.1. disponga que aquéllas tienden a orientar las inversiones, obliga a realizar una interpretación íntegra valiosa y razonable de la todas las normas aplicables y a concluir que ellas son fijadas no sólo para disuadir el incumplimiento sino con fines resarcitorios, razón por la cual revierten a los usuarios. Las sanciones administrativas tienen otra finalidad, porque constituyen un reproche por la contravención a disposiciones legales o reglamentarias.

d) Sobre el Artículo 31 de la Ley N° 24.447 señala que a este tipo de multas se refería el Artículo 66, inc. d), de la Ley N° 24.065 y el Subanexo VI del contrato de concesión, que regula las ‘Otras obligaciones de la distribuidora’, sin relación directa con la prestación del servicio al usuario (contrato de suministro) y que se refieren al cumplimiento de las directivas generales del servicio (normas técnicas y de seguridad por trabajos en la vía pública, etc.). Llamativamente, el contrato de concesión contemplaba que aquéllas debían destinarse a quien sufre el daño o sobre costo por el accionar de la distribuidora, pero la Ley N° 24.447 modificó dicha disposición y dispuso que los montos percibidos en concepto de multas ingresen al Tesoro Nacional.

e) El ente invariablemente ha mantenido un criterio limitativo sobre la responsabilidad de las distribuidoras, sin que obste a ello el dictado de la Resolución N° 292/99 –que reconoció una indemnización integral–, pues aquélla respondió a un hecho extraordinario.

No obstante tal sustancial diferencia, la decisión en comentario no hace distinciones y le aplica a todo el espectro (facultativo u obligatorio) los criterios desarrollados sólo para uno de ellos (la instancia –siempre– “obligatoria” ante el ENARGAS). De allí lo dicho acerca de la posible aplicación generalizada de la dogmática que surge de esta decisión para todos los entes reguladores creados al influjo del modelo de separación de roles entre las diferentes manifestaciones de la función administrativa, adoptado a partir del traspaso a la gestión privada de servicios públicos<sup>13</sup>. Con todo, y como lo ha señalado acertadamente la doctrina al comentar el fallo<sup>14</sup>, al no haberse declarado la inconstitucionalidad de las disposiciones involucradas, subsiste el problema de si las soluciones que surgen de la decisión son aplicables a las regulaciones provistas por disposiciones del derecho público provincial por ser un ámbito de su competencia reservada.

### III. ANOTACIONES SOBRE LA “FUNCIÓN” QUE DESPLIEGAN LOS ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS

Repasemos que los entes reguladores –si bien ya existían en nuestro ordenamiento; v. gr.: el Banco Central de la República Argentina– proliferaron como resul-

<sup>13</sup> Sobre la descripción del fenómeno de la separación de roles, véase el excelente trabajo de Ismael Mata, “Los entes reguladores de servicios públicos (La experiencia de Argentina)”, incluido en *Documentación Administrativa*, 267-268, septiembre 2003-abril 2004, p. 395, publicación del INAP, España. Por nuestra parte nos remitimos a lo que hemos dejado dicho en “Breves Anotaciones Sobre los Entes Reguladores de Servicios Públicos en la República Argentina al Comienzo del Tercer Milenio”, incluido como Introducción en AAVV, *Regulación y Control*, Cuadernos de Época – Serie Servicios Públicos, N° 6, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2003.

<sup>14</sup> Mata, Ismael, *op. cit.*

f)El fallo recurrido involucra la aplicación de un sistema que se torna de imposible implementación práctica o que resulta contrario al Artículo 42 de la Constitución Nacional, ya que provocaría la generación de créditos masivos de escasa significación económica. La tarifación de esos créditos en forma de cláusulas penales evita a los usuarios la acreditación de los daños, pues de otro modo serían multas teóricas cuyo costo de gestión seguramente las superaría. En efecto, si todos los usuarios las reclamaran no habría organización pública que pudiera sustanciarlas ni procesar individualmente los más de 4.000.000 de reclamos que se generarían cada semestre. Es por eso que el contrato fijó las penalidades anticipándose al nuevo texto de la disposición constitucional.

- III -

Los recursos extraordinarios son formalmente admisibles, pues en autos se encuentra en discusión el alcance que corresponde otorgar a las normas que conforman el Marco Regulatorio Eléctrico, al que VE ha calificado de carácter federal (*Fallos*: 323:2992, entre otros) y la decisión del *a quo* es contraria al derecho que los apelantes fundan en ellas (Artículo 14, inc. 3º, de la Ley N° 48).

- IV -

Así planteada la cuestión, entiendo que, en primer término, corresponde examinar el agravio relativo a la supuesta incompetencia del ente regulador para resolver este tipo de controversias, pues de la conclusión a la que se arribe sobre ello dependerá el análisis de las siguientes quejas.

En mi opinión, el Artículo 72, segundo párrafo, de la Ley N° 24.065 le atribuye competencia al ENRE para entender en pretensiones como la que se debate en el *sub lite*, si bien condicionado a que el usuario las someta a su consideración. En efecto, en lo que aquí interesa, dicha disposición faculta al usuario a

---

tado del proceso de Reforma del Estado iniciado con las Leyes Nros. 23.696 y 23.697 y su “necesaria” existencia ha sido establecida luego por la propia Constitución Nacional, a partir de la inclusión del Artículo 42 por la reforma del año 1994.

Han sido organizados bajo la forma de “entidades autárquicas”, circunstancia que permite entonces caracterizarlos por desarrollar una competencia “típicamente administrativa” y que –tal como quedó anticipado– son el reflejo de la separación producida entre la “prestación” de la actividad y la “titularidad” de la misma, habiéndose delegado en ellos el ejercicio del control estatal sobre el prestatario, sea este privado o público, función que es propia del Estado que concede o autoriza dicha actividad<sup>15</sup>. Digamos, de paso, que ninguna razón jurídica impide que el ejercicio de su competencia tenga como destinatarios también a las organizaciones empresariales públicas o del sector cooperativo, cuyo cometido sea la prestación de un servicio público o el desarrollo de una actividad de interés general<sup>16</sup>.

Ahora bien, ¿cuál es el objeto de la regulación que despliegan? En términos simples, podríamos decir que deben recrear las condiciones del mercado donde las reglas naturales del mismo se encuentren suprimidas, sea por las condiciones en que se desarrolla la prestación del servicio (monopolio natural), sea por las condiciones en que ha sido otorgado el título de habilitación (exclusividad o monopolio de derecho). En ese orden, la actividad reguladora de estos entes se circunscribe entonces al

<sup>15</sup> Mairal, Héctor; “La ideología del Servicio Público”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 14, septiembre-diciembre, 1993, p. 359 y sigs.

<sup>16</sup> Conteste con este criterio puede verse la Ley N° 8835 de la Provincia de Córdoba por cuyo Artículo 21 se crea el Ente Regulador de Servicios Públicos (ERSEP) y se le asigna competencia regulatoria cualquiera fuere la naturaleza jurídica del prestatario.

plantear ante el ente regulador “*toda controversia*” que se suscite -entre otros- con las distribuidoras “*con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad*”. De este modo, aquél podrá optar entre someter la controversia a decisión del ENRE -en cuyo caso la resolución que éste adopte podrá ser recurrida en sede judicial mediante los procedimientos previstos en la propia Ley N° 24.065 u ocurrir directamente al Poder Judicial mediante la interposición de una acción ordinaria, de acuerdo con los criterios expuestos por la Corte en el *leading case* “Fernández Arias” (*Fallos*: 247:646).

Esta inteligencia, por otra parte, se ajusta a los parámetros incorporados en el Artículo 42 de la Carta Magna por el Constituyente reformador en 1994, sin que ello signifique el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a este ente regulador, ni conferirle el carácter de tribunal administrativo (cfr. doctrina de *Fallos*: 321:776).

Despejada esta cuestión, estimo que la sentencia recurrida se ajusta a derecho y, en consecuencia, que los agravios que se pretenden poner a consideración del Tribunal por medio de los recursos extraordinarios deducidos deben ser desestimados.

Así lo considero, porque -contrariamente a lo sostenido por las recurrentes respecto de la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica- el Poder Ejecutivo Nacional carece de facultades para actuar como “colegislador” y, en tal carácter, “dispensar” a las empresas distribuidoras de la obligación de reparar en forma integral los perjuicios causados a los usuarios como consecuencia de la defectuosa prestación del servicio a su cargo.

En cuanto al punto central de la controversia ventilada en el sub examine, comparto la apreciación de uno de los magistrados que conformó la posición mayoritaria de la Cámara, cuando afirma que no se

dictado de la normativa respectiva, el control y aplicación de sanciones, el estímulo de la calidad y eficiencia de los prestadores, la aplicación de incentivos relativos a la actividad regulada de conformidad con las políticas sectoriales que fije el Estado otorgante del título habilitante de prestación y la solución de conflictos entre las partes del sistema<sup>17</sup>.

Pero esto último en cuanto ello sea necesario para la vigencia del propio sistema sometido a su regulación, y de allí que la expresión “*toda controversia*”, empleada por la ley, deba ser entendida en el estricto contexto de la finalidad de su creación.

Por ello, si bien la actividad desplegada por el ente regulador, en cuanto órgano estatal, debe ser apreciada siempre desde su esencia o materialidad, no se puede hacer sin perder de vista que ella es siempre manifestación de la “función administrativa” y está insertada en el ámbito del complejo orgánico llamado Administración pública, y -por lo tanto- no es confundible con la “función judicial” reservada por la Constitución Nacional al órgano al que le asigna dicha competencia. En tanto tales principios guíen la interpretación de las decisiones emanadas de esos entes, no habrá cabida para confusiones conceptuales.

#### **IV. LA DENOMINADA “FUNCIÓN JURISDICCIONAL” DE LOS ENTES REGULADORES COMO UNA MANIFESTACIÓN DE SU COMPETENCIA (TÉCNICA) DE REGULACIÓN**

En primer lugar, debe retenerse que la existencia y eventual validez de actos jurisdiccionales emanados de órganos de la Administración pública es una de las

<sup>17</sup> Cfr. Mata, Ismael, “Los entes reguladores...”, *op. cit.*



discute el alcance de las obligaciones de las distribuidoras para con los usuarios, sino la magnitud de sus responsabilidades por los daños y perjuicios que puedan ocasionar como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones.

Desde esta perspectiva, con independencia del carácter reglamentario o contractual de la relación entre usuarios y concesionarios, la responsabilidad de las distribuidoras por los perjuicios efectivamente ocasionados a los usuarios surge del Artículo 24 del contrato de concesión, cuando dispone que “*la distribuidora será responsable por todos los daños y perjuicios causados a terceros y/o bienes de propiedad de estos como consecuencia de la ejecución del contrato y/o el incumplimiento de las obligaciones asumidas conforme al mismo y/o a la prestación del servicio público*”, en consonancia con la previsión del num. 5.2, tercer párrafo, del Subanexo 4 del mismo contrato, en tanto señala que “[...] *el pago de las penalidades no relevará a la distribuidora de eventuales reclamos por daños y perjuicios*”. Como consecuencia de ellos, los usuarios tienen la posibilidad de reclamar por los daños y perjuicios que no lleguen a ser reparados con las multas que se impongan a las distribuidoras –las que, según el mismo Marco Regulatorio, son bonificadas en las facturas individuales–.

Al respecto, desde mi punto de vista, los usuarios están aprehendidos en la categoría de “terceros” a los que se refiere la cláusula contractual recién mencionada, aun cuando resulten beneficiarios –si bien con obligaciones– del contrato de concesión suscripto entre el Estado concedente y la distribuidora concesionaria. Empero, si alguna duda cabe, ella se resuelve en sentido adverso al concesionario, por aplicación de la doctrina del Tribunal que, desde antaño y por recepción de precedentes jurisprudenciales norteamericanos, señala que, en materia de interpretación de concesiones, nada debe tomarse como

---

cuestiones más debatidas en la doctrina administrativa nacional<sup>18</sup>. Ni siquiera con el dictado del Artículo 99 del Reglamento Nacional de Procedimiento Administrativo (Decreto N° 1.759/1972 –texto según Decreto N° 1.883/1991–) se ha dejado de cuestionar la existencia de los llamados “actos administrativos de naturaleza jurisdiccional”<sup>19</sup>.

En segundo lugar, como es conocido y la sentencia lo reitera, la Corte Suprema había admitido desde antiguo la atribución de competencia jurisdiccional en órganos administrativos, en la medida en que se asegure un *control judicial suficiente*, expresión que significa: a) *reconocimiento* a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los Jueces ordinarios; y b) *negación* a los Tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y el derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que existiendo *opción legal*, los interesados hubieran elegido la vía administrativa, *privándose voluntariamente* de la judicial<sup>20</sup> (el destacado es propio).

De ello se deriva que la cuestión central y determinante radicaba en la existencia de una “opción legal” para el interesado, circunstancia que ha resultado decisiva en la interpretación que debe realizarse acerca del carácter de “resolución final” de las decisiones emanadas de órganos semejantes.

<sup>18</sup> Palacio, Lino Enrique, “Algunas consideraciones sobre los actos jurisdiccionales de la Administración”, en la obra *120 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación, 1863-1983*, p. 75 y sigs.

<sup>19</sup> Para una descripción de diferentes posturas adoptadas por la doctrina acerca de este punto y por su vinculación, me remito en homenaje a la brevedad a “El Tribunal Arbitral de Obras Públicas y la naturaleza de sus decisiones”, *La Ley*, 1994-D-786.

<sup>20</sup> “Fernández Arias, Elena c/ Poggio, José (sucesión)”, del 19-09-1960; *Fallos*: 247:646 y sigs. con cita de *Fallos*: 205:17; 245:35 (Considerando 19).

concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmativa, necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del concesionario (cfr. doctrina de *Fallos*: 149:218 y 323:337, por mencionar uno reciente).

En este mismo orden de ideas, debe tenerse en cuenta que el régimen de penalidades tiene por finalidad medir la calidad del servicio, por lo que tales sanciones están destinadas a “*orientar las inversiones de la distribuidora hacia el beneficio de los usuarios, en el sentido de mejorar la calidad en la prestación del servicio público de electricidad.*” (num. 5.1. del Subanexo 4 del contrato de concesión), aun cuando aquél deba determinarse en función del “*perjuicio económico*” que ocasione al usuario la prestación del servicio en condiciones no satisfactorias y las multas deben ser acreditadas en su factura (cfr. inc. b.1.4. de la reglamentación del Artículo 56 de la Ley N° 24.065, aprobada por Decreto N° 1398/92).

Por otra parte, cabe recordar que la protección de los intereses económicos de los usuarios tiene resguardo constitucional y, ante la ausencia de norma con rango de ley que limite la reparación de los daños causados por las distribuidoras a sus usuarios, no cabe restringir su alcance por vía reglamentaria o contractual, reduciéndola al costo estimado del producto no suministrado.

- V -

Por lo expuesto, opino que corresponde confirmar la sentencia en todo cuanto fue materia de los recursos extraordinarios deducidos.

Buenos Aires, 11 de junio de 2002

**Nicolás E. Becerra**

Aun cuando se asuma –como ha indicado Bianchi– que la Corte Suprema ha ampliado los requisitos para admitir la constitucionalidad de atribuciones jurisdiccionales en órganos administrativos<sup>21</sup>, en el caso bajo análisis no se verifica estrictamente el supuesto de “Fernández Arias”, dado que el régimen aplicable no prevé tal opción legal para el interesado que lo prive voluntariamente de la vía judicial. No sucede en el caso de la instancia previa y obligatoria del primer párrafo del Artículo 72 de la Ley N° 24.065, ni tampoco en la del Artículo 66 de la Ley N° 24.076, pues en ambos el control judicial posterior no se puede suprimir por la opción que realice el interesado y por el contrario es –siempre– pleno, pues abarca tanto el derecho como los hechos controvertidos, comprendiendo incluso el control de legalidad y razonabilidad de las decisiones adoptadas en el marco de la discrecionalidad técnica que en el ejercicio de la función administrativa la ley le ha encomendado.

De allí que su actividad en la solución de conflictos no es asimilable a la “jurisdicción arbitral” que –cumpliendo con ciertos requisitos– sí emite decisiones finales sobre los hechos controvertidos y el derecho aplicable, y es por ello que la actividad desplegada en ese ámbito por dichos entes –como el resto de la que practican– es manifestación de la “función administrativa” y por lo tanto está sometida estrictamente al principio de subordinación legal y revisión judicial plena.

Tal como aquí se aprecia, el análisis acerca de los alcances de la llamada “función jurisdiccional” en cabeza de estos órganos administrativos, que recobra fuerza en la sanción de los marcos regulatorios para la prestación de los servicios públi-

<sup>21</sup> Bianchi, Alberto B., *op. cit.*

Buenos Aires, 5 de abril de 2005

Vistos los autos: “Angel Estrada y Cía. S.A. c/ Resolución N° 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (Expte. N° 750-002119/96)”.

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal hizo lugar, por mayoría, al recurso directo (previsto en el Artículo 76 de la Ley N° 24.065) interpuesto por Angel Estrada y Cía. S.A. y, en consecuencia, dejó sin efecto la Resolución N° 229 de 1995 dictada por el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (cfr. fs. 403/418 del expediente administrativo agregado). En dicha resolución se había rechazado el reclamo de indemnización de los daños y perjuicios planteado en sede administrativa contra Edesur S.A., con motivo de las interrupciones en el servicio de suministro en niveles de tensión insuficientes para poner en funcionamiento diversas máquinas. Al dejar sin efecto la resolución cuestionada, el tribunal de alzada dispuso que las actuaciones administrativas fueran devueltas al ente regulador para que éste, en ejercicio de la jurisdicción que le confiere el Artículo 72, segundo párrafo, de la Ley N° 24.065, procediera a la determinación de la cuantía de la reparación reclamada por la demandante en concepto de alquiler de equipo eléctrico y sueldos abonados al personal.

Contra tal pronunciamiento, el Ente Regulador de la Energía Eléctrica y la Secretaría de Energía y Puertos de la Nación (que había confirmado lo resuelto por el ente al resolver el recurso de alzada previamente deducido por la empresa usuaria) interpusieron sendos recursos extraordinarios, que fue-

---

cos<sup>22</sup>, debe hacerse sin perder de vista –como se ha señalado más arriba– que aun cuando se predique su imparcialidad o neutralidad, la solución del conflicto llevado a su conocimiento no le resulta ajena, pues se encuentra en discusión la prestación del servicio o actividad sujeto a su regulación y fiscalización, o sea que entran en la discusión el alcance de sus atribuciones y decisiones de naturaleza técnica.

No se trata de que propugnemos llevar cualquier discusión (y mucho menos de cualquier manera) al ámbito judicial, ni de negarle a estos órganos la competencia que ha dado origen a su especial creación por la ley<sup>23</sup> (competencia que está –indudablemente– signada por un fuerte contenido de carácter discrecional y técnico<sup>24</sup>). Pero habrá que convenir en que con su específica misión ya suficiente responsabilidad tienen atribuida y que –en este campo– sería por mucho preferible que privilegien sus facultades conciliatorias en la solución de los conflictos (ámbito en el cual los sujetos gozan de una amplia autonomía negocial)<sup>25</sup> antes que incursionar en la adopción de decisiones más propias de la “función judicial”.

<sup>22</sup> Canosa, Armando N., *Los Recursos Administrativos*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996, p. 32 y nota N° 12, en esa misma página.

<sup>23</sup> Cassagne, Juan Carlos, “Las Facultades Jurisdiccionales...”, *op. cit.*

<sup>24</sup> Bianchi, Alberto B., “El Control Judicial de la Administración pública. La llamada doctrina de la deferencia”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), *Derecho Procesal Administrativo*, en Homenaje a Jesús González Pérez, T. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 183 y sigs., en especial p. 227.

<sup>25</sup> Limitando su papel –entre otras– a la defensa del servicio y del interés público, a evitar que se afecte el equilibrio entre las partes o el alcance de sus decisiones.

ron concedidos en lo atinente a la interpretación de normas federales y denegados en cuanto a la arbitrariedad del fallo (fs. 205).

2°) Que, como fundamento, el tribunal de alzada sostuvo que, no obstante haber intervenido en el caso en ejercicio de las facultades jurisdiccionales previstas en el Artículo 72 de la Ley N° 24.065, el ente regulador tenía igualmente interés suficiente para ser tenido como parte en el pleito pues, al mismo tiempo, la ley citada le había encomendado la policía del servicio.

Con relación al fondo de la cuestión añadió que, contrariamente a lo que se sostiene en la resolución administrativa impugnada, el Artículo 78 de la Ley N° 24.065 (en cuanto dispone que los concesionarios serán sancionados con las penalidades previstas en los contratos de concesión) y el punto 5.2 del sub anexo 4 “Normas de Calidad del Servicio Público y Sanciones” del contrato de concesión (en cuanto prevé la aplicación de multas por incumplimiento), no limitaban la responsabilidad de Edesur S.A. al pago de dichas multas como “única y total reparación” debida al usuario. En tal sentido, destacó que el referido punto 5.2 del Subanexo 4 del contrato de concesión celebrado con Edesur S.A. establece expresamente que “el pago de la penalidad no relevará a la distribuidora de eventuales reclamos de daños y perjuicios”, y desechó lo argumentado por el ente regulador con relación a que tales daños y perjuicios serían, exclusivamente, los derivados de la responsabilidad extracontractual de la empresa prestadora del servicio.

Por tales razones, estableció que el incumplimiento de la obligación de suministrar fluido eléctrico en las condiciones previstas en el contrato determinaba la responsabilidad de Edesur S.A. no sólo por las multas (ya aplicadas, por Resolución N° 79 de 1994 del ente citado; cfr. fs. 476 del expediente administrativo agregado), sino por los daños y perjuicios ocasionados a los usuarios, excepto en el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

Como fundamento concurrente, en la sentencia cuestionada también se indicó que la alegada limitación de la responsabilidad de la empresa distribuidora no resultaba oponible a la empresa usuaria, toda vez que la Ley N° 24.240, aplicable a los servicios públicos “domiciliados” (Artículo 25), prohíbe imponer a los consumidores o usuarios las cláusulas limitativas de responsabilidad incorporadas en los contratos de adhesión. Asimismo, se expresó que el Artículo 31 de la Ley N° 24.447, al disponer que el importe de las multas aplicadas por los entes reguladores en el cumplimiento de sus funciones de control serían consideradas como recursos presupuestarios, había modificado el destino inicialmente previsto para aquellas, con la consiguiente imposibilidad de que fueran percibidas por los usuarios del servicio.

Por último, la cámara sostuvo que el Ente Nacional Regulador de la Electricidad tenía plena competencia para pronunciarse acerca de la procedencia y cuantía de los daños y perjuicios reclamados por la firma usuaria en la instancia administrativa. En este sentido, señaló que el Artículo 72 de la Ley N° 24.065 atribuye al ente jurisdicción para entender en toda controversia derivada del suministro de energía eléctrica y, en su párrafo segundo establece que los usuarios, facultativamente, podrán someter sus reclamos a la jurisdicción del referido organismo (temperamento que había sido concretamente adoptado por Angel Estrada y Cía. S.A. en el caso). En virtud de ello, dispuso que las actuaciones fuesen devueltas al organismo de control, para que éste determinara la cuantía de los daños sufridos por la firma usuaria.

3°) Que los recursos extraordinarios interpuestos a fs. 140/160 vta. y 166/187 resultan formalmente admisibles, toda vez que en el caso se halla en tela de juicio la interpretación de los preceptos de la Ley N° 24.065, de indudable carácter federal (*Fallos*: 316:2906; 322:1781 y 323:3949, entre otros), el Decreto N° 1.398 de 1992, y el Reglamento de Suministro de Energía Eléctrica aprobado por Resolución de la Secretaría de Energía 168 de 1992; así como las cláusulas de la concesión del servicio público de electricidad otorgada por la autoridad nacional con base en aquella ley; y la decisión final del pleito ha sido adversa al sentido que los recurrentes le atribuyen a tales disposiciones (Artículo 14, inc. 3°, de la Ley N° 48).

4°) Que los agravios expuestos en los aludidos recursos federales conducen a examinar dos cuestiones: a) la alegada limitación de la responsabilidad de la empresa distribuidora que resultaría del Artículo 78 de la Ley N° 24.065 y del punto 5 y subsiguientes del sub anexo 4 del contrato de concesión celebrado

con Edesur S.A. O sea, determinar si la aplicación de las multas previstas en este último instrumento excluye la posibilidad de que el usuario reclame adicionalmente los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de concesión por parte de la empresa distribuidora. Y b) la competencia del organismo de control (en caso de que se admitiera la responsabilidad por daños y perjuicios) para resolver, en sede administrativa, la procedencia del resarcimiento solicitado por la firma usuaria con fundamento en el derecho de los contratos y las disposiciones legales y reglamentarias que determinan las condiciones que debe reunir el suministro de energía eléctrica.

5°) Que, respecto de la primera cuestión, el Artículo 78 de la Ley N° 24.065 establece que “las violaciones o incumplimientos de los contratos de concesión de servicios de transporte o distribución de electricidad serán sancionados con las penalidades previstas en los respectivos contratos de concesión”.

En el punto 5.5.1. del sub anexo 4 del contrato se establece que “el Ente aplicará sanciones y multas a la distribuidora cuanto ésta entregue un producto con características distintas a las convenidas (nivel de tensión y perturbaciones). Las mismas se calcularán en base al perjuicio ocasionado al usuario, de acuerdo a lo descripto en el punto 2.2.1, y 2.2. del presente documento”. Seguidamente, en el punto 5.5.2. prevé que “El Ente aplicará sanciones y multas a la Distribuidora cuando este preste un servicio con características técnicas distintas a las convenidas (frecuencia de las interrupciones y duración de las mismas)”.

Por su parte, el punto 5.2 del Subanexo referido (al que, como se ha dicho, remite el punto 5.5.1.) estipula: “Carácter de las sanciones: Las multas dispuestas, además de ajustarse al tipo y gravedad de la falta, tendrán en cuenta los antecedentes generales de La Distribuidora y, en particular, la reincidencia en faltas similares a las penalizadas, con especial énfasis cuando ellas afecten a la misma zona o grupo de usuarios.

La Distribuidora deberá abonar multas a los usuarios en los casos de incumplimiento de disposiciones o parámetros relacionados con situaciones individuales. Una vez comprobada la infracción, el ENTE dispondrá que La Distribuidora abone una multa al usuario, conforme a la gravedad de la falta, a los antecedentes de La Distribuidora y en particular a las reincidencias. Las multas individuales deberán guardar relación con el monto de la facturación promedio mensual del usuario.

El pago de la penalidad no relevará a La Distribuidora de eventuales reclamos de daños y perjuicios [...]”.

6°) Que el Ente Nacional Regulador de la Electricidad interpreta las mencionadas disposiciones legales y contractuales en el sentido de que ellas limitan la responsabilidad de la empresa distribuidora a las “penalidades previstas en los contratos de concesión”, vale decir, a las multas previstas en el sub anexo aludido.

Sostiene, sustancialmente, que dicha limitación se justifica por la misma razón técnica que se explican las limitaciones de responsabilidad consagradas en otros ámbitos, tales como la del transportador marítimo y aéreo, o en el derecho de seguros. Afirma que si además de las multas previstas en el contrato, la concesionaria debiera responder frente a cada uno de los usuarios por los perjuicios derivados de las posibles variaciones en el nivel de tensión o de las inevitables interrupciones en el suministro de energía eléctrica, se quebraría el equilibrio económico de las empresas prestadoras, y la previsión de tales costos redundaría, en definitiva, en un incremento sustancial de las tarifas. Potencialmente, cada interrupción en el suministro de energía eléctrica podría dar lugar a una infinidad de reclamos por los daños individualmente sufridos por los usuarios en su profesión, comercio o industria.

Aduce que, por tal razón, las multas a que se refiere el punto 5 sub anexo 4 del contrato de concesión tienen el carácter de cláusulas penales, cuyo efecto propio es el de limitar el importe de los daños derivados del incumplimiento del contrato de concesión al monto fijado en ellas, de modo que el usuario no puede reclamar más que ese importe (Artículo 655 del Código Civil).

Por tanto asevera que lo previsto en el punto 5.2, tercer párrafo, del sub anexo referido (en el sentido de que “el pago de la penalidad no relevará a la distribuidora de eventuales reclamos de daños y perjuicios”) tiene por único alcance excluir de la señalada limitación de responsabilidad a los supuestos en

que, con motivo de la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica, la empresa distribuidora causara un daño a personas distintas de los usuarios del servicio; vale decir, comprende exclusivamente los supuestos de responsabilidad extracontractual.

En sentido análogo agrega que el decreto 1398 de 1992, al reglamentar el Artículo 56 inc. b. 1.4. de la Ley N° 24.065, dispone que “el régimen de penalidades se establecerá en función del perjuicio económico que ocasione al usuario la prestación del servicio en condiciones no satisfactorias. En consecuencia, la multa por incumplimiento de las normas de calidad de servicio técnico satisfactorio, consistirá en la aplicación de bonificaciones sobre las facturaciones a los usuarios que hayan sido afectados, las que se calcularán en función del costo que representa, para cada grupo de usuarios, la energía no suministrada”.

Finalmente destaca que el Artículo 3, inc. e, del Reglamento de Suministro de la Energía, oportunamente aprobado por la Secretaría de Energía, dispone que “en caso de que se produzcan daños a las instalaciones y/o artefactos de propiedad del usuario, provocadas por deficiencias en la calidad técnica del suministro imputables a la distribuidora, y que no puedan ser evitados mediante la instalación en los mismos de las protecciones de norma, la distribuidora deberá hacerse cargo de la reparación y/o reposición correspondiente, salvo fuerza mayor. La reparación del daño causado, mencionada en el párrafo precedente, no eximirá a la distribuidora de las sanciones regladas en el punto 5 del Subanexo 4, ‘Normas de Calidad del Servicio y Sanciones’”. Alega que sólo en dicho supuesto (daños a las instalaciones o artefactos de propiedad del usuario) el usuario puede reclamar, además de las multas, el resarcimiento de los daños y perjuicios producidos a las instalaciones o artefactos.

Afirma que la determinación de qué es lo debido al usuario y de las consecuencias de la falta de cumplimiento de la prestación se hallan íntegramente reguladas por las normas legales, reglamentarias y las disposiciones contractuales referidas que, para los supuestos de interrupciones y variaciones en los niveles del suministro de corriente eléctrica, no prevén sino la aplicación de multas o bonificaciones excepto en el caso, ya aludido, de los daños causados a las instalaciones o artefactos del usuario. Señala que, mediante la Resolución N° 79 de 1994, el Ente Regulador de la Energía Eléctrica ya había aplicado a Edesur S.A. las multas previstas en el Subanexo 4 del contrato de concesión a raíz de las interrupciones y variaciones en los niveles de tensión que originaron el reclamo de la empresa usuaria, (que totalizaron 122.613,12 pesos más 3.847.230 pesos, por incumplimiento de los niveles de calidad de producto técnico -punto 5.5.1 del Subanexo 4- y de los niveles de calidad de servicio técnico -punto 5.5.2 del Subanexo 4-, respectivamente, que acreditados a los usuarios de la zona, v. fs. 468 del expediente administrativo agregado). Por tanto, sostiene que es improcedente la indemnización de los daños y perjuicios adicionalmente ocasionados a la empresa usuaria (estimados en 163.770 pesos).

7°) Que la inteligencia propuesta por el Ente Nacional Regulador de la Electricidad no se ajusta a la letra ni al espíritu de la ley ni al contrato de concesión y sus disposiciones complementarias. Sobre el particular es menester destacar que el mencionado Artículo 78 de la Ley N° 24.065 (al disponer que las violaciones o incumplimientos de los contratos...serán sancionados con las penalidades previstas en los respectivos contratos de concesión) remite al texto del respectivo contrato.

El texto del punto 5.2 del sub anexo 4 del contrato de concesión impide considerar a las multas previstas en dicho instrumento como límite de la responsabilidad de la empresa concesionaria por incumplimiento del contrato de concesión, y tampoco permite considerarlas como “cláusulas penales”, es decir, determinaciones convencionales de los daños ocasionados a los usuarios.

En efecto, después de establecer que la distribuidora que entregue un producto o preste un servicio con características “distintas a las convenidas” será pasible de las sanciones y multas previstas en el sub anexo referido (puntos 5.5.1 y 5.5.2), el citado punto 5.2 especifica que “la distribuidora deberá abonar multas a los usuarios en los casos de incumplimiento de disposiciones o parámetros relacionados con situaciones individuales. Una vez comprobada la infracción, el Ente dispondrá que la distribuidora abone una multa al usuario, conforme a la gravedad de la falta...”, para inmediatamente añadir que “el pago de la penalidad no relevará a la distribuidora de eventuales reclamos por daños y perjuicios”.

Los términos transcritos indican con claridad que la penalidad de que se trata ha sido prevista para el caso de incumplimiento del contrato de concesión en cuanto a las diferencias en la calidad del suministro que fuera prefijada y, en consecuencia, lo expresado seguidamente respecto de la responsabilidad por eventuales “reclamos por daños y perjuicios” se refiere al mismo supuesto de hecho que, según el texto examinado, justifica la aplicación de penalidades: esto es, el caso de incumplimiento del suministro de energía eléctrica según los parámetros establecidos en el contrato de concesión y sus especificaciones complementarias.

8°) Que, por lo mismo, tampoco resulta atendible lo argumentado en el sentido de que la frase “el pago de la penalidad no relevará a la distribuidora de eventuales reclamos de daños y perjuicios” contenida en el tercer párrafo del Subanexo 4 se refiere, únicamente, a los supuestos de responsabilidad extracontractual de la empresa concesionaria (esto es, a los daños ocasionados a terceros no usuarios del servicio con motivo de la ejecución del contrato). Al margen de que, salvo texto expreso en contrario, no es presumible que las partes hayan dedicado las cláusulas del contrato a regular los efectos de relaciones jurídicas extrañas a las nacidas del acuerdo de voluntades, tales previsiones no resultarían oponibles a terceros (*Fallos*: 284:279); especialmente si se atiende al carácter de principio general del derecho que cabe reconocer al axioma *alterum non laedere* (*Fallos*: 182:5; 315:689 y 320:1999).

9°) Que, por otra parte, no está de más recordar que los límites a la responsabilidad deben resultar de la letra expresa de la ley, y dichos límites son válidos siempre y cuando el criterio de distinción establecido por el Congreso para fundar la excepción al régimen general obedezca a fines propios de su competencia y la potestad legislativa haya sido ejercida de modo conducente al objetivo perseguido (cfr. *Fallos*: 250:410; 268:415). En el caso examinado, la alegada limitación de la responsabilidad carece de base legal y, en tales condiciones, no tiene sentido especular acerca de cuál hubiera sido el justificativo válidamente elegido por el Congreso de la Nación para exceptuar a las empresas distribuidoras de energía eléctrica de las normas legales que, de manera uniforme, regulan los efectos del incumplimiento de las obligaciones nacidas de los contratos respecto de la generalidad de las personas jurídicas.

En otras palabras, en el caso se debate si la empresa concesionaria es responsable por los daños ocasionados por interrupciones y variaciones en los niveles de tensión o si, de conformidad con lo alegado en sede administrativa, el incumplimiento no le resulta imputable, porque obedeció a un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor. La cuestión se reduce a determinar si (teniendo especialmente en cuenta la naturaleza y modalidades propias con que, según las normas aplicables y el contrato respectivos, debió ser cumplido el suministro de energía) Edesur S.A. es responsable y, en ese caso, si adeuda al usuario los daños e intereses correlativos. El asunto planteado se resuelve con arreglo a los principios del derecho común, cuya vigencia no ha sido desplazada por ninguna otra norma contenida en el estatuto legal específico que regula la prestación del servicio de electricidad. Ya se ha expresado que el Artículo 78 de la Ley N° 24.065 (en cuanto dispone que los incumplimientos de los contratos de distribución de electricidad serán sancionados con las penalidades previstas en los contratos de concesión) no sólo no excluye la vigencia de las normas generales que regulan la responsabilidad contractual sino que, además, remite al texto del contrato que deja a salvo los eventuales reclamos por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la provisión de energía en las condiciones debidas. El Reglamento de Suministro, aprobado por resolución de la Secretaría de Energía 168 de 1992, se limita a determinar una de las hipótesis de responsabilidad de la empresa distribuidora, esta es, el resarcimiento de los daños producidos a las instalaciones y/o artefactos de propiedad del usuario provocados por deficiencias de la calidad técnica del suministro imputables a dicha empresa.

Pero sus previsiones no son taxativas, pues no es admisible entender que las normas estatutarias que regulan el servicio público de que se trata derogan las normas del derecho común, salvo que el Congreso expresamente hubiera dispuesto lo contrario o cuando la subsistencia de las normas preexistentes fuese tan repugnante al estatuto legal que lo privara de eficacia; esto es, que lo inutilizara (cfr. *Nader vs. Allegheny Airlines*, 426 U.S. 290 y su cita -204 U.S. 437-).

10) Que, de manera coincidente, el ente regulador argumenta que aceptar la responsabilidad de la distribuidora más allá de las multas prefijadas en el contrato de concesión y sus anexos, significaría un sobre

costo que, inevitablemente, redundaría en un incremento en el precio del servicio prestado a los usuarios. Sobre el particular cabe advertir que las bases para la fijación de las tarifas se hallan establecidas por el Artículo 40 y subsiguientes de la Ley N° 24.065. En cuanto interesa al caso, tales normas establecen que las tarifas de los servicios suministrados por los distribuidores serán justas y razonables, de manera que proveerán a quienes operen en forma económica y prudente la oportunidad de obtener ingresos suficientes para satisfacer los costos operativos razonables, las amortizaciones, y una tasa de rentabilidad justa. Ninguna de tales disposiciones permite que las consecuencias de las eventuales faltas de diligencia en que incurriesen las empresas concesionarias puedan ser tenidas en cuenta y cargadas al precio del servicio respectivo, toda vez que la tarifa debe satisfacer exclusivamente los costos en que aquellas hubieran prudentemente incurrido con el objeto de satisfacer la prestación debida a los usuarios.

11) Que, respecto de la segunda cuestión planteada en el caso (cfr. considerando 4°, b), relativa a determinar si el Ente Nacional Regulador de la Electricidad tiene facultades para resolver el reclamo de daños y perjuicios interpuesto por Angel Estrada y Cía. S.A. en los términos expuestos, la Secretaría de Energía se agravia de lo resuelto en la sentencia apelada por considerar que la competencia atribuida por la Ley N° 24.065 al ente regulador se limita exclusivamente a la determinación de la existencia de un incumplimiento contractual, y a la imposición de las sanciones establecidas en el contrato respectivo. Sostiene que la determinación y condena al pago de los daños y perjuicios reclamados por el usuario constituye materia ajena a la jurisdicción del ente y, al estar regida por el derecho privado, compete a los jueces ordinarios (fs. 149/150 vta.).

12) Que para delimitar el alcance de las facultades a que se refiere el Artículo 72 de la Ley N° 24.065 es preciso computar la totalidad de sus preceptos, de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y, especialmente, con los principios y garantías de la Constitución Nacional (*Fallos*: 312:111 y 1036, y sus citas). En consecuencia, la atribución de dirimir todas las controversias de contenido patrimonial que se susciten entre particulares con motivo del suministro de energía eléctrica debe ser entendida con el alcance derivado de la doctrina de *Fallos*: 247:646 y, la más próxima de *Fallos*: 321:776. De conformidad con ellas, el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los Artículos 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y 109 de la Constitución Nacional que, basado en el texto del Artículo 108 de la Constitución de Chile de 1833 (v. Jorge Tristán Bosch: *¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos Para Juzgar a La Administración Pública?*. Víctor Zavalía Editor, 1951; pp. 55 a 64, y 160) prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales. Tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.

13) Que conviene recordar que la atribución de la jurisdicción primaria a organismos administrativos (doctrina tomada de EEUU) se justifica cuando la resolución de la controversia presuponga la familiaridad con hechos cuyo conocimiento haya sido confiado por la ley a cuerpos expertos, debido a que su dilucidación depende de la experiencia técnica de dichos cuerpos; o bien porque están en juego los particulares deberes regulatorios encomendados por el Congreso a una agencia de la administración; o cuando se procure asegurar la uniformidad y consistencia en la interpretación de las regulaciones políticas diseñadas por la agencia para una industria o mercado particular, en vez de librarla a los criterios heterogéneos o aun contradictorios que podrían resultar de las decisiones de jueces de primera instancia (cfr. doctrina de los casos *Texas & Pacific Railway v. Abilene Cotton Oil.*, 204 U.S. 426; *Far East Conference v. United States*, 342 U.S. 570; *Weinberger v. Bentex Pharmaceuticals, Inc.*, 412 U.S. 645). Por el contrario, la Suprema Corte de los Estados Unidos entendió que el principio de la jurisdicción primaria no rige cuando la cuestión controvertida es ajena al régimen propio de las agencias. Así, en el caso *Nader v. Allegheny Airlines, Inc.* (426 U.S. 290, 306), dicha Corte estableció que no correspondía



someter a la jurisdicción primaria de la Civil Aeronautics Board (CAB) la determinación de si una línea aérea había incurrido en un engaño fraudulento al no informar que podía “sobrevender” sus vuelos e impedir el embarque de pasajeros con reservas confirmadas. En este sentido, la Corte argumentó que no justificaba someter este tema a la jurisdicción primaria de la CAB, desde que para resolver el caso no se necesitaba contar con la experiencia y especialización de dicha agencia. Agregó que “la aplicación de los estándares que rigen una demanda por prácticas fraudulentas corresponde a la competencia convencional de los tribunales ordinarios” y que “el criterio técnico de un cuerpo experto no parece ser útil para la aplicación de estos estándares a los hechos del caso”.

Es decir, la jurisdicción de las agencias se circunscribe a las materias que configuran “el corazón” de las tareas que tuvo en miras el Congreso que las emplazó. Entre ellas están, por ejemplo, las decisiones relativas a la razonabilidad de las tarifas (cfr. casos “Texas & Pacific Railway” y “Far East Conference”, citados precedentemente y *United States v. Western Pacific Railroad*, 352 U.S. 59).

Según estos principios, en el caso de autos estarían sujetas a la jurisdicción primaria de los organismos administrativos las controversias que se susciten entre los sujetos mencionados en la primera parte del Artículo 72 de la Ley N° 24.065, en la medida en que las relaciones entre ellos afectan el correcto funcionamiento del servicio. Lo mismo cabe decir de los supuestos enunciados en el Reglamento de Suministros aprobado por la resolución 168/1992 de la Secretaría de Energía y sus modificatorias cuando, facultativamente, los usuarios optasen por la jurisdicción del ente regulador en los términos del segundo párrafo del Artículo 72 ya citado. Es que la denominada “jurisdicción primaria” de las agencias administrativas comprende los conflictos que originalmente corresponden a la competencia de los jueces ordinarios, pero que en virtud de la existencia de un régimen propio, incluyen determinados extremos comprendidos dentro de la competencia especial de un cuerpo administrativo (cfr. “*United States v. Western Pacific Railroad*”, citado precedentemente), con la salvaguarda de que la palabra final sobre la validez de las órdenes o regulaciones dictadas por aquél siempre compete a los jueces ordinarios.

14) Que es relevante añadir que no cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente. Los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados pues, de lo contrario, la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional, e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el Artículo 116 de la Constitución Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación. Admitir que el Congreso pudiera delegar en los órganos de la administración facultades judiciales sin limitación material de ninguna especie sería tan impensable como permitir que el legislador delegara la sustancia de sus propias funciones legislativas, lo cual está expresamente vedado en el Artículo 76 de la Constitución Nacional, con salvedades expresas.

En consecuencia, dada la sustancial analogía existente entre las facultades atribuidas por el Artículo 72 de la Ley N° 24.065 al Ente Regulador de la Energía Eléctrica (para resolver “todas la controversias” que se susciten con motivo del suministro de energía eléctrica) y las otorgadas por el Artículo 66 de la Ley N° 24.076 al Ente Nacional Regulador del Gas (para dirimir “todas las controversias” que se susciten con motivo de la captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización del gas), es pertinente extender al caso la doctrina de *Fallos*: 321:776. De conformidad con ella, la decisión del conflicto relativo a la venta y adquisición de las instalaciones de distribución de gas, por importar una determinación sobre el derecho de dominio sobre éstas, se halla excluida de la jurisdicción especial atribuida al Ente Nacional Regulador del Gas (cfr. considerando 7°). De la misma manera, la determinación y condena al pago de los daños y perjuicios eventualmente derivados del incumplimiento del contrato celebrado con el usuario debe considerarse fuera de la jurisdicción especial atribuida al Ente Nacional Regulador de la Electricidad por el Artículo 72 de la Ley N° 24.065.

15) Que, de manera general, la expresión “toda controversia” contenida en el artículo citado debe entenderse como circunscripta a toda controversia válidamente sustraída por el Congreso a la competencia de

los jueces ordinarios. En particular, la administración de los remedios ordinarios, esto es, el poder para dirimir el reclamo de daños y perjuicios planteado por el usuario con sustento en el derecho común, resulta extraño a las atribuciones conferidas al ente regulador por el Artículo 72 de la Ley N° 24.065. Ello es así porque tal poder no guarda relación con los motivos tenidos en mira por el legislador al crear el ente en cuestión, al margen de que una eventual decisión condenatoria dictada por el ente regulador sobre el punto carecería de autoridad de cosa juzgada y no sería susceptible de cumplimiento forzoso conforme las reglas relativas a la ejecución de sentencias, pues la ley respectiva no le ha otorgado estas cualidades a las decisiones del organismo. En suma, que su intervención resultaría estéril, pues no podría satisfacer el reclamo de daños y perjuicios por medio de una decisión que, conforme a la ley, tuviera un alcance equivalente al de una sentencia condenatoria.

16) Que a lo expuesto cabe agregar que la controversia planteada en el caso se reduce a determinar si la empresa distribuidora es responsable o si, por el contrario, el incumplimiento de la obligación de suministrar corriente eléctrica no le resulta imputable. Claro está que ello supone establecer la existencia de las interrupciones y variaciones de niveles de tensión, así como las condiciones que, según el contrato de concesión y las reglamentaciones dictadas por el ente, debía reunir el suministro en cuestión, esto es, definir el contenido concreto de la prestación y el estándar de diligencia exigible a la empresa distribuidora en la prestación del servicio (cfr. el criterio seguido en *Fallos*: 258:322). Tales extremos, aunque involucren aspectos técnicos, son insuficientes para atribuir jurisdicción al ente regulador, toda vez que nada obsta a que los jueces ordinarios le requieran toda la información relevante para determinar la existencia de la mora y la imputabilidad del incumplimiento. Sobre el particular cabe destacar que, en las actuaciones administrativas, Edesur S.A. alegó la existencia de caso fortuito y fuerza mayor, derivados del anegamiento de una parte de la zona de emplazamiento del conductor subterráneo de energía como consecuencia de una inundación (fs. 302 a 309 del expediente administrativo agregado) y negó la existencia del perjuicio invocado por el usuario; de modo que el conflicto debe resolverse por aplicación de los principios contenidos en la legislación común, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del contrato de concesión y las reglamentaciones administrativas que especifican el contenido y las modalidades de la prestación debida al usuario.

Al respecto cabe advertir que el Artículo 2 de la Ley N° 15.336 establecía que la electricidad es una cosa susceptible de comercio por los medios y formas que autorizan las leyes comunes en cuanto no se opongan a la presente. Por otra parte, los Artículos 6°, 9° y 88 de la Ley N° 24.065 hacen inequívoca referencia a los “contratos de suministro” celebrados con los usuarios (cfr., además, *Fallos*: 315:1883). En tales condiciones, es decir, frente al texto positivo de las normas citadas, carece de relevancia adentrarse en la discusión teórica relativa a si la relación entre el usuario y el concesionario es o no de carácter contractual (cfr. Gastón Jèze: *Principios Generales del Derecho Administrativo*, T. IV, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950. T° IV, pp. 379 a 390, esp. nota 376).

Toda vez que la materia del reclamo está constituida por los daños individualmente experimentados en el patrimonio del usuario como consecuencia del suministro insuficiente de energía eléctrica, resulta claro que la disputa no puede resolverse por aplicación del régimen estatutario que conforma el marco regulatorio del servicio público de electricidad, para cuya administración fue especialmente creado el ente respectivo. Por ello (sin perjuicio del indudable valor probatorio que revisten las actuaciones administrativas tramitadas ante el ente regulador) tiene razón la Secretaría de Energía en cuanto a que el Ente Nacional Regulador de la Electricidad carece de competencia para dirimir el conflicto planteado en autos con arreglo a los principios contenidos en la legislación común (cfr. *Nader v. Allegheny Airlines*, 426 U.S.290). No toda disputa imaginable debe ser sometida a la agencia de la administración porque, de modo periférico, ésta tenga algo que ver con alguna de las partes.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se resuelve: No hacer lugar a la presentación de fs. 219/255 por no darse ninguno de los supuestos previstos en los Artículos 90, inc. 1°; y 91 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; declarar admisibles los recursos extraordinarios, confirmar la sentencia en cuanto a la responsabilidad de la empresa distribuidora -con el alcance expresado en los

considerandos pertinentes-, y revocarla en tanto confiere competencia al Ente Nacional Regulador de la Electricidad. Imponer a éste las costas generadas por su recurso y distribuir por su orden las provocadas por el recurso del Estado Nacional (Secretaría de Energía). Notifíquese y, oportunamente, remítanse.

**Enrique Santiago Petracchi - Augusto César Belluscio (según su voto)- Carlos S. Fayt (en disidencia)- Antonio Boggiano - Juan Carlos Maqueda - E. Raúl Zaffaroni (en disidencia parcial)- Elena I. Highton de Nolasco - Ricardo Luis Lorenzetti - Carmen M. Argibay (en disidencia parcial).**

Voto del Señor Vicepresidente doctor Don Augusto César Belluscio

Considerando:

1°) Que Angel Estrada S.A. solicitó al Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) que, con sustento en lo dispuesto en la cláusula 5.2, segundo párrafo, del sub anexo 4 del contrato de concesión de la Empresa Distribuidora Sur S.A. (EDESUR), aprobado por la Resolución N° 170/92 de la Secretaría de Energía Eléctrica (normas de calidad del servicio público y sanciones), aquélla le resarciera los perjuicios sufridos en concepto de alquiler de equipo electrógeno y sueldos abonados al personal como consecuencia de la baja tensión y los cortes reiterados de suministro de energía eléctrica ocurridos entre el 23 de noviembre de 1993 y el 7 de enero de 1994 en una planta industrial que posee en la Provincia de Buenos Aires.

2°) Que el organismo regulador dictó la Resolución N° 229/95 en la que expresó -en lo que aquí interesa- que para el caso de interrupciones del suministro de energía eléctrica, la distribuidora debía pagar las multas previstas en el contrato de concesión como única y total reparación; en cambio, por las alteraciones en los niveles de tensión, la responsabilidad comprendía el pago a los usuarios de las multas y la reparación de los daños provocados como consecuencia directa e inmediata de dichas alteraciones.

Destacó que la sanción por incumplimiento respecto de la calidad del servicio entre el 1° de septiembre de 1993 y el 28 de septiembre de 1994 había sido aplicada a EDESUR mediante la Resolución ENRE N° 79/1994, que estableció una multa cuyo importe debía ser acreditado sobre la facturación de los usuarios. En consecuencia, rechazó el reclamo de la empresa.

3°) Que la empresa impugnó ese acto mediante el recurso de alzada que fue resuelto por la Secretaría de Energía y Puertos mediante la Resolución N° 71/1996, por la que confirmó la decisión del ente, con sustento en los mismos fundamentos de esta última.

4°) Que contra ambas decisiones Angel Estrada interpuso recurso directo en los términos del Artículo 76 de la Ley N° 24.065 ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, la que, por su Sala I, decidió, por mayoría, declarar la nulidad de las resoluciones citadas y remitir las actuaciones al ente a fin de que decidiera sobre el reclamo de daños y perjuicios formulado por Angel Estrada S.A.

Contra esa sentencia, ambos organismos estatales interpusieron recursos extraordinarios (fs. 141/160 y 166/ 187), que fueron concedidos en lo atinente a la interpretación de normas federales y denegados en cuanto a la arbitrariedad del fallo (fs. 205).

5°) Que en lo referente a la admisibilidad de los recursos extraordinarios, cabe remitirse a lo expresado por el señor Procurador General en el dictamen que antecede, a cuyos fundamentos corresponde remitirse por razones de brevedad.

Del mismo modo corresponde proceder respecto de los argumentos de la sentencia apelada -mayoría y disidencia- y de los recursos extraordinarios interpuestos, que han sido adecuadamente reseñados en el citado dictamen.

6°) Que en la tarea de esclarecer el alcance de normas de naturaleza federal, el Tribunal no se encuentra limitado por los argumentos de las partes ni por los aportados por la cámara, sino que le incumbe efectuar una declaración del punto en disputa de acuerdo con la inteligencia que rectamente le otorgue (*Fallos*: 317:1770; 318:554 y 1986 y 319:1201, entre otros).

7°) Que la cuestión propuesta se centra en dilucidar si el ENRE -en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales que le atribuye el Artículo 72 de la Ley N° 24.065, en cuyos términos el apelante realizó su presentación inicial ante el organismo (fs. 7 del expte. adm.)- resulta competente para resolver respecto

de controversias de daños y perjuicios planteadas por los usuarios contra las distribuidoras del suministro de energía eléctrica. La respuesta a este interrogante decidirá la suerte de los agravios vertidos por las recurrentes.

8°) Que corresponde señalar en primer lugar que en el orden jurídico administrativo la competencia constituye un elemento esencial que confiere validez a la actuación de los órganos estatales, a tal punto que aquélla no se configura como un límite externo a esa actuación sino, antes bien, como un presupuesto de ella, en virtud de la vinculación positiva de la administración al ordenamiento jurídico, que debe autorizar a sus organismos para actuar en forma expresa o razonablemente implícita (cfr. *Fallos*: 254:56; 307:198).

9°) Que asimismo esta Corte ha sostenido que la atribución de competencia jurisdiccional a los órganos y entes administrativos debe ser interpretada con carácter estricto (*Fallos*: 234:715), debido a la excepcionalidad de la jurisdicción confiada a aquéllos para conocer en cuestiones que, en el orden normal de las instituciones, corresponde decidir a los jueces (cfr. Artículos 75 inc. 12, 109, 116 y 117 de la Constitución Nacional, *Fallos*: 290:237).

10) Que si bien este Tribunal ha reconocido el ejercicio de facultades jurisdiccionales por órganos administrativos (*Fallos*: 247:646; 253:485; 301:1103), ello debe responder a razones como lograr una mayor protección de los intereses públicos mediante el aprovechamiento del conocimiento y la experiencia administrativa en la decisión judicial que finalmente se adopte, así como la uniformidad y la coherencia en la regulación de la materia confiada al ente administrativo.

11) Que sentado lo expuesto cabe examinar cuál es la competencia atribuida al ENRE. En este sentido, el Artículo 54 de la Ley N° 24.065 le encomienda llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir los objetivos enunciados en el Artículo 2° de la ley.

A su vez, el Artículo 56 enumera las funciones y facultades del organismo mencionado y de alguna manera resume sus atribuciones en el inc. s, señalando que “el ente tendrá las siguientes funciones y facultades: [...] En general, realizar todo otro acto que sea necesario para una eficiente y económica aplicación de la presente ley”.

Por su parte, el Artículo 72 de la ley dispone que deberá someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente “toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad”, y que “es facultativo para los usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados...por iguales motivos que los enunciados en este artículo el someterse” a esa jurisdicción.

Finalmente, los Artículos 56 inc. o y 78 de la Ley N° 24.065 y el Subanexo 4 del contrato de concesión atribuyen competencia al ENRE para imponer las sanciones previstas en esa norma, en sus reglamentaciones y en los contratos de concesión.

12) Que de las reseñadas disposiciones no resulta que el legislador haya querido atribuir al ente la resolución de controversias sobre daños y perjuicios reclamados por los usuarios con motivo de la prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica, pues el poder de policía atribuido al ente para regular y controlar aquélla no sirve de fundamento para decidir litigios entre particulares que deben resolverse, sustancialmente, por aplicación de normas de derecho común.

13) Que distinta es la situación que se plantea respecto de la competencia atribuida al ENRE para imponer sanciones, pues ella está ceñida a la comprobación, determinación de la falta y fijación de su monto, conforme a las pautas establecidas por vía reglamentaria y contractual. Es por ello que esas cuestiones pueden ser resueltas incluso por quienes no sean abogados, como sucede en la mayor parte de los casos de los miembros del directorio del ente regulador.

14) Que tampoco concurren aquí las razones que conducen a que un ente administrativo ejerza funciones jurisdiccionales, pues no se advierte que sea preciso contar con una especial idoneidad en la materia regulada para resolver controversias del tipo de las planteadas, ni que sea deseable y aun posible acceder a uniformidad en las decisiones que se adopten las que, en razón del carácter de las pretensiones resar-

torias y las distintas situaciones de hecho, son por naturaleza variables en cada caso. En consecuencia, tampoco puede entenderse que de las normas surja en forma implícita esa competencia, pues no juega en el caso el principio de la especialidad para definir aquella, conforme al cual los organismos públicos sólo pueden actuar para cumplir los fines asignados por el ordenamiento, aun cuando la atribución no surja expresa de aquél.

15) Que en estos términos, habida cuenta de las reglas que rigen la competencia en el ámbito administrativo y la finalidad de la atribución del ejercicio de funciones jurisdiccionales a organismos que actúan en ese ámbito, de los preceptos de la Ley N° 24.065 surge que la resolución de cuestiones sobre daños y perjuicios sufridos por los usuarios respecto de las distribuidoras de energía eléctrica supera manifiestamente la competencia atribuida al ente regulador por el ordenamiento jurídico.

16) Que a lo expuesto se agrega que la validez constitucional del ejercicio de funciones jurisdiccionales por organismos administrativos se halla condicionada a diversos recaudos, entre ellos, la existencia de garantías formales de independencia y neutralidad.

17) Que, en este sentido, son aplicables al ENRE las consideraciones vertidas respecto del Ente Nacional Regulador del Gas en el precedente de *Fallos*: 321:776, en cuanto a que el régimen de la Ley N° 24.065 -cfr. Artículos 57, 58 y 59 de ese cuerpo legal sobre designación y remoción de directores del ente- no alcanza para categorizarlo como tribunal administrativo y su competencia debe ser ejercida con las limitaciones que surgen del Artículo 72 de la ley.

18) Que por lo expuesto el ENRE, al dictar la Resolución N° 229/1995, por la que rechazó la pretensión de pago de daños y perjuicios formulada por Angel Estrada S.A., respetó el límite de las atribuciones que le confiere el marco regulatorio y contractual de la energía eléctrica y, en este aspecto, su decisión es jurídicamente irreprochable.

Por las consideraciones expuestas debe revocarse la sentencia apelada en cuanto atribuyó competencia jurisdiccional al ente para entender en las cuestiones vinculadas con la reparación de daños y perjuicios sufridos por los usuarios del servicio público de distribución de energía eléctrica.

19) Que en cambio, tal como señaló el juez de cámara que votó en disidencia (fs. 111), excedió el ámbito de competencia del organismo regulador -vicio que se proyecta sobre la resolución de la Secretaría de Energía y Puertos que confirmó la decisión de aquél- lo resuelto en cuanto a que en caso de interrupciones del suministro la distribuidora debe pagar las multas previstas en el contrato de concesión “como única y total reparación” (fs. 417 del expte. adm.).

20) Que la afirmación del ente es contraria además a lo dispuesto en el contrato de concesión, que determina la responsabilidad de la distribuidora por “todos los daños y perjuicios causados a terceros y/o bienes de propiedad de éstos como consecuencia de la ejecución del contrato y/o el incumplimiento de las obligaciones asumidas” (Artículo 24), en cuyo caso el ente regulador podrá aplicar las sanciones previstas en el Subanexo 4 (Artículo 36) y el tercer párrafo de la cláusula 5.2 de dicho sub anexo (normas de calidad del servicio público y sanciones) según el cual el pago de las penalidades impuestas por el ente a las distribuidoras en los casos de “incumplimiento de disposiciones o parámetros relacionados con situaciones individuales” no relevará a la distribuidora de eventuales reclamos por daños y perjuicios, normas que no establecen distinción alguna en punto al derecho de los usuarios a solicitar el pago de daños y perjuicios en toda la extensión del daño que hayan sufrido, por lo que no es aceptable la afirmación que efectuó el ENRE en cuanto a que esas normas sólo se referían a la responsabilidad extracontractual de las distribuidoras (fs. 416/417 del expte. adm.).

21) Que en este sentido otro de los jueces del tribunal anterior, que integró la mayoría, afirmó certeramente que las multas que el ente puede aplicar están destinadas a reintegrar el valor de la energía no recibida en las condiciones pactadas (niveles de tensión, por ejemplo) o directamente la no recibida (interrupciones, tanto en su frecuencia como en su duración) razón por la cual no guardan relación alguna con el de los eventuales daños y perjuicios que puedan haberse padecido (fs. 133).

En consecuencia, en este aspecto debe confirmarse la decisión recurrida en cuanto consideró ilegítima la decisión del ente que resolvió que el usuario que ha sufrido daños derivados de la prestación de los

servicios regulados y controlados por el ENRE no tenía más derechos para su reparación que los que surgen del marco regulatorio de la energía eléctrica.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se resuelve: No hacer lugar a la presentación de fs. 219/255 por no darse ninguno de los supuestos previstos en los Artículos 90, inc. 1º; y 91 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; declarar admisibles los recursos extraordinarios, confirmar la sentencia en cuanto a la responsabilidad de la empresa distribuidora -con el alcance expresado en los considerandos pertinentes-, y revocarla en tanto confiere competencia al Ente Nacional Regulador de la Electricidad. Imponer a éste las costas generadas por su recurso y distribuir por su orden las provocadas por el recurso del Estado Nacional (Secretaría de Energía). Notifíquese y, oportunamente, remítanse.

**Augusto César Belluscio.**

Disidencia parcial del Señor Ministro doctor Don E. Raúl Zaffaroni

Considerando:

Que esta Corte comparte el dictamen del señor Procurador General de la Nación (fs. 214/218 vta.), a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, se declara formalmente admisibles los recursos extraordinarios y se confirma la sentencia apelada. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

**E. Raúl Zaffaroni.**

Disidencia parcial de la Señora Ministra doctora Doña Carmen M. Argibay

Considerando:

Que adhiero a lo expuesto en los Considerandos 1º al 17 del voto del juez Belluscio, con excepción de las citas efectuadas al final de los Considerandos 8º y 9º.

18) Que, por lo tanto, el *a quo* debió confirmar la resolución del ENRE en cuanto rechazó el reclamo de daños y perjuicios deducido por la firma Angel Estrada S.A., pero no por las razones dadas en su decisorio, sino sobre la base de la incompetencia del organismo para expedirse sobre el punto.

Por las consideraciones expuestas, debe revocarse la sentencia recurrida en cuanto atribuyó competencia jurisdiccional al organismo regulador para entender en las cuestiones vinculadas con la reparación de los daños y perjuicios sufridos por los usuarios del servicio público de distribución de energía.

19) Que en atención al modo en que se resuelve el punto relacionado con la competencia del ENRE, este proceso no será el marco en el cual habrá que dirimirse la controversia acerca de la procedencia y alcance del resarcimiento que eventualmente corresponda a la actora, por lo que deviene inoficioso un pronunciamiento de esta Corte sobre el tema propuesto en el recurso extraordinario deducido por el ENRE, pues en nada incidirá sobre la resolución de la presente causa.

Por ello, se declara inoficioso el recurso extraordinario interpuesto por el Ente Nacional Regulador de Energía, parcialmente procedente el del Estado Nacional y se deja sin efecto la sentencia. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Costas por su orden en atención a la complejidad de la cuestión debatida. Notifíquese y devuélvase.

**Carmen M. Argibay.**

Disidencia del Señor Ministro doctor Don Carlos S. Fayt

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que declaró la nulidad de la resolución del Ente Nacional Regulador de la Energía (ENRE) 229/95, confirmada por la Resolución N° 71/1996 de la Secretaría de Energía y Puertos del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y, en consecuencia, dispuso que el citado Ente

sustanciara el reclamo formulado por Angel Estrada S.A., tanto el ENRE como la mencionada secretaría interpusieron recursos extraordinarios, concedidos con el alcance que resulta de la decisión de fs. 205.

2°) Que los remedios federales intentados son inadmisibles en tanto la decisión recurrida no reviste el carácter de sentencia definitiva en los términos del Artículo 14 de la Ley N° 48, ni es equiparable a tal, pues existe la posibilidad de que la decisión posterior a dictarse una vez concluída la sustanciación que se ordena en la sentencia recurrida, haga innecesaria la intervención de esta Corte (*Fallos*: 324:817 y sus citas).

3°) Que, en efecto, y tal como lo ha decidido el Tribunal en casos análogos, la sentencia de una cámara federal que –sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión– deja sin efecto el fallo del inferior y ordena que se dé a la causa el curso que corresponda, no tiene el carácter de definitiva, por lo cual no procede contra ella el recurso extraordinario (*Fallos*: 95:133; 113:99; y en sentido análogo, doctrina de *Fallos*: 311:130 y sus citas).

4°) Que ello no es obstáculo para que las cuestiones federales eventualmente resueltas por ese pronunciamiento no definitivo, sean oportunamente materia de conocimiento de la Corte, pues ellas podrán ser presentadas en ocasión del recurso extraordinario que, en su caso, quepa deducir contra la sentencia –supuesto de que sea adversa a los intereses de los recurrentes– que cierre la causa (*Fallos*: 324:817).

Por ello, y oído el señor Procurador General, se declaran inadmisibles los recursos extraordinarios interpuestos. Notifíquese y devuélvase.

**Carlos S. Fayt.**





# **SERVICIOS PÚBLICOS**



# **MEDIDAS CAUTELARES, AUDIENCIAS PÚBLICAS, AUMENTO DE TARIFAS Y RENEGOCIACIÓN DE CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS\***

## **I. EL CASO**

A raíz de una nueva presentación de un conjunto de asociaciones de usuarios y consumidores y de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, ampliando una demanda anterior en los términos del Artículo 331 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3 ha decretado, una vez más como medida cautelar, la suspensión de las audiencias públicas previstas de ser realizadas para el tratamiento del aumento de tarifas en los servicios públicos de jurisdicción federal. La resolución ha sido adoptada ampliando aquella que el mismo Tribunal dictó en la causa con fecha 24 de septiembre de 2002<sup>1</sup>. Para tomar esta nueva decisión hubieran bastado los mismos argumentos empleados por el Tribunal en su sentencia cautelar anterior, pues, en verdad, las circunstancias que se verificaban entonces siguieron inalteradas al tiempo de esta nueva resolución judicial, circunstancia que la propia sentencia remarca, aunque no pierde la oportunidad para destacar algunos aspectos que nos parece importante remarcar.

Sin embargo, hay que señalar que sigue sin resolverse la cuestión de fondo de este grave problema, que no es otro –ello no admite confusión– que la autoridad administrativa finalice el procedimiento de renegociación iniciado mediante el dictado del Decreto N° 293/2002 a partir de la autorización conferida por el Artículo 9° de la Ley N° 25.561, y se asegure una normal prestación privada de los servicios públicos involucrados, aunque de esa falencia no pueden hacerse cargo los Jueces, y eso está más que claro.

\* “Medidas cautelares, audiencias públicas, aumento de tarifas y renegociación de contratos de servicios públicos”, Suplemento de Derecho Administrativo, *Jurisprudencia Argentina*, 18-12-2002, p. 62.

<sup>1</sup> Publicada en *Jurisprudencia Argentina*, 23-10-2002 p. 34 y sigs. con nota de Pérez Hualde, Alejandro, bajo el título “Suspensión Cautelar de Audiencias Públicas”, en p. 39 y sigs.

Cabe aclarar que la sentencia no reniega del procedimiento de la audiencia pública como mecanismo idóneo de participación necesaria de los usuarios cuando se encuentran involucrados sus derechos de incidencia colectiva, procedimiento administrativo sobre el cual ya se han pronunciado voces autorizadas<sup>2</sup>. Por el contrario, lejos de eso, está asumiendo –en ejercicio del control de legitimidad de la actuación de los órganos administrativos– la circunstancia de que las audiencias públicas convocadas tenían una suerte de final anunciado, que no era otro –digámoslo con toda firmeza– que cumplir con un ritual que permitiese justificar un anunciado aumento de las tarifas de los servicios públicos involucrados (gas y electricidad), sin que se hayan completado los respectivos procedimientos de renegociación de los contratos afectados por el impacto de las modificaciones en la economía general, producidas a partir de la sanción de la Ley N° 25.561, y aún siendo más específicos, por la modificación del tipo de cambio<sup>3</sup>. En definitiva, la resolución cautelar considera que las audiencias públicas fueron convocadas en forma prematura, pues la decisión que se adopte con relación a ese eventual incremento no puede sino ser el resultado del procedimiento de renegociación de los contratos que el legislador ha autorizado y conforme a las reglas que el propio Poder Ejecutivo se impuso, autolimitándose en el ejercicio de sus facultades discrecionales.

## II. EL CONTEXTO DE LA EMERGENCIA

Cuando estas páginas se están escribiendo, se escuchan los aprestos del Poder Ejecutivo para el dictado de un decreto de necesidad autorizando un incremento de emergencia de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, razón por la cual habrá que ver si un nuevo camino judicial se abre en orden a dilucidar la verificación de los requisitos de validez constitucional de una medida de semejante naturaleza, de cara a la señera doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el

<sup>2</sup> Véase, entre otros, Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, 4ª edición, Capítulo XI; Bloch, Denise, “Procedimientos de participación de los usuarios en la regulación de los servicios públicos”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap:* 258:71; Uslenghi, Alejandro J., “Audiencias Públicas”, en la obra colectiva *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1998; Fonrouge, Máximo, “Las Audiencias Públicas”, en la misma obra anteriormente citada; Cincunegui, Juan B., “El procedimiento de audiencia pública en el sistema de control de los servicios públicos”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap:* 189:10; Pérez Hualde, Alejandro, *op. cit.*; Salvatelli, Ana, “Participación necesaria y procedimiento de audiencia pública (acerca del fallo que suspende la convocatoria)”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap:* 290:55.

<sup>3</sup> Con anterioridad nos hemos expresado sobre algunos aspectos acerca de esta cuestión en nuestro trabajo “Renegociación de servicios públicos de jurisdicción nacional, emergencia y derechos de los usuarios” en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap:* 282:27. Del mismo modo, véase el completo trabajo de Gusman, Alfredo S., “Contratos Administrativos. Pesificación. Renegociación”, en la obra colectiva *Pesificación II*, Suplemento especial de *La Ley*, noviembre 2002, p. 50 y sigs.

recordado caso “Verrocchi”<sup>4</sup>, pues si bien dichos reglamentos son admitidos constitucionalmente – salvo en aquellas materias cuya utilización se encuentra absolutamente prohibida–, tal admisión es “[...] bajo la condición sustantiva de que concurren circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes”<sup>5</sup>.

Si bien es cierto que la modificación del régimen cambiario ha producido una afectación negativa en muchas áreas de la economía, regla a la que seguramente no debe escapar la prestación de los servicios públicos de jurisdicción federal, no lo es menos que dicho impacto negativo no es certeramente conocido, circunstancia que amerita el estudio profundo y pormenorizado del asunto. Ello debe hacerse en el marco que plantea la renegociación de contratos autorizada por el legislador, que debe estar seguida de una amplia y rigurosa difusión y debate, el cual debe preceder –a su vez– a la eventual aprobación de los respectivos acuerdos. Es cierto que las consecuencias de las inexplicables demoras de la autoridad administrativa en esta materia no le pueden ser achacadas a los prestatarios, pero no lo es menos que tampoco se le pueden endilgar a los usuarios.

Siendo que los procedimientos de consulta de opinión que la autoridad administrativa ha convocado no han precisado debidamente el diseño del contexto jurídico y económico en el cual se habrán de producir las modificaciones de las tarifas que se anuncian, en verdad no se vislumbra adecuadamente cuál es el sentido que tendría su realización, sino es –ruego se dispense la crudeza– justificar ritualmente la realización de las compulsas.

Debe atenderse el hecho de que sobre la base de la declaración de emergencia efectuada por la Ley N° 25.561 y de la delegación de facultades que practicó el legislador con sustento en lo dispuesto por el Artículo 76 de la Constitución Nacional, es imprescindible determinar el marco jurídico de actuación que al Poder Ejecutivo le viene fijado por la autorización contenida en el Artículo 9° de la ley, y en ese sentido ya nos hemos manifestado contrarios a que con la intención de superar el impacto de los cambios habidos en la economía general se produjeran modificaciones sustanciales en los contratos celebrados para la prestación privada de los servicios públicos que tuvieran una vocación de permanencia mayor que la propia emergencia<sup>6</sup>. Tal razonamiento estuvo basado en la circunstancia de que las actuales condiciones extremas no pueden replicarse para regir en épocas de normalidad. En otras palabras, el caos<sup>7</sup> sólo justifica adoptar medidas para superarlo y no para mantenerlo.

<sup>4</sup> CSJN, “Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional, Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo”, sentencia de fecha 18-08-1999 (*Fallos*: 322:1726).

<sup>5</sup> Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina (Comentada y Concordada)*, Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 611.

<sup>6</sup> Cfr. nuestro trabajo “Renegociación de servicios públicos...”, *op. cit.*

<sup>7</sup> Utilizamos aquí la expresión en la segunda acepción que nos proporciona el Diccionario de la Real Academia Española, que dice: “fig. Confusión, desorden” (cfr. vigésima primera edición).

Tal criterio encuentra sustento en el propio marco normativo de la delegación de facultades realizada por la ley con sustento en el Artículo 76 de la Constitución Nacional, y en dicho marco debe ser inscripta la autorización conferida al Poder Ejecutivo por el Artículo 9° de la citada Ley N° 25.561. En lo específico de los contratos cuyo objeto sea la prestación de servicios públicos fija criterios que deberán ser tenidos en cuenta en la renegociación, a saber: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuvieren previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas.

Pero en punto a la consideración de esos extremos, no coincido con la caracterización que le asigna el decisorio comentado, pues del mismo parece desprenderse que dicha norma fija las pautas de la delegación efectuada. A mi modo de ver, los mencionados en el Artículo 9° son criterios de aplicación de *las bases de la delegación operada* en los términos del Artículo 76 de la Constitución Nacional, los cuales *deben buscarse en el Artículo 2° de la ley y no en su Artículo 9°*, pues éstas no configuran bases específicas para sustentar la autorización efectuada por la propia norma. Si se observa bien, se podrá apreciar que los mentados criterios, contenidos en los distintos incisos de la norma transcrita, o bien configuran manifestaciones modernas de los caracteres que tradicionalmente se predicaban de todo servicio público y que –por ser tales– ciñen su desenvolvimiento (v. gr.: continuidad, regularidad, universalidad; obligatoriedad, e igualdad o trato no discriminatorio), o bien son expresiones de postulados que en rigor deben guiar toda acción de gobierno. Por lo demás, la enunciación que realiza el mencionado Artículo 9° no comporta ninguna innovación de cara a la regulación estatal, pues la plena vigencia de esos enunciados constituye el fundamento mismo de la actividad de regulación y control del Estado.

La discrepancia no tiene un fin academicista, ni semántico, pues a poco que se observe el criterio sustentado limita el margen de actuación discrecional de la administración pública en beneficio no solamente de los usuarios, sino también de los propios prestatarios –pues respecto de estos últimos permitiría también ahuyentar el fantasma de la rescisión contractual–, con relación al haz de consecuencias que podrían derivarse de una aplicación desaprensiva del Artículo 9°, pues la autorización a renegociar los contratos de servicios públicos se ha basado en la declaración de emergencia, y es ésta la que le confiere sustento constitucional a la delegación misma (Art. 76 Constitución Nacional), y no en forma inversa. De modo tal que para que la renegociación de los contratos de prestación de servicios públicos encuentre adecuado encuadre en el texto constitucional, no debe exceder el marco de las causas que dieron origen a la delegación de facultades. Ese marco constitucional se vería excedido –invalidando cualquier solución que se adopte según nuestro criterio– en la medida en que la renegociación contractual tuviera otro propósito que no sea reglar la reestructuración de las obligaciones en curso de ejecución afectadas por el nuevo

régimen cambiario instituido por el Artículo 2° de la Ley N° 25.561 (cfr. Art. 1°, inc. 4° de la Ley N° 25.561)<sup>8</sup>.

No se me oculta que la derogación llevada a cabo por el Artículo 8° de la misma Ley N° 25.561 tiene unas implicancias sumamente profundas, trastocando incluso el modelo de regulación adoptado para el diseño institucional que ha sido receptado en gran parte de los procesos de incorporación de capital privado en la prestación de servicios públicos de jurisdicción federal y en el ámbito provincial que ha seguido ese criterio.

Pero ello no justifica exceder el ámbito de la delegación acordada, sino que –y antes bien– confiere fundamento jurídico a la imperiosa necesidad de adaptar el modelo de regulación al nuevo diseño económico e institucional, pues una cosa es adoptar soluciones que permitan superar el caos y otra muy distinta es rediseñar el modelo de regulación de los servicios públicos para una economía que debe transitar por el sendero del desarrollo económico. Y mientras anhelamos “con la esperanza intacta”<sup>9</sup> que eso suceda, conservamos la fe en que los Jueces seguirán realizando un adecuado control de legitimidad de las decisiones de los otros poderes del Estado.

<sup>8</sup> Cfr. lo que hemos dejado dicho en nuestro trabajo “Renegociación de servicios públicos...”, *op. cit.*

<sup>9</sup> Apropiándonos para la ocasión de la elocuente expresión de nuestro amigo el Doctor Alberto Sánchez que le da título a su libro de poemas.





## **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV**

**“Asociación Civil de Defensa Paut-Inc medida cautelar c/ ORSNA –Decreto N° 163/1998” del 10-10-2002.**

1. Es menester recordar que, aún antes de la reforma constitucional de 1994, esta Sala había reconocido legitimación en defensa de los intereses comunes de los asociados. Asimismo, la habilitación normativa de las asociaciones de consumidores había sido reconocida en el Artículo 55 de la Ley N° 24.240, en el que se estableció que las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas estaban legitimadas para accionar cuando –como en el caso– podrían resultar objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor prevista en el segundo párrafo del Artículo 58. Esa legitimación se vio reforzada con la incorporación de los Artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional.

2. Remitiendo en última instancia la legitimación a un punto de derecho sustancial (en la medida en que negar la legitimación equivale a negar el derecho) en el marco del proceso cautelar corresponde sólo apreciar, interina y provisionalmente, la concurrencia de un interés tutelable. En efecto, si la falta de legitimación no aparece inicialmente manifiesta, clara, indudable, inequívoca, de modo tal que sea in cuestionable que el proceso tramitará inútilmente no podrá tratarse con carácter previo sino que deberá ser considerada en la sentencia definitiva. En tal sentido no resulta irrazonable sostener –*prima facie*–

---

### **LA NECESARIA PARTICIPACIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS EN DEFENSA DE SUS DERECHOS. EL CASO DE LOS AEROPUERTOS**

#### **(Breve comentario al fallo de la Sala IV de la CNACAF “Asociación Civil de Defensa Paut y otro (Incidente de medida cautelar) c/ ORSNA y otro”)\***

##### **1. ANTECEDENTES DEL CASO**

Una vez más, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal acude a su doctrina establecida en la causa “Youssefían, Martín c/ Estado Nacional - Secretaría de Comunicaciones s/ Acción de amparo Ley N° 16.986”<sup>1</sup> para resolver la presente contienda y confirmar el derecho de participación de los usuarios<sup>2</sup> en el proceso de renegociación del contrato de concesión del

\* Este trabajo fue publicado en. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 291:67, Ediciones Rap S.A. (diciembre 2002).

<sup>1</sup> *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 241:124 (octubre 1998, Año XXI).

<sup>2</sup> Sobre el derecho de participación de los usuarios, pueden verse, entre otras, las opiniones de Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 2, Capítulo XI, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, 4° edición; Bloch, Denise, “Procedimientos de participación de los usuarios en la regulación de los servicios públicos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Públi-*

que la Asociación Civil para la Defensa del Pasajero y del Usuario de Transporte se encuentra legitimada para actuar, al menos en el presente estado del proceso, atento a que ha sido autorizada para funcionar como tal por el Inspector General de Justicia de la Nación, a través de la Resolución IGJ N° 92/98 (cfr. Fs. 34 del expte. principal que se tuvo a la vista; y doctrina de esta Sala en “Adecua”, 09-03-1998).

3. Del Artículo 43 –en el que se incorporó el instituto del amparo a nuestra Carta Magna– no surge limitación alguna respecto de la legitimación de las asociaciones en relación con otro tipo de procesos, siempre que su intervención lo sea dentro del objeto para el cual aquélla haya sido creada. Y, al respecto, la jurisprudencia ha tenido oportunidad de reconocer esa aptitud procesal a asociaciones en acciones declarativas de inconstitucionalidad (*Fallos*: 320:690) y en procesos de conocimientos más amplios, ya que si las asociaciones se encontraban legitimadas para iniciar una acción de amparo, no se advertía que el hecho de que en el ordenamiento se previera –para la causa– un proceso de conocimiento más amplio pudiera tener influencia sobre la aptitud de aquéllas para estar en juicio (esta Sala “Adecua”, 09-03-1998; “Consumidores Libres”, 17-10-1997; Sala V, “Consumidores libres Coop. Ltda., 09-05-1997).

4. También se niega legitimación a la señora Calegari Crevero por no haber demostrado su condición de usuaria del servicio de aerotransporte de pasajeros. Esta excepción tampoco puede prosperar toda vez que esa prueba fue producida mediante pasaje emitido por la empresa Aerolíneas Argentinas cuyo original obra glosado a fs. 544/549 de los autos principales que se tuvieron a la vista oportunamente.

5. El organismo de control sostiene que no debe ser parte en la litis toda vez que carece de facultades para modificar el contrato vigente. Independientemente de que, con posterioridad a la iniciación de la

denominado “Grupo A” de los aeropuertos integrantes del Sistema Nacional de Aeropuertos, celebrado entre el Estado Nacional y el Concesionario Aeropuertos Argentina 2000 Sociedad Anónima, y que fue aprobado por el Decreto N° 163/1998 del Poder Ejecutivo Nacional.

En una demanda entablada por una asociación de usuarios y un usuario individualizado, tendiente a obtener el cumplimiento del contrato de concesión de los aeropuertos, invocando los propios términos del acuerdo y los derechos que le vienen reconocidos por el Artículo 42 de la Constitución Nacional, al encontrarse en curso el proceso de renegociación del contrato iniciado por el anterior gobierno, el titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Fuero N° 2 dictó una medida cautelar por la que le ordenaba al Poder Ejecutivo llevar a cabo una audiencia pública con carácter previo a la formalización del acuerdo en ciernes. Para la realización de dicha audiencia, el magistrado estableció que ésta se debía llevar a cabo a través del procedimiento fijado por el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos en su Reglamento de Consultas de Opinión aprobado por la Resolución N° 173/1998.

ca – Rap:258:71 y siguientes; Uslenghi, Alejandro J., “Audiencias Públicas”, en la obra colectiva *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1998; Fonrouge, Máximo, “Las Audiencias Públicas”, en la misma obra anteriormente citada; Cincunegui, Juan B., “El procedimiento de audiencia pública en el sistema de control de los servicios públicos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 189:10; Pérez Hualde, Alejandro, “Suspensión Cautelar de Audiencias Públicas”, *Jurisprudencia Argentina*, del 23-10-2002, p. 39 y siguientes; Salvatelli, Ana, “Participación Necesaria y Procedimiento de Audiencia Pública (acerca del fallo que suspende la convocatoria)”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 290:55.

demanda, se le haya dado participación en la renegociación del contrato de concesión (cfr. Artículo 1° del Decreto N° 1.356/2002), no puede dejar de advertirse que su función primordial es el control de la actividad aeroportuaria, y que a él también compete asegurar la igualdad, el libre acceso y la no discriminación en el uso de los servicios, que las tarifas sean justas, razonables y competitivas, y que se realicen las inversiones aeroportuarias necesarias para alcanzar adecuados niveles de infraestructura (cfr. Artículo 14 incisos a, b y f del Decreto N° 375/1998). Evidentemente, en razón de los fines para los cuales fue creado, no cabe rechazar *in limine* el pedido de que se le dé intervención en este proceso, en que, en definitiva, se discute la renegociación del contrato de concesión respectivo.

6. De la normativa indicada que está en trámite la renegociación del contrato de concesión de Aeropuertos Argentina 2000 y que ha sido excluido el representante de los usuarios de ese procedimiento. Que, ello asentado, es del caso recordar nuevamente que en el Artículo 42 de la Constitución vigente se reconoce a los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en la relación de consumo, una serie de derechos que resultan operativos. Entre ellos, adquieren especial relevancia, en el caso, el derecho a la protección de sus intereses económicos, a una información adecuada y veraz y a su necesaria participación en los organismos de control, por medio de las asociaciones que defiendan sus intereses. Esa participación integra el núcleo mismo del debido proceso constitucional y legalmente garantizado en relación con las cuestiones esenciales en materia de servicios públicos. Consiguientemente, podría considerarse *–prima facie* y en el marco provisorio propio de una medida cautelar– que la adopción de decisiones trascendentes en la materia, como la renegociación a la que se hace referencia en este proceso, no podría realizarse sino en el marco de un procedimiento que asegurase a usuarios y consumidores

---

## 2. LA RESOLUCIÓN DE LA CÁMARA

La sentencia de la Cámara modifica parcialmente la decisión de primera instancia, pues, al mismo tiempo que confirma el derecho de participación de los usuarios cuando se encuentren en juego sus derechos como tales, dispone “[...] no se continúe con la tramitación de la renegociación del contrato de concesión [...] hasta tanto no se asegure la debida participación –constitucionalmente garantizada– de los usuarios del servicio de aerotransporte” y afirma que dicha participación puede llevarse a cabo –en ausencia de regulación específica– por cualquier procedimiento que, garantizando una oportunidad de participación efectiva y relevante, determine el poder administrador. De lo contrario, la decisión estatal que recayese sin resguardo de los derechos que se nutren de lo dispuesto por el mentado Artículo 42 de la Constitución Nacional, en cuanto afecte la propiedad o los intereses económicos de los usuarios aeroportuarios, no satisfaría las exigencias que provienen de tal disposición constitucional.

Merecen ser destacadas ciertas expresiones de la sentencia, en cuanto ella afirma: “[...] los usuarios no tendrían derecho a que la renegociación fuera decidida en un sentido o en otro, pero no cabría desconocerles su derecho a que el proceso de renegociación fuera legalmente conducido, con su intervención” (Considerando XVI, penúltimo párrafo) y también que –aunque de un modo preliminar pues se trata de una medida cautelar– el Decreto N° 1.535/2002 por el que se pone en funcionamiento la renegociación del contrato aludido “[...] no reuniría los recaudos constitucionalmente exigidos, en cuanto por sus disposiciones resultarían conculcados los mencionados derechos de usuarios y consumidores” (Considerando XVII).

Es importante señalar lo que se dice en el Considerando XVIII del decisorio, pues allí se encuentra la confirmación de la doctrina sentada por el tribunal en la

una oportunidad de participación efectiva y relevante. De lo contrario, la decisión estatal que podría afectar su propiedad e intereses económicos no satisfaría aquellas exigencias. Los usuarios no tendrían derecho a que la renegociación fuera decidida en un sentido o en otro, pero no cabría desconocerles su derecho a que el proceso de renegociación fuera legalmente conducido, con su intervención.

7. El Decreto N° 1.535/2002 no reuniría los recaudos constitucionalmente exigidos, en cuanto por sus disposiciones resultarían conculcados los mencionados derechos de usuarios y consumidores.

8. La celebración de una audiencia pública sería uno de los medios a través de los cuales podría tener lugar dicha participación. No obstante, no puede menos que advertirse, en este examen provisorio, que aquella no está normativamente impuesta para el caso, ya que el Reglamento de Consultas de Opinión del ORSNA no rige sino para decisiones que deban ser adoptadas en el ámbito de ese ente. Sentada la necesidad de dar la debida participación a los usuarios, y a falta de previsión expresa que exija un determinado procedimiento de intervención, corresponde a la Administración –y no a los jueces– efectuar la elección entre las distintas alternativas válidas. Ello es así tanto que la plena judicabilidad (consagrada en los Artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional) no les permite reemplazar o sustituir a los otros poderes en el ejercicio de las atribuciones que le son propias.

9. El peligro en la demora puede también tenerse por probado en la especie, ya que la continuación de los trámites de la renegociación sin la intervención de quienes representen a los usuarios y consumidores podría infligir una afectación definitiva de sus derechos de participación.

10. Corresponde modificar parcialmente la resolución apelada en el sentido de que no se continúe con la tramitación de la renegociación del contrato de concesión celebrado por el Estado Nacional con Aero-

---

sentencia definitiva recaída en la recordada causa “Youssefian” que guió el criterio seguido en la elaboración del Reglamento de Consultas de Opinión aprobado por la Resolución N° 173/1998 del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos y empleado en la renombrada consulta pública formulada para establecer la continuidad de la operación del Aeroparque “Jorge Newbery” de la ciudad de Buenos Aires, que concluyó con la realización de una audiencia pública de amplia repercusión, prueba y debate, previa realización de un procedimiento escrito de consulta amplia de opinión entre los posibles afectados por la medida y la realización de encuestas que compulsaron el parecer de una muestra sumamente representativa de los millones de asiduos usuarios de dicho aeródromo público<sup>3</sup>.

La sentencia afirma que, en la medida en que se respeten tales premisas, la celebración de una audiencia pública sería uno de los medios a través de los cuales podría tener lugar dicha participación, pero no soslaya la circunstancia de que en el caso en examen no se encuentra prevista normativamente su realización, ya que el Regla-

<sup>3</sup>Procedimiento de audiencia pública que fue conducido por el Dr. Agustín A. Gordillo por encomienda del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos y que se llevó a cabo para debatir la eventual continuidad de las operaciones aéreas en el Aeroparque “Jorge Newbery” de la ciudad de Buenos Aires, los días 15 y 16 de junio de 1999, y cuyo Informe, suscripto por el mencionado y sus colaboradores, fue publicado en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap:* 251:104. Sobre el derecho de participación de los usuarios y los diferentes procedimientos administrativos que pueden emplearse y el análisis de la Resolución ORSNA N° 173/1998, remitimos nuevamente al completo trabajo de Bloch, Denise, “Procedimientos de participación de los usuarios en la regulación de los servicios públicos” citado en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap:* 258:71, tesina presentada por la autora para obtener el Master en Derecho administrativo de la Universidad Austral y cuyo director fue el Dr. Guido S. Tawil.

puertos Argentina 2000 aprobado por Decreto N° 163/1998 hasta tanto se asegure la debida participación –constitucionalmente garantizada– de los usuarios del servicio de aerotransporte.

**Cam. Cont. Adm. Fed., Sala IV “Asociación Civil de Defensa Paut-Inc medida cautelar c/ ORSNA –Decreto N° 163/98” del 10-10-2002.**

Buenos Aires, 10 de octubre de 2002

Y VISTOS:

Los recursos de apelación interpuestos contra la resolución de fs. 19/21; y

CONSIDERANDO:

I. Que, a fs. 19/21 vta., el señor juez de primera instancia ordenó la suspensión de todo acto que implicara la modificación del contrato de concesión aprobado por Decreto N° 163/1998, en tanto afectara derechos de incidencia colectiva sin la previa realización de una audiencia pública en las condiciones previstas en la Resolución N° ORSNA 173/1998 (16-09-1998).

Decidió así por entender que de las medidas previas ordenadas en autos surgía –en primer término– la existencia de controversia entre las partes que habían suscrito el contrato que vinculaba a la empresa Aeropuertos Argentina 2000 S.A. con el Estado Nacional, y que ello había determinado el dictado del Decreto N° 301/2001, por el que se había constituido una Comisión destinada a analizar los conflictos contractuales planteados.

---

mento de Consultas de Opinión del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos no rige para el caso, pues –la renegociación contractual– no es una de las decisiones que debe adoptar el citado ente de regulación y control. Ahora bien, establecido el derecho de participación y no encontrándose prevista ninguna forma de hacerla efectiva, la sentencia defiere a la autoridad administrativa la elección del mecanismo más apropiado, elección que debe llevarse a cabo de entre aquellas alternativas que podrían resultar válidas, y no pueden los jueces sustituir el criterio de apreciación que en ese campo les corresponden a las autoridades de los otros poderes, en tanto éstos actúen en el ejercicio de las facultades que les son propias.

De ese modo, la sentencia parece confirmar el criterio de que estaríamos en presencia del ejercicio discrecional de una competencia administrativa, entendida esta expresión con el alcance que corresponde asignarle desde la más moderna óptica jurídica, es decir, que no se trata de un ámbito de libertad absoluta extralegal o autónoma como ha dicho la Corte Suprema, sino de una libertad de apreciación en el marco que la propia ley predetermina, o sea, de la posibilidad de elegir una de entre varias alternativas a las que el propio ordenamiento jurídico considera igualmente justas<sup>4</sup>.

Es que tal como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ocasiones, es el propio ordenamiento jurídico el que define la actuación administra-

<sup>4</sup> Criterio que ya dejamos expresado en una publicación anterior bajo el título “Permisos de uso de bienes del dominio público. Lo atinente a la discrecionalidad en su otorgamiento, renovación y/o revocación”, *La Ley*, 1998-D-665. Confrontar las autorizadas opiniones de García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1983, p. 48; Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, Parte General, 4° edición, Fundación de Derecho Administrativo, p. X-15; Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 90.

A ello cabía agregar que –a su criterio– de la nota obrante a fs. 555/556 de la causa principal, suscrita por el doctor Eduardo Sguiglia –titular del ORSNA–, se desprendía que el propio organismo regulador había quedado al margen de toda negociación, y que el silencio del Ministerio de Infraestructura de la Nación –respecto de los requerimientos oportunamente efectuados–, y la ausencia de información acerca de las razones que impidieron su contestación, demostraban la absoluta falta de colaboración por su parte.

También expresó el magistrado que del propio marco normativo del organismo regulador –cuya función era, justamente, controlar y garantizar la prestación del servicio y la protección de los derechos de los usuarios– surgía la posibilidad de convocar a una audiencia pública cuando la trascendencia del asunto lo tornaba conveniente a fin de conocer la opinión de las partes involucradas (Artículo 4º).

Concluyó en que, dada la normativa citada, como así también el silencio guardado frente a los requerimientos dispuestos, y las constancias instrumentales acompañadas, el resultado de la renegociación del contrato de concesión sería *prima facie* susceptible de proyectar efectos concretos en los derechos y obligaciones del concesionario, acerca del nivel de inversiones obligatorias y del monto del canon, circunstancia que redundaría en las prestaciones y condiciones del servicio, involucrando los derechos de los usuarios; motivo que justificaba su participación de modo activo a partir del mecanismo previsto normativamente (Artículo 4º del reglamento citado).

Destacó finalmente que resultarían mucho más gravosas para los usuarios las consecuencias del rechazo de la medida, en tanto que –frente a su acogimiento; el organismo regulador, el concesionario y el

---

tiva en todos sus aspectos (poderes reglados o de aplicación automática), en otras autoriza –en el caso concreto– “[...] para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional)”<sup>5</sup>.

En otras palabras, según la sentencia, el concedente *debe* asegurarles a los usuarios una participación efectiva y relevante en el proceso de renegociación del contrato de concesión de los aeropuertos, en los términos del Artículo 42 de la Constitución Nacional, pero *puede* escoger aquel procedimiento que en su criterio mejor satisfaga esa necesaria participación, en la medida –claro está– que éste asegure el ejercicio de esos derechos, exigencia que –a estar a los hechos que sobrevinieron al dictado de la sentencia– no parece estarse cumpliendo.

### 3. LOS ACONTECIMIENTOS POSTERIORES AL DICTADO DE LA SENTENCIA

Con posteridad al dictado de la sentencia e invocándola<sup>6</sup> por el cual dispuso que la Comisión de Renegociación creada para el caso aeroportuario por su similar Nº 1.535/2002 se integrara con un representante de las Asociaciones de Usuarios reconocidas por el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos que

<sup>5</sup> Fallos: 315:1.361; “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”, fallado el 23-06-1992.

<sup>6</sup> Publicado en el *Boletín Oficial* del 18-11-2002.

Ministerio interviniente podían adoptar los recaudos pertinentes y sujetarse eventualmente a la suspensión dispuesta.

**Recursos de apelación:**

II. Que esa decisión fue apelada y fundada por el ORSNA (fs. 25 y fs. 50/54 vta.), por el Estado Nacional –Ministerio de Infraestructura– (fs. 28/28 vta. y fs. 62/91) y por Aeropuertos Argentina 2000 S.A. (fs. 38 y fs.40/48). Corridos los pertinentes traslados, estos fueron contestados a fs. 56/61, fs. 93/97 y fs. 98/110.

Agravios del ORSNA (fs. 50/54 vta):

III.1. Que el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos sostuvo que carecía de legitimación en autos y que ni del Artículo 17 del Decreto N° 375/1997 –por el que se había creado el organismo– ni del contrato de concesión –aprobado por Decreto N° 163/1998– surgía que se le hubieran otorgado facultades relativas a la reformulación o modificación del contrato vigente.

Asimismo planteó la falta de legitimación del actor, basada en lo prescrito en el Artículo 43 de la Constitución Nacional, toda vez que la capacidad procesal allí prevista resultaba aplicable a la acción de amparo y no alcanzaba a la interposición de medidas cautelares como la del *sub lite*.

En cuanto a la audiencia pública solicitada, entendió que no era el único y exclusivo medio idóneo a fin de que el derecho consagrado constitucionalmente en el Artículo 42 de la Constitución Nacional pudiera ser ejercido de manera eficaz, motivo por el que consideraba que no podía concluirse en que se configurara –por parte de la autoridad pública– una conducta que pudiera ser calificada como arbitraria o legítima.

---

forman su Consejo Asesor<sup>7</sup>, y, como consecuencia de ello, se dictó la Decisión Administrativa N° 75/2002<sup>8</sup> del Jefe de Gabinete de Ministros que designó a dicho representante. Esta elección se realizó, a su vez, en virtud de la designación practicada por el propio ente regulador mediante sus Resoluciones Nros. 138/2002 y 143/2002.

Ahora bien, sin perjuicio de señalar que las medidas administrativas mencionadas en último término no especifican cuál habría sido el mecanismo de elección utilizado para decidir la designación del nuevo integrante de la comisión de renegociación (v. gr., un sorteo), no parece ser una medida suficiente, pues ella –más allá de su opinable conveniencia– no suple el derecho de participación pública que el Artículo 42 de la Constitución Nacional garantiza a todos los usuarios cuando sus intereses económicos sean pasibles de afectación por la decisión que se vaya a adoptar, pues, cualquiera sea el procedimiento que la autoridad administrativa emplee, éste debe ser de carácter público, abierto y transparente, a fin de garantizar –adicionalmente– la vigencia de los principios que rigen toda conducta administrativa y que se encuentran normativamente receptados con rango constitucional (legalidad, igualdad, debido proceso adjetivo, búsqueda de la verdad material u objetiva; cfr. Art. 1°

<sup>7</sup> Cabe citar que el Decreto N° 375/1997 de creación del ente regulador y sus similares Nros. 16/1998 y 840/1998 disponen la conformación de un Consejo Asesor del Directorio del ORSNA, en el cual se encuentran representados, además de organismos públicos con competencia en los aeropuertos, también los usuarios aeroportuarios, entendiéndose por tales no solamente a los usuarios pasajeros representados por las Asociaciones de Usuarios y Consumidores sino, además, a las Compañías Aéreas, tanto nacionales como internacionales, agrupadas en la Junta de Representantes de Compañías Aéreas (JURCA). De igual modo, el Directorio del citado ente está integrado por un director designado en representación de las provincias en las que se encuentren situados aeropuertos que integran el Sistema Nacional de Aeropuertos (SNA).

<sup>8</sup> La DA N° 75/2002 lleva fecha 06-12-2002 y ha sido publicada en el Boletín Oficial del 09-12-2002.

Respecto a la medida otorgada, consideró que no se encontraban reunidos elementos suficientes que permitieran tener por demostrada la verosimilitud del derecho invocado, ni el peligro en la demora, toda vez que para su dictado el señor juez *a quo* había tenido en cuenta las pruebas instrumentales acompañadas –recortes periodísticos–, realizando afirmaciones dogmáticas basadas en conjeturas sobre los efectos que podría producir la alegada renegociación del contrato. Sostuvo que los agravios de la actora y los fundamentos de la medida cautelar dictada no emanaban de la inteligencia de norma alguna por la que se hubiera dispuesto la renegociación del contrato de concesión.

Agravios de Aeropuertos Argentina 2000 S.A. (fs. 40/48):

III.2. Que, la empresa Aeropuertos Argentina 2000 S.A. –mediante apoderado- se agravió por entender que, en el caso, no era de aplicación el Reglamento de Consulta de Opinión del ORSNA, en tanto en él se preveía su utilización con carácter facultativo dentro del organismo de control, y en el *sub examine* la decisión a tomar correspondía al ámbito de actuación privativo del Estado concedente. En consecuencia, afirmó que adquiriría vigencia el mandato constitucional por el que nadie estaba obligado a hacer lo que la ley no exigía (Artículo 19 de la Constitución Nacional).

Además sostuvo que no se había demostrado el peligro en la demora, y que el magistrado se había arrogado funciones propias del poder administrador al considerar reunidos los requisitos del Artículo 12 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

Finalmente afirmó que las Asociaciones de Usuarios no poseían una legitimación procesal susceptible de ser ampliada infinitamente, en tanto que la Constitución Nacional –luego de su reforma– no había

de la Ley Nº 19.549 y Art. III, inc. 5, de la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada por la Ley Nº 24.759).

No se omita que es de la esencia del procedimiento administrativo la búsqueda de la verdad material u objetiva y el respeto al debido proceso adjetivo, según lo establecido en el Artículo 1º de la Ley Nº 19.549. Con relación a la garantía del *debido proceso adjetivo*, cuyo fundamento se ubica, según la doctrina, en el derecho natural<sup>9</sup>, la ley lo ha estatuido como principio derivado de la garantía constitucional de la defensa en juicio (Artículo 18 de la Constitución Nacional) y de ese principio se ha afirmado que “[...] en cierto modo [...] la garantía que él comporta funciona tanto en defensa del interés privado del recurrente como del interés público o bien común, en tanto el administrado persigue indirectamente la satisfacción de este último”<sup>10</sup>.

Lo expuesto cobra en el particular la mayor relevancia, apenas se repare en la circunstancia de que el caso se aparta –sin explicación alguna– de los procedimientos que el propio Poder Ejecutivo, actuando por conducto del Ministerio de Economía, se ha fijado con carácter general para el tratamiento de las renegociaciones contractuales autorizadas por el Artículo 10 de la Ley Nº 25.561 y que se han puesto en práctica a partir del Decreto Nº 293/2002 y en el que también –dicho sea de paso– se ha designado a un representante de las Asociaciones de Usuarios y Consumidores.

En efecto, no obstante dicha participación del representante de los usuarios, el Ministerio de Economía mediante su Resolución Nº 576/2002 ha aprobado el Regla-

<sup>9</sup> Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, reimpresión, 1985, p. 41.

<sup>10</sup> Cassagne, Juan Carlos, obra y lugar citados en nota anterior.



creado una acción popular en la que la pretensión esgrimida tuviera efectos *erga omnes* y que la voluntad representada no era la de toda la sociedad.

Agravios del Estado Nacional –Ministerio de Infraestructura y Vivienda– (fs. 62/91):

III.3. Que la apoderada del Estado Nacional en primer término planteó la falta de legitimación de la Asociación Civil de Defensa del Pasajero y del Usuario de Transporte (ADEPAUT), para accionar en representación de terceros, por no cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 43, segunda parte de la Constitución Nacional, en los Artículos 55 a 58 de la Ley Nº 24.240 y en el Artículo 55, Anexo I del Decreto Nº 1.758/1994.

En ese sentido expresó que la asociación actora sólo podía demandar defensa de los usuarios a través de la acción de amparo, cuya legitimación era de carácter excepcional, motivo por el que no podían expandirse sus reglas y principios específicos a otros procesos. También puso de resalto que la Asociación actora no se encontraba dentro del elenco de asociaciones registradas en los términos del Decreto Nº 1.758/1994 y la Resolución Nº 461/1999.

Asimismo manifestó que la señora Mariana Calegari Cravero carecía de legitimación para accionar por no existir identidad con la persona a quien la ley le había reconocido ese derecho y que además no había demostrado su condición de usuaria.

Agregó que el sentenciante había dispuesto la suspensión de todo acto sin que existiera acto alguno y que, asimismo, no se había pedido previamente la suspensión en sede administrativa.

---

mento del Procedimiento de Documento de Consulta<sup>11</sup>, el cual ha sido puesto en práctica en los casos de la renegociación del contrato de concesión del servicio de agua potable y desagües cloacales y de los contratos de concesión por peaje en los accesos viales a la ciudad de Buenos Aires<sup>12</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

En suma, la sentencia confirma el derecho de participación que los usuarios de los aeropuertos poseen, que la ausencia de una participación convertiría la decisión que se adopte en el transcurso de la renegociación contractual abierta a partir de la sanción de la Ley Nº 25.561 y de los Decretos Nros. 293/2002 y 1.535/2002 en ilegítima y que, ante la ausencia de una regulación específica, la autoridad administrativa llamada a decidir puede elegir cualquiera de los mecanismos que el ordenamiento le provee a tal fin, aunque, eso sí, dicha participación debe ser efectiva y relevante, circunstancia que –por lo dicho más arriba– no parece verificarse hasta el momento en el caso que nos ocupa, a menos –claro está– que (como lo ordena la sentencia), con carácter previo a la continuación del trámite de la renegociación del contrato y no obstante la intervención del representante de las Asociaciones de Usuarios y Consumidores ya resuelta, se lo someta a una consulta pública.

<sup>11</sup> Su texto puede ser consultado en esta misma edición. Para un estudio profundizado del citado procedimiento, nos remitimos al citado trabajo de la Dra. Denise Bloch y del mismo modo puede verse Huici, Héctor, “El documento de consulta como una forma especial de la audiencia pública”, *Procedimiento Administrativo* (obra colectiva), Jornadas de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, 1998, p. 305 y sigs.

<sup>12</sup> Resoluciones ME Nros. 671/2002 y 672/2002, respectivamente, que también pueden ser consultadas en esta edición.

Finalmente expresó que la resolución impugnada inhabilitaba el ejercicio de la función administrativa, y que la contracautela fijada resultaba insuficiente frente a la cuantía de los posibles perjuicios apartándose, así, de las pautas previstas en el Artículo 199 del Código Procesal.

IV. Que la actora al contestar el traslado de los agravios vertidos, además de solicitar la confirmación de la medida dispuesta y rebatir los argumentos de las partes, manifestó que el Estado Nacional no había sido demandado en autos y por ello debía declararse mal concedido el recurso de apelación interpuesto.

V. Que así reseñadas las posiciones de las partes cabe ingresar en el tratamiento de los agravios vertidos por los apelantes.

Legitimación activa de ADEPAUT:

VI.1. Que en primer término es menester recordar que, aún antes de la reforma constitucional de 1994, esta Sala había reconocido legitimación en defensa de los intereses comunes de los asociados (cfr., entre otras, “Asociación de Reproductores Arg. De cine y Video Pub. c/ Telefó S.A”, 13-10-1992).

Asimismo, la habilitación normativa de las asociaciones de consumidores había sido reconocida en el Artículo 55 de la Ley N° 24.240, en el que se estableció que las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas estaban legitimadas para accionar cuando –como en el caso– podrían resultar objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor prevista en el segundo párrafo del Artículo 58 (cfr. esta Sala, “ADECUA”, 09-03-1998, cit.)

Esa legitimación se vio reforzada con la incorporación de los Artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional.

En el primero de ellos se prevé que “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su[s] intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno”. “Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos [...], y a la constitución de asociados de consumidores y usuarios”.

Y en el Artículo 43 se reconoce capacidad procesal para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente distintos de los afectados en forma directa por el acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, entre los que expresamente se mencionan a las asociaciones (cfr. C.S.J.N., entre otras, “Aguerra c/ provincia de Buenos Aires y otro”, 22-04-1997, *Fallos*: 320:690; “Asociación Benghalensis”, 01-06-2000, *Fallos*: 323:1.339; “Portal de Belén. Asociación Civil sin fines de lucro”, 05-03-2002; asimismo, este tribunal, “Consumidores Libres c/ Telefónica de Argentina y otra”, 17-10-1997; “Youssefian, Martín”, 23-06-1998; Sala I, “Asociación Vecinal Belgrano “C” y otros –Cons Act- inc med- c/ EN – PEN Decreto N° 577/2002 y otro”, 24-09-2002).

VI.2. Que, por otra parte, como tiene dicho esta Cámara, remitiendo en última instancia la legitimación a un punto de derecho sustancial (en la medida en que negar la legitimación equivale a negar el derecho) en el marco del proceso cautelar corresponde sólo apreciar, interina y provisionalmente, la concurrencia de un interés tutelable (cfr. Sala V, “Rodríguez Jesús y otros c/ Estado Nacional (M° de Economía y Ob. y Serv. Púb. –P.E.N.) s/ medida cautelar (autónoma)”, 19-07-1986; Sala II, “Nieva Alejandro y otros c/ P.E.N. -Decreto N° 375/1997 – s/ amparo Ley N° 16.986”, 10-07-1997). En efecto, si la falta de legitimación no aparece inicialmente manifiesta, clara, indudable, inequívoca, de modo tal que sea inquestionable que el proceso tramitará inútilmente no podrá tratarse con carácter previo sino que deberá ser considerada en la sentencia definitiva.

En tal sentido no resulta irrazonable sostener –*prima facie*– que la Asociación Civil para la Defensa del Pasajero y del Usuario de Transporte se encuentra legitimada para actuar, al menos en el presente estado del proceso, atento a que ha sido autorizada para funcionar como tal por el Inspector General de Justicia de la Nación, a través de la Resolución IGJ N° 92/98 (cfr. fs. 34 del expte. principal que se tuvo a la vista; y doctrina de esta Sala en “Adecua”, 09-03-1998).

VI.3. Que, asimismo, y a la luz de los textos constitucionales citados, no resulta adecuado desconocer legitimación activa en la presente acción ordinaria a quienes se encuentran constitucionalmente habilitadas para promover la *excepcional* vía del amparo.

Cabe destacarse que del Artículo 43 –en el que se incorporó el instituto del amparo a nuestra Carta Magna– no surge limitación alguna respecto de la legitimación de las asociaciones en relación con otro tipo de procesos, siempre que su intervención lo sea dentro del objeto para el cual aquélla haya sido creada. Y, al respecto, la jurisprudencia ha tenido oportunidad de reconocer esa aptitud procesal a asociaciones en acciones declarativas de inconstitucionalidad (*Fallos*: 320:690) y en procesos de conocimientos más amplios, ya que si las asociaciones se encontraban legitimadas para iniciar una acción de amparo, no se advertía que el hecho de que en el ordenamiento se previera –para la causa– un proceso de conocimiento más amplio pudiera tener influencia sobre la aptitud de aquéllas para estar en juicio (esta Sala “Adecua”, 09-03-1998; “Consumidores Libres”, 17-10-1997; Sala V, “Consumidores libres Coop. Ltda., 09-05-1997).

Legitimación activa de la señora Cravero:

VII. Que también se niega legitimación a la señora Calegari Crevero por no haber demostrado su condición de usuaria del servicio de aerotransporte de pasajeros.

Esta excepción tampoco puede prosperar toda vez que esa prueba fue producida mediante pasaje emitido por la empresa Aerolíneas Argentinas cuyo original obra glosado a fs. 544/549 de los autos principales que se tuvieron a la vista oportunamente.

Legitimación del ORSNA para intervenir en estos autos:

VIII. Que el organismo de control sostiene que no debe ser parte en la litis toda vez que carece de facultades para modificar el contrato vigente.

Independientemente de que, con posterioridad a la iniciación de la demanda, se le haya dado participación en la renegociación del contrato de concesión (cfr. Artículo 1º del Decreto N° 1.356/2002), no puede dejar de advertirse que su función primordial es el control de la actividad aeroportuaria, y que a él también compete asegurar la igualdad, el libre acceso y la no discriminación en el uso de los servicios, que las tarifas sean justas, razonables y competitivas, y que se realicen las inversiones aeroportuarias necesarias para alcanzar adecuados niveles de infraestructura (cfr. Artículo 14 incisos a, b y f del Decreto N° 375/1998). Evidentemente, en razón de los fines para los cuales fue creado, no cabe rechazar *in limine* el pedido de que se le dé intervención en este proceso, en que, en definitiva, se discute la renegociación del contrato de concesión respectivo.

Legitimación pasiva del Estado Nacional:

IX. Que la actora, al contestar el traslado conferido, solicitó que se declarara mal concedido el recurso intentado por el Estado Nacional, toda vez que no había sido demandado en autos.

Sin embargo, la petición de la demandante no puede prosperar toda vez que el señor juez *a quo* hizo lugar a la medida cautelar solicitada y ordenó notificar esa decisión al Ministerio de Infraestructura y Vivienda de la Nación mediante oficio (fs. 24), encontrándose el Estado alcanzado por la medida dispuesta. Siendo ello así, no puede ser privado de la prerrogativa procesal que le asiste de actuar como parte pasiva y consiguientemente apelar e intentar revertir la decisión tomada por el magistrado interviniente.

Asimismo, cabe tener presente que el Estado Nacional, como sujeto del contrato de concesión oneroso suscripto con Aeropuertos Argentina 2000 S.A. no aparece desprovisto de interés que lo habilite para intervenir en el presente proceso cautelar.

Requisitos para el dictado de la Medida Cautelar:

X. Que, dirimida en primer término la cuestión atinente a la legitimación de las partes, es del caso recordar que “las medidas cautelares tienden a impedir que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva” (cfr. esta Sala, “Canop Nazar”, del 13-12-1990, y muchas otras).

XI. Que la procedencia de dichas medidas se halla condicionada, como principio, a que se demuestre: 1) la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien las solicita (*fumus boni iuris*); y 2) el peligro en la demora, que exige la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarde de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda en los hechos realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes (cfr. Fallo cit. y 28-10-1997, *in re* “Radio Siglo XXI”, 30-10-97, *in re* “Robledo”; 30-12-1997, *in re* “Pizarro”, entre muchos otros). Además es menester que se fije una contracautela suficiente por los eventuales perjuicios que la medida pudiera ocasionar a la contraria, de haber sido pedida sin derecho (cfr. Esta Sala, 15-05-1992, *in re* “Incidente s/ recurso de apelación efecto devolutivo en los autos ‘Belt S.A. y otros c/ Dirección Nacional de Aduanas s/ juicio de conocimiento’”; 10-10-1997, *in re* “Miguez José María c/ Estado Nacional – M° de Cultura y Educación s/ empleo público”). Por otra parte, en el caso de la prohibición de innovar se requiere que la cautela no pudiere obtenerse por otros medios (cfr. Artículo 230 CPCy C).

XII.- Que, además, es menester señalar que es deber de los tribunales fallar con arreglo a la situación fáctica y jurídica existente a la fecha de la sentencia (*Fallos*: 292:140; 300:844; 304:1.020; 313:344 y 1.375; entre otros), lo que exige examinar los hechos y el derecho posteriores a la sentencia apelada.

Verosimilitud en el derecho:

XIII. Que a los fines de decidir acerca de la verosimilitud del derecho es adecuado partir de una somera reseña de la normativa aplicable.

XIV.1. Que, al respecto han de tenerse presente las siguientes disposiciones del Capítulo II del Título IV de la Ley N° 25.561 –declarativa de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria (cfr. Artículo 1°)–, referentes a “las obligaciones originadas en los contratos de la Administración regidos por normas de Derecho público”.

Artículo 8°: “Dispónese que a partir de la sanción de la presente ley, en los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de Derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedan establecidos en pesos a la relación de cambio UN PESO (\$) = UN DÓLAR ESTADOUNIDENSE (US\$ 1)” (el destacado no pertenece al texto).

Artículo 9°: “Autorízase al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar los contratos comprendidos en lo dispuesto en el Artículo 8° de la presente ley. En el caso de los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos, deberán tomarse en consideración los siguientes criterios: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas”.

Artículo 10: “Las disposiciones previstas en los Artículos 8° y 9° de la presente ley, en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones”.

XIV.2. Que, con posterioridad, mediante el Decreto N° 293/2002 (*BO*: 20-03-02) se dispuso:

Artículo 1°: “Encomiéndase al Ministerio de Economía la renegociación de los contratos alcanzados por lo dispuesto en el Artículo 8° de la Ley N° 25.561, que tengan por objeto la prestación de obras y servicios públicos.

Se consideran servicios públicos alcanzados por la renegociación de los contratos los siguientes: [...] el sistema nacional de aeropuertos [...]”.

Artículo 2°: “Las propuestas de renegociación contractual deberán elevarse al Poder Ejecutivo Nacional dentro del plazo de ciento veinte (120) días de la entrada en vigencia del presente decreto.

El Ministerio de Economía convocará a las empresas prestatarias y a las asociaciones de usuarios y de consumidores legalmente registradas, y a los entes de regulación y control, a fin de contar con su información y opinión [...]”.

Artículo 4º: “Créase la Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos, la que tendrá a su cargo el asesoramiento y asistencia del Ministerio de Economía en la tarea que se encomienda por el presente decreto. La mencionada Comisión estará presidida por el señor Ministro de Economía o por quien él designare, e integrada por personas con sobrados antecedentes e idoneidad en la materia objeto de su misión y por un (1) representante de las asociaciones de usuarios y consumidores involucradas –en cumplimiento del Artículo 42 de la Constitución Nacional–, todos los cuales serán designados por el Poder Ejecutivo Nacional. Las designaciones aludidas en este artículo deberán cumplimentarse dentro del plazo de treinta (30) días corridos desde la puesta en vigencia del presente decreto.

En sus considerandos se puso de manifiesto: “Que para llevar a cabo el desarrollo del proceso, se estima conveniente la creación de una Comisión de Renegociación, que tendrá como finalidad asistir al Ministerio de Economía en la tarea encomendada. Dicha comisión, integrada por los diversos sectores involucrados –entre ellos los usuarios y consumidores– podrá solicitar de los organismos dependientes del Poder Ejecutivo Nacional la colaboración temporaria de recursos humanos, así como también la provisión de la información necesaria”.

XIV.3. Por Decreto N° 370/2002 (27-02-2002) se adoptaron diversas medidas:

Artículo 1º: Designación del Presidente y del Vicepresidente de la Comisión.

Artículo 2º: Designación de los miembros de la Comisión.

Artículo 3º: Invitación al Defensor del Pueblo de la Nación a designar un representante ante la Comisión.

Artículo 4º: Delegación en el Ministerio de Economía e Infraestructura de la “designación de un (1) miembro que represente a las asociaciones de usuarios y consumidores legalmente registradas. A tal fin dicho ministerio deberá solicitar a las mencionadas asociaciones que dentro del plazo que al efecto se fije propongan a la persona que en representación de ellas integrará la Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos”.

Artículo 5º: Instrucción al Ministerio de Economía e Infraestructura para que dicte el reglamento de funcionamiento interno de la Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos y las normas de procedimiento con ajuste a las cuales se llevará a cabo el proceso de renegociación.

XIV.4. Que, con posterioridad, fue dictada la Resolución N° 20/2002 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (BO: 20-03-2002), por medio de la cual se aprobaron las “Normas de Procedimiento para la Renegociación de los Contratos de Prestación de Obras y Servicios Públicos” y el “Listado de Contratos de Prestación de Obras y Servicios Públicos” –entre los que se encuentra el contrato de concesión suscripto con Aeropuertos Argentina 2000 (Anexo II resolución cit.), a los que se les aplicaría el procedimiento de renegociación (Artículos 1º y 2º).

En el Artículo 5º se dispuso que la Comisión de Renegociación de Contratos y Obras y Servicios Públicos comunicaría a los sujetos alcanzados por la aplicación del régimen el inicio del proceso de renegociación de los contratos comprendidos en el anexo 2, que tendría lugar dentro de los 10 días de la entrada en vigencia de esa resolución.

XIV.5. Que, posteriormente, por Resolución N° 64/2002 (BO: 22-04-2002) el Ministro de Economía, en virtud de las distintas reclamaciones administrativas y jurisdiccionales presentadas por Aeropuertos Argentina 2000, y atendiendo a que se encontraba bajo examen la aplicación al caso de lo previsto en el Artículo 8º de la Ley N° 25.561, decidió suspender –respecto de la citada empresa– la vigencia del Artículo 5º de la Resolución N° 20/2002 hasta tanto se expidiera la Procuración del Tesoro de la Nación, a quien le había solicitado su opinión (Resolución N° 64/2002, del 18 de abril de 2002).

XIV.6. Que por Decreto N° 1.535/2002 (BO: 21-08-2002) se dispuso la constitución de una comisión integrada por un representante de la Jefatura de Gabinete de Ministros, uno de la Secretaría Legal y

Técnica de la Presidencia de la Nación, uno de la Procuración del Tesoro de la Nación y otro del ORSNA a los efectos de llevar a cabo la renegociación del contrato de concesión celebrado con Aeropuertos Argentina 2000 aprobado por Decreto N° 163/98, fijándole un plazo de 90 días para cumplir su cometido (Artículo 1°). Asimismo se excluyó a la renegociación de este contrato de las previsiones del Decreto N° 293/2002 (Artículo 6°).

En los considerandos del decreto se invocaron –entre otros- los fundamentos siguientes:

“[...] el Decreto N° 577/2002 excluyó implícitamente a la concesión que tratamos del procedimiento determinado por el citado Decreto N° 293/2002, sin perjuicio de lo cual el Artículo 3° del decreto mencionado en primer término ratificó que el Contrato de Concesión para la Explotación, Administración y Funcionamiento del Sistema Nacional de Aeropuertos se encuentra comprendido en el proceso de renegociación a los efectos de readecuar su ecuación económico-financiera a los parámetros de origen de la concesión”.

“[...] la renegociación en cuestión deberá tener en cuenta, asimismo, la solución de los múltiples reclamos y litigios planteados entre Aeropuertos Argentina 2000 S.A. y el Estado Nacional, tanto en el ámbito administrativo como en el judicial, respectivamente”.

XV. Que surge de la normativa indicada que está en trámite la renegociación del contrato de concesión de Aeropuertos Argentina 2000 y que ha sido excluido el representante de los usuarios de ese procedimiento.

XVI. Que, ello asentado, es del caso recordar nuevamente que en el Artículo 42 de la Constitución vigente se reconoce a los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en la relación de consumo, una serie de derechos que resultan operativos. Entre ellos, adquieren especial relevancia, en el caso, el derecho a la protección de sus intereses económicos, a una información adecuada y veraz y a su necesaria participación en los organismos de control, por medio de las asociaciones que defiendan sus intereses.

Esa participación integra el núcleo mismo del debido proceso constitucional y legalmente garantizado en relación con las cuestiones esenciales en materia de servicios públicos.

Consignientemente, podría considerarse –*prima facie* y en el marco provisorio propio de una medida cautelar– que la adopción de decisiones trascendentes en la materia, como la renegociación a la que se hace referencia en este proceso, no podría realizarse sino en el marco de un procedimiento que asegurase a usuarios y consumidores una oportunidad de participación efectiva y relevante. De lo contrario, la decisión estatal que podría afectar su propiedad e intereses económicos no satisfaría aquellas exigencias.

Los usuarios no tendrían derecho a que la renegociación fuera decidida en un sentido o en otro, pero no cabría desconocerles su derecho a que el proceso de renegociación fuera legalmente conducido, con su intervención.

Y en ese espíritu se enmarcarían tanto la Ley N° 25.561 de Emergencia Económica (especialmente su Artículo 9°), como el Decreto N° 293/2002 que reglamenta la renegociación de contratos de obras y servicios públicos y el Decreto N° 370/2002.

XVII. Que, sobre tales bases, podría razonablemente inferirse, de modo preliminar, que el Decreto N° 1.535/2002 no reuniría los recaudos constitucionalmente exigidos, en cuanto por sus disposiciones resultarían conculcados los mencionados derechos de usuarios y consumidores (cfr. esta Sala, “Youssefian Martín c/ EN – Secretaría de Comunicaciones s/ amparo Ley N° 16.986”, consid. XXVII, 23-06-1998).

XVIII. Que, en la medida en que se respeten tales premisas, la celebración de una audiencia pública sería uno de los medios a través de los cuales podría tener lugar dicha participación. No obstante, no puede menos que advertirse, en este examen provisorio, que aquélla no está normativamente impuesta para el caso, ya que el Reglamento de Consultas de Opinión del ORSNA no rige sino para decisiones que deban ser adoptadas en el ámbito de ese ente.

Sentada la necesidad de dar la debida participación a los usuarios, y a falta de previsión expresa que exija un determinado procedimiento de intervención, corresponde a la Administración –y no a los jue-

ces– efectuar la elección entre las distintas alternativas válidas. Ello es así tanto que la plena judiciable (consagrada en los Artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional) no les permite reemplazar o sustituir a los otros poderes en el ejercicio de las atribuciones que le son propias.

XIX. Que, por las consideraciones que anteceden, procedo tener por demostrada la verosimilitud del derecho de las demandantes.

Peligro en la demora:

XX. Que el peligro en la demora puede también tenerse por probado en la especie, ya que la continuación de los trámites de la renegociación sin la intervención de quienes representen a los usuarios y consumidores podría infligir una afectación definitiva de sus derechos de participación.

Por todo lo expuesto, es procedente la medida cautelar solicitada en tanto no podría adoptarse decisión acerca de la mencionada renegociación sin posibilitar la participación de los usuarios y consumidores por intermedio de las asociaciones que los nuclean.

Contraautela:

XXI. Que en lo que respecta a la objeción a la caución juratoria fijada como contraautela, debe ser rechazada atento al tenor de la decisión que se adopta.

Por lo expuesto se resuelve: Modificar parcialmente la resolución apelada en el sentido de que no se continúe con la tramitación de la renegociación del contrato de concesión celebrado por el Estado Nacional con Aeropuertos Argentina 2000 aprobado por Decreto N° 163/1998 hasta tanto se asegure la debida participación –constitucionalmente garantizada– de los usuarios del servicio de aerotransporte. Las costas se imponen por su orden (Artículo 68, segunda parte del CPCC).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

**Alejandro Juan Uslenghi - María Jeanneret de Pérez Cortés - Guillermo Pablo Galli.**





## **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal 5**

---

*Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Estado Nacional Jefatura de Gabinete de Ministros Decretos Nros. 1.535/2002, 168/1998 s/ proceso de conocimiento, Expte. N° 9.971/2003.*

Buenos Aires, 22 de abril de 2003

Y VISTOS: CONSIDERANDO:

1) Que a fs. 3/34 se presenta Aerolíneas Argentinas S.A. (en adelante ARSA) promoviendo la acción declarativa de certeza de conformidad al Artículo 322 y concordantes del CPCyC, contra el Estado Nacional Jefatura de Gabinete de Ministros y Organismo de Regulación del Sistema Nacional de Aeropuertos (en adelante ORSNA) a fin de que se despeje la incertidumbre que pesa sobre ella en lo que atañe a su calidad de usuario del Sistema Nacional de Aeropuertos y como consecuencia de ello, solicita se ordene implementar un mecanismo de participación que garantice el resguardo de los derechos derivados de tal calidad en el marco del proceso de renegociación del contrato de concesión del sistema mencionado, dispuesto por el Decreto N° 1.535/2002 (t.o. 2.297/2002). En igual sentido peticona se impida la continuidad del proceso de renegociación del contrato de concesión hasta tanto se resuelva la presente acción.

---

### **LA CONDICIÓN DE USUARIOS AEROPORTUARIOS DE LAS COMPAÑÍAS AÉREAS**

#### **(Comentario al fallo “Aerolíneas Argentinas S. A. c/ Aeropuertos Argentina 2000 S. A.”)\***

##### **I. EL CASO.**

En un proceso judicial destinado a despejar la incertidumbre acerca de la naturaleza de usuaria que invocaba la compañía aérea demandante, el 22 de abril de 2003, la titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5, luego de reconocerle la legitimación procesal invocada, basándose para ello sobre su condición de usuaria de la infraestructura aeroportuaria, dictó una

\*Este trabajo fue publicado en la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 295:45, (abril 2003).

**N. del A.:** Cuando este trabajo ya se encontraba en prensa, y a raíz de la recusación sin causa y del recurso reposición interpuesto por el ORSNA contra la medida dispuesta, las actuaciones quedaron radicadas ante el juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 4, cuyo titular, el Dr. Osvaldo Guglielmino, con fecha 15-05-2003 revocó la medida cautelar decretada que se comenta. Sin embargo, cabe citar que la nueva decisión no desconoce la calidad de usuario de la infraestructura aeroportuaria de la compañía aérea actora. El fallo completo puede ser consultado en nuestro sitio en Internet [www.rapdigital.com](http://www.rapdigital.com) / Sección Novedades / General.

Luego de atacar el contrato de concesión del Sistema Nacional de Aeropuertos con abundantes argumentaciones a las cuales en honor a la brevedad me remito, se refiere en especial a la normativa que afecta la composición del contrato (Decretos Nros. 301/2001, 163/1998, 1.553/2002 y 2.297/2002) y para lo que aquí interesa, realiza una reseña de la pretensión del ARSA respecto de su calidad de usuario para participar en la renegociación ilustrando la gravedad y trascendencia de los derechos que se encuentran en juego, citando en especial los Artículos 16, 17, 18, 19, 28, 33 y 42 de nuestra Carta Magna los que se verían violados de no permitirse su actuación como interesado en la tramitación de la renegociación.

Considera que en su carácter de usuaria no sólo sería la gran ausente su empresa como así también las empresas usuarias de las instalaciones y los servicios de aeropuertos, cuando ARSA es el principal impasible frente a las decisiones que se adopten en el marco del trabajo de la Comisión de Renegociación. Relata brevemente su pretensión desarrollada en sede administrativa, donde tomó conocimiento del dictamen de la Gerencia de Asuntos Legales y Administrativos del ORSNA, que acompañan, en el cual le deniegan su participación con sustento en la opinión vertida por la Asociación Civil Cruzada Cívica. Pone de relieve que la calidad de usuario de ARSA respecto del proceso de renegociación no es la misma que de la Asociación de Usuarios, puesto que sus intereses y derechos son distintos; operan con el concesionario pero de distinto lugar, de allí que a su criterio la participación de uno no garantice la defensa de los intereses del otro.

2) En primer lugar, entiendo necesario puntualizar que la legitimación que la actora invoca encuentra sustento en lo preceptuado por el Artículo 42 de la Constitución Nacional. En lo que aquí ataño, de la

---

medida cautelar que le ordenaba al Poder Ejecutivo Nacional suspender el proceso de renegociación del contrato de concesión de los aeropuertos sometidos a jurisdicción nacional hasta tanto se asegurase a la compañía aérea actora una real y efectiva participación en el mencionado proceso iniciado con fundamento en la autorización conferida al Poder Ejecutivo Nacional por la Ley N° 25.561.

Para así decidir, la magistrada interviniente consideró que el Artículo 42 de la Constitución Nacional le reconocía a la compañía aérea actora legitimación suficiente para reclamar una participación efectiva en el mencionado proceso, participación que no se encontraba asegurada por la circunstancia de que diferentes organizaciones de usuarios se encontraran integrando la Comisión de Renegociación del contrato, pues entendió que existen “[...] otros tipos de usuarios, con distintos intereses de los mencionados en primer término” (*sic*).

Como ya lo hemos señalado en un anterior trabajo sobre aspectos semejantes al tratado en este nuevo proceso judicial<sup>1</sup>, ante la ausencia de una regulación específica, la autoridad administrativa llamada a decidir puede elegir cualquiera de los mecanismos que el ordenamiento jurídico le provee a fin de asegurar la necesaria participación de los usuarios, en la medida –claro está– en que el procedimiento escogido garantice una participación efectiva y relevante de aquellas personas cuyos intereses económicos se encuentren en juego.

<sup>1</sup> “La necesaria participación de los usuarios de servicios públicos en defensa de sus derechos. El caso de los aeropuertos (breve comentario al fallo de la Sala IV de la CNACF “Asociación Civil de Defensa Paut y otro (incidente de medida cautelar) c/ ORSNA y otro””, publicado en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 291:67.

lectura de dicho artículo emana que la misma cobija o protege a situaciones como la traía a mi conocimiento, ya que la garantía allí volcada se presenta en una doble proyección, por un lado la protección de los intereses personales y económicos como derecho tanto de los usuarios como de los consumidores y el deber del Estado correlativamente de asegurarlos, deber también que se es exigible a los proveedores de bienes y servicios (cfr. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, T. VI, pp. 308-309 y Sala IV del Fuero, Causa N° 22.766/1997).

La circunstancia de que se encuentren representadas distintas asociaciones de usuarios en la comisión de la renegociación del contrato no es, a mi entender, suficiente para garantizar la defensa y participación de otro tipo de usuarios, con distintos intereses que los mencionados en primer término. Por lo hasta aquí volcado entiendo que Aerolíneas Argentinas S. A. se encontraría afectada o agraviada concretamente en un derecho o interés propio, al que como ya lo sostuviera jurisprudencialmente, el ordenamiento constitucional confiere una tutela jurisdiccional (cfr. Sala I Asociación Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires, del 09-05-1995, entre otros).

Pongo de resalto que el Sistema Nacional de Aeropuertos creado por concesión que el Estado Nacional entrega a Aeropuertos Argentina 2000 S. A., normado por el Decreto N° 163/1998 no obsta que la actora, como transporte aéreo de pasajeros, tenga un ámbito obligatorio de desarrollo de sus actividades en dicha infraestructura, sumado a que el carácter de usuaria, que se atribuye, encuentra fehaciente referencia en el Código Aduanero y en el mismo contrato de concesión, de allí que entiendo que –sin caer en un prejuizamiento– deba ser oída en el proceso de renegociación de

---

Según relata el decisorio, la condición de usuaria de la empresa aérea había sido negada en sede administrativa, circunstancia que originó la promoción de la acción declarativa de certeza entablada, y, en ese orden de ideas, me anticipo a decir que no pueden caber dudas acerca de la condición de usuarias de la infraestructura aeroportuaria que ostentan las compañías aéreas bien que –como lo destaca el decisorio– desde el ámbito obligatorio del servicio público que ellas prestan, para cuyo cumplimiento la utilización de dicha infraestructura reviste naturaleza esencial y legalmente obligatoria (Artículos 4°, 5°, 6° y ccs. del Código Aeronáutico Argentino).

## 2. ALGUNAS PRECISIONES NECESARIAS

Creo necesario realizar con carácter previo una serie de imprescindibles precisiones en orden a un correcto encuadramiento de la cuestión en examen, entendiendo que estarán exclusivamente dirigidas a realizar el análisis de la condición jurídica de usuarios de la infraestructura aeroportuaria que nuestro ordenamiento jurídico les asigna a las compañías aéreas y sin pretender agotar con ello la inmensa gama de aspectos que plantea una prestación tan multifacética como la que se vincula a los servicios aeroportuarios y la navegación aérea de carácter comercial.

En primer lugar, debe señalarse que el Decreto N° 375/1997 estableció el Sistema Nacional de Aeropuertos y que, tal como su propia denominación designa, procedió a conformar una unidad de operación funcional y de jurisdicción que trasciende las características que podrían corresponderle, en cuanto a la regulación de sus usos, por la circunstancia de tratarse de instalaciones en las que se desarrolla una actividad sometida a la

aquel contrato. Confirma la solución a la que se viene arribando la posibilidad de que se avance sobre sus derechos y que finalmente los mismos puedan ser vulnerados en la renegociación afectando sustancialmente en algún momento sus intereses legítimos en su desarrollo de transportadora de pasajeros, de lo que deviene que tiene un interés concreto respecto a que se la reconozca como legitimada para obrar, lo que así se resuelve.

3) Sorteando el vallador formal, corresponde precisar que, respecto de las decisiones de la Administración Pública, la aplicación de medidas precautorias es de carácter excepcional, debido a la presunción de legitimidad de aquéllas y exige que su dictado se encuentre precedido de un análisis detallado y particularmente severo de los recaudos comunes a cualquier medida cautelar (aparición del derecho, peligro en la demora, contracautela), atendiendo especialmente a la mayor o menor verosimilitud del derecho.

Además resulta necesario que, cuando la medida cautelar se intente frente a la Administración Pública, se acredite *prima facie* y –sin que esto suponga un pronunciamiento sobre la cuestión de fondo– la manifiesta arbitrariedad del acto recurrido, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los supuestos que la tornan admisible. Y ello es así, porque sus actos no sólo gozan de la mentada presunción de legitimidad, sino por su fuerza ejecutoria, razón por la cual, en principio, no los recursos administrativos, ni las acciones judiciales mediante las cuales se discute su validez suspenden su ejecución (cfr. Artículo 12 de la Ley Nº 19.549; CFC Adm., Sala IV, *in re*: Joyart, sentencia del 09-09-1991, Sala V, *in re*: Performar S. A. c/ DGI, sentencia del 25-09-1997 y Asociación Ecologista Nueva Tierra c/ Estado Nacional, sentencia del 29-09-1997).

---

jurisdicción federal<sup>2</sup>. Ello se traduce, entre otras consecuencias, en la previsión contenida en el Artículo 11 del mencionado Decreto Nº 375/1997 en cuanto le asigna fondos que provienen del canon de la concesión aeroportuaria otorgada por el Decreto Nº 163/1998 y están destinados al mejoramiento y reestructuración de los aeródromos que integran el Sistema, pero que no han sido incluidos en dicha concesión, como así también lo relativo a las previsiones presupuestarias que aseguren que la recaudación de las tasas por los servicios que presta la autoridad encargada del control del tránsito aéreo en la República Argentina –esto es la Fuerza Aérea Argentina– se destinen a dicha finalidad específica. Bien puede sostenerse en ese sentido que la mencionada norma reglamentaria, ascendida al rango de ley material por la posterior ratificación efectuada por el Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 842/1997, ha instaurado un fondo con finalidad específica.

De tal suerte y a poco que se examine, se puede apreciar que el señalado carácter sistémico se verifica en que el conjunto está integrado por 57 aeropuertos de distintas categorías relativas al nivel de servicio que brindan, medidos conforme parámetros internacionales con un disímil régimen de dominio y administración, aunque en todos los casos sometidos al uso público.

En efecto, del total de 57 *aeródromos públicos* integrantes del Sistema Nacional de Aeropuertos, 33 han sido incluidos en la concesión otorgada por el Estado Nacional a un único concesionario; uno continúa siendo del dominio privado y explotado

<sup>2</sup> Para un tratamiento particularizado sobre el régimen jurídico de la regulación de los usos en ámbitos sometidos a la jurisdicción federal, me remito a mi trabajo “La jurisdicción federal sobre los caminos nacionales (análisis sobre los límites de las potestades locales)”, separata de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 238:9.

Cabe señalar, que de acuerdo a reiterada jurisprudencia de los Tribunales Federales, la procedencia de medidas de la índole de la requerida, queda subordinada a la verificación de dos extremos insoslayables, a saber, la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de un daño irreparable en la demora, ambos previstos en el Artículo 230 del Código Procesal, a los que debe unirse un tercero, establecido de modo genérico, para toda clase de medidas cautelares en el Artículo 199 del código de forma (cfr. C. Fed. Cont. Adm., Sala II, *in re* Irurzun, sentencia del 23-02-1982, entre muchas otras).

A su vez, la jurisprudencia y la doctrina han agregado que los requisitos antes citados se encuentran de tal modo relacionados que a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigente en la apreciación del peligro en la demora y –viceversa– cuando existe el riesgo de un daño extremo irreparable el rigor del *fumus* se puede atenuar (cfr. CFC Adm., Sala II, *in re*: Pesquera del Atlántico S. A. c/ BCRA, sentencia del 14-10-1985; Sala III, *in re*: Gibaut Hnos., sentencia del 08-11-96, entre muchos otros).

En efecto, a partir de la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos, es requisito fundamental para admitir la procedencia de medidas cautelares contra tales declaraciones la comprobación de su manifiesta ilegalidad o arbitrariedad (lo que no se advierte –adelanto– en el caso de autos), pues sólo concurriendo dicha circunstancia resulta susceptible de ser enervada la recordada presunción (CNC Adm., Sala I, *in re*: Incidente de apelación medida cautelar Mitjavila, Adrián c/ ANA s/ medida cautelar, del 05-05-1992).

Ello así, por cuanto en los litigios contra la Administración Pública o sus entidades descentralizadas, además de los presupuestos de las medidas de no innovar en general establecidos en el ya citado Artículo 230 del código de forma se requiere, como requisito específico que la medida solicitada no afecte un

---

por su propietario<sup>3</sup>; otro ha sido también dado en concesión por una provincia<sup>4</sup> y los restantes 22 quedaron bajo la administración y operación de personas públicas (nacionales, provinciales o municipales).

No debe perderse de vista que la condición de público de un aeródromo no viene dada por la condición del propietario del inmueble, sino por su destino al uso público (cfr. Artículo 25 del Código Aeronáutico) y, por otra parte, debe señalarse que un *aeródromo público* se eleva a la categoría de *aeropuerto* cuando la intensidad del tráfico aéreo y los servicios que brinda justifican tal denominación, y que de entre ellos corresponde distinguir –a su vez– los aeropuertos *nacionales* de los *internacionales*, siendo estos últimos los destinados a la operación de aeronaves provenientes del o con destino al extranjero, donde se presten servicios de sanidad, aduana, migraciones y otros (Artículo 26 del Código Aeronáutico).

Pero, a pesar de esa disparidad acerca de la condición del propietario que en cada caso se verifica, por tratarse de instalaciones sujetas al uso público y sometidas a habilitación por la autoridad aeronáutica (Art. 27 del Código Aeronáutico), en todos los supuestos la prestación del servicio de protección al vuelo, tanto para los de carácter nacional como para los de carácter internacional, se encuentra en cabeza exclusiva del Estado Nacional (Artículo 13 del Código Aeronáutico) y se remunera a través de las tasas aeronáuticas que la Fuerza Aérea Argentina, como encargada de prestar el servicio, percibe de los operadores aéreos, habiendo sido incluidas éstas en el Cuadro Tarifa-

<sup>3</sup> Es el caso del Aeropuerto Internacional de Don Torcuato, ubicado en la Provincia de Buenos Aires.

<sup>4</sup> Es el caso del Aeropuerto Internacional de Ushuaia, cuya concesión fue otorgada por la Provincia de Tierra del Fuego.

interés público al que deba darse prevalencia (cfr. CFC Adm., Sala IV, *in re*: Banco Comercial del Norte S. A. y otros c/ BCRA s/ apelación Resolución N° 582/91, sentencia del 09-10-92).

4) Aclarado ello y respecto del requisito de verosimilitud del derecho entiendo que la misma se encuentra configurada puesto que la integración de la Comisión Negociadora que determina el Decreto N° 2.297/02 no es suficiente para garantizar el derecho de participación de la aquí accionante, en razón de que tal representante lo es respecto de los usuarios y/ o pasajeros del servicio no así de los otros usuarios aeroportuarios directos entre los cuales se encuentra el caso del accionante.

La procedencia de la medida cautelar que se viene analizando no pone en tela de juicio la decisión del Estado Nacional de renegociar un contrato público, ni el carácter que, en dicho contrato, revisten como parte el Estado y el concesionario, claro está que ello me convence de la inconveniencia de adoptar decisiones dentro de este marco sin la participación de todos aquellos diferentes tipos de usuarios que puedan ver afectado sus derechos por aquellas decisiones. Infiero que –sin adelantarme más allá de lo que se me permite en este estado larval– la presente renegociación, la cual es posible a partir del dictado de la Ley N° 25.561 y Decretos Nros. 293/2002 y 1.535/2002, ante la ausencia de una regulación específica como sería la posibilidad de una audiencia pública, que no se encuentra normativamente impuesta pone en la autoridad administrativa la elección de cualquier mecanismo que, como bien se ha sostenido doctrinariamente, debe ser efectivo y relevante, lo que a mi entender no se verifica en el presente caso, son la participación de una de las empresas de transporte de aeronavegación.

---

rio aprobado por el Decreto N° 163/1998 y alcanzadas también por las prescripciones del Decreto N° 577/2002 y del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.910/2002.

Además, tratándose en todos los casos de instalaciones íntimamente asociadas al servicio público de transporte aéreo interjurisdiccional, corresponde que sea la autoridad federal la que regule los usos de dichas instalaciones, por lo que se encuentra –como principio– limitada la ingerencia de las autoridades locales en la regulación de los diferentes usos que los referidos aeródromos públicos poseen en cuanto tales. En efecto, debe atenderse a la circunstancia de que un aeródromo configure una unidad funcional de servicios y de actividades asociadas a los servicios de trabajo y transporte aéreos de pasajeros y carga, realidad que justifica la unidad de jurisdicción sobre los usos a los que se destina la infraestructura aeroportuaria.

### **3. LOS USUARIOS DE LOS AEROPUERTOS.**

Con un criterio amplio, el concepto de usuario de la infraestructura aeroportuaria se encuentra definido en el Artículo 2° (Definiciones) del Pliego de Bases y Condiciones que rigió la licitación pública nacional e internacional para el otorgamiento de la concesión para la administración, explotación y funcionamiento del denominado Grupo “A” de los aeropuertos<sup>5</sup> en los siguientes términos: “Usuarios: Todas aque-

<sup>5</sup> El mencionado Pliego de Bases y Condiciones para la Licitación Nacional e Internacional fue aprobado por el Decreto N° 500/1997 en función de lo dispuesto por su similar predecesor N° 375/1997 y ambos fueron ratificados por el DNU N° 842/1997 y el denominado Grupo “A” de aeropuertos está integrado por 33 aeródromos públicos objeto de la concesión onerosa aprobada por el Decreto N° 163/1998 del Poder Ejecutivo Nacional.

En lo que atañe al peligro en la demora se ve configurado en la situación actual en virtud del estado avanzado en que se encuentra sustanciándose la mencionada renegociación, pudiendo por ello arribarse a soluciones que podrían infringir una afectación definitiva de sus derechos de participación (Sala IV, Asociación Civil de Defensa Paut c/ ORSNA Decreto N° 163/98 del 10 de octubre de 2002).

5) Respecto de la caución la misma será de carácter juratorio atento los precedentes aquí volcados y la decisión a la que se arriba (Artículo 199 del CPCyC).

Por lo hasta aquí expuesto,

Resuelvo:

1) Declarar que Aerolíneas Argentinas S. A. detenta la calidad de usuaria en la infraestructura concesionada a Aeropuertos

Argentina 2000, debiendo participar en la renegociación ordenada por el Decreto N° 1.535/2002.

2) Suspender el trámite del contrato de renegociación aprobado por Decreto N° 163/1998, hasta tanto el PEN instrumente una participación pública apta en la participación de la usuaria del servicio de aerotransporte.

3) Prestada la caución por los representantes de Aerolíneas Argentinas S. A., oficiese al ORSNA y al Jefe de Gabinete de Ministros, con habilitación de días y horas inhábiles.

Regístrese y notifíquese.

**Susana Córdoba.**

---

llas *personas que hacen uso* de las instalaciones y servicios de los aeropuertos” (el destacado es nuestro).

Como es dable apreciar, dentro de tal definición no solamente pueden quedar comprendidos los usuarios que en su calidad de pasajeros aprovechan los servicios que les brinda la infraestructura aeroportuaria, sino también quienes –como la actora– despliegan actividades de prestación a favor de terceros (pasajeros).

No debe perderse de vista que, dada su condición, la actora es una compañía que brinda servicios regulares de transporte aéreo de pasajeros y carga y, en consecuencia, el título habilitante que posee para el desarrollo de esas actividades lo ostenta en virtud de la concesión de servicio público otorgada por el Poder Ejecutivo Nacional de conformidad con lo establecido por los Artículos 93 (en especial su segundo párrafo), 95 y 102 del Código Aeronáutico, de manera que al mismo tiempo que es deudora de servicios a favor de terceros (v. gr., pasajeros y contratantes de carga aérea) es, a la vez, usuaria de aquellos servicios que la infraestructura del aeropuerto le brinda y por los cuales está obligada a abonar las tasas que lo retribuyen. Es que, como lo señala la sentencia, la circunstancia de que tenga un ámbito obligatorio de desarrollo de sus actividades no empece a esa doble condición de la que está investida<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Es precisamente esa condición de usuarias que poseen las compañías aéreas la que otorga fundamento a la inclusión de la Junta de Representantes de Compañías Aéreas (JURCA) en el Consejo Asesor del Directorio del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos según expresamente lo dispone el Decreto N° 16/1998.





## **Cámara Federal de La Plata, Sala 3ª**

*Aeropuertos Argentina 2000 S.A. c/ Interbaires S.A., del 1º de septiembre de 2003 - 2ª Instancia.*

Los Dres. Pacilio y Vallefín dijeron:

### **1. Antecedentes y agravios.**

Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Sala con motivo del recurso de apelación deducido por la accionada contra la decisión de fs. 140/2, que hizo lugar a la demanda promovida por “Aeropuertos Argentina 2000 S.A.” y sobre la base de lo dispuesto por el Artículo 1º de la Ley Nº 17.091, ordenó el lanzamiento de la empresa “Interbaires S.A.” de los espacios que consideró ilegítimamente ocupados dentro del predio de las terminales A y B del Aeropuerto Internacional Ministro Pistarini de Ezeiza.

Los agravios de la quejosa admiten la siguiente reseña: a) Inexistencia de legitimación activa de “Aeropuertos Argentina 2000 S.A.” para recurrir al trámite especial regulado por la Ley Nº 17.091, siendo que aquélla corresponde únicamente al Estado Nacional o, eventualmente, a las reparticiones administrativas que estén específicamente consignadas en la misma ley; b) Ausencia de los recaudos que constituyen el presupuesto fáctico de la acción; c) Incompetencia territorial del juzgado interviniente para dictar la

---

## **LA ADMINISTRACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LOS ESPACIOS AEROPORTUARIOS Y LA APLICACIÓN DE LA LEY Nº 17.091 A LA CONCESIÓN AEROPORTUARIA NACIONAL\***

### **I. BREVE INTRODUCCIÓN**

En esta oportunidad la jurisprudencia se ha debido ocupar de las facultades que el concesionario de los aeropuertos nacionales tiene asignadas en el estatuto jurídico que rige la concesión, respecto a la disposición del uso de los bienes inmuebles cedidos para su administración y explotación y, en particular, si el citado concesionario puede –no obstante su carácter de sujeto de derecho privado– invocar las previsiones de la Ley Nº 17.091<sup>1</sup> para proceder al desalojo *inaudita parte* de permisionarios,

\* “*La administración y explotación de los espacios aeroportuarios y la aplicación de la Ley Nº 17.091 a la concesión aeroportuaria nacional*”. En *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 306:61, (Año XXVI). En *Jurisprudencia Argentina – Lexis Nexis Argentina*. Suplemento de Derecho Administrativo del 25-02-2004. Reproducido en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 306:61, Ediciones Rap S.A. (marzo 2004).

Comentario al fallo “Aeropuertos Argentina 2000 S.A. c/ Interbaires S.A.” del 1º de septiembre de 2003, dictado por la Sala 3ª de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata.

<sup>1</sup> Sancionada el 29 de diciembre de 1966 por el Poder Ejecutivo Nacional *de facto* en ejercicio de las atribuciones que le asignó el Artículo 5º del denominado “Estatuto de la Revolución Argentina”. La norma está publicada en el *Boletín Oficial* del 9 de enero de 1967, consta de tres artículos y, sin modificaciones, permanece vigente hasta la fecha.

medida; d) Nulidad de la decisión apelada puesto que, pese a tratarse de una sentencia definitiva, no satisface los recaudos contemplados en el Artículo 163 del CPCCN; e) Existencia de irregularidades durante la ejecución del lanzamiento, en cuanto a las precisiones dadas por la actora al indicar los sitios alcanzados por la relación contractual referida en la demanda.

La demandante, al responderlos considera que la resolución cuestionada es inapelable porque “se ha agotado por autosatisfacción” y supletoriamente solicita que se declare desierto el recurso porque “no obstante su extensión, el escrito en responde no constituye una crítica razonada”. Sostiene, asimismo, que como concesionaria de un servicio público ejerce una función pública delegada por el Estado con el objeto de alcanzar los fines de aquella concesión, por lo que –a su juicio– se encuentra facultada para emplear idénticos instrumentos procesales que los disponibles por la Administración pública.

## 2. Consideración de los agravios.

1 – La cuestión de competencia.

Por resultar metodológicamente conveniente, se tratará en primer lugar el planteo de incompetencia territorial articulado por la accionada.

De principio se advierte que lo convenido por el Estado Nacional y la empresa “Interbaires S.A. en el Artículo 35 del acuerdo celebrado entre dichas partes con anterioridad a que “Aeropuertos Argentina 2000 S.A.” se hiciera cargo de la concesión respectiva, de manera alguna obliga a esta última, desde que mal pueden oponérsele los efectos de una prórroga de jurisdicción territorial, en cuya convención no intervino.

locatarios, comodatarios u ocupantes de espacios en los aeropuertos, derecho que la decisión judicial aquí comentada le niega<sup>2</sup>.

Establecer la factibilidad de utilización por el aludido concesionario del mecanismo del desalojo *inaudita parte* que el Artículo 1° de dicha ley regula, se ha presentado siempre como una cuestión compleja dentro del haz de atribuciones que le han sido asignadas a aquel por el marco jurídico-contractual que regula la citada concesión, teniendo en cuenta que la Ley N° 17.091 no hace mención a sujetos regidos por el derecho privado (cfr. apartado 5.2.1 de la decisión comentada) de donde –desde el punto de vista de la literalidad de la disposición– le vendría negada al aludido sujeto privado la posibilidad de su utilización.

Va de suyo que el intento de emplear este singular proceso no oculta que la vía se presenta como un remedio procesal hartamente más expeditivo que el proceso de desalojo legislado en los Artículos 677 a 688 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, incluso con relación al previsto en el Artículo 684 bis de dicho Código (norma introducida por la Ley N° 25.488) y también del establecido en el Artículo 688 del mismo cuerpo normativo (la denominada *Condena de Futuro*), pues en ambos ca-

<sup>2</sup> Los repertorios de jurisprudencia dan cuenta de que los jueces ya han debido ocuparse de situaciones parecidas conforme surge de la sentencia recaída en “Aeropuertos Argentina 2000 S.A. c/ Estado Nacional” fallado por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal con fecha 27-08-2002 (*La Ley*, 2002-E-743). También debió ocuparse de este asunto la Procuración del Tesoro de la Nación mediante dictamen de fecha 12-01-2000 recaído en Expte. N° 175/1998 ORSNA (*Dictámenes*: 232:27) publicado en *Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación* N° 33, p. 526 y sigs.

El instituto previsto en los Artículos 1º y 2º del CPCC reclama identidad entre los sujetos intervinientes en la convención y las partes del proceso en que se pretende hacer valer, supuesto este que no se verifica en el *sub examine*.

Al respecto, cabe señalar, que si bien el emplazamiento de la actora como concesionaria del Estado Nacional la coloca como titular de los derechos y obligaciones concedidas, ello no implica que la misma admita expresamente la prórroga de competencia pactada entre el Estado Nacional y la empresa demandada. La doctrina tiene sentado que la prórroga de competencia expresa demanda “el concurso de voluntad de ambas partes (pacto de foro prorrogado) exteriorizada a través de un contrato o declaraciones unilaterales de un mismo contenido” (ver, entre otros, Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, T. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 371), extremo este que no se halla configurado en la especie.

Similares apreciaciones cabe hacer extensivas al argumento de la accionada basado en el contrato de concesión celebrado entre “Aeropuertos Argentina 2.000 S.A.” y el Estado Nacional donde se pacta la competencia de los tribunales federales de la Ciudad de Buenos Aires, por tratarse de una relación contractual en la que “Interbaires S.A.” es un tercero.

Consecuentemente, y a la luz de lo prescripto en el Artículo 5º inc. 1º del CPCC el planteo de incompetencia territorial solicitado por la accionada debe desestimarse.

2 – La deserción de la expresión de agravios.

Como es sabido, “la expresión de agravios es el acto mediante el cual, fundando la apelación, el recurrente refuta total o parcialmente las conclusiones establecidas por la sentencia en lo que atañe a la

---

sos y a diferencia de lo que ocurre con el proceso de la Ley Nº 17.091, el desalojo únicamente procede luego de trabada la litis. Cuadra referir también que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha convalidado desde antiguo la constitucionalidad de la Ley Nº 17.091<sup>3</sup>, si bien es cierto que podría entenderse aún abierto el debate si se confronta la norma con la garantía a la *tutela judicial efectiva* luego de la incorporación con rango constitucional a nuestro régimen jurídico de los tratados y pactos internacionales que la aseguran.

## II. BREVE REFERENCIA AL CASO

Según surge del relato que realiza la sentencia de Cámara, la empresa Aeropuertos Argentina 2000 S.A., en su carácter de concesionaria de los aeropuertos integrantes del contrato aprobado por el Decreto Nº 163/1998 del Poder Ejecutivo Nacional, promovió –al amparo de las previsiones de la citada Ley Nº 17.091– el desalojo de la firma Interbaires S.A. (a cuyo cargo se encontraba la explotación de las tiendas de ventas libres de impuestos o *free shops*)<sup>4</sup> de los espacios que ésta ocupaba en las

<sup>3</sup> Cfr. *Fallos*: 271:229; 293:470.

<sup>4</sup> Ésta era un de las tres concesiones, que junto a la de los servicios de *rampa* y de *depósitos fiscales*, fueron otorgadas por el Estado nacional con anterioridad a la concesión aeroportuaria y que, según se dispuso en el Pliego de Bases y Condiciones y en el Contrato, el concesionario debía respetar los plazos de vigencia pactados con el Estado Nacional, salvo extinción anticipada por acuerdo entre las partes y con el añadido de que el canon percibido por el Estado Nacional debía ser abonado al concesionario de los aeropuertos.

apreciación de los hechos o de la prueba o a la aplicación de las normas jurídicas” (Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, cit., T. V, p. 266). El Artículo 265 del CPCCN dispone, en los dos primeros párrafos, que “El escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. No bastará remitirse a presentaciones anteriores”. Por aplicación de esta norma –recuerda el mencionado autor– se ha decidido que no constituyen expresiones de agravios idóneas las afirmaciones genéricas sobre la prueba omitiéndose precisar el yerro o desacierto en que incurrió el juez en sus argumentos sobre aquélla o la mera disconformidad con la sentencia por considerarla equivocada o injusta o las generalizaciones y apreciaciones subjetivas que no cuestionan concretamente las conclusiones de la sentencia apelada. Sin embargo –advierte– “la brevedad o el laconismo de la expresión de agravios no constituye razón suficiente para declarar la deserción del recurso en el supuesto de que el apelante individualice, aún en mínima medida, los motivos de su disconformidad con la sentencia impugnada, por cuanto la gravedad de los efectos que la ley imputa a la insuficiencia del mencionado acto procesal aconseja aplicarla con criterio amplio, favorable al recurrente” (Palacio, Lino E., op. cit., loc. cit.).

Sobre la base de estas pautas la deserción de la pieza recursiva tal como ha sido peticionada por la parte actora, no debe acogerse y ello por cuanto la lectura del recurso revela que constituye una crítica concreta y razonada de la decisión en crisis que satisface plenamente los recaudos establecidos en el Artículo 265 del CPCCN.

3 – La decisión impugnada es apelable.

Afirma la accionante que la sentencia de grado dictada en el marco del procedimiento especial de la Ley N° 17.091, no es susceptible de apelación.

---

terminales “A” y “B” del Aeropuerto Internacional Ministro Pistarini en Ezeiza, provincia de Buenos Aires. No surge de dicho relato cuál fue la causal que se invocó para promover dicho desalojo (verbigracia: vencimiento del plazo; rescisión por falta de pago; extinción anticipada de la concesión; reordenamiento de los espacios para la construcción de mejoras; etcétera), aunque sí se menciona que la actora invocó que la ocupación que la demandada realizaba revestía ilegitimidad.

La sentencia de primera instancia había hecho lugar a la demanda, pero dicha decisión fue revocada por la Cámara mediante el decisorio objeto de este comentario.

El Artículo 1° de la mencionada Ley N° 17.091 textualmente dispone: “En los casos en que se hubiere otorgado la concesión de inmuebles de propiedad del Estado, afectados a la administración centralizada, descentralizada, empresa del Estado o entidades autárquicas, con o sin instalaciones o viviendas accesorias, para el desarrollo de actividades lucrativas o prestación de servicios de esta índole o cualquier otra actividad u objeto, una vez vencido el plazo pactado o declarada su rescisión por la autoridad administrativa, el concesionario deberá restituir los bienes dentro del término de diez (10) días corridos. Caso contrario el organismo competente, acreditando el cumplimiento de los recaudos establecidos en el párrafo anterior, podrá requerir a la Justicia el inmediato desalojo del concesionario o de cualquier otro ocupante. Efectuada la presentación requerida, los jueces, sin más trámite, ordenarán el lanzamiento con el auxilio de la fuerza pública, sin perjuicio de las acciones de orden pecuniario que pudieran corresponder a ambos contratantes”, de donde –desde su literalidad– únicamente pueden invocarse sus disposiciones por los sujetos u órganos de carácter público mencionados en ella con relación a los bienes inmuebles de propiedad del Estado nacional otorgados en concesión. Tratándose de una norma de Derecho

No asiste razón a la parte actora. En efecto, el decisorio que ordena un lanzamiento, aún en el marco jurídico de la ley citada, resulta apelable a influjo de lo prescripto en el Artículo 242 del CPCC, incluso –como en el caso– cuando la revisión de la providencia es ulterior a su ejecución, debido a que dicha circunstancia, no puede enervar el derecho a la doble instancia judicial, que participa del principio de eficacia de la jurisdicción.

A todo evento, frente al silencio que guarda la Ley N° 17.091 al respecto, devienen aplicables las normas análogas contenidas en el ordenamiento ritual en relación a los procesos de conocimiento, sumarísimos o de los juicios de desalojo, que llevan a idéntica conclusión sobre la apelabilidad del decisorio en cuestión (Artículos 498, inc. 5 y 679 y sigs. del CPCC).

No posee tampoco sustento, a los fines perseguidos por la parte actora, la pretendida equiparación entre la decisión apelada y las llamadas medidas autosatisfactivas. Cualquiera sea la naturaleza, extensión y trámite de estas últimas –cuestión que el tribunal no está llamado a decidir– los propios expositores que el apelante invoca consideran que “la medida autosatisfactiva posee vías impugnativas propias, incluso más amplias que las previstas para el proceso cautelar clásico, pudiendo el legitimado para contradecir el dictado de una medida de este tipo optar entre interponer recurso de revocatoria y subsidiaria apelación o recurso de apelación directo, siempre con efecto devolutivo” (Peyrano, José W., “La medida autosatisfactiva y el derecho de defensa”, en *Medidas autosatisfactivas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 237).

Por último, el carácter apelable de la resolución –predicado también por otros tribunales (véase C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, *in re* “Estado Nacional” (causa 17669/2000), sentencia del 28-11-2000– cons-

---

público y procesal, aún cuando nada se señale al respecto, su ámbito de vigencia debe considerarse limitado al Estado nacional, pues aún en aquellos períodos que rigieron los gobiernos *de facto*, el régimen federal no puede considerarse suprimido<sup>5</sup>.

La sentencia de Cámara, sobre la base de la literalidad del transcrito texto normativo, le niega, entonces, la posibilidad de utilizar el mencionado procedimiento de desalojo *inaudita parte* al concesionario de los aeropuertos nacionales en cuanto se trata de un sujeto de derecho privado.

### III. BREVES REFERENCIAS A LA CONCESIÓN DE LOS AEROPUERTOS DE JURISDICCIÓN NACIONAL EN LO QUE SE REFIERE AL USO DE LOS BIENES INMUEBLES CEDIDOS

En una anterior oportunidad<sup>6</sup>, tuvimos ocasión de señalar que la condición de público de un aeródromo no viene dada por la naturaleza pública o privada del propietario del inmueble, sino por su destino al uso público (cfr. Artículo 25 Código Aeronáutico) y que un *aeródromo público* se eleva a la categoría de *aeropuerto* cuando la intensidad del tráfico aéreo y los servicios que brinda justifica tal denominación. Asimismo mencionamos que de entre ellos corresponde distinguir –a su vez– los aeropuertos “nacionales” de los “internacionales”; éstos últimos son los destinados a la operación de aero-

<sup>5</sup> Cfr. Frías, Pedro J., *Introducción al Derecho Público Provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 270.

<sup>6</sup> Cfr. “La condición de usuarios aeroportuarios de las compañías aéreas”. Comentario al fallo “Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Estado Nacional – Jefatura de Gabinete de Ministros” en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 295:45.

tituye la interpretación que mejor armoniza con el criterio amplio que debe regir cuando la cuestión compromete el alcance de la defensa en juicio (Artículo 18 de la CN).

4- La nulidad de la sentencia.

Más allá de que el tribunal no juzga ajustada a derecho la sentencia impugnada, la nulidad pretendida por la accionada no puede prosperar.

En tal sentido, es sabido que los errores de derecho en la interpretación y aplicación de la ley no autorizan la invalidez del fallo pues éstas son cuestiones que hacen al acierto o error de su decisión y no a los vicios formales de la misma. Ello sentado, no aparece posible la satisfacción de los recaudos formales contemplados en el Artículo 163 del CPCC en una sentencia que, por imperativo legal, debe dictarse inaudita parte, bajo especiales condiciones restrictivas del proceso de conocimiento.

5- La cuestión de la legitimación de la concesionaria actora.

5-1. La Ley N° 17.091.

De seguido se impone el análisis de la cuestión de fondo, esto es, la legitimación activa de “Aeropuertos Argentina 2000 S.A.” en un proceso reglado por la Ley N° 17.091.

El cuerpo normativo citado que cuenta sólo con dos artículos dispone, en lo que aquí interesa: “En los casos en que se hubiere otorgado la concesión de inmuebles de propiedad del Estado, afectados a la Administración centralizada, descentralizada, empresas del Estado o entidades autárquicas, con o sin instalaciones o viviendas accesorias, para el desarrollo de actividades lucrativas o prestación de servicios de esta índole o cualquier otra actividad u objeto, una vez vencido el plazo pactado o declarada su

---

naves provenientes del o con destino al extranjero, donde se presten servicios de sanidad, aduana, migraciones y otros (Artículo 26 Código Aeronáutico).

Debe resaltarse el concepto de que un aeródromo configura una unidad funcional de servicios y de actividades asociadas a los servicios de trabajo y transporte aéreos de pasajeros y carga; realidad que justifica una unidad de jurisdicción sobre los usos a los que se destina la infraestructura aeroportuaria y, dado que esas instalaciones se encuentran afectadas al tráfico interjurisdiccional de bienes y personas, la autoridad federal es la que posee competencia para determinar las reglas a las cuales se habrán de someter esos usos<sup>7</sup>.

Dicho lo anterior y sin perjuicio de las particularidades que este contrato presenta en orden a establecer su naturaleza jurídica, circunstancia que ya la doctrina ha dejado planteada<sup>8</sup>, cuadra decir que de conformidad con lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones que rigió la Licitación Pública Nacional e Internacional para otorgar la Concesión del Grupo “A” de Aeropuertos –en adelante el Pliego– y el Contrato de Concesión respectivo, se otorgó en exclusividad al concesionario la concesión onerosa para: “[...] la prestación del servicio de administración, explotación y funcionamiento [...]” de determinados aeropuertos, definiéndose la Concesión como

<sup>7</sup> Cfr. obra y lugar citados en nota anterior.

<sup>8</sup> Cfr. Barra, Rodolfo Carlos, “Servicios públicos y regulación. La concesión aeroportuaria” en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 252:9.

rescisión por la autoridad administrativa, el concesionario deberá restituir los bienes dentro del término de 10 días corridos. Caso contrario el organismo competente, acreditando el cumplimiento de los recaudos establecidos en el párrafo anterior, podrá requerir a la justicia el inmediato desalojo del concesionario o de cualquier otro ocupante. Efectuada la presentación requerida, los jueces, sin más trámite, ordenarán el lanzamiento con el auxilio de la fuerza pública, sin perjuicio de las acciones de orden pecuniario que pudieran corresponder a ambos contratantes”.

Confrontada esta norma con las constancias obrantes en la causa, se colige nítidamente que la actora no se encuentra legitimada activamente para ejercer la acción prevista en la Ley Nº 17.091.

5-2. Las palabras de la ley y la interpretación dinámica postulada por la actora.

5-2.1. El tenor literal de la Ley Nº 17.091 desautoriza la interpretación efectuada por el *a quo*, puesto que aquella expresamente hace mención a la recuperación, por parte de la Administración centralizada, empresas del estado, entes autárquicos o descentralizados, de inmuebles del dominio estatal concedidos por los mismos a favor de terceros, no existiendo pauta hermenéutica alguna que permita extender los efectos de la norma en cuestión a los inmuebles cedidos a favor de concesionarios para que estos dirijan la acción de lanzamiento hacia terceros con los que hubieren contratado.

Ello, claro está, no implica desconocer los alcances que desde antiguo impone la CSJN respecto de los derechos de los concesionarios de bienes de dominio público (*in re* “Bourdie, P. c/ Municipalidad de Capital”, *Fallos*: 145:307), los que se encuentran tan protegidos por las normativas constitucionales como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio. De aquí se sigue que, a los efectos de la

---

“[...] la Autorización<sup>9</sup> otorgada por el Poder Ejecutivo Nacional a la Concesionaria para llevar a cabo la explotación, administración y funcionamiento del Grupo A de Aeropuertos, en los términos del Pliego y sus Anexos”. (cfr. Numerales 1 del Pliego y 3.6. del Contrato, respectivamente).

Ahora bien, en lo que respecta al régimen de uso de los bienes cedidos por el Estado Nacional, el Pliego establece que los bienes muebles e inmuebles cedidos son todos aquellos que el Estado nacional en su carácter de concedente otorga y/o entrega al concesionario de acuerdo al propio Pliego y los que el concesionario incorpore durante la ejecución del contrato, pero tales bienes son considerados “afectados al servicio” (cfr. Numeral 2 del Pliego). A su vez, el citado Pliego (cfr. Numeral 3.7.1) dispone: “la Concesión implica el otorgamiento al Concesionario, en custodia, de los bienes inmuebles que se encuentran dentro del perímetro aeroportuario y se identifiquen en la respectiva acta al momento de la Toma de Tenencia”. A efectos de despejar

<sup>9</sup> A nuestro juicio se nota aquí el empleo de una inadecuada variedad terminológica que puede mover a equívocos, pues como desde el punto de vista del derecho público el empleo de la voz “Autorización” (y con mayúsculas) no ha sido acertado para definir la “Concesión”, ya que si bien ambas son técnicas de intervención administrativa, reconocen como causa fuente de tal intervención, situaciones diversas del administrado frente a la Administración Pública, de donde si la finalidad del redactor fue conservar cierto estilo en el lenguaje utilizado al redactar el documento para evitar reiteraciones, hubiera sido preferible que se utilizara la expresión “habilitación”. Para un estudio detallado del fenómeno descrito y de la más moderna acepción del término “Autorización” nos remitimos a Eduardo García de Enterría, – Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, Civitas, Madrid 1999, sexta edición, p. 131 y siguientes

protección del goce de la cosa pública otorgada al concesionario, no existen diferencias jurídicas con el de la protección que la ley civil acuerda al titular de propiedad privada (véase, entre muchos, Villegas Basavilvaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, T. IV, p. 251). Pero esta protección tampoco implica atribuirle a un sujeto legitimación para incoar un proceso especial si el estatuto que lo regula no lo apodera para ello. 5-2.2. El de la Ley N° 17.091 constituye un régimen excepcional pues permite que tras la presentación judicial “sin más trámite” se ordene “el lanzamiento con el auxilio de la fuerza pública”. La Corte Suprema ha decidido reiteradamente la constitucionalidad de este procedimiento (*Fallos*: 271:229; 283:231; 301:1028; 305:932), aunque las opiniones sobre su validez varían (véase Lezana, Julio I., “Una ley que debe derogarse: la 17091” en *La Ley* 1980-A-879; Grecco, Carlos M., “Autotutela administrativa y proceso judicial. A propósito de la Ley N° 17.091”, en *La Ley* 1980-B-906 y Gordillo, Agustín A., *Cien notas de Agustín. Notas asistemáticas de un lustro de jurisprudencia de derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999, p. 59). Y como régimen excepcional que debe interpretarse restrictivamente.

La Corte Suprema ha sostenido desde antiguo que “la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria, y cuando la ley emplea varios términos sucesivos es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir los conceptos, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador” (*Fallos*: 200:176). Ha establecido, asimismo, “que es regla de

---

toda duda, específicamente quedó establecido que los bienes no se transfieren en propiedad, ya que el sujeto obligado al pago del impuesto inmobiliario es quien resulte su titular dominial (cfr. Circular Aclaratoria 28 B, punto 3).

El concesionario está facultado a ceder el uso de parte de los bienes inmuebles *de cuyo uso dispone* por el contrato, tanto sea a título gratuito como oneroso (el destacado está en el texto original; cfr. Numeral 3.7.2) y para ello puede celebrar contratos de alquiler, comodato u otros de similar naturaleza sobre los bienes inmuebles que recibe, debiendo informar al ente regulador para su conocimiento previo los contratos que realiza, pudiendo el ente regulador oponerse “[...] cuando la cesión fuere a título gratuito o precio vil<sup>10</sup> y no resulte justificada a los fines de la administración, explotación o funcionamiento aeroportuario” (cfr. Numeral citado). El concesionario debe usar los bienes inmuebles para la prestación del servicio aeroportuario en los términos de la concesión y debe satisfacer plenamente las necesidades de dicho servicio (cfr. Numeral 3.7.3).

Todos los bienes que se encontraren al momento de la finalización de la concesión *se presumirán (salvo prueba en contrario a cargo del concesionario) como de propiedad del concedente* (el destacado nos pertenece) debiendo ser transferidos sin cargo a éste último (cfr. Numeral 3.7.5). Debe mencionarse asimismo que los precios que el concesionario perciba por el uso de los espacios aeroportuarios que ceda a favor de terceros a través de los contratos que celebre, son considerados precios libres

<sup>10</sup> Por la Circular Aclaratoria 27 B, punto 2, se dejó debidamente establecido qué debía entenderse por “precio vil”, y allí mismo se explica que la finalidad de la disposición obedece a evitar el acto o contrato simulado, que encubra voluntades distintas a las que en el mismo se ponen de manifiesto.



interpretación de las leyes la de que los jueces deben atenerse al texto de las mismas, cuando es claro y no da lugar a dudas” (*Fallos*: 120:399) y que “cuando los términos de la ley son claros no corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos so pretexto de evitar las deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación” (*Fallos*: 211:1063). En definitiva “cada palabra de la Constitución –lo propio cabe afirmar de la ley que es lo que al caso interesa– debe tener su fuerza y su significado propio, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada o agregada, y rechazarse como superflua o sin sentido” (*Fallos*: 95:334).

5-2.3. A juicio de este tribunal no varía la conclusión que viene sosteniendo –como considera la apelada (fs. 352 vta. y sigs.)– la circunstancia de que la Ley N° 17.091 haya “sido sancionada en 1966 y entonces los servicios públicos eran prestados por sí, a través de órganos públicos o a través de otros entes estatales” y que “no puede desvincularse el contenido del Artículo 1° de la Ley N° 17.091, que no comprende a los concesionarios, del contexto histórico en que fue dictado, y debe privilegiarse una interpretación dinámica de la norma, antes que una interpretación estática de ella”.

El Congreso de la Nación, en efecto, sancionó un nuevo marco normativo para la privatización y ejercicio de muchas actividades –las que ahora presta la actora es una de ellas– hasta entonces desarrolladas por el Estado. Y modificó otros, para adaptarlos a las nuevas exigencias que demandaban las áreas privatizadas. Así, a modo de ejemplo, lo hizo con el instituto de la concesión de la obra pública, modificando la Ley N° 17.520 –contemporánea a la Ley N° 17.091– mediante la Ley N° 23.696 (véase Hutchinson, Tomás, Barraguirre, Jorge A. y Grecco, Carlos M., *Reforma del Estado. Ley N° 23.696, Santa Fe*, Rubinzal-Culzoni, 1991, p. 323 y sigs.) o con las servidumbres de electroducto, a través de la

---

o no regulados, de donde en este ámbito –a diferencia de lo que sucede con las tarifas por los servicios aeronáuticos– rige la autonomía de la voluntad de las partes (cfr. Numeral 3.9), aunque el concesionario debe abstenerse de ofrecer ventajas o preferencias a usuarios y/o prestadores<sup>11</sup> en las instalaciones bajo su responsabilidad, que no estén justificadas en la condición de quien las recibiría (cfr. Numeral 13.XI del Contrato).

Previsiones análogas a las examinadas se encuentran contenidas en el respectivo Contrato de Concesión aprobado por el Decreto N° 163/1998 del Poder Ejecutivo Nacional.

En resumen, conservando la propiedad de los bienes inmuebles sometidos a la concesión, se le ha otorgado al concesionario su administración, explotación y funcionamiento, con la particularidad de que la concesión otorgada por el Estado Nacional abarca no solamente bienes inmuebles que sean de su propiedad (verbigracia: aeropuerto de Ezeiza), sino también a algunos otros que son de propiedad de Estados provinciales (verbigracia: aeropuertos de Córdoba o Salta) o de Estados municipales (verbigracia: aeroparque Jorge Newbery de la Ciudad de Buenos Aires).

No obstante esa diversidad de régimen del dominio sobre los bienes al tiempo de otorgarse la concesión, todos esos aeródromos revestían carácter público por encontrarse afectados al uso público y eran administrados y explotados por el Estado Nacional y sometidos a su jurisdicción a través del organismo competente, que antes era

<sup>11</sup> El Contrato de Concesión establece que a estos efectos, por “prestadores” debe entenderse a todas aquellas personas privadas que bajo contrato formal u otra relación con el concesionario se encuentren habilitadas para la provisión de bienes y/o servicios dentro del recinto aeroportuario (cfr. Numeral 13.XI del Contrato).

Ley N° 24.065 que modificó la Ley N° 19552 (véase, Marienhoff, Miguel S., “Servidumbre de electroducto. Su régimen jurídico”, en *El Derecho* 173-1043). En este contexto –que significó ajustar las normas al nuevo modelo de prestación de servicios públicos en cada ámbito que el Congreso consideró apropiado– la voluntad legislativa de mantener el régimen diseñado por la Ley N° 17.091 resulta aún más clara y, por tanto, torna inadmisibles interpretarla prescindiendo de su clara expresión literal.

5-3. Los requisitos del Artículo 1° de la Ley N° 17.091.

Para la procedencia del lanzamiento previsto en esta norma es necesario que se encuentren reunidos los siguientes requisitos: 1) que el inmueble en cuestión se encuentre afectado a un servicio público; 2) que haya sido otorgado en concesión; 3) que el plazo de concesión haya vencido o que éste haya sido rescindido por la autoridad administrativa y 4) que el concesionario no haya entregado el inmueble dentro de los 10 días corridos desde que se lo intimó.

Sin que sea necesario aquí elucidar si los concesionarios de servicios públicos como la actora pueden o no dictar actos administrativos (véase, en favor de una y otra posición, Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 3, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999, 4ª. edición, I-20, especialmente I-23), es lo cierto que los sucesivos convenios entre la actora y demandada y el consecuente intercambio epistolar de que dan cuenta las constancias de autos (fs. 89 y sigs.), no puede considerarse un acto administrativo de rescisión con los recaudos impuestos por el Artículo 7° de la Ley N° 19.549. No se halla, entonces, satisfecho el recaudo designado supra como 3) y esto constituye otra razón para desestimar la pretensión de la actora.

---

la Fuerza Aérea Argentina. En el actual contexto institucional, el órgano encargado de regular la actividad aeroportuaria nacional es el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (Art. 14, del Decreto N° 375/1997), conservando la Fuerza Aérea Argentina el control y operación de los servicios de asistencia a la navegación aérea (Art. 13 Código Aeronáutico), entre otras funciones.

#### IV. COROLARIO

Ahora bien, como se ha visto, la concesión otorgada ha implicado el traspaso a un sujeto de Derecho privado del poder de administración, explotación y funcionamiento de un grupo de aeródromos públicos que son públicos no ya por la condición jurídica del titular del dominio, sino por su afectación al uso público, de donde no hay correspondencia entre el Artículo 1° de la Ley N° 17.091 y el Artículo 25 del Código Aeronáutico, razón por la cual una interpretación puramente literal de la primera de las normas aludidas limitaría la utilización de este procedimiento por parte del Estado nacional únicamente a aquellos aeropuertos construidos sobre inmuebles de su propiedad.

Si, como creemos, la finalidad del instituto es la de conferir un instrumento judicial expeditivo para la protección de los bienes afectados a finalidades públicas, no se ven obstáculos para que –atendiendo a esa finalidad– el remedio pueda ser empleado por quien ostenta un *derecho público subjetivo*<sup>12</sup> sobre esos bienes públicos –que reiteramos son tales por el uso público que tienen asignados y no por la

<sup>12</sup> Expresión que tomamos del Profesor Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. V, cuarta edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 574, numeral 1858 b).

5-4. El criterio de la Procuración General del Tesoro y otros tribunales federales.

Frente a reiterados pedidos de “Aeropuertos Argentina 2000 S.A.”, el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA) –en rigor, uno de sus vocales– se dirigió al Procurador del Tesoro de la Nación solicitándole, opinión respecto de la cuestión discutida en autos. Cabe consignar que este ente regulador se ha presentado en la causa solicitando tomar la intervención necesaria (fs. 324). Aquel funcionario, entonces, dictaminó que cuando “el Estado sigue siendo el titular del dominio de los bienes a desalojar, la Ley N° 17.091, sólo es aplicable si es el mismo Estado el que promueve judicialmente el lanzamiento, no así cuando ha cedido ese derecho a un particular” (*Dictámenes*: 232:27, recaído en el Expte. N° 175/1998, del 12-01-2000).

En este mismo sentido, se ha pronunciado la sala 2ª de la C. Nac. Cont. Adm. Fed. *in re* “Aeropuertos Argentina 2000 S.A c/ Estado Nacional”, fallado el 27-08-2002 (*La Ley*, 2002-E-743); al sostener que el concesionario aeroportuario no puede accionar por desalojo de espacios afectados al servicio de aeronavegación con fundamento en la Ley N° 17.091, pues tal facultad está reservada para el Estado nacional centralizado o descentralizado.

### 3. Conclusión.

Como corolario de las consideraciones anotadas, se impone concluir que la actora no se encuentra legitimada para ejercer la acción prevista en la Ley N° 17.091, debiendo, en consecuencia revocarse el pronunciamiento apelado.

---

condición del titular del dominio– en virtud de un título habilitante que lo faculta a administrar, explotar y mantener funcionando esos bienes, que por principio resultan imprescindibles en nuestro sistema jurídico para el transporte aéreo (cfr. Art. 4° Código Aeronáutico).

Obsérvese que el Artículo 1° de la Ley N° 17.091 no distingue entre bienes del dominio público y del dominio privado del Estado nacional, de donde si puede emplearse el remedio respecto de éstos últimos, cuanto más sobre aquellos que son públicos no por el carácter de su titular, sino por estar afectados a prestar el servicio de infraestructura aeroportuaria, y la experiencia demuestra que el procedimiento fue empleado siempre que el Estado nacional fuera parte en el proceso en su calidad de administrador de los aeropuertos y otorgante de los derechos de explotación sobre espacios físicos. Prima así el criterio de la “afectación” al uso público previsto en la norma transcrita por sobre el criterio de la “titularidad dominial”.

No debe omitirse que en este caso la solución –en tanto se encuentren verificados los restantes requisitos exigidos por la norma y dentro del marco de los deberes y derechos que al concesionario le fija el estatuto jurídico de la concesión –debe venir inspirada en la necesidad de garantizar la continuación del servicio que presta a los usuarios y al transporte la infraestructura aeroportuaria, y –claro está– sin perjuicio de los derechos de contenido patrimonial que la parte afectada por la medida pueda invocar en contra del concesionario. Tal es –a nuestro juicio– el criterio que debe primar en la adopción de decisiones en esta materia e incluso ante la alternativa de utilización del proceso judicial previsto en el Artículo 684 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación antes también aludido, pues de ese modo se atenderá a la regla de dar pleno efecto a la intención del legislador.

Lo anterior torna inoficioso el tratamiento de las restantes vertientes de la pretensión recursiva articulada y la consideración de los recursos concedidos a fs. 313.

Las costas habrán de imponerse en el orden causado (Artículo 68 CPCC) no sólo por el vencimiento parcial y mutuo que experimentan las partes en relación a las distintas pretensiones vertidas en la instancia recursiva, sino por tratarse la cuestión revestida de complejidad suficiente como para acudir al remedio contemplado en el párrafo final de la norma citada.

Por todo ello, el tribunal por mayoría resuelve: a) Desestimar los planteos de incompetencia territorial y nulidad articulados por “Interbaires S.A.”;

b) Acoger el recurso de apelación deducido por la accionada y en su mérito revocar la sentencia de fs. 140/42 en todas sus partes;

c) Imponer las costas en el orden causado (Artículo 68 CPCC), difiriéndose la regulación de honorarios correspondientes a los profesionales actuantes hasta la oportunidad procesal respectiva.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

**Carlos A. Vallefn - Antonio Pacilio - Julio V. Reboredo (en disidencia).**

El Dr. Reboredo dijo:

Si bien comparto los fundamentos del voto de mis colegas preopinantes en cuanto hace a la falta de legitimación de la actora para ejercer la acción prevista en la Ley N° 17.091, he de disidir en el tema acerca de la competencia.

Materia de orden público, con jerarquía constitucional, prima sobre las cuestiones litigiosas, cuyo tratamiento debe quedar sometido a la jurisdicción de la justicia elegida por el Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina), Aeropuertos Argentina 2000 S.A. e Interbaires S.A. para dirimir los conflictos que se susciten en sus relaciones jurídicas vinculantes (v. fs. 73, 84 vta. Artículo 35).

Y, es precisamente, la conclusión a que se arriba en la propuesta al acuerdo la que, a juicio del suscripto, contribuye a afirmar el criterio del señor Fiscal General cuando entre las circunstancias fácticas que anota, destaca la jurisdicción elegida por las partes (v. fs. 166 p. 1 y su vta.).

En consecuencia, haciendo propios los argumentos vertidos por el señor Fiscal General a fs. 165/167 del Expte. N° 4.175/2003, que *bretiatitis causae* doy por reproducidos, estimo que corresponde declarar la incompetencia del Juzgado Federal de Lomas de Zamora para seguir entendiendo en autos.

**Julio V. Reboredo.**

## **SERVICIOS PÚBLICOS, EMERGENCIA, DELEGACIÓN LEGISLATIVA, RENEGOCIACIÓN, PRESTACIÓN PRIVADA Y APROBACIÓN FICTA POR EL CONGRESO**

### **A propósito de las Leyes Nros. 25.561, 25.790 y 25.820\***

La Ley N° 25.820, publicada en el *Boletín Oficial* del pasado 04-12-2003, procedió a prorrogar hasta el 31 de diciembre del año 2004 la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria; declaración que, con arreglo a lo establecido en el Artículo 76 de la Constitución Nacional, el legislador había llevado a cabo por la Ley N° 25.561. Previamente, fue sancionada la Ley N° 25.790 por cuyo Artículo 1° se dispuso la “extensión hasta el 31 de diciembre de 2004 del plazo para llevar a cabo la renegociación de los contratos de obras y de servicios públicos dispuesto por el Artículo 9° de la Ley N° 25.561”. En el Mensaje de Elevación al Congreso del proyecto remitido por el Poder Ejecutivo Nacional, puede leerse que la medida propuesta esta orientada a “[...] posibilitar el adecuado y cabal cumplimiento del mandato que fuera otorgado [...]” a aquel a través de la Ley N° 25.561.

La sanción de la Ley N° 25.820 zanja toda posible discusión que pudiera haber acaecido a partir de la ostensible circunstancia de que la prórroga de los Artículos 8°, 9° y 10 de la Ley N° 25.561 se había realizado sin una concomitante prórroga de la declaración de emergencia, omisión que viene a ser suplida por la Ley N° 25.820. De tal suerte que hasta el 31 de diciembre del año 2004 se encuentra vigente la delegación impropia de atribuciones en el Poder Ejecutivo nacional que el legislador federal llevó a cabo fijando las “bases” para su ejercicio en el Artículo 1°) de la mencionada Ley N° 25.561.

\* “Servicios públicos, emergencia, delegación legislativa, renegociación, prestación privada y aprobación ficta por el Congreso (a propósito de las Leyes Nros. 25.561, 25.790 y 25.820)”, Suplemento especial “El Contrato Administrativo en la actualidad”, *La Ley*, mayo 2004.

De entre las aludidas “bases” establecidas en el citado Artículo 1º, la que tiene aquí gravitante incidencia es la fijada en el inciso 4º, que textualmente dispone: “[...] regular la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido por el Artículo 2º”. Debe tenerse presente que los Artículos 8º, 9º y 10 de la Ley Nº 25.561 se encuentran contenidos en el Capítulo II de la Ley Nº 25.561, que lleva por título “De las obligaciones originadas en los contratos de la Administración regidos por normas del derecho público”, y que éste a su vez se encuentra dentro del Título IV denominado “De la reestructuración de las obligaciones afectadas por el régimen de esta ley”. En consecuencia, ése es el núcleo principal de la delegación de facultades llevada a cabo con arreglo a lo establecido en el Artículo 76 de la Constitución Nacional que la Ley Nº 25.790 vino ahora a precisar en sus alcances.

Debe retenerse, también, que más allá de la prórroga formal de la emergencia pública realizada por la Ley Nº 25.820, subsistían en este ámbito, a la fecha de su sanción, las consecuencias de las modificaciones operadas en la economía general por la citada Ley Nº 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, y que en la materia específica de los contratos de concesión y licencias de servicios públicos, al dejar sin efecto la utilización del dólar estadounidense o de cualquier otra moneda extranjera para la determinación de las tarifas de servicios públicos y adicionalmente derogar –*ex lege*– las cláusulas de ajuste o variaciones de precios pactadas en dichos contratos, aunque no hubiesen ellas previsto el empleo de indicadores de ajuste extranjeros (cfr. Art. 8º Ley Nº 25.561)<sup>1</sup>, produjo un cambio sustancial de las reglas de la regulación a las cuales estos contratos –en este aspecto– se encontraban sometidos, y –consecuentemente– de los derechos que de ellos han surgido y que gozan de protección constitucional, no solamente en lo que respecta a los sujetos titulares de dichos contratos, sino también de los usuarios de los servicios prestados<sup>2</sup>.

En efecto, específicamente en lo que respecta a los contratos celebrados por la Administración pública nacional con sujeción a las normas del derecho público destinados a la prestación –a través de sujetos privados– de los servicios públicos de jurisdicción federal, los mismos han sido afectados sensiblemente en aspectos centrales del modelo de regulación adoptado (tanto desde el lado de los prestatarios cuanto de los usuarios), pues la ley dejó sin efecto uno de los términos del sistema de

<sup>1</sup> Para un completo análisis de los efectos de la emergencia y sus alcances en la readecuación contractual, nos remitimos a Dromi, José R. (Director); Canosa, Armando N. y Merteikian, Eduardo (Coordinadores); Julio Figueredo, Alicia Piñero, María Alejandra Zizzias, Maximiliano Stegmann, Eugenio Díaz Jausoro, Laura Dromi San Martino, María Lucrecia Marcel, Gastón Diego Prieto, Fernando Figueredo, Ana Florencia Salvatelli, Luciano Lombardi, Juan Manuel Hubeñak (Colaboradores), *Renegociación de Contratos Públicos en Emergencia*, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2003.

<sup>2</sup> A ese respecto nos remitimos al análisis que en excelente trabajo ha dejado expuesto Sacristán, Estela B. en “Los Contratos de prestación de los Servicios Públicos en la perspectiva constitucional” en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 301:13.

regulación adoptado en la mayor parte de los procedimientos de traspaso (“*price cap*”)<sup>3</sup>, sin que se haya determinado aún cómo habrá de reemplazárselo<sup>4</sup>.

En el contexto de la Ley N° 25.561 (ahora prorrogada por la Ley N° 25.820), la concomitante declaración de “emergencia pública” conforma, estrictamente, el sustento constitucional de la delegación legislativa realizada con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 76 de la Constitución Nacional, y no debe perderse de vista que tal declaración legislativa comporta en sí misma una de las excepciones a la prohibición que con carácter general dispone la norma constitucional en mérito al reparto de competencias funcionales que ella lleva a cabo la Constitución Nacional. Coincidimos así con las opiniones que sostienen que el constituyente ha establecido como regla general la prohibición de la delegación legislativa<sup>5</sup>, y por lo tanto, ése es el criterio que debe servir como guía para la interpretación de toda norma legal que produzca una traslación de competencias legislativas.

Pues bien, la Ley N° 25.790 vino a precisar los alcances de la autorización conferida al Poder Ejecutivo por el Artículo 9° de la Ley N° 25.561 para llevar a cabo la renegociación de los contratos de servicios públicos afectados por la emergencia pública, circunstancia que justifica plenamente pasar revista a la finalidad de la delegación de facultades llevada cabo en este ámbito, procurando vincular las “bases” fijadas por el Artículo 1°, inciso 4° de la Ley N° 25.561 –expresamente prorrogada por la Ley N° 25.820– y los que a nuestro juicio constituyen límites fijados en función de la “política legislativa” trazada por el legislador en esta materia a través de la Ley N° 25.790, pues esta última disposición, si bien está insertada dentro de la situación de emergencia pública, viene a fijar específicas competencias para la superación de esa situación, siempre teniendo especialmente presente –circunstancia nada des-

<sup>3</sup> Para un completo estudio del “*price cap*” como mecanismo regulatorio de los servicios públicos nos remitimos al trabajo de Bianchi, Alberto, *La regulación económica*, T. I, Buenos Aires, Ábaco, 2001, p. 346 y sigs. De igual manera puede verse, Mantíñan, Rodolfo, “Evolución del ‘*price cap*’ en una economía inestable (con especial referencia a la regulación del sector eléctrico argentino)”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 282:119.

<sup>4</sup> Así lo hemos dejado expuesto en “Emergencia de los Servicios Públicos. Problemas actuales desde la perspectiva de los usuarios y de los prestarios (Una visión crítica de las normas que declararon la emergencia en materia de servicios públicos)” publicado en Alanis, Sebastián D. (Coordinador), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. 155.

<sup>5</sup> Bianchi, Alberto B., “Los Reglamentos Delegados luego de la Reforma Constitucional de 1994”, en Cassagene, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo* (Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel Santiago Marienhoff), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 63 y sigs., y especialmente p. 102. Canosa, Armando N.; “La Delegación Legislativa en la Nueva Constitución”, en *Estudios sobre la Reforma Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 163 y sigs., en especial p. 174. Comadira, Julio Rodolfo, “Los Reglamentos Delegados”, en *Acto Administrativo y Reglamento* (Obra Colectiva que reúne las exposiciones vertidas en las Jornadas Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral los días 30, 31 de mayo y 1° de junio de 2001); Buenos Aires, Ediciones Rap S.A., 2002, p. 679 y sigs., en especial p. 685.

deñable— que la única delegación admitida por la Constitución Nacional es la denominada “delegación impropia”<sup>6</sup>.

Puestos entonces a desentrañar esa conexión que a nuestro juicio puede ubicarse entre las “bases” de la delegación del Artículo 1º, inciso 4º de la Ley Nº 25.561 con arreglo a las cuales el Poder Ejecutivo debe ejercer las facultades delegadas y la “política legislativa” o (si se prefiere más la expresión) el “principio inteligible”<sup>7</sup>, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha requerido invariablemente a fin de admitir la constitucionalidad de la delegación legislativa que ahora viene a completarse con la sanción de la Ley Nº 25.790 y entendiendo por “bases de la delegación” —siguiendo en ello a la doctrina— a los “fundamentos, puntos de apoyo, presupuestos conceptuales” y que éstas “son también un estándar, pero en su sentido más primario, laxo y rudimentario, sin desarrollo conceptual alguno, más allá de su mera enunciación”<sup>8</sup>, puede decirse que la “política legislativa” trazada está claramente orientada a promover una readecuación de los contratos de concesión y de licencias de servicios públicos con el propósito de conjurar los efectos de la emergencia pública en esta área de la economía, pero preservando el *principio de subsidiariedad estatal* en esta materia, y según el cual —siempre es bueno recordarlo— “[...] la competencia del Estado alcanza sólo a aquellos ámbitos de la vida social en los que la actividad de los particulares-individuos o agrupaciones intermedias no pueda o no deba desarrollarse [...]”<sup>9</sup>.

Consecuentemente, y por lo que luego también se dirá, nos parece que el legislador ha privilegiado la opción de la renegociación contractual por encima de la extin-

<sup>6</sup> Cfr. Comadira, Julio Rodolfo, *op. cit.*, p. 686. Por cierto, con el límite adicional de que no podría por la vía de los reglamentos delegados pretender violarse la prohibición material establecida en el Artículo 99 inciso 3º de la Constitución Nacional con relación a los reglamentos de necesidad y urgencia, pues como lo ha señalado Cassagne en un reciente trabajo, la interpretación que corresponde realizar es la que armoniza los preceptos de los Artículos 76 y 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional. Pero a nuestro modo de ver, siempre han de prevalecer las reservas legales del último de los artículos citados, puesto que de lo contrario se verificaría el esquema constitucional asistemático que el mencionado autor también advierte (Cfr. Cassagne, Juan Carlos, “La Configuración de la Potestad Reglamentaria”; *La Ley*, 26-11-2003). Adherimos así a la tesis que en esta materia ha dejado expuesta Gordillo (cfr. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, 8ª edición, p. VII-32, numeral 13.2) y ello, en nuestra opinión, es así por la sencilla circunstancia de que el legislador no puede darle al Poder Ejecutivo una facultad que el propio constituyente en términos expresos y concluyentes le ha negado, reservándola en exclusividad al legislador. Ver también las opiniones en favor y en contra de tal postura que este último autor cita en el lugar indicado (especialmente nota Nº 13.10 en la p. VII-34.)

<sup>7</sup> Si bien como una expresión que se verifica en la situación previa a la reforma de la Constitución Nacional, pues el constituyente no ha empleado ninguno de ambos términos en el texto del Artículo 76 de la Ley Fundamental, no obstante lo cual entendemos que tal conexión subsiste o al menos que son válidas —en principio— las pautas interpretativas construidas por la jurisprudencia del Alto Tribunal.

<sup>8</sup> Barra, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 501.

<sup>9</sup> Barra, Rodolfo C. y sus citas en *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1980, p. 35 y sigs. y en especial p. 36.



tiva de estos contratos, y si bien a la emergencia del Estado se la ha pretendido nuevamente equiparar a un supuesto de fuerza mayor o de caso fortuito como si se tratara de una catástrofe natural, la continuidad de la gestión privada de los servicios públicos ha sido la fórmula que el legislador privilegia, lo cual añadidamente configura un camino adecuado para que pierdan sustancia los múltiples reclamos de inversores extranjeros formalizados ante tribunales arbitrales internacionales, aunque es necesario recordar que siempre debe tenerse especialmente presente el límite que impone la real o potencial afectación de los derechos de los usuarios del servicio público, tanto presentes como futuros (Art. 42 CN)<sup>10</sup>.

Abona esta postura la elocuente omisión del legislador, que no ha facultado al Poder Ejecutivo a rescindir estos contratos, y siendo también que el Congreso Nacional dictó la norma a instancias del propio Poder Ejecutivo, es claro, a nuestro juicio (y auspicioso a la vez), que la voluntad común de los órganos del gobierno que ejercen la función política del Estado está orientada a preservar dicho *principio de subsidiariedad* estatal en este ámbito. De ello da buena cuenta, además, la plausible derogación del Decreto N° 293/2002 por su análogo N° 311/2003, que al incluir la posibilidad de rescindir estos contratos por parte del Poder Ejecutivo Nacional en caso de que las partes no arribasen a un acuerdo satisfactorio, sin que se desprendiera de la legislación delegante tal solución, mereció nuestra firme crítica<sup>11</sup>, toda vez que –por lo dicho– el legislador no confirió tal competencia rescisoria, por lo cual es indudable que ella no ha sido atribuida.

Entrando de lleno al análisis detallado del texto legal, debe mencionarse, en primer término, que el Artículo 1°, párrafo final, de la Ley N° 25.790 establece que la renegociación podrá abarcar a determinados sectores de servicios públicos o a determinadas contrataciones en particular. Esta previsión no puede entenderse, en nuestra opinión, en el sentido de que le esté asignando al Poder Ejecutivo la facultad de establecer criterios de regulación (económica, técnica o jurídica) diferentes dentro de un mismo sector de servicios<sup>12</sup>, pues en tanto esa consideración diferencial no

<sup>10</sup> Nos remitimos a lo que hemos dejado expuesto en “Renegociación de servicios públicos de jurisdicción nacional, emergencia y derechos de los usuarios”, Columna de Opinión, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 282:27 (Año XXIV, marzo 2002) y en “Medidas cautelares, audiencias públicas, aumento de tarifas y renegociación de contratos de servicios públicos”; *Jurisprudencia Argentina* – Lexis Nexis, Suplemento de Derecho Administrativo, 18-12-2002, p. 62.

<sup>11</sup> Cfr. “Renegociación de servicios públicos de jurisdicción nacional, emergencia y derechos de los usuarios”, citado anteriormente.

<sup>12</sup> Una gama de supuestos que nos vienen a la mente y cuya factibilidad legal negamos, sería como ejemplos que si tomamos a la industria eléctrica y para el segmento de distribución, se establezca que un contrato se regula por el sistema del “*price cap*” y otro por el sistema del “*costo plus*”, o que los periodos de revisión tarifaria serán diferentes en los distintos contratos, o que las causales que motivan una revisión extraordinaria de las tarifas sean también distintas, o bien que los parámetros que inciden en la determinación de una determinada tarifa (v. gr: la que retribuye la función técnica de transporte del distribuidor) se establece con parámetros diversos según sea el contrato que nos ocupe.

responda a circunstancias objetivas (v. gr.: del área en que se presta) o a las particularidades en que está inmerso un determinado contrato, o a la incidencia diferenciada que una medida de carácter general pudo haber tenido en la vida de un determinado contrato, la atribución se estaría ejerciendo con grave afectación del principio de igualdad de trato constitucionalmente garantizado, tanto con relación a los usuarios del servicio como a los mismos prestatarios.

En segundo lugar, debe señalarse que el Artículo 2° de la Ley N° 25.790 dispone: “[...] las decisiones que adopte el Poder Ejecutivo en el desarrollo del proceso de renegociación no se hayan limitadas por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que rigen los contratos de concesión o licencias de los respectivos servicios públicos”. A nuestro juicio, el legislador federal –en el marco de las posibilidades que le asigna el Artículo 76 de la Constitución Nacional– parece haberse inclinado en este caso y al mismo tiempo, por considerar que la “materia” contenida en la Ley N° 25.790 es de aquellas que pueden comprenderse entre las que él mismo ha definido a través del Artículo 2°, inciso e) de la Ley N° 25.645, como “materias determinadas de administración”<sup>13</sup>, en los términos de la citada disposición constitucional, ya que le ha conferido potestad al Poder Ejecutivo Nacional para levantar el límite establecido en los marcos regulatorios. Esto, aunque los mismos se encuentren contenidos tanto en leyes formales –como sucede con las Leyes Nros. 24.065 (industria eléctrica) y 24.076 (industria del gas)– como en otras disposiciones con idéntico rango que rigen otros servicios públicos (verbigracia: Leyes Nros. 13.577, 23.696 y Decreto N° 999/2002 para el servicio de provisión de agua y saneamiento), disponiendo –a su vez– que el pleno ejercicio de las atribuciones de los entes reguladores de dichos servicios públicos en materia de revisiones contractuales, ajustes y adecuaciones tarifarias podrán ejercerse en tanto resulten compatibles con el desarrollo del proceso de renegociación contractual al que se habilita expresamente al Poder Ejecutivo nacional (Art. 2°, último párrafo, Ley N° 25.790).

La precitada fórmula legal hace prevalecer las decisiones del órgano que ha recibido la atribución por encima de las asignadas a los órganos de regulación y control cuya existencia e intervención viene exigida y garantizada por el Artículo 42 de la Constitución Nacional. Este criterio no se condice con la separación de funciones que se encuentra residenciada en el diseño institucional del sistema de reparto de funciones entre quien tiene la competencia para otorgar y extinguir el título de prestación y quien la tiene para controlar y regular su ejercicio.

<sup>13</sup> Recuérdese que la Ley N° 25.645 es la que actualmente rige en la especie y que con una técnica que ciertamente deja –cuando menos– un sabor amargo, extiende en su totalidad el plazo de caducidad de la legislación delegada en el Poder Ejecutivo preexistente a la entrada en vigencia de la Reforma de la Constitución Nacional de 1994 dispuesta por la Cláusula Transitoria Octava, ahora hasta el 24 de agosto del 2004, caducidad que debió operarse –salvo aquella delegación que fuera expresamente confirmada– a los cinco años de la reforma constitucional. Recordamos también que dicha Ley N° 25.645, en rigor, reproduce idéntica a la empleada por la Ley N° 25.148 que ya había prorrogado por el término de tres años dicha legislación delegante.

En otra oportunidad<sup>14</sup>, señalamos que el objeto de la regulación que despliegan estos entes –dicho en términos sencillos– es recrear las condiciones del mercado donde las reglas naturales del mismo se encuentran suprimidas, sea por las condiciones en que se desarrolla la prestación del servicio (monopolio natural o de hecho), sea por las condiciones en que ha sido otorgado el título habilitante, licencia, concesión o permiso (monopolio de derecho, exclusividad). A ello debe añadirse la actividad de control que despliegan, verificando el ajuste de la conducta de los actores involucrados en la prestación del servicio, actividad o industria, a las condiciones en las que se otorgó el respectivo título habilitante de prestación o desarrollo de la actividad y la atribución de imponer sanciones.

Ahora: si bien es cierto que el Estado, en tanto sujeto público que otorga el título habilitante de prestación (más allá de la discusión acerca de si es o no titular de dicha actividad) puede en el ejercicio razonable de las prerrogativas que le asigna esa condición y dentro de los límites que le vienen impuestos por el ordenamiento jurídico al que se encuentra vinculado, variar el contenido de la prestación habilitada, no lo es menos que debe respetar el ámbito de incumbencia funcional que la propia Constitución Nacional le asigna a los entes de regulación, y en este sentido la norma legal lo afecta, lo cual vendría a agravarse en tanto –además– la determinación que en cada caso corresponda realizar acerca de la compatibilidad de la tarea del ente con el desarrollo del proceso de readecuación contractual quede librada a la consideración del propio órgano que recibe la atribución. Por esta razón, en caso de conflicto, se impone la ulterior revisión judicial suficiente.

Desde otro aspecto, la remisión al Artículo 9° de la Ley N° 25.561 que la disposición analizada lleva a cabo no puede entenderse, para nosotros, en el sentido de que dicha norma fije las “bases” de la delegación efectuada, ya que los criterios enunciados en el citado Artículo 9° configuran en rigor modernas manifestaciones de los caracteres que se predicán de los servicios públicos, o que –en buenos términos– condicionan toda labor de gobierno. Ello, puesto que al estar basada la delegación en la declaración de emergencia pública como expresamente lo dispone el Artículo 1° de la Ley N° 25.561 (texto según Ley N° 25.820), es en dicha disposición y más precisamente en su inciso 4°, en la que deben ubicarse las denominadas “bases de la delegación” con el alcance que viene ahora a señalar la Ley N° 25.790, para modificar el contenido de estos contratos, bien entendido que ello es factible dentro de los límites que le vienen establecidos al Estado por el texto constitucional y haciéndose

<sup>14</sup> Cfr. “Breves anotaciones sobre los Entes Reguladores de servicios públicos en la República Argentina al comienzo del tercer milenio”, incluido como Introducción en la obra colectiva *Regulación y Control*, Cuadernos de Época - Serie de Servicios Públicos, N° 6, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2003. La obra reúne las tesinas de los Doctores Gustavo Cresta, Mario Pedersoli y Fernanda Rubio, calificadas como Sobresalientes en la *Maestría en Derecho, Economía y Administración de los Servicios Públicos*, dictada por las Universidades Carlos III de Madrid, Université Paris X Nanterre, Universidad del Salvador y Escuela de Posgrado Ciudad Argentina.

cargo de las consecuencias patrimoniales que en el derecho de propiedad de los afectados tales decisiones pudieran ocasionar<sup>15</sup>.

A su turno, el Artículo 3° de la Ley N° 25.790 dispone que la renegociación podrá abarcar aspectos parciales de los contratos, lo cual implica –indudablemente– que la readecuación contractual puede también ser total. Debe, a su vez, ser definitiva, pudiendo realizarse adecuaciones transitorias mientras se define aquélla (v. gr.: modificaciones provisionales de tarifas; reducción de canon; postergación de compromisos de inversión) con tal que dichas adecuaciones transitorias sean debidamente tenidas en cuenta al momento de celebrar los acuerdos definitivos. Puede, además, incluir mecanismos de revisión periódica y pauta, circunstancia que es de toda lógica habida cuenta el dinamismo propio de estos contratos (Art. 3° Ley N° 25.790) y de su condición de contratos que han sido definidos por la doctrina como contratos de “larga duración”<sup>16</sup>, característica esta última que el legislador atiende adecuadamente (cfr. Art. 3° ley citada).

Una especial atención justifica el contenido del Artículo 4° de la Ley N° 25.790, norma que establece que la omisión de un pronunciamiento expreso del legislador produce un efecto “positivo” o “aprobatorio” de la propuesta de renegociación contractual remitida por el Poder Ejecutivo Nacional a la Comisión Bicameral de Seguimiento prevista por el Artículo 20 de la Ley N° 25.561, si aquél no emite su pronunciamiento en el plazo de sesenta (60) días corridos contados desde que se reciba dicha propuesta.

Ante todo, creemos que las “propuestas” a las que se refiere la disposición legal y sobre las que, por ende, corresponde que el Congreso se pronuncie, son aquellas que le sean remitidas como propuestas de “carácter o con contenido definitivo”, pues amén de que lo contrario importaría un dispendio de actividad administrativa y legislativa innecesaria, ningún sentido tiene que por un lado la ley faculte al Poder Ejecutivo Nacional a celebrar enmiendas transitorias –imponiéndole la obligación de contemplarlas al celebrar los acuerdos definitivos– si al mismo tiempo limita el ejercicio de esa facultad estableciendo el criterio de la necesaria aprobación previa del legislador, cada vez que se realice una enmienda que reviste carácter meramente transitorio. Es un principio de interpretación recibido que no cabe presumir la inconsecuencia o falta de previsión del legislador, de donde no parece concebible que si legisló el instituto de un modo íntegro y completo fijándole al Poder Ejecutivo una competencia específica y expresa, imponga –a renglón seguido– limitaciones innecesarias al ejercicio de esa misma competencia expresamente atribuida.

La otra cuestión que se presenta como mucho más compleja es la del efecto positivo o aprobatorio que a la omisión de un pronunciamiento expreso del legislador

<sup>15</sup> Mairal, Héctor A., “Los contratos administrativos en el marco de la emergencia pública”, publicado en Alanis, Sebastián D. (Coordinador), *El derecho administrativo de la emergencia, III, op. cit.*, p. 131. Sacristán, Estela B., *op. cit.*

<sup>16</sup> Pérez Hualde, Alejandro, *Renegociación de Contratos Públicos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot – Lexis Nexis, 2002, en especial ver en la p. 53 lo que el autor sienta como principio en el Apartado 5.1.

la disposición le asigna frente a la norma contenida en el Artículo 82 de la Constitución Nacional, la cual establece: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente: se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”. Con relación a esta disposición constitucional, incorporada por la reforma de 1994, la doctrina también ha señalado que los convencionales constituyentes rechazaron de ese modo el criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Peralta”<sup>17</sup>, con base en la cual, y hasta la reforma constitucional, con relación a los reglamentos de necesidad y urgencia podía sostenerse que la ausencia de una legislación no contradictoria del Congreso en la materia contenida en el reglamento debía interpretarse como una aprobación tácita de parte de éste. La doctrina seguida en este aspecto también señala que tal solución tampoco es predicable a partir de la reforma constitucional en lo que respecta a la sanción de las leyes<sup>18</sup>.

Ciertamente, la solución que nos proporciona el legislador en el mencionado Artículo 4° de la Ley N° 25.790 no es ortodoxa, y ha recibido severa crítica de parte de la doctrina<sup>19</sup>, pero debemos hacernos cargo también de la particular circunstancia de inestabilidad en la que se encuentran inmersos los contratos de concesión y licencias de servicios públicos delegados en su ejecución en sujetos privados, por la afectación que en los mismos produjeron las modificaciones unilateralmente decididas por el Estado en las reglas regulatorias fijadas para este sector de la economía.

En verdad, la fórmula elegida nos ofrece más dudas que certezas, pero también debe decirse que desde el punto de vista substancial, material u objetivo<sup>20</sup>, conviene retener también que no toda la actividad que despliega el legislador posee sustancia legislativa, antes bien desde esa consideración la actividad que despliega en lo que se refiere al ámbito de esta delegación puede ser calificada como administrativa, de donde parece que el propio legislador ha considerado que no es imprescindible que su voluntad sea expresada a través de la sanción de leyes formales, sino que ella podría ser vertida en el caso a través de la emisión de actos administrativos, o bien de dictámenes u opiniones, siendo, además, que en este supuesto, esa opinión posee efecto vinculante, pues en caso de rechazo obliga al Poder Ejecutivo a reanudar el proceso de renegociación (Art. 4°, último párrafo). Esta última previsión legal abona el criterio más arriba expuesto, en el sentido de que la ley privilegia el principio de

<sup>17</sup> Cfr. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, Segunda Edición, p. 646.

<sup>18</sup> Cfr. Gelli, María Angélica, obra y lugar citados. En ese sentido, el profesor Bidart Campos participa de la opinión de que el mencionado Artículo 82 de la Constitución Nacional contiene un criterio general aplicable a todos los casos (cfr. Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. VI “La Reforma Constitucional de 1994”, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 431).

<sup>19</sup> Cfr. Sánchez Maríncolo, Miguel A., “La renegociación de los contratos de obras y servicios públicos y la delegación legislativa”, *La Ley*, 24-12-2003.

<sup>20</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 2ª edición actualizada, numeral 11, p. 77.

continuidad en la prestación privada de este sector de la economía. Obsérvese, por lo demás, que la ley no establece expresamente cuál es el órgano encargado de emitir tal aprobación o rechazo, aunque dado que las propuestas deben ser remitidas a la Comisión Bicameral específicamente creada por el Artículo 20 de la Ley N° 25.561, y que esta última debe controlar, verificar y dictaminar sobre lo actuado por el Poder Ejecutivo y poner a consideración de ambas Cámaras los “dictámenes” que en el ejercicio de esa competencia emita (cfr. norma citada), no es desproporcionado asumir que el procedimiento administrativo renegocial concluya en el ámbito del Poder Legislativo con la opinión expresa o ficta de dicha Comisión Bicameral.

Desde ese punto de vista, podría encontrar justificación que su opinión aprobatoria pueda ser considerada vertida de un modo ficto en caso de que no se pronuncie de un modo expreso en el término legal establecido. No puede tampoco dejar de considerarse que tratándose del ejercicio de una competencia administrativa de naturaleza técnica, el legislador haya considerado que la Administración pública se encuentra mejor preparada para su desarrollo (v. gr.: determinación de parámetros y criterios para la fijación de tarifas, de niveles de calidad de servicio; metas de inversión; etc.) y que en cualquier caso ella deberá ser ejercida conforme a la política legislativa trazada de antemano por él mismo.

# CONTRATOS ADMINISTRATIVOS





**C. 1048. XXII. RO. “Calderas Salcor Caren S.A. c/ Estado Nacional - Comisión Nacional de Energía Atómica y otra s/ cobro de australes”.**

Buenos Aires, 24 de septiembre de 1996

Vistos los autos: “Calderas Salcor Caren S.A. c/ Estado Nacional - Comisión Nacional de Energía Atómica y otra s/ cobro de australes”.

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal –Sala I– confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto había admitido el daño financiero reclamado por la actora respecto de un contrato de obra pública, al tiempo que la modificó en lo atinente al modo de actualizar el monto del resarcimiento por el lapso comprendido entre el 29 de marzo de 1985 y la fecha de su efectivo pago. Contra tal pronunciamiento la demandada interpuso el recurso ordinario de apelación, que fue concedido a fs. 616 y fundado a fs. 619/635.

2º) Que el recurso es formalmente admisible pues se dirige contra una sentencia definitiva recaída en una causa en la que la Nación es parte y el valor cuestionado –actualizado a la fecha de interposición de la apelación– supera el mínimo establecido en el Artículo 24, inciso 6º, apartado a, del Decreto Ley Nº 1.285/1958, con más la actualización prevista por la Ley Nº 21.708 y Resolución Nº 552 de este Tribunal.

---

## **EL COSTO FINANCIERO EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA\***

### **I. EL CASO<sup>1</sup>**

La empresa actora, contratista de la Comisión Nacional de Energía Atómica, reclamaba de su comitente el pago del *daño financiero* como consecuencia del tardío reconocimiento de la irrepresentatividad de la fórmula de variaciones de costos pactada originalmente. Con posterioridad a la celebración del acuerdo primitivo, las partes convinieron varias modificaciones (cinco en total). Por la cuarta de ellas, el 16-08-1984, acordaron reemplazar la fórmula de reajuste que regla hasta entonces por otra que importó una completa renegociación del precio de la obra.

Sin embargo, la actora expresó que no le fue reconocido el “perjuicio financiero” operado desde la firma del contrato original hasta la celebración de la indicada recomposición y que, en consecuencia, la “[...] cantidad de valor recibida en concepto de remuneración desde el comienzo de los trabajos hasta la modificación mencionada fue inferior a la inversión realizada, lo que determinó el endeudamiento con terceros a las tasas del mercado [...]”.

\* “El costo financiero en el contrato de obra pública”, *La Ley*, 1997-C, p. 782.

<sup>1</sup> Causa C. 1048.XXII, R. O. del 24-09-1996; “Calderas Salcor Caren S.A. c/ Estado Nacional – Comisión Nacional de Energía Atómica y otra s/ cobro de australes”.

3°) Que la empresa contratista promovió la demanda de autos por el cobro del daño financiero que –a su juicio– habría sufrido como consecuencia de la falta de representatividad de la fórmula pactada en el contrato. En su escrito inicial sostuvo que por medio de la cuarta modificación contractual –llevada a cabo el 16 de agosto de 1984– las partes habían acordado reemplazar la fórmula de ajuste que regía hasta ese momento por otra que importó una completa recomposición del precio de la obra; sin embargo, expresó que no le fue reconocido el perjuicio financiero operado desde la firma del contrato hasta la modificación antedicha. En suma, afirmó que la cantidad de valor recibida en concepto de remuneración desde el comienzo de los trabajos hasta la modificación mencionada fue inferior a la inversión realizada (fs. 9 vta.), lo que determinó el endeudamiento con terceros a las tasas de mercado (fs. 10 vta. y sigs.).

4°) Que la cámara juzgó que, a los fines de examinar la procedencia del perjuicio financiero reclamado, cabía distinguir el reajuste del precio de la obra por la existencia de mayores costos, de los daños sufridos por la tardía aplicación de tal reajuste. Sostuvo que las sucesivas modificaciones contractuales pactadas por las partes reconocían mayores costos mas no contemplaban el daño financiero pretendido por la actora, el cual había sido objeto de expresa reserva en la renegociación; además, interpretó que las modificaciones antedichas implicaban el reconocimiento de la Comisión Nacional de Energía Atómica de la falta de representatividad de la fórmula prevista en el contrato.

5°) Que, por otra parte, el *a quo* rechazó el planteo de la entidad estatal relativo a que el acogimiento de la pretensión importaba la violación al principio de igualdad de los oferentes, pues entendió que las sucesivas renegociaciones llevadas a cabo por las partes habían configurado una modificación sustan-

---

## II. ANTECEDENTES

El asunto llegó al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía del recurso ordinario de apelación que autoriza el Artículo 24, inciso 6°, apartado a) del Decreto N° 1.285/1958 (*ADLA*, XLVIII-A, 3), por cuanto en el tema la Nación era parte y el valor disputado en último término (debidamente actualizado) era superior al monto mínimo que aquella disposición exige.

La vía procesal empleada permitió que el Ato Tribunal examinara los aspectos de hecho del asunto llevado a su conocimiento y así valorar si los requisitos de tal especie se encontraban cumplidos. Sobre esta última circunstancia, las opiniones de los Jueces se mostraron divididas primando el criterio de que el perjuicio invocado por la actora no se acreditó.

En efecto, por el voto de la mayoría de sus miembros<sup>2</sup>, la Corte revocó el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que, por su Sala I, había hecho lugar a la demandada.

Esta última –para resolver del modo en que lo hizo– tuvo en cuenta que cabía distinguir el reajuste del precio de la obra por la existencia de mayores costos, de los daños sufridos por la tardía aplicación del reajuste. Sostuvo que las modificaciones contractuales reconocían el mayor costo financiero, pero que no contemplaban el reclamo, que había sido objeto de expresa reserva en la renegociación. Finalmente,

<sup>2</sup> La mayoría se formó con el voto de los Doctores Nazareno, Fayt, Petracchi, Bossert y Vázquez. En cambio, la minoría estuvo integrada por los Doctores Moliné O' Connor y López (en voto concurrente) y Boggiano (por su propio voto).

cial de los términos del convenio originario, de modo tal que ninguno de los oferentes se habría hallado en situación equiparable a la del actor.

6°) Que con respecto al agravio dirigido a cuestionar el apartamiento de la Ley N° 21.392, la cámara consideró que al renegociar el contrato las partes habían elegido un procedimiento para restablecer el equilibrio de las prestaciones que no podía “tener la virtualidad de impedir que para las situaciones no previstas en el convenio se apliquen procedimientos establecidos en disposiciones vigentes” (fs. 608 vta. Considerando 103, parte final).

En este orden de ideas, destacó que la contratista se había visto constreñida –a causa de las demoras de la comitente en el pago de las cuotas por imperio de las circunstancias propias del momento– a contraer obligaciones que no podían ser enjugadas en su real magnitud mediante la aplicación de la Ley N° 21.392.

7°) Que también desestimó la tacha de arbitrariedad que la demandada le atribuyó al fallo de primera instancia en lo atinente a la apreciación de la prueba y a la capitalización de los intereses por entender que, en este aspecto, no se trataba de liquidar intereses sobre intereses de acuerdo a la definición legal de anatocismo, sino tan sólo de establecer un método que permitiera reparar integralmente los perjuicios sufridos.

8°) Que, por último, admitió el agravio de la actora concerniente al método para actualizar el monto de la indemnización a partir del 29 de marzo de 1985, disponiendo que se aplicara el mismo procedimiento que la sentencia de primera instancia preveía para el lapso anterior a esa fecha –que consistía en la capitalización periódica de los intereses de acuerdo a las tasas de mercado– lo cual importaba dejar de

---

entendió que la conducta de la propia demandada implicaba la aceptación de la existencia de la irrepresentatividad de las fórmulas originales que la actora denunció.

La naturaleza de la pretensión, y especialmente la forma en que la cuestión ha sido resuelta, merecen reflexionar sobre diversos aspectos vinculados al desenvolvimiento económico del contrato administrativo de obra pública, y en ese orden a la remuneración que le es debida al cocontratante particular, respecto de la cual hemos adherido al criterio que la considera una típica “obligación de valor”<sup>3</sup>.

En el orden nacional, el instituto de los mayores costos en el contrato de obra pública se rige por una profusa regulación, integrada por disposiciones legales y reglamentarias (v. gr. Leyes Nros. 12.910, 15.285, 21.250 –ratificatoria de los Decretos Nros. 2.874/1975 y 2.875/1975–, Decretos Nros. 3.772/1964, 2.347/1976, 2.348/1976 –ADLA, VII, 40; XX-A, 42; XXXVI-A, 15; XXXV-D, 3643; XXXV-D, 3644; XXIC-B, 1444; XXXVI-D, 2934; XXXVI-D, 2936–, etc.), la actual vigencia de estas disposiciones se ha colocado en tela de juicio a raíz de la sanción de la Ley N° 23.928 de Convertibilidad del Austral (ADLA, LI-B, 1752).

Consideramos que una afirmación lisa y llana en tal sentido resulta errada, no sólo porque la institución analizada posee raigambre constitucional (arg. Art. 17, Constitución Nacional) y se encuentra informada por el principio de “equidad” (arg. Art. 6°, Ley N° 12.910), sino también porque las normas citadas reglamentan las variaciones de los costos *en más o en menos* concurrentes a la ejecución de los traba-

<sup>3</sup> Cfr. Mertehtikian, Eduardo, *Estudios sobre contratación pública*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, Capítulo IV.

lado el sistema de ajuste establecido por la Ley N° 21.392. La cámara entendió que si la entidad del daño estaba representada por el precio del dinero que la contratista había pagado, no correspondía limitar a un período de tiempo determinado la capitalización de los intereses pagados, máxime si se había advertido la insuficiencia de la metodología prevista en la Ley N° 21.392 para paliar el perjuicio sufrido.

9°) Que en su memorial ante esta Corte la demandada expresa los siguientes agravios: a) el fallo asignó a las reservas contractuales un alcance que no tienen; b) el *a quo* se apartó del régimen legal aplicable, el cual no fue tachado de inconstitucional por la actora ni demostrada su irrepresentatividad; c) no se probó el daño invocado; d) no se consideró adecuadamente que -de acuerdo al dictamen pericial la actora había incluido el daño financiero al ofertar violando así la igualdad de oferentes; e) se efectuó una interpretación tergiversada de las cláusulas insertas en las renegociaciones y se ha omitido valorar la prueba documental en su integridad; f) tanto el juez de la causa como la cámara ampararon el anatocismo, contrariando de ese modo el Artículo 623 del Código Civil; g) admitió el agravio de la demandante referente al modo de repotenciar el daño desde la cancelación de cada factura hasta el efectivo pago, incrementando indebidamente el monto del resarcimiento y violando el régimen de actualización de deudas previsto en la ley.

10) Que en materia de contratos de obra pública este Tribunal ha sostenido que los Jueces deben actuar con suma prudencia al examinar las pretensiones deducidas, verificando si efectivamente se han producido los perjuicios que se reclaman y, en su caso, constatar si éstos fueron consecuencia directa e inmediata de la obra pública, cuidando de no otorgar reparaciones que puedan derivar en soluciones mani-

jos<sup>4</sup>, y, consecuentemente, no puede sostenerse que el Estado Nacional haya renunciado a exigir y obtener un *equilibrio pleno y constante* en las prestaciones que contrata –siempre– por cuenta y orden de la comunidad. Es en tal contexto en el que debe interpretarse la finalidad que guía el Artículo 1° del Decreto N° 2.875/1975 (ratificado por la Ley N° 21.250), en cuanto *impone* a las Comisiones Fiscalizadoras instituidas por el Decreto N° 3.772/1964 el *deber de vigilar* la evolución de los contratos de obra que celebre el Sector Público Nacional.

Si la intención de tal afirmación es sostener que han perdido vigencia los mecanismos de ajuste de “carácter automático”, la cuestión es distinta y el debate no está en modo alguno agotado<sup>5</sup>. En lo personal, creemos que la conciliación de ambos sistemas (ley de Convertibilidad y Régimen de Variaciones de Costos) es posible, y así lo sostuvimos al elaborar el “Anteproyecto de actualización de la Ley Nacional de Obras Públicas”<sup>6</sup>.

De otro lado, la pretendida derogación de la regulación en materia de variaciones de costos por la sanción de la citada Ley de Convertibilidad N° 23.928 renueva la tendencia a una asimilación entre este instituto, propio del derecho público, con la

<sup>4</sup> Cfr., en el mismo sentido, el voto en disidencia del doctor Fayt en la causa “Vicente Robles S.A.M.C.I.C.I.F. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ nulidad de resolución”, del 07-05-1987 (*Fallos*: 310:909).

<sup>5</sup> Cfr. la opinión de los Doctores Hutchinson y González Arzac vertida en la obra de los Doctores Alegría, Héctor y Rivera, Julio C., *La Ley de Convertibilidad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, p. 271 y sigs.

<sup>6</sup> Me refiero al que tuve el honor de elaborar en virtud de la generosa invitación que nos realizó el Ministerio de Justicia de la Nación en el año 1995, junto al distinguido jurista doctor Ismael Mata, tarea en la que le cupo, además, singular participación al doctor Armando Canosa.

fiestamente irrazonables (*Fallos*: 313:278). Tal premisa cobra particular relevancia en el *sub lite*, no sólo por la entidad del perjuicio que se reclama (fs. 614/615), sino también por la importancia de la obra contratada. En este sentido, cabe señalar que la empresa actora tuvo a su cargo la construcción del “conformado de la esfera de contención para la central nuclear Atucha II” cuya finalidad era contener el efecto de la radiación en caso de fallas eventuales registradas en cualquiera de los equipos e instalaciones de la central mencionada.

11) Que la cuestión a dilucidar consiste en determinar si los perjuicios derivados de la falta de representatividad de la fórmula originaria deben ser soportados íntegramente por la Comisión Nacional de Energía Atómica. En el *sub judice*, los daños cuya reparación se pretende se traducen en los intereses bancarios que habría tenido que afrontar el particular para obtener el monto de la inversión comprometida en virtud de la merma sufrida en su remuneración.

12) Que liminarmente corresponde recordar que –con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte– el régimen de mayores costos establecido por la Ley N° 12.910 y sus decretos reglamentarios no establece que la mera irrepresentatividad de las fórmulas convenidas determinará, sin más, el reajuste de la remuneración del contratista; en efecto, una adecuada hermenéutica de las normas citadas conduce a admitir sólo la recomposición de aquellos desfases que –además de desquiciar la economía general del contrato– deriven de acontecimientos sobrevinientes e imprevisibles al tiempo de la firma del acuerdo (cfr. T.195.XXIII “Tecnobra S.A.C.I.C.I.F. c/ Comisión Nacional de Energía Atómica s/ cobro de pesos”, pronunciamiento del 20 de abril de 1993, Considerando 7° y sus citas).

---

*teoría de la imprevisión* regida por el Código Civil (Art. 1198), criterio al que la Corte recurre en este caso con cita de sus precedentes (v. gr. “Tecnobra”)<sup>7</sup>, pues requiere que se cumpla el extremo de la “imprevisibilidad” exigida por el mentado Artículo 1198 del Código Civil.

Resultaría impropio dejar de señalar que en contra de la apuntada asimilación se han exteriorizado las autorizadas opiniones de autores como Barra<sup>8</sup>, Berçatiz<sup>9</sup> y Gordillo<sup>10</sup>, todas ellas también citadas por Coviello en el trabajo referido en la nota N° 7.

### III. LA SENTENCIA DE LA CORTE

#### 1. La mayoría

Como quedó dicho, por el voto de cinco de sus miembros, la Corte desestimó el planteo de la empresa actora, para lo cual tuvo en cuenta fundamentalmente los siguientes aspectos:

<sup>7</sup> Causa “Tecnobra S.A. c/ Comisión Nacional de Energía Atómica”, del 20-04-1993 (*La Ley*, 1993-E, p. 486), fallo que mereció el comentario del doctor Pedro J. J. Coviello en la misma publicación.

<sup>8</sup> Cfr. Barra, Rodolfo C., “El régimen de los mayores costos y la obra pública”; *El Derecho*, 54-720; *Contrato de obra pública*, T. 3, Buenos Aires, Ábaco, Buenos Aires, 1988, p. 1125 y sigs. De igual modo, puede verse el voto en disidencia de dicho autor en la causa “Tecnobra”, citada en el texto y nota 7.

<sup>9</sup> Cfr. Berçatiz, Miguel A., *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1980, 2ª edición, p. 466 y sigs.

<sup>10</sup> Cfr. Gordillo, Agustín, “Mayores costos, imprevisión e indexación”, en la obra de varios autores *Contratos administrativos*, T. 1, Buenos Aires, publicación de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (AADA), 1982, reimpresión, p. 103 y sigs.

13) Que, en lo que interesa al caso, cabe señalar que hubo cinco modificaciones a la fórmula contractual, cuatro de las cuales fueron aplicadas retroactivamente al origen del contrato (fs. 468 vta./469, dictamen pericial contable, respuestas a las preguntas 3 y 4 del cuestionario de la actora); tal circunstancia fue valorada por el juez de la causa como un elemento claramente indicativo de la falta de representatividad de la fórmula primigenia (fs. 544/545), conclusión que fue compartida por la cámara (fs. 607 vta., Considerando 97) y que concuerda con la línea argumental empleada por la contratista, pues ésta –al promover la demanda de autos– expresó, reiteradamente, que el perjuicio había existido “desde el comienzo del contrato” (fs. 10 vta. último párrafo; en igual sentido, fs. 12, punto a; fs. 20, último párrafo; puntos 19 y sigs. de la prueba pericial contable pedidos a fs. 222; y expresiones de fs. 507, entre otras). De ello se deduce que los daños cuyo resarcimiento se pretende no son consecuencia de un hecho sobreviniente a la celebración del acuerdo –pues de lo contrario, no se comprendería la aplicación retroactiva de las fórmulas– sino que encuentran su origen en los propios términos de la contratación inicial libremente aceptados por la actora.

14) Que al ser ello así, las sucesivas modificaciones referidas –en la medida en que aumentaron progresivamente la remuneración del empresario (fs. 468 vta., último párrafo)– tuvieron el propósito de compensar las deficiencias que no habían sido advertidas por ninguna de las partes al momento de contratar; por ende, no es admisible responsabilizar exclusivamente al ente estatal por los perjuicios derivados de aquella falta de previsión, toda vez que el actor también conocía –al tiempo de suscribir el acuerdo– la magnitud y complejidad del emprendimiento (fs. 8 y 9/9 vta.) y el sistema de ajuste de su retribución;

a) que en materia de contratos de obra pública, los Jueces deben actuar con suma prudencia, verificando si efectivamente se han producido los perjuicios que se reclaman y, en su caso, “[...] constatar si éstos fueron consecuencia directa e inmediata de la obra pública [...]” (*Fallos*: 313:278)” (Considerando 10)<sup>11</sup>.

b) que la cuestión a dilucidar –habida cuenta el objeto de la demanda<sup>12</sup>– consistía en determinar “[...] si los perjuicios derivados de la falta de representatividad de la fórmula originaria debe ser soportados íntegramente [...]” por la demandada (Considerando 11).

c) que como lo ha sostenido la Corte en sus precedentes, la legislación aplicable al contrato (v. gr. Ley N° 12.910 y sus decretos reglamentarios antes citados) únicamente admite la recomposición de “[...] aquéllos desfases que –además de desquiciar la economía general del contrato– deriven de acontecimientos sobrevivientes e imprevisibles al tiempo de la firma del acuerdo” (Considerando 12, con cita del caso “Tecnobra” arriba referido).

d) que según surgía de la prueba pericial y del propio relato de la parte actora, los daños cuya reparación se pretenden no son consecuencia de un acontecimiento sobreviniente a la celebración del acuerdo –pues, de lo contrario, no se comprendería la

<sup>11</sup> El destacado es del fallo y corresponde a un pasaje de la sentencia recaída en la causa “Chirillo A. Piedrabuena c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (sentencia del 20-03-1990), que trataba de un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado por la ejecución de obras públicas.

<sup>12</sup> Consistente en la reparación de los daños que la actora pretendía y que traducían en los intereses bancarios que habría que tener que afrontar el particular para obtener el monto de la inversión comprometida en virtud de la merma de remuneración.

por otra parte, la reiteración de períodos de alta inflación con la consiguiente distorsión de las variables económicas no resultaba un hecho imprevisible (*Fallos*: 296:546 y 300:1131).

En tales circunstancias, debió haber puesto en conocimiento de la comitente los reparos que la fórmula prevista le merecía o, en todo caso, haberse abstenido de contratar en condiciones que le resultaban –a su juicio– desfavorables.

Máxime si se repara en que las partes, después de suscribir el contrato en las condiciones originales y (17 de febrero de 1981) hasta la firma del acta acuerdo que dio origen a la cuarta modificación de aquél (16 de agosto de 1984), renegociaron de común acuerdo el compromiso asumido en tres ocasiones y, en éstas, la contratista siempre manifestó no tener nada “más que reclamar por ningún concepto” (carpeta de modificaciones contractuales “B”, fs. 87 y 124).

Al no obrar de ese modo y adherir a los términos contractuales que luego impugnó, el actor no observó la conducta debida, por lo cual no cabe excluirlo de la carga de soportar, al menos, una parte de los daños (Artículos 512, 902 y 929 del Código Civil; y *Fallos*: 314:491).

15) Que la conclusión a la que se arriba en el considerando anterior no queda desvirtuada por las características inusuales de la obra, pues ellas obligaban –como allí se dijo– a actuar con la mayor prudencia al momento de asumir compromisos. Tampoco corresponde atender a la inexperiencia que la demandante le atribuyó a la comitente en la construcción de plantas de ingeniería avanzada y en la formulación de los planes de obra (fs. 9 vta.), pues aquélla tampoco tenía experiencia para realizar trabajos que –según sus propios dichos– se emprendían por primera vez en el país (fs. 8 vta., segundo párrafo) a pesar de lo

---

aplicación retroactiva de las fórmulas–, sino que encontraban su origen en los propios términos de la contratación inicial libremente aceptados por la actora (Considerando 13)<sup>13</sup>.

e) que las sucesivas modificaciones al contrato original (cinco en total), en la medida que aumentaron progresivamente la remuneración del contratista, tuvieron por propósito compensar las deficiencias que no habían sido advertidas por ninguna de las partes al contratar, por lo que “[...] no es admisible responsabilizar exclusivamente al ente estatal por los perjuicios derivados de aquélla falta de previsión toda vez que el actor también conocía –al tiempo de suscribir el acuerdo– la magnitud y complejidad del emprendimiento y el sistema de ajuste de su retribución [...]”; y que, por otra parte, la reiteración de períodos de alta inflación con la consiguiente distorsión de las variables económicas no resultaba un hecho “imprevisible” (Considerando 14).

f) que resulta ecuánime atribuir responsabilidad compartida para afrontar los perjuicios, en virtud de las características de inusual complejidad de la obra y la falta de experiencia de ambas partes en emprendimientos que en el país se ejecutaban por primera vez, circunstancia que obligaba a actuar con la mayor prudencia al tiempo de asumir los compromisos derivados del contrato. En abono de esto último, la Corte acudió al principio de la buena fe que debe animar la ejecución de los contratos administrativos, “[...] la cual impone que cada contratante soporte las consecuencias desfavorables de su propia conducta discrecional” (Considerando 15); y

<sup>13</sup> Se aprecia aquí la aplicación de la teoría del “sometimiento voluntario” a un régimen jurídico.

cual asumió el riesgo de llevarlos a cabo en los términos propuestos inicialmente, por lo que, aun desde este punto de vista, resulta ecuánime que los perjuicios sean afrontados sobre la base de una responsabilidad compartida. Ello armoniza con la buena fe que debe animar la ejecución de los contratos administrativos (*Fallos*: 305:1011; 315:1299, entre otros), la cual impone que cada contratante soporte las consecuencias desfavorables de su propia conducta discrecional.

16) Que en el fallo apelado se efectuó una inadecuada interpretación de las modificaciones contractuales, pues ninguna de ellas prevé el reconocimiento del daño financiero a favor de la contratista. Con particular referencia a la cláusula quinta del convenio celebrado el 1° de noviembre de 1985 a la que aludió la sentencia, no surge de su texto que el rubro pretendido en esta causa haya sido admitido por la comitente “en términos de inequívoco significado” (fs. 608 y 596 vta./597).

En efecto, del hecho de que al suscribir el convenio aludido la contratista haya manifestado que el pago de las sumas allí pactadas implicaba no tener “[...] nada más que reclamar, con la sola excepción del rubro daño financiero” (ver fs. 4 de la carpeta de modificaciones contractuales identificada con la letra B), no se deriva la aceptación por parte de la demandada de esa reserva, en tanto sólo traduce una manifestación de voluntad unilateral hecha por la parte que se considera acreedora al ítem reclamado.

Tampoco cabría inducir –como lo pretende la actora a fs. 20– que ha mediado un reconocimiento del “daño financiero” por parte de la comitente, al suscribir la modificación contractual N° 4 –en especial cláusula 9, punto 1– el 4 de septiembre de 1984.

g) que no resultaron probados los daños reclamados. Ello así, en razón de las siguientes circunstancias:

g.1. no se acreditó que los reconocimientos retroactivos hubieran sido insuficientes para compensar el perjuicio financiero reclamado y mantener de ese modo indemne la remuneración del contratista;

g.2. la prueba pericial no permitió establecer si los importes reclamados indemnizarán al empresario por un daño efectivamente padecido o terminarán por beneficiarlo indebidamente; y

g.3. finalmente, que no existían comprobantes de los préstamos financieros que la actora alegaba haber tomado en el mercado “interempresario” o “interbancario” y a tasa muy elevadas.

## 2. La minoría

Es sobre el aspecto vinculado a la existencia y prueba del daño reclamado (Capítulo g, anterior) donde las opiniones de los Jueces se dividen y el voto de la minoría no concuerda con el que conformó la mayoría, pues la opinión disidente concluye en que existe perjuicio y éste se encuentra acreditado<sup>14</sup>.

Fundamenta su posición en una diferente consideración de los informes y conclusiones periciales y en la particular situación económica en la que se coloca el “capital de giro” de la empresa en un contrato de estas características, cuando –como

<sup>14</sup> Recordemos que la minoría se integró por el voto conjunto de los Doctores Moliné O’ Connor y el voto aislado del doctor Boggiano.



En dicha cláusula, con respecto a la reclamación que la contratista consideraba “una compensación adecuada” por la mora en los pagos en que la comitente “ha incurrido e incurra”, solamente se estableció lo siguiente: “9.1. La Contratista presentará y documentará su reclamo al respecto”; “9.2. ENACE aceptará la facturación que La Contratista presentará [...] referente a la aplicación de la Ley N° 21.392 por mora en pagos anteriores y pendientes de liquidación, las cuales serán actualizadas [...] con la variación experimentada en el índice de Precios al Por Mayor Nivel General-INDEC, todo sin perjuicio de la resolución que se tome al punto 9.1”; “9.3. La mora en los pagos solamente dará derechos a La Contratista a demorar y/o paralizar los trabajos [...]” en los supuestos que allí se detallan. Más aún, en esta cláusula se consignó: “La no resolución del punto 9.1 no dará derecho alguno a la Contratista salvo a la reiteración de su reclamo y recursos correspondientes” (fs. 23 de la carpeta de modificaciones antes aludida).

Conviene agregar que –como se expuso anteriormente– el propósito que tuvieron las partes al modificar varias veces el contrato original fue el de recomponer equitativamente los intereses afectados por la falta de previsión común a ambos contratantes; en consecuencia, las reservas por el daño financiero efectuadas por la actora en la cuarta y quinta modificación (cfr. fs. 4 y 23 del cuaderno referido) sólo pueden vincularse con aquellas facultades que resulten compatibles con el propósito enunciado y no con derechos cuyo ejercicio fuese inconciliable con la manifestación de voluntad común (*Fallos*: 298:265).

17) Que por otra parte, la cámara –al concluir que los pagos efectuados al actor en los términos de la Ley N° 21.392 eran insuficientes para resarcir el perjuicio financiero– no tuvo en cuenta el verdadero contenido de la pretensión y, por ende, se pronunció sobre un aspecto que no guarda relación con la cuestión debatida.

---

en el caso– lo que se encontraba en discusión era –precisamente– el efecto económico que el tardío reconocimiento de la “distorsión significativa” en los sistemas de variaciones de costos había provocado en el patrimonio de aquella.

Los Doctores Moliné O’ Connor y López –no obstante compartir los fundamentos vertidos en los Considerandos 1° a 16 del voto que conforma la mayoría– apuntan, sin embargo, que debe precisarse lo siguiente:

a) Que la reparación pretendida por la actora no encuentra sustento dentro del acuerdo que unió a las partes, ya que éstas encontraron un modo razonable de recomponer el pacto de conformidad a la legislación aplicable, pero que ello no basta para desechar la demanda “[...] ya que debe determinarse si existe otro perjuicio susceptible de ser indemnizado [...]”, para lo cual se requiere determinar si la actora logró demostrar: el daño aducido, la relación de causalidad entre el hecho y el daño y la prueba efectiva del perjuicio (Considerando 17).

b) Es a partir de allí, y sobre la base de la singular consideración de las conclusiones a las que arribaron merced a la prueba pericial y demás rendida en el expediente, que la disidencia introduce al debate el criterio del deterioro o afectación del capital de trabajo de la empresa actora, en virtud de que el reconocimiento tardío en el que había incurrido la demandada no logró compensar el costo del dinero (Considerando 19).

c) Que se encontraba probado –entonces– que al haber debido la actora cubrir la falta de efectivo con capital de giro de la empresa (recurriendo incluso al crédito bancario y luego a la plaza extrabancaria) existía acreditado un daño, representado por los intereses que la actora pagó para obtener el dinero que no recibió de su contra-

En efecto, en autos no se ha impugnado el sistema de ajuste previsto en dicho régimen para la mora del comitente (ver las inequívocas expresiones de la actora al contestar el recurso ordinario a fs. 642, tercer párrafo y sigs.), sino que se han demandado los daños derivados del cumplimiento de términos contractuales desfavorables.

Con toda nitidez la actora ha dicho que aun cuando en la modificación contractual N° 4 “[...] se ha logrado una debida fórmula de reconocimiento de mayores costos [...]” que prevé “[...] lo que antes no existía, esto es, el corrector financiero, no es menos cierto que esto se produce a tres años y medio de la iniciación de los trabajos”. De manera que, aunque esta fórmula es “[...] retributiva de la inversión [...]” y se aplicó tanto “[...] para el pasado como para el futuro, siempre quedará un aspecto que para el período que nos ocupa fue de sustancial importancia [...]”: “[...] el costo del dinero que Calderas Salcor Caren S.A. no recibió en tiempo y forma” (fs. 16; ver también fs. 17/17 vta. y 20).

De manera que la actora, lejos de discutir aquí “[...] la justicia o injusticia de la Ley N° 21.392” para los pagos producidos en mora (ver expresiones mencionadas en el primer párrafo de este considerando), reclama aquel costo del dinero que –en palabras suyas– constituye un “daño distinto e independiente” (fs. 640 vta.).

18) Que sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal estima conveniente destacar que los daños reclamados no fueron acreditados. En primer término, la comitente reliquidó todos los certificados de acuerdo con las cuatro modificaciones sucesivas del contrato, la última de las cuales contemplaba la fórmula pretendida por la actora (fs. 14 vta.); empero no fue probado que tales reconocimientos retroactivos

tante o que se vio privada de percibir por no disponer libremente de su capital de giro (Considerandos 19, 20, 21, 22).

d) En suma, que la afectación comercial de la actora representa *per se* un daño susceptible de ser reparado y que fue notorio que el daño patrimonial que sufrió la actora redundó en beneficio de la demandada en la medida que afrontó un costo financiero que de otro modo no hubiese afectado a la contratista (Considerando 25).

e) Que “[...] resulta indudable, que el patrimonio comercial de la demandante fue empleado útilmente a favor de la demandada, lo cual impone la reparación del empobrecimiento que ocasionó esa afectación (Artículos 2306 y 2309, Código Civil)” (Considerando 25 citado) y, en consecuencia, “[...] desde esa perspectiva, el empleo del dinero de la actora se convirtió en utilidad de la demandada en cuanto evitó que ésta afectara su propio capital, o acudiera al mercado financiero para procurarse los fondos necesarios. La medida de tal utilidad está, en consecuencia, determinada por el costo financiero que la contratante hubiera soportado en idénticas condiciones” (Considerando 26).

Por su parte, debe señalarse que el voto del doctor Boggiano concuerda –en lo sustancial– con los fundamentos expuestos anteriormente (cfr. en especial Considerandos 21, 22, 23, 24 y 25 de su voto).

#### **IV. EL COSTO FINANCIERO (ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ASUNTO)**

No hace falta una mayor explicación acerca de la importancia que el costo del dinero asume en contratos destinados a la ejecución de obras públicas que –además– la mayoría de las veces están llamados a desenvolverse en prolongados períodos.

resultaran insuficientes para compensar el perjuicio financiero reclamado y mantener, de este modo, indemne la remuneración del contratista. Ello es así, en razón de que el perito contador –al responder este aspecto– expresó: “Este perito reitera la dificultad existente para determinar linealmente los efectos que corresponden a determinadas causas [...]” (fs. 470, respuesta a la pregunta undécima), términos que ya había empleado en dos ocasiones; la primera al preguntársele si la demora en aplicar las fórmulas posteriores había deteriorado el capital de giro de la demandante (fs. 469/469 vta., pregunta 6ta.); y la segunda, para indicar la imposibilidad de relacionar la iliquidez de la contratista con la fórmula inicial (fs. 469 vta., pregunta novena). Si bien es cierto que el experto agregó: “Resulta evidente que la actora dejó de percibir sumas de dinero y que para cubrir dichas carencias recurrió al endeudamiento. Surge además del punto 23° del cuestionario de la actora que los intereses pagados, resultan muy significativos en relación a la situación económica de la actora”, tales expresiones son meramente estimativas, por lo que no permiten formar convicción sobre la insuficiencia de los reconocimientos retroactivos.

En suma, a partir de dicho informe no es posible establecer si los importes reclamados en el *sub lite* –en caso de ser admitidos– indemnizarán al empresario por un daño efectivamente padecido o terminarán por beneficiarlo indebidamente.

19) Que a ello cabe agregar que los intereses cuyo cobro se pretende corresponden a préstamos obtenidos por la demandante (fs. 471), de los que no existe comprobante alguno en razón de que habrían sido concertados en el mercado “interempresario” o “interbancario” a tasas muy elevadas (fs. 452 vta., 455,

---

Tal es su importancia que la regulación nacional (legal y reglamentaria) ha establecido la obligatoriedad de su tratamiento “particularizado” como una especial aplicación del principio rector de la “equidad” que informa al régimen (arg. Art. 6°, Ley N° 12.910, 4° y 7° Decreto N° 2.348/1976, 5° y 6° del derogado Decreto N° 1.619/1986). La propia Procuración del Tesoro de la Nación tiene reiteradamente dicho: “[...] el reconocimiento de los mayores costos es obligatorio para los organismos estatales, siendo inválidas las cláusulas que tienden a negarlo [...] una omisión de los peligros debe ser suplica con aplicación directa de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen la cuestión”<sup>15</sup>.

Es por tal razón que deben distinguirse las diferentes circunstancias en las que su reconocimiento resulta imperativo, a saber:

a) Costo del dinero por el período de la “inversión”, que va desde que ésta se realiza hasta la medición de los trabajos ejecutados.

Es éste el correspondiente al “plazo de ejecución” de los trabajos; aquél en el que incurre el empresario para obtener la cantidad de dinero necesaria para adquirir materiales, abonar los salarios y cargas sociales del personal, etc. destinados a la obra en el período (mes) y que –previa medición– serán incluidos en el certificado de obra pública correspondiente a dicho período.

b) Costo del dinero por el “período contractual de pago” de los certificados, que corresponde al lapso que va desde la emisión del mismo hasta el pago correspondiente.

<sup>15</sup> Cfr. surge de la doctrina establecida en *Dictámenes*: 81:216; 88:15; 94:118, entre muchos otros.

456 vta., 457 vta., 458 y 471). Por este motivo, el perito no pudo relacionar las tasas registradas en los libros de comercio de la actora –las cuales sirvieron de base para calcular el daño reclamado (cfr. Anexos 9º, 10 y 11 del dictamen pericial)– con ningún préstamo concreto; sólo se limitó a cotejarlas con aquellas que publicaban los diarios y con las que informaron algunas entidades financieras en la causa (fs. 470/470 vta. y 471 vta.). Los únicos elementos aportados por el demandante con el propósito de compensar la falta de documentación respaldatoria son una serie de cuadernos (fs. 25, punto XV), sin rúbrica, algunos de ellos con tiras de máquinas de calcular incorporadas, manuscritos por los propios dependientes del contratista, que sólo cubren una parte del lapso a indemnizar, pues habrían comenzado a llevarse “a partir de fines de 1983, 1984” (fs. 452 vta., 454 vta., respuesta a la sexta pregunta). En atención a la naturaleza de los actos que se pretende probar (Artículo 2246 del Código Civil y Artículos 207, 208 y 209 del Código de Comercio) y a la eficacia probatoria que cabe asignar a los libros de comercio de la actora en el contexto indicado (Artículo 43, *in fine*, del Código de Comercio y Artículo 61 de la Ley N° 19.550) –sobre todo, teniendo en cuenta que la demandada no participa del carácter de comerciante (Artículo 63, primera parte, del Código de Comercio)– no corresponde tener por acreditadas a las operaciones aludidas. De ello se desprende que la estimación del daño efectuada por el experto sobre esas bases (fs. 471 vta. y 472, repuestas a la vigésima y vigésimo primera preguntas, y Anexos 9º, 10 y 11, entre otros, del dictamen pericial) no configura la objetiva evaluación del perjuicio efectivamente sufrido, sino el resultado de una serie de operaciones abstractas sin sustento alguno.

A diferencia del anterior el “costo financiero por el período contractual de pago” se origina en la circunstancia de que al emitirse el pertinente certificado de obra pública, el comitente recibe un “crédito” de su contratista, que “debe” ser cancelado al vencimiento del plazo estipulado en el acuerdo.

En sentido coincidente al expuesto se ha expresado un sector de la doctrina<sup>16</sup>, y también la jurisprudencia del Tribunal Arbitral de Obras Públicas<sup>17</sup>, aunque no puedo dejar de apuntar la divergente posición que en alguna oportunidad sostuvo la Procuración del Tesoro de la Nación aún cuando en tal ocasión dejó expresamente en claro que no abría juicio sobre la equidad de una solución contraria a la que consideramos más ajustada a la legislación citada<sup>18</sup>.

c) Costo del dinero por la “mora” en la cancelación de los créditos del contratista (v. gr. certificados de obra pública, de mayores costos, etc.).

En caso de mora en al cancelación de dichos créditos (v. gr. certificados) corresponde el pago de intereses por la demora en virtud del incumplimiento contractual, supuesto que está regido por disposiciones específicas disposiciones (arg. Art. 48, Ley N° 13.064 –ADLA, VII, 404–)

<sup>16</sup> Cfr. Barra, Rodolfo C., “El reconocimiento de la variación de los costos financieros en el contrato de obra pública”, *El Derecho*, T. 116-835.

<sup>17</sup> Cfr. Fallo 2664 del 30-10-1985, *Revista Régimen de la Administración Pública – Rap*: 100:116, con cita de su precedente recaído en la causa “Eduardo Sánchez Granel, obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. c/ Comisión Nacional de Energía Atómica” (Fallo 2604 del 19-12-1984).

<sup>18</sup> Cfr. Dictamen del 6-11-1984 recaído en Expte. N° 500/1983, Cde. 11 de la Presidencia de la Nación; *Revista Régimen de la Administración Pública – Rap*: 78:75.

Por ello, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda. Costas por su orden, en atención a la complejidad de las cuestiones debatidas (Artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Notifíquese y devuélvase.

**Julio S. Nazareno - Eduardo Moline O'Connor (en disidencia) - Carlos S. Fayt - Enrique Santiago Petracchi - Antonio Boggiano (en disidencia) - Guillermo A. F. López (en disidencia) - Gustavo A. Bossert - Adolfo Roberto Vázquez.**

Disidencia del Señor Vicepresidente doctor Don Eduardo Moline O'Connor y del Señor Ministro doctor Don Guillermo A. F. López.

Considerando:

Que los Considerandos 1° al 16 constituyen la opinión concurrente de los Jueces que suscriben este voto en disidencia con la de los que integran la mayoría.

17) Que, sobre la base de lo expuesto, cabe precisar que la reparación pretendida por la actora no encuentra sustento dentro del marco contractual que unió a las partes ya que, como se dijo, éstas hallaron un modo razonable de recomponer lo pactado de conformidad con la legislación aplicable al caso.

Ello, sin embargo, no basta para rechazar la demanda como lo sostiene la recurrente, ya que debe determinarse si existe otro perjuicio susceptible de ser indemnizado en la forma pretendida por la accionante,

---

Respecto de esta última cuestión versó la sentencia de la corte que motiva este comentario, en la cual –como quedó dicho– la sentencia de Cámara y el voto minoritario de los miembros del Alto Tribunal son coincidentes en cuanto a que la tardanza en reconocer la verificación de la distorsión significativa preexistente no es completa sino va acompañada del resarcimiento por la demora, para lo cual entendieron que el sistema instituido por la Ley N° 21.392 (*ADLA*, XXXVI-C, 2096) –vigente desde el año 1976 y hasta la sanción de la Ley N° 23.928– no era suficientemente resarcitorio por la demora en los pagos.

Conceptualmente, los tres reconocimientos de mayores costos financieros aludidos no puede asimilarse, pues –como se ha visto– responden a cuestiones diferentes, aun cuando la nota común es la importancia del valor del dinero.

Conviene apuntar –para una mayor comprensión de lo que decimos– que el certificado de obra pública “instrumenta” el crédito que el particular cocontratante contra su comitente, pues –en rigor– el crédito encuentra origen en el cumplimiento de las obligaciones que el contrato puso a su cargo. En tal sentido ha sido conceptualizado por la doctrina como un “[...] documento con ‘finalidad de pago’ o ‘crédito documentado’ que expide la Administración al contratista con motivo de un contrato de obra pública”<sup>19</sup>, o como también se ha dicho: “[...] un instrumento fehaciente con el cual se acredita el monto de la obra cuya existencia la Administración ha verificado y mensurado y el *quantum* del crédito pertinente del contratista”<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. Dromi, José R., *La licitación pública*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995, 2ª edición actualizada, p. 577.

<sup>20</sup> Cfr. Bezzi, Osvaldo M., *Contrato de obra pública*, Buenos Aires, 1982, p. 173.

para lo cual se requiere determinar si, en el caso, la actora logró demostrar el daño aducido, la relación de causalidad entre el hecho y el daño y la prueba efectiva del perjuicio.

18) Que la demandada sostiene que no se ponderó lo informado en el dictamen pericial con relación a la inclusión del costo financiero en la oferta formulada por la actora al presentarse en la licitación. Cabe señalar al respecto que en la respuesta tercera del cuestionario formulado por la demandada (fs. 473), se aclaró que si bien el costo financiero formó parte del precio que la actora cotizó en la licitación, éste sólo cubriría el lapso existente entre la efectiva realización de la inversión y “el tiempo de cobro definido contractualmente, al que se obligaba la demandada”.

Por consiguiente, el agravio de la demandada no puede prosperar, ya que la previsión por ella invocada no se proyecta sobre los períodos que son objeto del reclamo. Resulta evidente que, al haber sido modificado el contrato cinco veces, sus términos no pudieron contemplar la incidencia de un eventual costo financiero producido por circunstancias sobrevivientes a su concertación.

19) Que, en lo relativo a la existencia del costo financiero originado en la tardía recomposición del contrato, cabe puntualizar que, según surge del informe pericial presentado en la causa, “hasta arribar a la última modificación contractual, las anteriores no resolvían adecuadamente la incidencia de los mayores costos” (respuesta a 5a. pregunta, *in fine*, fs. 469).

Dijo también el experto que el reconocimiento de la mora en que había incurrido la demandada no había compensado el costo del dinero (fs. 470/470 vta. pregunta 13).

---

En el orden de la legislación nacional, la cuestión vinculada al tratamiento “particularizado” del costo financiero en la obra pública está regida por expresas estipulaciones (v. gr. Arts. 4° y 7°, Decreto N° 2.348/1976) que se vieron ratificadas –si es que cabía– por las disposiciones contenidas en los Artículos 5° y 6° del Decreto N° 1.619/1986, reglamento –este último– que rigió hasta el dictado del Decreto N° 2.140/1991, reglamentario –a su vez– de la Ley N° 23.982 (ADLA, XLVI-D, 4147; LI-D, 3996; LI-C, 2898) de “consolidación del pasivo público”.

Los antecedentes de la causa confirman la caracterización llevada a cabo, aunque por las especiales circunstancias que la rodearon (en especial el objeto demandado por la actora y la prueba rendida) la mayoría de los miembros del tribunal se haya inclinado por considera que el “daño financiero” reclamado no se encontraba acreditado.

En efecto, la sentencia de la Corte recaída en la causa analizada en modo alguno reniega de esta diferente caracterización del “costo financiero” en el contrato de obra pública, que hemos llevado a cabo no sólo desde la perspectiva de las diferentes normas involucradas, sino y fundamentalmente a partir de la realidad económica que gobierna la cuestión y del principio de “equidad” que inspira el régimen teniendo especialmente presente que esa “realidad” indica que toda incertidumbre en la conformación del precio se traslada –fatalmente– al precio que la comunidad en definitiva solventa y que el mejor modo de evitarlo es confiriéndole la mayor transparencia posible al proceso de su formación.

Requerido el perito para que indicase si la diferencia reconocida más tarde por la demandada fue sufrida por la actora en demérito de su capital de trabajo o en la obtención de créditos, descuentos u otro sistema adoptado por la actora, respondió que, aunque le resultaba difícil “determinar, linealmente, los efectos que corresponden a determinadas causas”, la aplicación de las distintas fórmulas a un mismo valor base, arroja resultados diferentes.

Concluyó el perito que “de haberse aplicado la modificación N° 4 a la fórmula de mayores costos, en la oportunidad de la aplicación de la fórmula original, la actora hubiera contado con mayor capital de trabajo.” (fs. 469/469 vta.).

20) Que de las actas de directorio y documentación contable surge que la falta de efectivo sufrida por la actora se cubrió parcialmente con capital de giro de la empresa, que después se recurrió a la plaza bancaria con esa finalidad y posteriormente a los préstamos obtenidos en la plaza extrabancaria (Anexo 5° del dictamen pericial contable).

21) Que, en orden a lo expuesto, se encuentra probado en la causa que la actora sufrió una merma en la disponibilidad de capital, atribuible al desequilibrio provocado por la falta de compensación de las diferencias reconocidas al reformularse el contrato. Para superar esas deficiencias de efectivo, aportó fondos propios o tomados en el mercado, a las diferentes tasas que regían en plaza, según la oportunidad y las condiciones en que tales fondos eran solicitados y los créditos concedidos.

22) Que con tales elementos de juicio ha quedado debidamente demostrado que la actora sufrió un daño, representado por los intereses que pagó para obtener el dinero que no recibió de su contratante, o que se vio privada de percibir por no disponer libremente de su capital de giro.

Resulta evidente que la privación de tales sumas como consecuencia del tardío reconocimiento de que le eran adeudadas, trajo como consecuencia el compromiso del capital propio de la demandante y –después– la necesidad de recurrir al endeudamiento, originándose de tal modo un perjuicio que –como se dijo– no pudo ser compensado por medio de la mecánica de reajuste prevista en la Ley N° 21.392.

23) Que, en tal sentido, la afectación del patrimonio comercial de la actora –en disponibilidades de capital o por la obtención de créditos en la plaza financiera– representa *per se* un daño susceptible de ser reparado, más allá de la prueba concreta de cada una de las operaciones concertadas para el aporte de fondos, ya que cada uno de los componentes de ese patrimonio se encuentra destinado al fin de lucro, y la desviación de tal propósito ocasiona una pérdida que se traduce, en principio, en la falta de los réditos generados por el dinero de que se dispuso en beneficio ajeno.

24) Que, en orden a determinar el grado de responsabilidad que compete a la demandada en la atención de tales perjuicios, debe tenerse en cuenta que –como se dijo *supra*– la falta de previsión adecuada de las condiciones contractuales es una circunstancia a la que no resulta ajena la demandante, de modo que no existe un nexo causal que permita atribuir la producción de esos daños en forma exclusiva a la conducta de la contratante.

25) Que, sin perjuicio de lo expuesto, es notorio que el deterioro patrimonial que sufrió la actora redundó en beneficio de la demandada, en la medida en que afrontó un costo financiero que, de otro modo, hubiese afectado a la contratista. En tal sentido, resulta indudable que el patrimonio comercial de la demandante fue empleado útilmente en favor de la demandada, lo cual impone la reparación del empobrecimiento que ocasionó esa afectación (Artículos 2306 y 2309 del Código Civil).

26) Que, desde esa perspectiva, el empleo del dinero de la actora se convirtió en utilidad de la demandada en cuanto evitó que ésta afectara su propio capital, o acudiera al mercado financiero para procurarse los fondos necesarios. La medida de tal utilidad está, en consecuencia, determinada por el costo financiero que la contratante hubiese soportado en idénticas condiciones.

A esos fines, las circunstancias particulares en que se vio inmersa la actora, en virtud de las cuales tomó créditos a tasas muy elevadas a causa del margen de endeudamiento creciente y de las dificultades

patrimoniales que afrontaba, no son oponibles a la demandada, en tanto no inciden en su propia posición personal, aspecto que constituye una de las pautas básicas para medir la reparación adeudada.

27) Que, por consiguiente, cabe prescindir de las tasas establecidas en los préstamos tomados por la actora conforme a sus registraciones contables, que –según informa el perito– en general “corresponden a operaciones realizadas por empresas de segunda línea y fuera del mercado bancario, en especial con mesas de dinero o en el mercado interempresario” (fs. 470 vta., respuesta a la 14a. pregunta).

Deben, en cambio, medirse las diferencias entre el ajuste efectivamente realizado y las tasas vigentes en el mercado, según las aplicadas por el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días, tomando la tasa regulada en los períodos en que haya regido en el mercado financiero, solución adecuada conforme a la naturaleza del ente contratante. Las diferencias así obtenidas, se incrementarán desde la fecha en que cada una de ellas haya sido determinada, con los intereses que cobró el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días, a tasa regulada, en los períodos en que haya sido de aplicación.

28) Que si bien la capitalización mensual constituye una práctica usual en el mercado, seguida aun en épocas en que rigieron altísimas tasas de interés, esta Corte ha sostenido en forma reiterada que tal método sólo constituye un arbitrio tendiente a obtener una ponderación objetiva de la realidad económica, pero ha advertido que cuando el resultado logrado se vuelve objetivamente injusto, debe ser dejado de lado, en tanto dicha realidad debe prevalecer sobre abstractas fórmulas matemáticas (*Fallos*: 315:2980).

29) Que, igualmente, ha dicho este Tribunal que la capitalización de intereses no puede ser admitida cuando su aplicación –máxime cuando se efectúa en forma permanente y por lapsos breves– lleva a una consecuencia patrimonial que equivale a un despojo del deudor, acrecentando su obligación hasta un límite que excede los límites de la moral y las buenas costumbres (D.451.XXVIII, “Delpech, Fernando Francisco c/ Heller, Juan Sebastián y otra”, fallada el 6 de julio de 1995; en el mismo sentido: S.166.XXIV, “Sequeiros, Eduardo Ricardo c/ Miranda, Héctor Alejandro y otro”, fallada el 14 de diciembre de 1993).

30) Que tal es lo que acontece en el *sub lite*, ya que la aplicación de las tasas de interés vigentes en el mercado durante lapsos muy superiores a los que corresponden a una operación financiera usual, lleva a una severa distorsión si se capitalizan mensualmente, a punto tal que su resultado final aparece absolutamente desvinculado de la magnitud de la operación originaria.

Cabe recordar que, en el caso, sólo se persigue la reparación del daño financiero causado por la falta de oportuna adecuación de los términos económicos de un contrato que se encuentra íntegramente cumplido, inclusive en lo que respecta a las actualizaciones debidas como consecuencia de la mora de la contratante, por lo que en modo alguno esa reparación podría traducirse en un equivalente dinerario totalmente alejado de las prestaciones convenidas por las partes.

Por ello, en el aspecto *sub examine*, serán admitidos los agravios de la demandada.

31) Que la eventual aplicación al caso de lo previsto en la Ley N° 24.283, planteada por la demandada en su presentación de fs. 843/849 vta., deberá ser propuesta en la oportunidad pertinente, ante los tribunales de la causa.

32) Que las consideraciones expuestas tornan inconducente el tratamiento de los restantes agravios formulados, ya que su suerte no habría de incidir en el sentido de la decisión adoptada.

Por ello, se confirma la sentencia recurrida en lo principal que decide, y se la modifica en lo relativo al monto de la condena, que deberá ser determinado de conformidad con lo establecido en los Considerandos 27 a 30 de la presente. Las costas se imponen, en esta instancia, en el orden causado, en orden al resultado del recurso y a las particularidades del caso. Notifíquese y devuélvase.

**Eduardo Moline O'Connor - Guillermo A. F. López.**



Disidencia del Señor Ministro doctor Don Antonio Boggiano.

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto admitió el daño financiero reclamado por la actora en relación al contrato suscripto con ENACE, por cuenta y orden de la Comisión Nacional de Energía Atómica, y la modificó respecto al modo de repotenciar el daño desde la cancelación de cada factura hasta su efectivo pago.

Contra tal pronunciamiento, la demandada interpuso el recurso ordinario de apelación, que fue concedido a fs. 616 y fundado a fs. 619/635.

2°) Que el recurso es formalmente procedente toda vez que se trata de una sentencia definitiva, recaída en una causa en que la Nación es parte, y el valor cuestionado actualizado a la fecha de la interposición de la apelación, supera el mínimo establecido en el Artículo 24, inciso 6°, del Secreto Ley N° 1.285/1958, modificado según la Ley N° 21.708 y Resolución N° 552/1989 de esta Corte.

3°) Que la actora sostuvo en su demanda que las características de la obra –encaminada a conformar la esfera de contención para la Central Nuclear Atucha– hicieron necesaria la incorporación de numerosos adicionales de alta complejidad técnica que alteraron los planes de obra y en sucesivas modificaciones, se fueron solucionando aspectos referentes a la forma de calcular mayores costos. Señaló que estos reconocimientos fueron tardíos y generaron un daño financiero de alta significación para la contratista el cual estaba representado por el costo del dinero que no se recibió y que hubo de obtenerse del propio giro comercial de la actora y luego de la plaza bancaria.

4°) Que, al admitir la demanda, el juez de primera instancia tuvo en cuenta que durante el contrato se firmaron cinco modificaciones reformulando la mecánica para calcular mayores costos, reconociendo en ellas la administración las reales condiciones de ejecución, así como los ajustes y correcciones que no fueron adecuadamente previsibles en origen.

Estimó que el convenio de una nueva mecánica de variaciones de costos sustituyendo a la originaria, así como para evaluar los numerosos adicionales incorporados a la obra, implicó que la demandada encontró acreditada la existencia de distorsiones de tal magnitud que desquiciaron la economía del contrato. Agregó que la misma comitente reconoció que este daño no se encontraba cubierto con las reformulaciones efectuadas al firmar la quinta modificación en la que pactó específicamente la reserva del daño financiero.

5°) Que, para admitir la pretensión, tuvo especialmente en cuenta el informe pericial del que surgía la pertinencia del reclamo y su cuantificación, representado por la diferencia entre el costo real del dinero cobrado en menos en cada oportunidad por el contratista y la actualización e intereses reconocidos en los términos de la Ley N° 21.392.

6°) Que el sentenciante sostuvo que en el Anexo 10 el perito capitalizaba en períodos de 30 días las diferencias no cobradas en su momento, desde la fecha en que hubieran debido pagarse y hasta la fecha en que fueron reconocidas, con su actualización e intereses en los términos de la Ley N° 21.392. Si bien se adicionaban cada 30 días los intereses a las diferencias no percibidas y se calculaban nuevos intereses sobre el resultado de la adición, incurriéndose así en una suerte de anatocismo, ésta era la forma en que, como era público y notorio, se procedía en el mercado financiero.

7°) Que, finalmente, en cuanto a la actualización y a los efectos de potenciar ese daño financiero hasta su efectivo pago, entendió que no obraban en autos elementos jurídicos ni suficiente análisis del tema que permitiera apartarse de la Ley N° 21.392, teniendo en cuenta que de su texto no surgían exclusiones.

8°) Que, al confirmar lo resuelto en la instancia anterior, el *a quo* sostuvo que no debía confundirse, como lo hacía la demandada, lo que por un lado constituía el reajuste del precio de la obra originalmente convenido, con los daños que ocasionó ese tardío reconocimiento. Agregó que la recomposición del contrato si bien contuvo un reconocimiento de los mayores costos, no incluyó el daño financiero que

soportó la actora con motivo de la aplicación de fórmulas de ajuste dejadas de lado retroactivamente –lo cual sí importó un reconocimiento de su falta de adecuación a la realidad económica del contrato– máxime si se tenía en cuenta que su reclamo en concepto de daño había sido expresamente reservado en la negociación.

9°) Que desestimó el agravio de la demandada referente a que se habría violado el principio de igualdad de los oferentes, pues entendió que las sucesivas renegociaciones del contrato que vinculaba a ambas partes importaron una modificación sustancial en los términos del convenio, de modo tal que ninguno de los oferentes se hallaba en situación equiparable a la actora.

10) Que, con relación al agravio dirigido a cuestionar el apartamiento de la Ley N° 21.392, el tribunal consideró que al renegociar el contrato las partes eligieron un procedimiento para restablecer el equilibrio de las prestaciones, que no pudo tener la virtualidad de impedir que para las situaciones no previstas en el convenio se apliquen procedimientos establecidos en disposiciones vigentes. La contratista se vio constreñida a causa de las demoras de la comitente en el pago de las cuotas, por imperio de las circunstancias propias del momento, a contraer obligaciones que no podían ser enjugadas en su real magnitud mediante la aplicación de dicho texto legal.

11) Que rechazó la tacha de arbitrariedad en cuanto a la apreciación de la prueba y la queja referente a que se trataba de una “suerte de anatocismo” en el modo de capitalizar los intereses pues, a su juicio, no se trataba en el caso de liquidar intereses sobre intereses, según la definición legal, sino tan sólo de establecer un método que permitiera alcanzar la reparación integral de los perjuicios sufridos a que tenía derecho la actora.

12) Que, finalmente, admitió la queja de la actora por entender que nada autorizaba a establecer topes temporales sin una explicación valedera que justificara la modificación que introducía el sentenciante; máxime si se admitió la insuficiencia de la recomposición que pudiera obtenerse a través del reajuste regulado por la Ley N° 21.392.

13) Que en su memorial la demandada se agravia –en lo sustancial– por cuanto el tribunal: a) otorga a las reservas un alcance que no tienen; b) se aparta del régimen legal, el cual no fue tachado de inconstitucional por la actora ni demostrada su irrepresentatividad; c) no se probó el daño aducido; d) resta importancia a que, de acuerdo con el informe pericial, la actora incluyó el daño financiero al ofertar violando así el principio de igualdad de los oferentes; e) realiza una tergiversada interpretación de las cláusulas de las sucesivas renegociaciones y formula una valoración arbitraria al no considerar la documental en su integridad; f) ambos magistrados ampararon el anatocismo, vulnerando así el Artículo 623 del Código Civil; g) admite el agravio de la demandada –en cuanto al modo de repotenciar el daño desde la cancelación de cada factura hasta el efectivo pago– violando el régimen de actualización de deudas previsto en la ley.

14) Que, de manera preliminar, cabe señalar que el tribunal no interpretó –como sostiene el recurrente– que la existencia de las reservas contenidas en las negociaciones implicó un reconocimiento del rubro reclamado sino que, de acuerdo a lo convenido por las partes, el daño financiero había sido expresamente excluido de la negociación y que, por otra parte –determinante para resolver la cuestión– la admisión de la demanda no resultaba de la interpretación otorgada a tales reservas sino de la prueba rendida en la causa, en especial el informe pericial, del que surgía de modo manifiesto el perjuicio sufrido por la actora.

15) Que no se encuentra en discusión que el contrato original sufrió cinco modificaciones, que como parte de esas modificaciones se varió la forma de calcular los mayores costos y que recién con la cuarta modificación se logró una fórmula para el reconocimiento de los mayores costos que incorporó un factor financiero desagregado. Lo que se discute en autos es si ese reconocimiento tardío originó un daño que la comitente deba reparar y que la actora alega está representado por la diferencia entre el costo real del dinero –dinero que la actora se habría visto obligada a obtener del crédito privado– y lo que recibió de la demandada con los accesorios de la Ley N° 21.392.

16) Que mientras la contratista sostiene que las sucesivas renegociaciones no cubrieron el daño financiero, no obstante haber sido aplicadas desde el origen de la relación contractual, en la medida en que hasta arribar a la última modificación las anteriores no resolvían adecuadamente la incidencia de los mayores costos, la demandada entiende que abonó a la contratista las sumas que en tales conceptos le adeudaba a la actora aplicando la actualización prevista en la Ley N° 21.392 con los intereses en ella estipulados.

17) Que toda vez que la indemnización de daños y perjuicios lleva implícita la realidad de los mismos, y que su determinación requiere la comprobación de tal extremo (*Fallos*: 273:269; 302:1339), corresponde determinar si en el caso la actora logró demostrar el daño aducido, la relación de causalidad entre el hecho y el daño y la prueba efectiva del perjuicio. Ello por cuanto, si bien cabe admitir en ciertas condiciones el reclamo de perjuicios financieros derivados de la mora del deudor, se requiere para ello su concreta demostración.

18) Que la demandada sostiene que no se ponderó lo informado en el dictamen pericial con relación a la inclusión del costo financiero en la oferta formulada por la actora al presentarse en la licitación. Cabe señalar al respecto que en la respuesta 3a del cuestionario formulado por la demandada (fs. 473), se aclaró que si bien el costo financiero formó parte del precio que la actora cotizó en la licitación, éste sólo cubría el lapso existente entre la efectiva realización de la inversión y “el tiempo de cobro definido contractualmente al que se obligaba la demandada”.

Por consiguiente, el agravio de la demandada no puede prosperar, ya que la previsión por ella invocada no se proyecta sobre los períodos que son objeto del reclamo.

Resulta evidente que, al haber sido modificado el contrato cinco veces, sus términos no pudieron contemplar la incidencia de un eventual costo financiero producido por las circunstancias sobrevivientes a su concertación.

19) Que, en lo relativo a la existencia del costo financiero originado en la tardía recomposición del contrato, cabe puntualizar que, según surge del informe pericial presentado en la causa, “hasta arribar a la última modificación contractual, las anteriores no resolvían adecuadamente la incidencia de los mayores costos” (respuesta 5a pregunta, *in fine*, fs. 469).

Dijo también el experto que el reconocimiento de la mora en que había incurrido la demandada no había compensado el costo del dinero (fs. 470/470 vta., pregunta 13).

Requerido el perito para que indicase si la diferencia reconocida más tarde por la demandada fue sufrida por la actora en demérito de su capital de trabajo o en la obtención de créditos, descuentos, u otro sistema adoptado por la actora, respondió que aunque le resultaba difícil “determinar, linealmente, los efectos que corresponden a determinadas causas”, la aplicación de las distintas fórmulas a un mismo valor base, arroja resultados diferentes. Concluyó el perito que: “de haberse aplicado la modificación N° 4 a la fórmula de mayores costos, en la oportunidad de la aplicación de la fórmula original, la actora hubiera contado con mayor capital de trabajo” (fs. 469/469 vta.).

20) Que de las actas de directorio y documentación contable surge que la falta de efectivo sufrida por la actora se cubrió parcialmente con capital de giro de la empresa, que después se recurrió a la plaza bancaria con esa finalidad y posteriormente a los préstamos obtenidos en la plaza extrabancaria (Anexo 5° del dictamen pericial contable).

21) Que, en orden a lo expuesto, se encuentra probado en la causa que la actora sufrió una merma en la disponibilidad de capital, atribuible al desequilibrio provocado por la falta de compensación de las diferencias reconocidas al reformularse el contrato. Para superar esas deficiencias de efectivo, aportó fondos propios o tomados en el mercado, a las diferentes tasas que regían en plaza, según la oportunidad y las condiciones en que tales fondos eran solicitados y los créditos concedidos.

22) Que con tales elementos de juicio ha quedado debidamente demostrado que la actora sufrió un daño, representado por los intereses que pagó para obtener el dinero que no recibió de su contratante, o que se vio privada de percibir por no disponer libremente de su capital de giro.

Resulta evidente que la privación de tales sumas como consecuencia del tardío reconocimiento de que le eran adeudadas, trajo como consecuencia el compromiso del capital propio de la demandante y –después– la necesidad de recurrir al endeudamiento, originándose de tal modo un perjuicio que –como se dijo– no pudo ser compensado por medio de la mecánica de reajuste prevista en la Ley N° 21.392.

23) Que en tal sentido la afectación del patrimonio comercial de la actora –en disponibilidades de capital o por la obtención de créditos en la plaza financiera– representa *per se* un daño susceptible de ser reparado, más allá de la prueba concreta de cada una de las operaciones concertadas para el aporte de fondos, ya que cada uno de los componentes de ese patrimonio se encuentra destinado al fin de lucro y la desviación de tal propósito ocasiona una pérdida que se traduce, en principio, en la falta de los réditos generados por el dinero de que se dispuso en beneficio ajeno.

24) Que es notorio que el deterioro patrimonial que sufrió la actora redundó en beneficio de la demandada en la medida en que aquélla afrontó un costo financiero que de otro modo hubiese afectado a la comitente. En tal sentido, resulta indudable que el patrimonio comercial de la demandante fue empleado útilmente en favor de la demandada, lo cual impone la reparación del empobrecimiento que ocasionó esa afectación (Artículos 2306 y 2309 del Código Civil).

25) Que desde esa perspectiva, el empleo del dinero de la actora se convirtió en utilidad de la demandada en cuanto evitó que ésta afectara su propio capital, o acudiera al mercado financiero para procurarse los fondos necesarios.

La medida de tal utilidad está, en consecuencia, determinada por el costo financiero que la comitente hubiera soportado en idénticas condiciones.

A esos fines, las circunstancias particulares en que se vio inmersa la actora, en virtud de las cuales tomó créditos a tasas muy elevadas a causa del margen de endeudamiento creciente y de las dificultades patrimoniales que afrontaba, no son oponibles a la demandada en tanto no inciden en su propia posición personal, aspecto que constituye una de las pautas básicas de la reparación adeudada.

26) Que por consiguiente cabe prescindir de las tasas establecidas en los préstamos tomados por la actora conforme a sus registraciones contables, que –según informa el perito– en general “corresponden a operaciones realizadas por empresas de segunda línea y fuera del mercado bancario, en especial con mesas de dinero o en el mercado interempresario” (fs. 470 vta., respuesta a la 14ª pregunta).

Deben, en cambio, medirse las diferencias entre el ajuste efectivamente realizado y las tasas vigentes en el mercado, según las aplicadas por el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a 30 días, tomando la tasa regulada en los períodos en que haya regido en el mercado financiero, solución adecuada conforme a la naturaleza del ente contratante. Las diferencias así obtenidas, se incrementarán desde la fecha en que cada una de ellas haya sido determinada, con los intereses que cobró el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a 30 días, a tasa regulada, en los períodos en que haya sido de aplicación.

27) Que si bien la capitalización mensual constituye una práctica usual en el mercado, seguida aun en épocas en que rigieron altísimas tasas de interés, esta Corte ha sostenido en forma reiterada que tal método sólo constituye un arbitrio tendiente a obtener una ponderación objetiva de la realidad económica, pero ha advertido que cuando el resultado logrado se vuelve objetivamente injusto, debe ser dejado de lado, en tanto dicha realidad debe prevalecer sobre abstractas fórmulas matemáticas (*Fallos*: 315:2980).

28) Que, igualmente, ha dicho este Tribunal que la capitalización permanente y en breves lapsos lleva a una consecuencia patrimonial equivalente a un despojo del deudor, cuya obligación no puede exceder el crédito actualizado –en el caso, de acuerdo a la Ley N° 21.392– con un interés que no trascienda los límites de la moral y las buenas costumbres (Artículos 953 y 1071 del Código Civil, cfr. *Fallos*: 315:2980, cit.).

29) Que tal es lo que acontece en el *sub lite*, ya que la aplicación de las tasas de interés en el mercado durante lapsos muy superiores a los que corresponden a una operación financiera usual sobre montos actualizados lleva a una severa distorsión si los intereses se capitalizan mensualmente, a punto tal que su resultado final aparece absolutamente desvinculado de la magnitud de la operación originaria.

Por ello, en el aspecto *sub examine*, serán admitidos los agravios de la demandada.

30) Que la eventual aplicación al caso de autos de la Ley N° 24.283, planteada por la demandada en su presentación de fs. 843/849 vta., deberá ser propuesta, en la oportunidad pertinente, ante los tribunales de la causa.

Por ello, se confirma la sentencia recurrida en lo principal que decide y se la modifica en lo relativo al monto de la condena, que deberá ser determinado de conformidad con lo establecido en los Considerandos 26 al 29. Las costas se imponen, en esta instancia, en el orden causado, en orden al resultado del recurso y a las particularidades del caso. Notifíquese y devuélvase.

**Antonio Boggiano.**



“*Criscuolo E. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*”

2º instancia

Buenos Aires, 25 de marzo de 1997

Considerando:

I. Como con acierto lo hace notar el Fiscal de Cámara en su dictamen de fs. 56/8, el escrito de fs. 48/9 ha sido presentado fuera del plazo previsto por el Artículo 15 de la Ley Nº 16.986, de suerte que, en ejercicio de las facultades que le son propias, como juez de la apelación, esta sala revisará la concesión de dicho recurso.

A los fundamentos de dicho dictamen adherimos y remitimos *brevatis causae*.

II. A mayor abundamiento y con el único objeto de dar satisfacción a un reclamo que, pese a ser tardío, pretende llamar a la reflexión a quienes suscriben este fallo, se puntualizarán las razones que, de todos modos, lo tornan improcedente.

La quejosa no ha controvertido un principio rector en la materia, que reiteradas veces ha sustentado las decisiones del Tribunal. Es que, descartada la arbitrariedad o ilegitimidad del acto estatal (en razón del carácter precario del premiso vencido), sólo queda aquello que hace a la oportunidad, mérito o conveniencia del obrar de la Comuna, cuya revisión no es posible por parte del Poder Judicial sin una paralela o irrenunciable afectación al principio de división de poderes del Estado, sobre el que se funda la organización institucional de la Nación, toda vez que ello importaría tanto como acceder a una indebida intromisión en esferas reservadas al poder administrador.

---

## **PERMISOS DE USO DE BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO**

### **Lo atinente a la discrecionalidad en su otorgamiento, renovación y/o revocación\***

#### **I. INTRODUCCIÓN**

La precedente sentencia de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil aborda la cuestión relativa al ejercicio de “facultades discrecionales” por parte de un órgano administrativo, en una acción de amparo promovida por una persona discapacitada en razón de que la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires se opuso a la “renovación” de un permiso de uso sobre un bien del dominio público, que se encontraba destinado a la “venta en la vía pública”, después de vencido el plazo de su otorgamiento.

En rigor de verdad, los argumentos vertidos por el Tribunal lo han sido *a mayor abundamiento* de aquél que hubiera bastado para desestimar la acción de amparo promovida, ya que la sola circunstancia de la “preclusión procesal” –en razón de la

\* “Permisos de uso de bienes del dominio público. Lo atinente a la discrecionalidad en su otorgamiento, renovación y/o revocación” (Comentario al fallo “Criscuolo E. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”), Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, dirigido por Agustín Gordillo, *La Ley*, 1998-D, p. 665.

Tales facultades fueron asignadas a los poderes políticos del Estado, por ser ellos los que poseen mayor profesionalidad y experiencia en el manejo y realización de los intereses públicos (cfr. CNCivil, esta Sala, R. Nº 116.105, del 07-09-1992; id. id. R. Nº 137.069, del 22-09-1993 y citas).

La caducidad del derecho, operada como consecuencia del vencimiento del plazo por el cual se otorgó la licencia, involucra directamente el ejercicio del poder de policía comunal, quien había actuado en consecuencia, en órbita que le marcan las respectivas reglamentaciones.

Repárese en que aún la prioridad consagrada por el Artículo 11 de la Ley Nº 22.431, que el actor ni siquiera ha invocado, importa de todos modos la concesión del uso de bienes del dominio público o privado del Estado nacional o municipal, de suerte que, también por esta vía, el alcance de dicha prerrogativa se encuentra supeditado al ejercicio del poder de policía, en la especie, municipal, quien determinará en cada caso si el permiso responde al interés público que se encuentra bajo su tutela (cfr. CNCivil, Sala E, *La Ley*, 1987-B, 237, y citas).

Por tanto sí, según relata el quejoso, el permiso le fue otorgado con carácter “precario”, aún ponderando la prioridad reconocida a favor de las personas discapacitadas, en los términos de la Ley Nº 22.431, Artículo 2º, su renovación siempre se encontrará sujeta a razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sin que ello otorgue al peticionario derecho a reclamo alguno (cfr. CNCivil, esta Sala, R. Nº 137.069, del 22-09-1993 ya cit.).

Baste sólo con acotar, a mayor abundamiento, que la alegada privación del derecho a trabajar o comerciar libremente de por sí no constituye sustento suficiente para descalificar el decisorio apelado; su relatividad deriva del principio según el cual aquél como las demás garantías constitucionales están sujetas a las leyes

extemporaneidad del recurso de apelación deducido por el actor contra la sentencia de primera instancia— se cita como suficiente para ello, circunstancias, ambas, que el propio Tribunal se encarga de resaltar.

En efecto, de la propia sentencia surge que el criterio expuesto se apoya en la *doctrina de los precedentes* del propio Tribunal, por lo que puede asumirse que la argumentación tiene fuerza para el futuro<sup>1</sup> y de allí el interés que despierta.

De otro lado, el criterio que se exterioriza en el fallo se refleja en pronunciamientos recientes de otras Salas del mismo Tribunal dictados en causas semejantes, con lo cual la cuestión de la existencia de facultades discrecionales de la Administración pública y su *debido* control judicial en lo relativo —cuando menos— al otorgamiento de permisos, concesiones o licencias, es un aspecto del derecho administrativo que no parece agotarse<sup>2</sup>.

Es cierto que, en muchas ocasiones, bajo la apariencia de meros “permisos” se ocultan verdaderas “concesiones de uso” de bienes del dominio público, pero por las características del aquí examinado no parece ser ese el caso de autos.

<sup>1</sup> Acerca de la diferenciación de los conceptos de *holding* y *obiter dictum* entre los argumentos de una sentencia, nos remitimos al trabajo de Bianchi, Alberto B., “¿Ha llegado la Corte Suprema al final de su lucha por una jurisdicción discrecional? (Perspectivas actuales y futuras del Recurso Extraordinario)”; *El Derecho*, 22-05-1997 y a la obra de Cayuso, S.; Miller, J. M.; Gelli, M.A., “*Constitución y Poder Político*”, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 15, nota 6.

<sup>2</sup> La sentencia recaída en la causa “Figuerero, E. c/ Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo”; CNCiv. Sala C, 29-05-1997 (*La Ley*, 1998-B, 137). De manera semejante, puede verse del mismo Tribunal, por su Sala F, la sentencia de fecha 01-04-1997 recaída en la causa “Seery, Daniel J. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ cumplimiento de contrato” (*La Ley*, 1997-F, 4).



que reglamenten su ejercicio (cfr. Artículo 14, citado por la recurrente), por lo que este aspecto de la queja tampoco será acogido (cfr. CNCivil, esta Sala, R. N° 116.105, del 07-09-1992, ya citado).

Finalmente, es preciso remarcar que el actor tampoco demostró las agresiones de que supuestamente ha sido víctima por parte de la autoridad policial y/o municipal, con el objeto de desplazarlo de los lugares en los que solía ejercer, sin autorización, el comercio callejero.

En este contexto, inútil hubiera sido la convocatoria del quejoso a una audiencia que tuviera por objeto “conocerlo y comprobar su estado” para, luego de condolerse de su situación, denegarle el pedido impetrado. Esta actitud dista bastante del servicio asistencial que, en rigor de verdad, sería la verdadera respuesta a sus emergencias y, por cierto, escapa a las potestades propias de este Tribunal. Al margen, claro está, de ulteriores concesiones y/o permisos comunales que la demandada pudiera otorgarle eventualmente, en el marco de las facultades analizadas *supra* y que, obviamente, resultan ajenas a la presente litis.

Los mismos argumentos sirven para desoír el agravio relativo a las costas, sin perjuicio de hacer notar al recurrente que al resultar objetivamente perdidoso y no encontrarse tutelado por beneficio de litigar sin gastos –que no ha requerido oportunamente–, sólo cuadra estar a lo dispuesto por el Artículo 68, párrafo 1°, del Código Procesal.

En atención a los fundamentos vertidos precedentemente, de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal de Cámara, se resuelve: declarar inadmisibles los recursos de apelación interpuestos a fs. 48/9, y firme el decisorio de fs. 47/vta. Sin costas de alzada, por no haber mediado sustanciación del recurso.

**Jorge Escuti Pozarro - Ana M. Luaces - Hugo Molteni.**

---

De cualquier manera, desde la perspectiva de la utilización de los denominados “poderes o facultades discrecionales” por parte de la Administración pública, las consideraciones que se lleven a cabo en orden al otorgamiento, renovación o revocación de un “permiso de uso” bien podrían resultar aplicables a una “concesión de uso” sobre bienes del dominio público, desde que en unas u otras las decisiones de la Administración pública deben cumplir “siempre” con el requisito esencial de la debida fundamentación, bajo pena de ser legítimas (arg. Arts. 14, 17, 18 y 28, Constitución Nacional; 7° o incs. B), e) y f); 14 inc. B), Ley N° 19.549 –ADLA, XXXIX-C, 1339–)<sup>3</sup>.

## II. EL CASO

Del relato de los hechos que lleva a cabo la sentencia surge que el actor, una persona discapacitada, que no invocó en su favor los beneficios que otorga el “Sistema de protección integral de las personas discapacitadas” instituido por la Ley N° 22.431 (en especial su Artículo 11 –ADLA, XLI-A, 230–) y que fuera modificada por su similar N° 24.308<sup>4</sup> gozaba de un “permiso precario” sobre un bien del dominio público municipal para ejercer un comercio en la vía pública.

Dicho permiso, no obstante su carácter precario, estaba “originalmente” sujeto a un plazo. El mismo se encontraba vencido y, en consecuencia de ello, la comuna demandada, previo declararlo extinguido, procedió al desalojo del espacio público

<sup>3</sup> Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Permiso Especial de Uso de Bienes del Dominio Público*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 41 y sigs.

<sup>4</sup> *Boletín Oficial* del 18-01-1994 (ADLA, LIV-A, 88).

cuyo uso especial había otorgado al actor. Frente a esto último se alzó el demandante, que consideró agraviados sus derechos a trabajar y comerciar libremente.

### III. SÍNTESIS DE LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO

Las razones que la sentencia brinda (*a mayor abundamiento*) para desestimar la “acción de amparo” promovida pueden ubicarse en su Considerando II y podrían sintetizarse del siguiente modo:

a) el carácter *precario* del permiso vencido permite descartar la *arbitrariedad o ilegitimidad del acto estatal*;

b) siendo ello así, sólo quedaría aquello que hace a la “*oportunidad, mérito o conveniencia*” del obrar administrativo;

c) como consecuencia de lo anterior, la *revisión* del ejercicio de tales facultades no es posible sin una afectación al principio de división de poderes del Estado, por implicar una “[...] indebida intromisión en esferas reservadas al poder administrador [...]”;

d) que la atribución de tales facultades a los poderes políticos se justifica por “[...] ser ellos los que poseen mayor profesionalidad y experiencia en el manejo y realización de los intereses públicos”<sup>5</sup>;

e) que “[...] la caducidad del derecho por el que se otorgó la licencia” (*sic*), involucra el ejercicio del “poder de policía” comunal; y

f) que aun cuando se invocara la “prioridad” que el referido Artículo 11 de la Ley N° 22.431 consagra, por encontrarse inmiscuidos bienes del dominio estatal (público o privado) se encuentra supeditada al ejercicio del poder de policía municipal, [...] quien determinará en cada caso si el permiso responde al interés público que se encuentra bajo su tutela”;

g) por todo ello, encontrándose *vencido* el permiso de uso que le fue otorgado con carácter *precario*, aun ponderando la mentada prioridad para las personas discapacitadas, su renovación estará sujeta a razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sin que ello otorgue al peticionario derecho a reclamo alguno.

### IV. EL OBJETO DE ESTUDIO. LA CUESTIÓN DE LA “DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA” EN EL OTORGAMIENTO DE “PERMISOS” DE USO Y SU REVISIBILIDAD JUDICIAL

Debe señalarse, en primer lugar, y siguiendo en ello al Prof. Español Luciano Parejo Alfonso, que en rigor de verdad, “[...] la expresión ‘*poder discrecional*’ es redundante, por cuanto el adjetivo duplica el sustantivo al que pretende calificar

<sup>5</sup> Análogo criterio fue empleado por la misma Sala A en la causa “Expreso Cofa S.R.L. c/ Municipalidad de Buenos Aires - Subsecretaría de Inspección General” del 07-09-1992, *La Ley*, 1993-D, p. 426.

(pues el poder discrecional tiende, por definición, a ser nudo poder, a no reconocer límites); y la evolución del derecho público, más concretamente del administrativo, se define por una situación inicial de exención del poder discrecional de todo control y una progresión ulterior en el desarrollo de éste, es decir, de la limitación (excepcionando la exención) de aquél [...]”<sup>6</sup>.

Es así que modernamente se acepta, sin mayores disensos, que la discrecionalidad administrativa importa para la Administración pública la posibilidad de adoptar de entre dos o más soluciones válidas e igualmente justas, aquélla que satisfaga en “mayor” medida en el caso “singular” y “concreto” la finalidad de interés público que la norma atributiva de competencia ha tenido en vista al asignarla (arg. Art. 7° inc. F) Ley N° 19.549)<sup>7</sup>.

Es que como cita Gordillo, “[...] las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el particular debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es lo que el órgano debe hacer en el caso. Serán discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una y otra manera”<sup>8</sup>.

Tal como se ha ocupado de decirlo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ocasiones, es el propio ordenamiento jurídico el que define la actuación administrativa en todos sus aspectos (poderes reglados o de aplicación legal automática); en otras, autoriza –en el caso concreto– “[...] para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional)”<sup>9</sup>.

Sin perjuicio de advertir que un pormenorizado examen de los denominados “poderes discrecionales” excede en mucho el objetivo del presente comentario, no quisimos dejar de señalar ciertas circunstancias que en ese aspecto el fallo aborda,

<sup>6</sup> Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 25.

<sup>7</sup> Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, p. 90; García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1983, p. 48.

<sup>8</sup> Cfr. Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, Parte General, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997, 4ª edición, p. X-15.

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia recaída en la causa “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos” fallado el 23-06-1992 (*Fallos*: 315:1361 –*La Ley*, 1992-E, p. 101–), donde el Alto Tribunal tuvo ocasión de dejar establecido que la estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos sólo puede resultar consecuencia de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la Administración con ese carácter, presentándose así en toda ocasión como libertad de apreciación legal, jamás extralegal o autónoma (cfr. Considerando 6° del voto mayoritario).

pues con sustento en ellas los Jueces se han negado al control jurisdiccional sobre dicho ámbito de actuación estatal. Ello así, pues utilizando el argumento de la división de poderes los Jueces se muestran renuentes, por lo general, a examinar las cuestiones atinentes al mérito, oportunidad o conveniencia tenidas en cuenta para el dictado de un acto o decisión administrativa, aun frente a lo dispuesto por el Artículo 116 de la Constitución Nacional, que difiere al conocimiento de los Jueces, la decisión sobre todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución.

No obstante, comencemos por decir que la naturaleza de las cuestiones que están involucradas, frente a una petición de un particular orientada a obtener de una Administración pública el otorgamiento de un “permiso de uso” sobre un bien del dominio público, resultaría necesaria –al menos en principio– una *decisión expresa* de la autoridad competente, no siendo concebible en este aspecto –salvo norma expresa en contrario– que por vía del *silencio administrativo* se configure una prerrogativa o privilegio administrativo en cabeza de un particular. Ello así, pues al encontrarse particularmente presente el *interés público*, es menester el asentamiento expreso y suficientemente motivado del órgano administrativo competente<sup>10</sup>.

Tal es el principio que la regla legal aplicable con carácter general establece, tanto en el orden nacional como en el de la demandada (Artículo 10, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549)<sup>11</sup>, en tanto no exista una disposición en contrario.

Como ejemplos de “silencio positivo”, en materia de concesiones y permisos pueden citarse los casos del recordado Decreto N° 1.842/1987 de “desmonopolización de servicios públicos” (*ADLA*, XLVII-D, 4297) y, más recientemente, el Decreto N° 1.470/1997 (publicado en el *Boletín Oficial* del 06-01-1998 –*ADLA*, LVIII-A, 135–) que con sustento en la facultad conferida por el Artículo 99 inciso 2° o de la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo Nacional dictó para regular el otorgamiento de “permisos” para la prestación de servicios no regulares de transporte aéreo, comúnmente denominados “*charters*” (cfr. su Artículo 4°)<sup>12</sup>.

Diferente podría ser la solución si la actividad fuera de aquellas que se consideran sometidas a una *autorización* de la autoridad administrativa, en donde sí el silen-

<sup>10</sup> Así lo sostuvimos en nuestro trabajo *La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos*, Buenos Aires, Ábaco, Buenos Aires, 1992, especialmente p. 2.

<sup>11</sup> Cabe referir que la indicada Ley N° 19.549 era aplicable a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por virtud de lo dispuesto en la Ley N° 20.261 y ahora a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en razón de lo establecido por el Artículo 5° de la Ley N° 24.588 (*ADLA*, XXXIX-C, 2339; XXXIII-B, 1381; LV-E, 5921).

<sup>12</sup> Para un detenido estudio del “silencio administrativo” y los remedios que el ordenamiento jurídico proporciona al administrado contra la “morosidad administrativa” ver Creo Bay, Horacio D., *Amparo por mora de la Administración*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

cio positivo bien podría ser la regla, ya que en tal supuesto la actividad a ser desarrollada resulta ser propia de la esfera de los derechos del particular<sup>13</sup>.

Ahora bien, la sentencia que comentamos se enrola manifiestamente en el criterio según el cual la decisión de otorgar un “permiso de uso” pertenece al ámbito de la actividad discrecional de la Administración pública, motivo por el cual –añadimos nosotros– no se encuentra “obligada” a otorgarlos. Por el contrario, está facultada para apreciar si el permiso que se solicita se adecua o no al interés público, apreciación ésta que, según ya tenía resuelto la jurisprudencia, es en principio ajena a la provisión judicial<sup>14</sup>.

En sentido análogo se expiden destacados autores, sosteniendo que todo permiso de ocupación del dominio público lleva implícita la condición de ser en todo momento compatible con el *interés público* y, por consiguiente, *revocable* por la Administración pública, sin recurso alguno por parte del beneficiario. En principio, el permiso es una *tolerancia* que la Administración pública admite en interés del usuario, en ejercicio de sus poderes de policía del dominio público<sup>15</sup>.

En igual sentido, señala Marienhoff que el hecho mismo de la revocación del permiso por principio general y sin necesidad de cláusula expresa que así lo establezca, no entrañe indemnización, demuestra que no se trata de un derecho subjetivo, ya que sería inconcebible el sacrificio de un derecho sin el correlativo resarcimiento del menoscabo sufrido, pues, como también señala, la facultad o atribución emergente del permiso no constituye un derecho subjetivo ni una *propiedad* en el sentido constitucional-legal<sup>16</sup>. En análogo orden de razonamiento puede verse la opinión de Bielsa<sup>17</sup>.

Como correlato de lo anterior, señala el propio Marienhoff que no es necesaria la “reserva de revocación” a efectos de hacerla posible en cualquier momento, ni aún frente al precepto contenido en el Artículo 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549<sup>18</sup>. En cambio, Grecco y Muñoz opinan que frente a tal disposición, la mentada “reserva de revocación” opera como una cláusula excluyente de todo deber de reparación<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Para el examen acerca de las diferencias existentes entre “permisos”, “autorizaciones”, “concesiones” y “licencias” nos remitimos a los completos trabajos de los doctores Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa...*, *op. cit.* y de Grecco, Carlos M. y Muñoz, Guillermo A., *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1992, especialmente lo que se dice en p. 83 y sigs.

<sup>14</sup> Cfr. CNCiv., Sala F, 12-03-1985, “Fernández Alberto c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, *La Ley*, 1985-D, p. 82.

<sup>15</sup> Cfr. Villegas Bassavilbaso, R. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, Buenos Aires, 1952, p. 218.

<sup>16</sup> Cfr. Marienhoff, *Permiso Especial...*; *op. cit.*, p. 51.

<sup>17</sup> Cfr. Bielsa, Rafael, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, 1964, p. 505 y sigs.

<sup>18</sup> Cfr. Marienhoff, *op. cit.*, p. 48.

<sup>19</sup> Cfr. Grecco y Muñoz, *op. cit.*, p. 44.

De lo que venimos diciendo puede concluirse que el otorgamiento de un permiso de uso sobre los bienes del dominio público o privado del Estado, se encuentra íntimamente ligado al contenido de interés público de la actividad a ser desplegada por el peticionante, no bastando un simple interés administrativo en el emprendimiento sometido a su aprobación y que en razón de esa circunstancia su compatibilidad con dicho interés público, valorado objetivamente, debe ser constante.

Ahora bien, lo dicho no empece –como bien recuerda la sentencia en comentario– a que el acto de “revocación” de un permiso de uso no deba estar suficientemente motivado, quedando excluidas en este orden de ideas las decisiones arbitrarias o simplemente potestativas<sup>20</sup>.

En efecto, así como su otorgamiento debió obedecer a una expresa razón de interés general, su eventual incompatibilidad ulterior debe ser materia de concreta explicitación al tiempo en que se decida su “revocación”. La simple alegación de tal incompatibilidad no resulta suficiente para fundar el acto extintivo. Acto discrecional no es sinónimo de acto no fundado, ni mucho menos de acto arbitrario, y lo sería si no exteriorizara las razones de su dictado y su compatibilidad con el interés general.

De otra parte, la existencia de un margen de arbitrario para escoger una de entre varias soluciones igualmente justas (poder discrecional) no implica de manera alguna que a los Jueces les esté vedado el control de la efectiva verificación de las circunstancias que motivan el dictado del acto administrativo, máxime frente a una disposición como la del Artículo 7° de la Ley N° 19.549, que establece los requisitos esenciales del acto administrativo y de entre los cuales la “motivación” es la expresión concreta, la especificación en el caso, del elemento “causa” (antecedentes de hecho y de derecho) y que en ningún supuesto la ley admite que se persiga una “finalidad” (pública o privada) diferente de aquella que se tuvo en mira al tiempo de atribuir la competencia para obrar<sup>21</sup>.

No puede dejar de señalarse, como lo ha resuelto la jurisprudencia del Fuero Contencioso Administrativo Federal, que para que los Jueces puedan ejercer acabadamente su rol de garantes de la vigencia de la Constitución Nacional, cuando se invocan facultades discrecionales los órganos administrativos deben satisfacer con mayor razón aún que en los actos predominantemente reglados, el imperativo de una motivación suficiente y adecuada de sus decisiones y que el obrar de la Administración pública en ejercicio de facultades discrecionales de manera alguna justifica una conducta arbitraria. Es precisamente la razonabilidad con que se ejerzan tales atribu-

<sup>20</sup> Cfr. Marienhoff, *op. cit.*, p. 43.

<sup>21</sup> Cfr. entre muchos otros pronunciamientos los siguientes: CSJN “Marra de Melincoff, Alicia L. c/ Universidad de Buenos Aires”, *La Ley*, 1984-D, p. 429; CNEspecial Civil y Com., Sala IV, 21-06-1983, “Subterráneos de Buenos Aires, Sociedad del Estado c/ Fusetti de Turro, Noemí S.”, *El Derecho*, 105-574; CFed. Rosario, Sala B, 06-10-1983, “Lapagessi, Ignacio F. c/ Universidad Nacional de Rosario”, *La Ley*, 1984-A, p. 15.

ciones lo que otorga validez a los actos estatales y obliga a los Jueces, ante planteos concretos de la parte afectada, a verificar el cumplimiento de tal exigencia<sup>22</sup>.

De manera semejante ha tenido ocasión de expedirse la Corte Suprema de Justicia de la Nación, diciendo: “[...] la circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede aquí constituir un justificativo de su conducta arbitraria; puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los Jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia”<sup>23</sup>.

De otra parte, y como cita Bidart Campos, si bien los Jueces no pueden indagar si una medida es acertada, útil, conveniente o equitativa, otra cosa bien distinta “[...] es que si para saber su hay proporción razonable entre una medida y una finalidad, no basta examinar si la elegida es conducente a ese fin, porque resulta indispensable añadir que, entre varias medidas igualmente idóneas, no se haya optado por la que resulta más gravosa para los derechos”<sup>24</sup>.

Para finalizar, y en orden al referido requisito de la “razonabilidad”, deben citarse las elocuentes palabras del Prof. Linares, pues no puede en modo alguno perderse de vista que “[...] si la Constitución dispone que las normas jurídicas que se dicten en aplicación directa de aquélla deben ser razonables, dispone también que las que se dicten en aplicación de leyes razonables deben ser razonables, La Constitución impone que todas las normas sub-constitucionales deben ser razonables”<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. “Hughes Toll Company S.A. c/ Gobierno Nacional (Ministerio de Economía)”, CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala III, 17-09-1984; *La Ley*, 1984-D, p. 360 y sigs.

<sup>23</sup> Cfr. causa “Industria Maderera Lanin S.R.L. c/ Estado nacional y/o Ministerio de Agricultura y Ganadería y/o Dir. Gral. Parques Nacionales s/ daños y perjuicios”; del 30-06-1977; *Fallos*: 298:223 (*La Ley*, 1978-C, p. 676); Considerando 10. Dijo también allí (Considerando 5º), en lo que aquí interesa, que ante la falta de acuerdo explícito entre el particular y la Administración, ni acto administrativo encaminado a concretar el trámite no había concesión “[...] toda vez que, como lo ha dicho la Corte, nada debe tenerse por concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara (*Fallos*: 149:218)”. Igualmente, en la causa “Robles S.A. Vicente c/ Estado Nacional - Servicio de Parques Nacionales” del 30-03-1992 (*La Ley*, 1993-E, 402) resolvió: “[...] La adjudicación que no respeta estrictamente lo establecido en las cláusulas contractuales está viciada de ilegitimidad y nada debe tenerse por concedido, sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda fatal para el derecho del concesionario”.

<sup>24</sup> Cfr. Bidart Campos, Germán J., “Juzgar la constitucionalidad de una medida no es juzgar su conveniencia”, *La Ley*, 1997-C, p. 683, anotando el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Irizar, José M. c/ Pcia. De Misiones” del 12-09-1996 (*La Ley*, 1997-C, p. 684).

<sup>25</sup> Linares, Juan Francisco, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1958, p. 165.

## V. COLOFÓN

En el particular caso de la sentencia en comentario, como en todas las situaciones en las que el derecho administrativo se encuentra presente, dos aspectos esenciales de la vida humana se han visto enfrentados: la protección de los derechos que la Constitución Nacional preceptivamente recepta y cuyo ejercicio garantiza, y las atribuciones de poder que enmarcan y justifican la actuación estatal. La sentencia recuerda con acierto, aunque no deje de ser obvio, que ninguno de esos derechos es absoluto, ya que su ejercicio se encuentra limitado por las leyes que reglamentan su ejercicio.

Ello es así aun en la especial situación del actor, presuntamente amparado por la “prioridad” que en su favor le reconocería el Artículo 11 de la citada Ley N° 22.4361, aun cuando no la hubiera invocado en su favor.

Esto es lo verdaderamente destacable del decisorio, la circunstancia de ratificar –si es que resultaba necesario– que nadie se encuentra por encima de la ley, ni –agregamos nosotros– del sistema de valores que aquélla intenta garantizar. Bien entendido –claro está– que la proporcionalidad entre fines y medios está sometida al debido control judicial.



*E. 441. XXXVIII. “El Rincón de los Artistas c/ Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario”.*

Buenos Aires, 30 de septiembre de 2003

Vistos los autos: “El Rincón de los Artistas c/ Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario”.

Considerando:

1) Que la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, por su Sala I, confirmó, con costas, la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda entablada por El Rincón de los Artistas SRL contra el Hospital Nacional Posadas y admitido la acción de lesividad incoada por este último contra la empresa mencionada, declarando la nulidad de las Resoluciones Nros. 1.377/1991 y 161/1992, ambas del Director interino del hospital (fs. 712/717).

Contra ese pronunciamiento, El Rincón de los Artistas SRL interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 722/725), que fue concedido a fs. 726. El memorial obra a fs. 765/781 y su contestación, a fs. 787/792.

2) Que el recurso ordinario es formalmente admisible toda vez que han sido deducidos contra una sentencia definitiva, recaída en una causa en que la Nación es parte, y el valor cuestionado supera el mínimo establecido por el Artículo 24, inciso 6° del Decreto Ley N° 1.285/1958 y sus modificaciones, y la Resolución de esta Corte N° 1.360/1991.

3) Que el Director interino del Hospital Posadas aprobó la Licitación Pública N° 150/1989, realizada con el objeto de contratar el servicio de comedor y cafetería del hospital, así como la adjudicación por un año a favor de El Rincón de los Artistas SRL a cambio del pago de un canon (fs. 7/8).

---

## **EL PERFECCIONAMIENTO DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO LA RESULTANTE DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL Y EL CONOCIMIENTO POR EL INTERESADO DEL VICIO QUE AFECTA SU CELEBRACIÓN, EN UN FALLO DE LA CORTE SUPREMA\***

### **I. BREVE RESEÑA DEL CASO**

El Director interino del Hospital Profesor Alejandro Posadas llamó a una licitación pública con el objeto de celebrar un contrato para el otorgamiento de la concesión del servicio de comedor y cafetería del hospital por un plazo de quince años, prorrogable por cinco años más, mediante el otorgamiento de un derecho real de anticresis que de ese modo posibilitaría la construcción del local donde el servicio habría de prestarse, local que una vez concluido el contrato quedaría de propiedad del hospital. La licitación pública se llevó a cabo y se adjudicó el contrato al actor, no habiéndose perfeccionado el derecho real de anticresis sobre el inmueble a favor del contratista. El servicio ya se venía prestando por el propio actor en virtud de un

\* “El perfeccionamiento de un contrato administrativo como la resultante del procedimiento administrativo contractual y el conocimiento por el interesado del vicio que afecta su celebración, en un fallo de la Corte Suprema” (Comentario al fallo de la Corte Suprema “El Rincón de los Artistas SRL c/ Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas s/ Ordinario”), *La Ley*, 2004-C, p. 645. Reproducido en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 311:105.

Años más tarde, llamó a nueva Licitación Pública N° 28/1992 para la concesión del mismo servicio por medio del “sistema de anticresis”. De acuerdo a lo establecido en el pliego de condiciones generales, el adjudicatario debía ejecutar la construcción de un local para aquel objeto que quedaría “a favor” del hospital una vez concluido el contrato (fs. 8 Expediente Administrativo N° 2020-0177001516/93-8 y manifestaciones del recurrente a fs. 778 vta./779).

A raíz de este llamado, el contrato inicial fue prorrogado por Resolución N° 1.377/1991, del mismo funcionario, en cuya motivación se expresó que la finalidad de la prórroga consistía en que se continuara prestando el servicio en el tiempo que transcurriría entre el llamado a Licitación N° 28/1992 y la finalización de la obra que debía ejecutar el adjudicatario de aquella (fs. 9 de esta causa y 32 del Expediente Administrativo N° 2020-0177001671/93-3).

Posteriormente, la Licitación N° 28/1992 fue aprobada juntamente con la adjudicación a favor de la actora por 15 años a partir de la firma del contrato respectivo, prorrogable por cinco años más (Resolución N° 161/1992 del Director interino del hospital, fs. 10/11 de esta causa y 119/120 del Expediente Administrativo N° 2020-0177001516/93-8).

4) Que, ante la demora en firmar el contrato respectivo, el 21 de julio de 1993 la actora envió a la demandada una carta documento en la que la intimaba para que en cinco días hábiles procediera a proponer escribano “a los fines de la constitución del derecho real de anticresis” conforme Licitación Pública N° 28/1992 cuyos términos fueron rechazados por el hospital (fs. 59/60 del Expediente Administrativo N° 2020-0177001671/93- 3).

---

contrato cuyo plazo de ejecución original había sido prorrogado a fin de evitar la interrupción del servicio, mientras la obra se ejecutaba.

Posteriormente, el interventor del hospital, siguiendo la opinión del servicio jurídico de asesoramiento permanente del Ministerio de Salud y Acción Social (que dictaminó acerca de la nulidad de los actos administrativos involucrados y aconsejó la promoción de una demanda tendiente a que se declarara judicialmente su nulidad) dejó sin efecto la anterior licitación pública, intimó a la empresa a que restituyera el local y autorizó un nuevo llamado a licitación pública. Contra estas decisiones, la empresa interpuso sendos recursos administrativos que fueron desestimados, y promovió luego una demanda tendiente a que se declarase la nulidad del acto administrativo del interventor que había dejado sin efecto el anterior llamado a licitación pública y la adjudicación que lo favoreció.

Más tarde, el hospital interpuso la acción judicial tendiente a que se declare la nulidad de la resolución del llamado a licitación pública y de la que aprobó el contrato celebrado con el actor. Luego de entablada la acción judicial de lesividad, el interventor dictó un acto administrativo por el cual declaró la nulidad absoluta de las resoluciones cuya nulidad se encontraba ya demandando judicialmente.

Aquí me detengo un momento en el relato, pues opino que la secuencia de estas decisiones del interventor debió ser exactamente inversa. En efecto, si se consideraba que los actos adolecían de vicios graves que los tornaban actos irregulares en los términos de la Ley N° 19.549, hubiera correspondido que primero se *declarase* administrativamente la *lesividad* de los actos administrativos, pues eran portadores de vicios graves que los convertían en actos insanablemente nulos (es decir, en irregula-

5) Que, en ese estado de cosas, el 5 de octubre de 1993 la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud y Acción Social emitió un dictamen en el que enumeró diversas irregularidades en la Licitación N° 28/1992 y, en consecuencia, sugirió a la intervención en el hospital que realizara un nuevo acto licitatorio para la concesión del comedor y la cafetería. Con respecto a la Resolución N° 1.377/1991, el órgano de asesoramiento jurídico opinó que correspondía ejercer la acción de lesividad (cfr. Artículo 17 de la Ley N° 19.549) (fs. 66/69 del Expediente Administrativo N° 2020-0177001671/93-3).

6) Que posteriormente, el interventor en el hospital dictó la Resolución N° 101/1994, por la que dejó sin efecto la Licitación Pública N° 28/92, conforme a lo dispuesto en el inciso 77 del Decreto N° 5.720/1972, intimó a la ex concesionaria para que en 60 días desocupara el local, de acuerdo a lo estipulado en la Cláusula 9° del contrato suscripto entre las partes el 17 de noviembre de 1989 y autorizó a efectuar un nuevo llamado a licitación pública para la concesión del servicio de comedor y cafetería (fs. 14/15 de esta causa y 72/73 del Expediente Administrativo N° 2020-0177001671/93-3). Contra esa decisión, la actora interpuso recurso de reconsideración (fs. 22/32), que fue rechazado (fs. 33/34), al igual que el recurso jerárquico implícito en el anterior (Resolución N° 218/1995 del Ministro de Salud y Acción Social, fs. 157/159).

7) Que El Rincón de los Artistas SRL inició demanda contra el Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas a fin de que se declarara la nulidad de la Resolución N° 101/1994 y, en consecuencia, se mantuviera vigente la Licitación Pública N° 28/1992 en la que había resultado adjudicataria, así como para que se dejara sin efecto la intimación a desalojar el local en el que desarrollaba sus actividades y la

---

res) respetando y asegurando el ejercicio del derecho de defensa del administrado<sup>1</sup> (adjudicatario en este caso) y luego ordenar y promover la acción judicial de nulidad en el supuesto de que hubiese correspondido así proceder, confrontando la situación de hecho en la que se encontraban los actos declarados nulos con los diferentes supuestos previstos en el Artículo 17 de la Ley N° 19.549. Esto, toda vez que tal declaración administrativa de nulidad configura también el sustento de la acción judicial que debe ser promovida<sup>2</sup>. Más adelante volveremos sobre este aspecto.

La sentencia de la Sala I de la Cámara Federal de San Martín –confirmando la de Primera Instancia– declaró la nulidad del acto administrativo que dispuso la convocatoria a la licitación pública y de todos los actos que fueron su consecuencia, en virtud de la incompetencia del funcionario que aprobó la convocatoria para disponer la constitución del gravamen real sobre el bien inmueble.

La decisión llega al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud del recurso ordinario de apelación interpuesto por la actora (Artículo 24, inciso 6° del Decreto Ley N° 1.285/1958 y disposiciones modificatorias y concordantes).

El argumento medular de la decisión de la Cámara de Apelaciones que el Alto Tribunal confirma lo configura la circunstancia de que el Director interino del hospital no tenía competencia para celebrar el acto de disposición de los bienes que le

<sup>1</sup> Comadira, Julio Rodolfo (Laura Monti - Colaboradora), *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 370-371, con cita de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación colectada en *Fallos*: 319:2783.

<sup>2</sup> Comadira, Julio Rodolfo (Laura Monti - Colaboradora), *op. cit.*, p. 344.

autorización para el llamado a nueva licitación (fs. 130/149). Más tarde, amplió demanda impugnando la desestimación del recurso jerárquico (fs. 163/164, Expediente N° 35.485).

Por su parte, el Hospital Posadas interpuso acción de lesividad a fin de obtener la declaración de nulidad de las Resoluciones N° 1.377/91 y 161/92 (Expediente N° 51.200).

8) Que el 19 de enero de 1995 –una vez entablada la demanda por la empresa– el interventor en el hospital dictó la Resolución N° 74/1995 por la que declaró la nulidad absoluta de las Resoluciones N° 1.377/1991 y 161/1992, conforme al Artículo 17 de la Ley N° 19.549. Fundó su decisión en que el llamado a Licitación Pública N° 28/1992 estaba afectado de nulidad absoluta, que no había sido perfeccionado el contrato correspondiente y que al quedar sin efecto la licitación referida la Resolución N° 1.377/1991 –por la que se había prorrogado el contrato inicial hasta que finalizara la obra mencionada en la citada licitación– quedaba sin causa, motivación y finalidad, por lo que no constituía fuente de derechos y obligaciones (fs. 210/211).

El 9 de octubre del mismo año el citado funcionario remitió a la actora una carta documento en la que le comunicó que, vencido el plazo establecido en las Resoluciones Nros. 101/1994 y 218/1995, el 13 de octubre siguiente se procedería a labrar acta de recepción del local de comedor y cafetería conforme a las condiciones establecidas en la Cláusula 9° del contrato de concesión del 17 de noviembre de 1989 (fs. 176). La carta fue rechazada por la actora (fs. 177/178) quien, ante esta situación, solicitó el dictado de una medida cautelar que fue concedida (fs. 195), por lo que permaneció en la prestación del servicio.

habían sido confiados, viciando el acto administrativo inicial del procedimiento (Artículos 7°, inciso a), y 14, inciso b) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549). Vicio éste que se proyectó a la cadena sucesiva de actos que fueron una consecuencia de aquel, provocando también la nulidad de éstos<sup>3</sup>.

Hasta aquí, el breve relato del caso.

## II. LAS CUESTIONES DE INTERÉS QUE SURGEN DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Diversos aspectos de la decisión merecen no ser pasados por alto. En primer lugar, no debe perderse de vista que, tal como me propongo destacarlo desde el propio título de este comentario (y así vengo creyéndolo desde hace ya muchos años atrás<sup>4</sup>), la sentencia confirma el criterio de que el contrato administrativo es siempre el resultado de un procedimiento formal más o menos complejo, que se encuentra integrado por una serie de actos y decisiones que han llevado incluso a que la doctrina sistematice su estudio a través del concepto de *los actos administrativos contractuales*<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Considerando 12 del voto mayoritario y 7° del voto del Juez Fayt.

<sup>4</sup> Merteikian, Eduardo, *Estudios Sobre Contratación Pública*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, Capítulo III, p. 137 y sigs.

<sup>5</sup> Barra, Rodolfo C., *Los Actos Administrativos Contractuales (Teoría del acto coligado)*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1989.

9) Que el Juez de primera instancia hizo lugar a la acción de lesividad y rechazó la demanda interpuesta por la aquí recurrente (fs. 500/519), decisión que fue confirmada por la Cámara.

10) Que el *a quo* sostuvo que el Hospital Posadas se hallaba regido por la Ley N° 19.337, en la que se estipulan las facultades del ente y su director. Agregó que del texto completo de esta norma y del Decreto N° 5.720/1972 (Régimen de Contrataciones con el Estado) no se desprende la facultad de otorgar licitaciones bajo el “sistema de anticresis”. Por tal razón, el Director del hospital carecía de competencia para obrar como lo hizo, por lo cual el llamado a licitación estuvo viciado en aquel elemento y fue nulo en los términos de los Artículos 7°, inciso a, y 14, inciso b, de la Ley N° 19.549.

Consideró que era abstracto tratar los agravios de la empresa referentes a la supuesta “accesoriedad” del derecho real de anticresis que se iba a constituir, al que aquélla había “renunciado”. Expresó que aun en la hipótesis de que el llamado a licitación bajo el sistema de anticresis hubiera resultado válido, igualmente no se había cumplido la normativa que exigía dar intervención a la Secretaría de Hacienda en toda medida de gobierno que implicara la celebración, ya sea a título oneroso o gratuito, de actos de constitución, transferencia, modificación o extinción de derechos reales o personales (Decreto N° 2.045/1980, Artículo 1° inciso b).

También entendió la Cámara que era procedente la acción de lesividad pues, al haberse generado derechos subjetivos que se estaban cumpliendo, la administración se había visto obligada a interponer aquélla, conforme a lo ordenado en el Artículo 17 de la Ley N° 19.549.

---

La conclusión anterior no se ve conmovida por la circunstancia de que el objeto del contrato que el Estado celebre no se encuentre sustancialmente regido por las normas del derecho público o que se apliquen al contrato instrumental o accesoriamente normas del derecho común, tal como ocurrió en el caso en comentario, en el cual el derecho real de anticresis –que, según surge del relato, no se perfeccionó– se rija por las disposiciones específicas del Código Civil, pues las reglas relativas a la formación contractual (v. gr.: competencia, forma y procedimiento) serán siempre las determinadas por el derecho administrativo aplicable<sup>6</sup>.

El criterio señalado en el párrafo precedente es el que recepta el vigente Régimen de Contrataciones del Estado aprobado –mediando delegación legislativa– por el Decreto N° 1.023/20001<sup>7</sup>, en cuanto por su Artículo 11 dispone la necesidad de

<sup>6</sup> Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, Capítulo I, p. 12 y sigs., y en especial p. 30. Me apresuro en aclarar que lo expuesto en el texto no implica una extensión del régimen jurídico que resulte aplicable al objeto, al resto del contrato, el que estará regido por las disposiciones del derecho que le resulten pertinentes en función de la naturaleza jurídica de la prestación que es su objeto. Así, si el contrato tiene por objeto la celebración de un fideicomiso, las disposiciones aplicables a los bienes fideicomitidos serán las que determine el Código Civil y la Ley N° 24.441 y el derecho administrativo estará limitado a los aspectos señalados. Ello, a su vez, impedirá una extensión indebida de las normas que disponen la emergencia pública y renegociación de los contratos celebrados por la Administración pública nacional contenidas en los Artículos 8°, 9° y 10 de la Ley de Emergencia Pública N° 25.561. Sobre este último aspecto, nos remitimos a lo que hemos dicho en “Emergencia de los servicios públicos. Problemas actuales desde la perspectiva de los usuarios y de los prestadores”, en Alanis, Sebastián D. (Coordinador), *El Derecho de la Emergencia III*, obra colectiva, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. 153 y sigs.

<sup>7</sup> Dictado por el Poder Ejecutivo Nacional invocando las atribuciones delegadas por la Ley N° 25.414, tristemente conocida en el lenguaje corriente como “ley de superpoderes”.

11) Que la empresa fundó sus recursos ordinarios de apelación ante esta Corte en agravios que pueden resumirse así: a) la sentencia es autocontradictoria, porque si las Resoluciones Nros. 1.377/1991 y 161/1992, que eran nulas de nulidad absoluta, generaron derechos subjetivos que se estaban cumpliendo y por ello resultó necesaria la iniciación de la acción de lesividad respectiva, no procedía el rechazo de la demanda entablada por su parte contra la Resolución N° 101/1994 que pretendió afectar por disposición de la administración dichos derechos subjetivos. Si, por el contrario, no se estaban afectando derechos subjetivos, debió confirmarse la Resolución N° 161/1992 y rechazarse la demanda entablada por El Rincón de los Artistas SRL, y declarar improcedente la acción de lesividad; b) el director del hospital que podía, conforme a la Ley N° 19.337, enajenar inmuebles, también podía darlos en garantía mediante anticresis. Además –señaló– los contratos administrativos se rigen por sus leyes especiales, por lo que no correspondía aplicar –como lo hizo la Cámara– el Artículo 7° de la Ley N° 19.549 para ponderar su validez; c) el hospital era un ente descentralizado y, en consecuencia, le resultaba “optativo” dar intervención a la Secretaría de Hacienda si sus autoridades decidían enajenar inmuebles (cfr. Artículos 7° del Decreto N° 2.045/1980 y 6° de la Ley N° 22.423); d) no era abstracto abrir juicio acerca de si la cláusula por la que se pretendía derecho de anticresis era accesoria pues, si se consideraba que el llamado a licitación fue nulo por haberse efectuado mediante ese “sistema”, la invalidez de la cláusula respectiva era irrelevante a la luz de lo dispuesto en el Artículo 16 de la Ley N° 19.549. Por otra parte –agregó– el *a quo* nada dijo acerca de la “renuncia” formulada por su parte a la garantía de anticresis; e) la Cámara no fundó la declaración de nulidad de la Resolución N° 1.377/1991.

---

que ciertas decisiones del procedimiento se adopten a través de la emisión de actos administrativos (v. gr.: la que decide el tipo de procedimiento de selección que se llevará cabo; la que aprueba los pliegos de bases y condiciones particulares; la declaración de que el procedimiento hubiere resultado desierto o fracasado, entre otras) que deben reunir los requisitos esenciales que impone el Artículo 7° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549<sup>8</sup>, y que zanja toda posible duda acerca de la aplicación “directa” a los contratos administrativos de las disposiciones contenidas en el Título III de la citada Ley N° 19.549<sup>9</sup>. Incluso, ha llevado a interpretar a algunos autores a que idéntica solución es predicable respecto de las disposiciones procesales contenidas en el Título IV de la misma ley<sup>10</sup>.

De allí que la sentencia resuelva que por la incompetencia del funcionario que intervino para disponer del bien inmueble que sería gravado con un derecho real de

<sup>8</sup> En buenos términos, la norma debió exigir no solo los elementos previstos en el Artículo 7°, sino también el elemento *forma* contenido en el Artículo 8° de la misma Ley N° 19.549. Al respecto, nos remitimos a lo que hemos dejado expuesto en “Validez y Eficacia del Acto Administrativo” en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 210:165 (marzo 1996).

<sup>9</sup> El último párrafo del Artículo 7° de la Ley N° 19.549, reformado por el 36 del Decreto N° 1.023/2001, dispone: “Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente”.

<sup>10</sup> Cfr. González de Lellis, María Carolina; Hubeñak, Juan Manuel; Isabella, Diego; Soler, Analía; “Régimen Nacional de Contrataciones”, Legislación Comentada en AAVV, *Régimen de Contrataciones y Compre Nacional*, Número especial de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*, Buenos Aires, febrero 2002, p. 143 y sigs., en especial pp. 173-174.

12) Que –tal como lo decidió el *a quo*– el llamado a Licitación Pública N° 28/1992 fue inválido y en consecuencia ilegítima la Resolución N° 161/1992 por la que se adjudicó aquella. Ello es así si se atiende al objeto de la licitación pública mencionada, es decir, el otorgamiento de la concesión del servicio de comedor y cafetería con el encargo de la construcción de una obra para la prestación de ese servicio mediante el sistema de anticresis, encargo que no podía ser realizado por el citado funcionario, que sólo contaba con las facultades enumeradas en los Artículos 4° y 5° de la Ley N° 19.337.

13) Que en efecto, si bien de esas disposiciones surgía su competencia para disponer de bienes inmuebles –por lo que, en forma implícita, se derivaba su competencia para constituir derechos reales sobre ellos– aquella debía ejercerse con ajuste a las disposiciones pertinentes (Artículo 4° inciso a de la Ley N° 19.337).

De acuerdo a los reseñados términos de la ley, el llamado a licitación y, consecuentemente, la Resolución N° 161/1992, no se sujetaron a las referidas disposiciones y adolecieron de vicios en la competencia y el procedimiento, debido a que para la constitución del derecho real citado se requería, conforme a la reglamentación del Artículo 51 de la Ley de Contabilidad Pública, aprobada por el Decreto N° 2.045/1980, la intervención obligatoria de la Administración General de Inmuebles Fiscales. La misma norma disponía específicamente que la administración a cargo de los organismos usuarios se limitaba al uso y mantenimiento de los inmuebles afectados a su servicio, y se prohibían los actos de disposición al señalar que debían abstenerse de celebrar o propiciar actos que implicaran la transferencia de su uso o propiedad a otras entidades públicas o a particulares (Artículo 3°), lo que significaba otro óbice al intento de constituir el derecho real citado.

---

anticresis y por no seguir el procedimiento establecido para ello, era nulo el acto administrativo que ordenó el llamado a licitación pública, aparejando la nulidad de los actos administrativos consecuentes.

Sin perjuicio de señalar que no surge de una manera expresa del relato que realiza la sentencia cuál era la función específicamente asignada al derecho real de anticresis dentro del contrato de concesión para el servicio de bar y cafetería del hospital, dado que se trata de un derecho real de garantía, su utilización bien pudo haber tenido como finalidad actuar dentro del esquema de la financiación de la contratación administrativa, permitiendo asegurar al contratista la estabilidad del derecho a obtener el recupero de las inversiones que llevase a cabo a través de la explotación del bien inmueble cedido<sup>11</sup>.

Pero no debe perderse de vista –circunstancia que se infiere de la decisión– que el derecho real de anticresis sólo puede ser constituido por el propietario que tenga capacidad (competencia en este ámbito) para disponer del inmueble, o por el que tenga derecho a los frutos (Artículo 3241 del Código Civil), y el que sólo tiene poder para administrar no puede constituir un anticresis (Artículo 3242 Código Civil). En ese sentido, no tratándose de un bien del dominio privado del Estado y no habiéndose previamente declarado innecesario para el funcionamiento de la gestión administrativa, la decisión le niega al Director interino del hospital competencia administrativa

<sup>11</sup> Calificada doctrina ha señalado –incluso– la analogía existente entre el derecho real de anticresis y el derecho real administrativo que se establece a favor del concesionario en el contrato de concesión de obra pública (cfr. Fanelli Evans, Guillermo, “Las concesiones de obra y de servicios públicos y los derechos reales administrativos”, en *REDA*, N° 21/23 (enero-diciembre 1996), Depalma, p. 93 y sigs.

14) Que resulta totalmente improcedente la aplicación al caso del Artículo 7° del mismo decreto, alegado por la actora para fundar la competencia del director del hospital para constituir anticresis, pues esa norma se refería exclusivamente a la venta, transferencia o disposición de bienes inmuebles devenidos innecesarios, en los términos del Artículo 3° del Decreto N° 3.660/1961, al solo efecto de encomendar su venta a la Secretaría de Hacienda - Administración General de Inmuebles Fiscales.

Es también descartable la aplicación del Artículo 6° de la Ley N° 22.423 invocada por la demandante con el mismo objeto, que resulta ajena al caso pues se refiere a la venta de inmuebles del dominio privado del Estado que no sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

15) Que sentado lo expuesto, cabe recordar la jurisprudencia de esta Corte conforme a la cual los contratos públicos están sujetos a formalidades preestablecidas y contenidos impuestos por normas que prevalecen sobre lo dispuesto en los pliegos, lo cual desplaza la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes (cfr. *Fallos*: 316:3157). El ente licitante no pudo así, en las bases del llamado a Licitación N° 28/1992, insertar cláusulas que no respetaban las disposiciones vigentes en materia de administración y disposición de bienes estatales.

16) Que en el *sub examine*, la omisión de cumplir con las formalidades reseñadas deriva en la nulidad absoluta de los actos de llamado a la Licitación N° 28/1992 y de adjudicación de esta última por la Resolución N° 161/1992, por lo que se extingue también la Resolución N° 1.377/1991 que se dictó en el marco del llamado a licitación referido.

---

para gravar con el citado derecho real de garantía el inmueble involucrado, sin intervención del órgano competente designado por la ley para ello (Artículo 1°, Ley N° 22.423, modificada por su similar N° 23.697; Artículo 1°, inciso b) de la reglamentación del Artículo 51 de la Ley de Contabilidad aprobada por el Decreto N° 2.045/1980)<sup>12</sup>. Y es en razón de tales circunstancias que se consideró nulo el acto mismo de la convocatoria a la licitación pública por vicios en la competencia y en el procedimiento, y nulo también el acto de adjudicación posterior<sup>13</sup>.

Otro aspecto de la sentencia que merece destacarse es el que reafirma el orden de prelación jerárquica de las normas que rigen la contratación pública, y en el cual el pliego de bases y condiciones generales es una pieza clave que debe entenderse inscrita dentro del ordenamiento jurídico general al cual accede<sup>14</sup>. En efecto, sin perjuicio de destacar la peculiar condición jurídica que revisten –característica sobre la

<sup>12</sup> La Ley N° 24.156 de Administración Financiera dejó subsistente el Capítulo V (Artículos 51 a 54) de la Ley de Contabilidad, Decreto Ley N° 23.354/1956, y luego de la derogación que produce el Decreto N° 1.023/2001 del Capítulo VI de este último cuerpo dispositivo, el mencionado Capítulo V es el único que mantiene vigencia de la antigua norma, aunque también sufrió varias modificaciones sustanciales (cfr. el tratamiento que le asignamos en *Ley de Administración Financiera y Control de Gestión*, Suplemento Especial de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, 2003, 9ª edición, p. 233 y sigs.).

<sup>13</sup> Considerandos 13 del voto de la mayoría y 7° del voto del Juez Fayt.

<sup>14</sup> Comadira, Julio R., *La Licitación Pública*; Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 115. Barra, Rodolfo C., *El Contrato de Obra Pública*, T.II, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1986, p. 482 y sigs., en especial p. 485, donde puede verse que el citado autor se manifiesta partidario de la naturaleza normativa de estos documentos, a los que califica como reglamentos administrativos



17) Que, a diferencia de lo sostenido por la recurrente, resulta adecuado aplicar, para el examen de la validez de los actos relacionados con contratos administrativos, las disposiciones de la Ley N° 19.549. En efecto, de acuerdo a lo establecido en el último párrafo del Artículo 7° de dicha ley (texto anterior a la reforma por el Decreto N° 1.023/2001), los contratos administrativos se regían por sus leyes especiales y en forma analógica por las disposiciones del Título III de la ley, referente al régimen del acto administrativo.

En ese contexto, la inexistencia de regulaciones especiales referentes a los contratos sobre las materias regidas en el citado título llevaba a que aquellos debieran considerarse regulados por la misma normativa aplicable a los actos administrativos, razón por la cual resulta jurídicamente irreprochable el examen de los recaudos de validez de los actos impugnados que la Cámara efectuó a la luz de las disposiciones contenidas en la Ley N° 19.549.

18) Que deben rechazarse las quejas de la apelante en cuanto a que la Cámara no trató sus agravios relativos a la invocada “accesoriedad” de la cláusula sobre constitución de anticresis contenida en el llamado a licitación, pues si bien el *a quo* consideró que era abstracto pronunciarse sobre el punto en atención a la declarada ilegitimidad del llamado, de todos modos evaluó la validez de la cláusula respectiva.

19) Que, por otra parte, no resulta reprochable que el *a quo* no haya considerado la “renuncia” que la recurrente efectuó respecto de la “garantía de anticresis” (Capítulos 15 de la demanda y 14 de la expresión de agravios ante la Cámara), ya que esa renuncia era jurídicamente irrelevante pues fue formulada por quien, como la actora, no era titular del derecho respectivo, e inadmisibles ya que los pliegos de

---

cual la doctrina ya se ha explayado<sup>15</sup> – es la ley del procedimiento de selección y del contrato posterior, pero no puede contradecir el resto del ordenamiento jurídico (entre cuyas disposiciones se ubican las normas generales que rigen a los contratos públicos y las que gobiernan el funcionamiento de la Administración pública)<sup>16</sup>.

La eventual omisión de un precepto o disposición de rango superior en el pliego de bases y condiciones generales debe ser suplida por la aplicación directa al caso de la norma omitida.

La sentencia del Alto Tribunal confirma, por un lado, que la inclusión en el pliego de condiciones generales de una disposición que no respetó las normas vigentes en materia de administración y disposición de bienes del Estado invalidaba el acto del llamado a licitación pública y de la posterior adjudicación<sup>17</sup>, y al mismo tiempo señala que la renuncia expresada por el contratista a una cláusula inserta en dicho pliego (la garantía de anticresis) carecía de absoluta relevancia dado el carácter de reglamentos que aquéllos revisten “[...] razón por la cual el particular que participa en la licitación carece de la facultad de sustraerse a la aplicación de alguna de sus disposiciones [...]”<sup>18</sup>.

Una tercera cuestión abordada en la decisión, que reviste una mayúscula complejidad y que suscita gran debate en la doctrina, es la relativa a la aplicación de las reglas de estabilidad del acto administrativo y de la relación existente entre los su-

<sup>15</sup> Cassagne, Juan C., *El Contrato...*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>16</sup> CSJN, *Fallos*: 323:1147, “Cadipsa S.A.”.

<sup>17</sup> Considerandos 15 y 16 del voto de la mayoría.

<sup>18</sup> Considerando 18 del voto de la mayoría.

condiciones generales revisten condición de reglamentos (*Fallos*: 316:3157), razón por la cual el particular que participa en la licitación carece de la facultad de sustraerse a la aplicación de alguna de sus disposiciones.

20) Que cabe señalar, finalmente, que los agravios referentes a la supuesta autocontradicción de la sentencia apelada se desvanecen si se advierte que, en atención a lo dispuesto en el Artículo 17 de la Ley N° 19.549, no era imperativo para el hospital iniciar la acción de lesividad que tramitó en el *sub lite* para obtener la declaración de nulidad de la Resolución N° 161/1992, que podía ser válidamente revocada en sede administrativa pues no había generado derechos subjetivos que se estuvieran cumpliendo (Artículo 17 de la Ley N° 19.549).

Ello surge, en primer lugar, de la propia conducta de la actora que, como se señaló, envió una carta documento al hospital intimando a que se perfeccionara el contrato correspondiente.

En este sentido, la empresa destacó que “si la obra no se ha realizado aún, ello no ha sido por una cuestión propia de mi representada. Antes bien, ha sido ‘El Rincón de los Artistas SRL’ en su carácter de adjudicatario de la licitación 28/92 el que intimó a ese hospital, mediante su carta documento 0331 del 21-7-93 a cumplir con la concesión adjudicada, requiriendo la designación de escribano a los fines de la constitución del derecho real de anticresis y la firma del contrato respectivo”; asimismo se refirió a la omisión de entrega del terreno para construir la obra que debía ejecutarse conforme a los términos de esa licitación (fs. 141). De las declaraciones obrantes en la causa surge también que no se construyó obra alguna (fs. 368 vta., preg. 4ª, 369 vta., preg. 6ª, 371, preg. 9ª). Por su parte, en la nota del 20 de julio de

puestos contemplados en los Artículos 17 y 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549. Si bien la cuestión excede en mucho el ámbito y extensión de este comentario, y ha sido objeto de mayores y sustanciales desarrollos<sup>19</sup>, no desaprovecharemos la oportunidad para señalar la complejidad del asunto. Y ello, a pesar de que creemos que no era necesaria la introducción de este tópico en el tratamiento del caso por parte de la sentencia, la que hubiera podido arrojar igual resultado sin necesidad de introducirse en este controvertido aspecto.

La sentencia de la Corte Suprema objeto de este comentario viene a reiterar su criterio<sup>20</sup> –propugnado por un sector de la doctrina nacional<sup>21</sup>– de que las excepciones a la regla de estabilidad en sede administrativa del *acto regular* previstas en el Artículo 18 de la Ley N° 19.549 –entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado– son igualmente aplicables a la revocación del *acto irregular* contemplada en el Artículo 17, segunda parte, de la misma ley, pues se afirma que de lo contrario el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el acto administrativo

<sup>19</sup> En el ilustrativo trabajo del Profesor De Estrada, Juan Ramón, “La Revocación por Ilegitimidad del Acto Administrativo Irregular (El Artículo 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos)”, *La Ley*, 1976-D-820, puede verse los criterios doctrinales receptados por la norma.

<sup>20</sup> Cfr. *Fallos*: 321:169, “Almagro, Gabriela y otra c/ Universidad Nacional de Córdoba”, de fecha 17-02-1998, publicada también en *El Derecho*: 178:676, con nota de Diez, Horacio Pedro, bajo el título “El conocimiento del vicio por el administrado y la revocación del acto viciado de nulidad absoluta. La interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso ‘Almagro’”.

<sup>21</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, 5ª edición, p. VI-17, párrafo 10.1. Comadira, Julio R. (Laura Monti - Colaboradora), *op. cit.*, p. 363; Diez, Horacio Pedro, *El conocimiento del vicio...*, *op. cit.*

1993, dirigida por el hospital a la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud y Acción Social, se expresó que la firma del contrato había sido suspendida “dado el complejo sistema de licitación y los frustrados intentos de transferencia a jurisdicción provincial de [ese] nosocomio” (fs. 37).

Por su parte, la Resolución N° 1.377/1991 que prorrogaba el contrato con base en los términos de una licitación cuyas bases eran contrarias a la ley, debía extinguirse por lógica implicancia, ya que, al quedar sin efecto aquella, carecía de causa y finalidad, y también podía ser válidamente revocada pues, como lo ha resuelto esta Corte, las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el Artículo 18 de la Ley N° 19.549 –entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado, en el caso, el vicio en la competencia y el procedimiento– son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el Artículo 17, primera parte, pues de lo contrario el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular (*Fallos*: 321:169). En esas condiciones, se torna también irrelevante el agravio según el cual la Cámara no fundó la declaración de nulidad de la Resolución N° 1.377/1991.

Por ello, se declaran procedentes los recursos ordinarios de El Rincón de los Artistas SRL y se confirma la sentencia apelada. Con costas (Artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvanse los autos.

**Carlos S. Fayt (según su voto) - Augusto César Belluscio - Enrique Santiago Petracchi - Eduardo Moline O'Connor - Antonio Boggiano - Guillermo A. F. López - Adolfo Roberto Vázquez - Juan Carlos Maqueda.**

---

regular<sup>22</sup>, lo cual –se ha señalado también– no es una solución ni razonable, ni valiosa<sup>23</sup>.

La Ley N° 19.549 diferencia los actos administrativos *regulares* de los *irregulares*, y en la primera categoría corresponde incluir a los actos válidos y a los que adolecen de un vicio leve o no grave (anulables), pues solamente se ha ocupado de definir como *irregulares* a los actos nulos de nulidad absoluta e insanable. Éstos son tales por adolecer de un vicio grave en alguno de sus elementos esenciales o determinantes de su validez según lo establecido en los Artículos 7° y 14 de la misma ley<sup>24</sup>.

El Artículo 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 (texto modificado por la Ley N° 21.686) establece que el acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera *irregular* y debe ser revocado<sup>25</sup> por la Administración o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. Y si, no

<sup>22</sup> Considerando 20 última parte de la decisión de la mayoría, con cita de la sentencia registrada en la aludida causa “Almagro”.

<sup>23</sup> CSJN, *Fallos*: 321:169, “Almagro”, ya citada.

<sup>24</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, 2ª edición actualizada, numeral 477, en especial apartado I), p. 470 y sigs. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, Lexis-Nexis – Abeledo-Perrot, 2002, 7ª edición actualizada, p. 271. Comadira, Julio R., *La Anulación de Oficio del Acto Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1998, 2ª edición actualizada, número 4.1, p. 177.

<sup>25</sup> Participamos del criterio de que el término *revocación* debe reservarse a la extinción del acto por la propia Administración pública y entendemos que la expresión *anulación* corresponde a la que efectúa el órgano judicial en ejercicio de su función jurisdiccional (cfr. De Estrada, Juan Ramón, *La Revocación...*, *op. cit.*).

Voto del Señor Presidente Doctor Don Carlos S. Fayt:

Considerando:

1) Que contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín dictada en las actuaciones acumuladas, que confirmó la de primera instancia que había rechazado la demanda entablada por El Rincón de los Artistas SRL contra el Hospital Nacional Posadas y admitido la acción de lesividad incoada por este último contra la empresa mencionada, declarando la nulidad de las Resoluciones N° 1.377/1991 y 161/1992, ambas del director interino del hospital (fs. 712/718), El Rincón de los Artistas SRL interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 722/725), concedido a fs. 726. El memorial obra a fs. 765/781 y su contestación a fs. 787/792.

2) Que el recurso ordinario es formalmente admisible toda vez que ha sido deducido contra una sentencia definitiva, recaída en una causa en la que la Nación es parte, y el valor cuestionado supera el mínimo establecido por el Artículo 24, inciso 6° del Decreto Ley N° 1.285/1958 y sus modificaciones, y la Resolución de esta Corte N° 1.360/1991.

3) Que el *a quo* sostuvo que de las constancias de la causa surgía que el Hospital Nacional Alejandro Posadas habría llamado a Licitación Pública N° 28/1992 para la concesión de comedor y cafetería por medio del sistema de anticresis; que por Resolución N° 2.377/1991 se dispuso la prórroga del contrato aprobado por Resolución N° 345/1989 y 1.121/1990 hasta que finalizara la obra mencionada en la citada licitación; que mediante Resolución N° 161/1992 se aprobó la Licitación N° 28/1992 y se le

obstante, el acto estuviere firme y consentido<sup>26</sup> y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad, la que debe ser solicitada por la propia Administración pública mediante la denominada *acción de lesividad*. Es decir que –tal como quedó anticipado más arriba–, en este último supuesto, debe primeramente y con audiencia del interesado, emitir el acto administrativo que declare la *lesividad*, y recién luego promover la acción judicial respectiva. Si al mismo tiempo la Administración considerara que se encuentran reunidos los extremos que habilitan la solicitud de una medida cautelar, ínterin la tramitación del proceso, así deberá solicitarla al Juez de la causa<sup>27</sup>.

Ahora bien, el Artículo 18 de la misma ley establece que el acto administrativo *regular* (recordemos que por exclusión para la ley son tales, el acto válido y el que

<sup>26</sup> Se enseña –a mi juicio, con razón– que la norma incluye una conjunción impropia, y por lo tanto debe interpretarse como alternativa, pues de lo contrario carecería de sentido (cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo, op. cit.*, p. 269).

<sup>27</sup> Cfr. C.Cont. Adm.Trib. Ciudad de Bs. As. Sala I, “Auzón de Martinelli, Lía M. V. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, sentencia del 09-04-2003, *Jurisprudencia Argentina*, Suplemento de Derecho Administrativo del 25-02-2004, p. 69 y sigs., voto de los Jueces Balbín y Corti por la mayoría. No estamos persuadidos que en ese caso resulte procedente la suspensión oficiosa en sede administrativa, con sustento en el Artículo 12 de la Ley N° 19.549, del acto que no se puede revocar a pesar de contar con los valiosos aportes de destacada doctrina y de allí que ante la duda, nos inclinemos por el criterio que deja librado al Juez el análisis de su procedencia por considerar que de esa manera se asegura mejor el principio de la tutela judicial efectiva. A favor de la solución contraria véase Comadira, Julio R., *La Anulación de Oficio..., op.cit.*; número 4.2.2; p. 184 y número 4.2.3 i); p. 195 y sigs.

adjudicó a “El Rincón de los Artistas SRL”, y que por Resolución N° 101/1994 se dejó sin efecto dicha licitación (fs. 88 del Expediente 2020- 0177001671/93-3).

Agregó que a la luz de lo dispuesto por la Ley N° 19.337, el Hospital Nacional Posadas es un ente descentralizado, persona jurídica capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, enajenar bienes muebles e inmuebles de toda clase con ajuste a las disposiciones pertinentes cuya conducción está a cargo de un director (Artículo 4°, inciso 1°).

Tras caracterizar a la descentralización administrativa sobre la base de que importa la distribución de las competencias públicas entre múltiples entidades administrativas independientes del poder central con personalidad jurídica propia y con un ámbito de competencia exclusiva, entendió que, de acuerdo al texto completo de la ley citada y el Decreto N° 5.720/1972 (Régimen de Contrataciones del Estado) no existía en el caso la facultad de otorgar licitaciones bajo el sistema de anticresis. Indicó que en el campo del derecho público la competencia –que es una carga– supone un texto, motivo por el cual no cabe extender el principio de libertad o capacidad en el derecho privado a los órganos públicos; el postulado según el cual “todo lo no prohibido está permitido” (Artículo 19 Constitución Nacional) no se extiende a la actuación del Estado que se rige, en cambio, por el principio de legalidad.

Sobre esa base restó relevancia al agravio de “El Rincón de los Artistas SRL” en cuanto a que el Hospital Posadas fuera un ente autárquico, pues la autarquía no implica independencia, sino mera facultad de autoadministración, pero de acuerdo a una norma establecida por una autoridad superior. De allí que entendió que la circunstancia de que el hospital pueda o no celebrar determinados actos, no se relaciona-

---

adolece de un vicio leve o no grave) del que hubieren nacido derechos subjetivos no podrá ser revocado, modificado o sustituido una vez que haya sido notificado. Tal es el principio general que la ley sienta en este primer párrafo, el cual cede –entre otros supuestos– cuando el interesado hubiere conocido el vicio que afectare el acto, en cuyo caso la Administración puede de oficio revocar, modificar o sustituir el acto administrativo regular.

A este último respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema también tiene dicho: “[...] una inteligencia meramente literal y aislada de las normas antes indicadas llevaría a la conclusión de que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular cuya situación es considerada por la ley como menos grave [...]”<sup>28</sup>.

Así las cosas, deberá convenirse en que una excesiva extensión del criterio de asimilación reseñado pulverizaría la diferencia en el tratamiento que la ley le dispensa a la revocación de los actos regulares –por principio estables o irrevocables en sede administrativa<sup>29</sup>– respecto de los actos irregulares –revocables en sede administrativa en determinadas condiciones–, y suprimiría incluso el principio de estabilidad del acto administrativo que crea o reconoce derechos subjetivos al administrado, a menos –claro está– que se considere que tal principio no surge de la ley, criterio que no compartimos. En efecto, piénsese en el enorme poder que se le estaría asignando a la Administración pública, que acudiendo al simple expediente de alegar el conocimiento del vicio por parte del interesado (o que en determinadas circunstancias el

<sup>28</sup> CSJN, *in re* “Almagro” citada, Considerando 5°.

<sup>29</sup> Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 266; Gordillo, Agustín, *Tratado*, *op. cit.*, T. II, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, 5ª edición, p. VI-13.

ba con el hecho de que fuera un ente autárquico, sino con que hubiera una norma que expresamente lo autorizara a ello.

Sostuvo que el llamado a licitación es un acto administrativo –declaración unilateral dictada en ejercicio de la función administrativa productora de efectos jurídicos individuales y directos– por lo cual resultan de aplicación las disposiciones de la ley de procedimientos administrativos en cuanto establecen el régimen jurídico de los actos administrativos en sus caracteres, elementos, vicios y nulidades.

Entendió que en el procedimiento licitatorio existe vicio en la competencia, cuando el acto administrativo separable emana de órgano incompetente por ausencia de atribuciones que, en forma expresa o razonablemente implícita, confieren la Constitución Nacional, la Constitución provincial, los tratados, las leyes y los reglamentos. Su determinación exigía, en el caso, comprobar la existencia de habilitación legal para celebrar el acto administrativo de adjudicación. El órgano era entonces incompetente –en razón de la materia– para llamar a licitación pública bajo el derecho real de anticresis, por lo que al faltar uno de los elementos esenciales del acto administrativo, el llamado a licitación deviene nulo de nulidad absoluta (Artículos 7° inciso a y 14 inciso b de la Ley N° 19.549).

Consideró que aún de considerárselo válido –esto es, dictado por una autoridad competente– no se dio intervención a la Secretaría de Estado de Hacienda (Ministerio de Economía), lo cual hubiera correspondido como en toda medida de gobierno que implique la celebración, a título oneroso o gratuito, de actos relativos a inmuebles estatales por los cuales se constituyan, transfieran, modifiquen o extingan derechos reales o personales (Artículo 1° inciso b, Decreto N° 2.045/1980).

---

interesado no podía desconocer el vicio que afectaba el acto, tomando en cuenta que no puede invocarse el error de derecho) daría como resultado que para obtener la declaración de invalidez del acto administrativo no necesitaría, prácticamente en ningún caso, acudir a la acción judicial para obtener esa invalidación.

A ello se le podrían agregar dos circunstancias agravantes. Primero, que el acto revocatorio se presumiría legítimo (Artículo 12 Ley N° 19.549) y, segundo, que en caso de que el órgano administrativo procediera a la revocación sin previamente oír al interesado, la nulidad absoluta que de esta última omisión se deriva quedaría purgada con la invocación de la *teoría de la subsanación*, la cual no obstante ser criticada por calificada doctrina, se viene registrando en algunos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>30</sup>.

De manera que la interpretación acerca de la verificación de la existencia de este supuesto de habilitación de la potestad revocatoria del acto regular por la Administración pública debe ser, cuando menos, sumamente estricta o restringida, pues al configurar una excepción a la regla general dispuesta por la norma, el criterio restringido es el que se impone<sup>31</sup>. Debe tenerse en cuenta que –como también lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación– al igual que sucede en el derecho común,

<sup>30</sup> Comadira, Julio R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot –Lexis Nexis, 2003, 2ª edición actualizada, Capítulo 1, p. 17.

<sup>31</sup> Cassagne, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 271. Guerrero, Alejandro Osvaldo, “El conocimiento del vicio por el administrado y la estabilidad del acto administrativo irregular. Reflexión crítica en torno de los Artículos 17 y 18 de la Ley N° 19.549, de Procedimientos Administrativos”, *REDA*, N° 17 (septiembre-diciembre 1994), p. 571 y sigs., en especial pp. 574-575.

Sobre la base de tales argumentos y tras indicar que la acción de lesividad resultó innecesaria por aplicación de lo dispuesto por el Artículo 17 de la Ley N° 19.549, entendió que debía confirmar la sentencia de la instancia anterior que había declarado la nulidad del acto.

4) Que la empresa fundó su recurso ordinario de apelación ante esta Corte en agravios que pueden resumirse así: a) la sentencia es autocontradictoria, porque si las Resoluciones Nros. 1.377/1991 y 161/1992, que eran nulas de nulidad absoluta, generaron derechos subjetivos que se estaban cumpliendo y por ello resultó necesaria la iniciación de la acción de lesividad respectiva, no procedía el rechazo de la demanda entablada por su parte contra la Resolución N° 101/1994 que pretendió afectar por disposición de la administración dichos derechos subjetivos. Si, por el contrario, no se estaban afectando derechos subjetivos, debió confirmarse la Resolución N° 161/1992 y rechazarse la demanda entablada por El Rincón de los Artistas SRL, y declarar improcedente la acción de lesividad; b) el director del hospital podía enajenar inmuebles (Ley N° 19.337) y por lo tanto también podía darlos en garantía mediante anticresis. Además –señaló– los contratos administrativos se rigen por sus leyes especiales, por lo que no correspondía aplicar –como lo hizo la Cámara– el Artículo 7° de la Ley N° 19.549 para ponderar su validez; c) el hospital era un ente descentralizado y, en consecuencia, le resultaba “optativo” dar intervención a la Secretaría de Hacienda si sus autoridades decidían enajenar inmuebles (cfr. Artículos 7° del Decreto N° 2.045/1980 y 6° de la Ley N° 22.423); d) no era abstracto abrir juicio acerca de si la cláusula por la que se pretendía derecho de anticresis era accesoria pues, si se consideraba que el llamado a licitación fue nulo por haberse efectuado mediante ese “sistema”, la invalidez de la cláusula respectiva

---

no existen en este ámbito otras nulidades que no sean aquellas que la propia ley dispone como sanción a una trasgresión de la ley<sup>32</sup>. De manera que más allá de toda discusión, una interpretación que extienda con exceso los supuestos contemplados en el Artículo 18 al ámbito de funcionamiento del Artículo 17, segunda parte, podría dar como resultado la creación de nulidades por la interpretación que de ellas lleve a cabo –no ya el Juez– sino el propio órgano administrativo.

En ese sentido, apréciase que en el caso previsto por el Artículo 18, para que el acto adquiera estabilidad basta con que sea notificado (la ley no exige que se encuentre firme o consentido) y hayan nacido de él derechos subjetivos y en cambio en el caso previsto por el Artículo 17 ello por sí sólo no es suficiente, pues es necesario, además, que los derechos subjetivos que se hubiesen generado se estén cumpliendo<sup>33</sup>. De tal manera que la interpretación bien podría ser la inversa, ya que al ser el acto regular la potestad revocatoria de la Administración por razones de ilegitimidad encuentra un límite más riguroso que en el caso del acto irregular y ello se justifica en la circunstancia de que en el supuesto contemplado por el Artículo 18, el acto administrativo es regular (válido o anulable) y entonces, una vez notificado (remarcamos que la ley no exige que se encuentre firme o consentido) y nacido de él derechos subjetivos su nulidad deberá ser demandada judicialmente y decidida por los Jueces (arg. Artículos 15 y 18 Ley N° 19.549). O, en su caso, revocado por la Administración

<sup>32</sup> CSJN, “Meridiano S.C.A. y otras c/ Administración General de Puertos”, sentencia del 24-04-1979, *Revista Régimen de la Administración Pública – Rap*: 9:88 y “Almacenes del Plata S.A.C. c/ Administración General de Puertos”, sentencia del 24-11-1988, *Fallos*: 311:2385.

<sup>33</sup> Comadira, Julio R., *Procedimientos Administrativos...*, op. cit.; comentarios a los Artículos 17 y 18; apartado 2.2.2, pp. 378-379.

era irrelevante a la luz de lo dispuesto en el Artículo 16 de la Ley N° 19.549. Por otra parte –agregó– el *a quo* nada dijo acerca de la “renuncia” formulada por su parte a la garantía de anticresis; e) la Cámara no fundó la declaración de nulidad de la Resolución N° 1.377/1991.

5) Que tal como lo decidió el *a quo*, el director del hospital sólo contaba con las facultades enumeradas en los Artículos 4° y 5° de la Ley N° 19.337. De esa disposición surgía su competencia para disponer de bienes inmuebles y, en forma implícita, se derivaba su competencia para constituir derechos reales sobre ellos. Sin embargo ésta debía ejercerse con ajuste a las disposiciones pertinentes (Artículo 4° inciso a de la Ley N° 19.337), lo que en el caso no ocurrió. En efecto, para la constitución del derecho real citado se requería –conforme a la reglamentación del Artículo 51 de la Ley de Contabilidad Pública, aprobada por el Decreto N° 2.045/1980– la intervención obligatoria de la Administración General de Inmuebles Fiscales. La misma norma disponía específicamente que la administración a cargo de los organismos usuarios se limitaba al uso y mantenimiento de los inmuebles afectados a su servicio, prohibiéndose los actos de disposición al señalarse que debían abstenerse de celebrar o propiciar actos que implicaran la transferencia de su uso o propiedad a otras entidades públicas o a particulares (Artículo 3°), lo que importaba otro óbice al intento de constituir el derecho real citado.

6) Que no es de aplicación en la especie la previsión del Artículo 7° de ese mismo decreto, en el que la actora pretende fundar la competencia del director del hospital para constituir anticresis: esa norma contempla exclusivamente la venta, transferencia o disposición de bienes inmuebles devenidos innecesarios, en los términos del Artículo 3° del Decreto N° 3.660/1961, al solo efecto de encomendar su venta

pública por razones de oportunidad, mérito o conveniencia mediante la correspondiente indemnización.

En consecuencia, una interpretación que armonice ambas disposiciones bien podría ser aquella que propugna un sector de la doctrina y según la cual para que el requisito del conocimiento del vicio por el interesado pueda considerarse cumplido, es imprescindible su participación dolosa o maliciosa en la formación del vicio que afecta a dicho acto, no bastando cualquier conocimiento o noticia<sup>34</sup>.

El conocimiento del vicio por parte del interesado debería comportar –entonces– un conocimiento doloso o malicioso; es decir que el interesado haya provocado o participado en su formación, pues la ley lo impone como castigo o sanción a su mala fe<sup>35</sup>,

<sup>34</sup> De lo contrario, la estipulación legal prácticamente no tendría cabida, desde que el error de derecho o la ignorancia de la ley en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad de los actos ilícitos (Artículos 20 y 923 Código Civil).

<sup>35</sup> Cfr. voto del Juez Corti en el fallo citado *supra* en nota 25. Gordillo, Agustín, *Tratado...*, *op. cit.*, T.III, p. VI-18; párrafo 10.2. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho...*, p. 271 y especialmente nota 113 en esa misma página. En contra Carillo, Santiago R., para quien se deberá demostrar que el administrado estuvo en condiciones de valorar la legalidad del obrar de la Administración y entonces dependerá de cuestiones de hecho que deberán ser alegadas y probadas en cada caso. Cfr. del citado “¿Legalidad vs. Seguridad Jurídica? El conocimiento del vicio como fundamento de la anulación del acto” (nota al fallo del TS Ciudad Aut. de Buenos Aires recaído con fecha 09-04-2003 en la causa “Labayru, Julia E. y otros s/ queja”), *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo del 05-12-2003, p. 13 y sigs. y especialmente p. 23, elogiando el criterio expuesto en el voto en disidencia de los Jueces Muñoz y Casás en el fallo que el autor comenta.



a la Secretaría de Hacienda - Administración General de Inmuebles Fiscales. De igual modo, la cuestión no puede subsumirse en lo dispuesto por el Artículo 6° de la Ley N° 22.423 que invoca el recurrente, ya que se refiere a una cuestión distinta: la venta de inmuebles del dominio privado del Estado, innecesarios para el cumplimiento de sus funciones.

7) Que es doctrina de esta Corte que los contratos públicos están sujetos a formalidades preestablecidas y contenidos impuestos por normas que prevalecen sobre lo dispuesto en los pliegos, lo cual desplaza la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes (cfr. *Fallos*: 316:3157). La aplicación de este principio al caso conduce a concluir que el ente licitante no pudo así insertar, en las bases de llamado a Licitación N° 28/1992, cláusulas que no respetaban las disposiciones vigentes en materia de administración y disposición de bienes estatales.

De la omisión de cumplir con las formalidades reseñadas se deriva –tal como lo señaló el *a quo*– la nulidad absoluta de los actos de llamado a la Licitación N° 28/1992 y de adjudicación de esta última por la Resolución N° 161/1992, por lo que se extingue también la Resolución N° 1.377/1991, dictada en el marco del llamado a licitación referido.

Contrariamente a lo que sostiene la recurrente, resulta adecuado aplicar para el examen de la validez de los actos relacionados con contratos administrativos, las disposiciones de la Ley N° 19.549. En efecto, de acuerdo a lo establecido en el último párrafo del Artículo 7° de dicha ley (texto anterior a la reforma por el Decreto N° 1.023/2001), los contratos administrativos se regían por sus leyes especiales y en forma analógica por las disposiciones del Título III de la ley, esto es, el régimen del acto administrativo.

---

criterio que recientemente ha recibido la adhesión de un nutrido e importante sector de la doctrina<sup>36</sup>.

De lo contrario, no cabría hacer ninguna diferencia en el tratamiento que la ley le dispensa a ambas categorías de actos y es sabido que –como bien lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde antiguos pronunciamientos– en lo relacionado con los métodos de interpretación de la ley la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no pueden presumirse, y que la primera regla en esta materia consiste en respetar la voluntad del legislador y en tal sentido debe estarse a las palabras que ha utilizado. Si la ley emplea determinados términos, la regla de interpretación más segura es la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, por cuanto, en definitiva, la misión de los Jueces es dar pleno efecto a las normas sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por aquel en ejercicio de sus propias facultades<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Cfr. Agustín Gordillo (Director) – Mabel Daniele, Osvaldo Siseles, Diego Sarciat, Mario Retjman Farah, Gregorio Flax, Rosaura Cerdeiras y colaboradores, en *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis – Depalma, 2003, p. 211, donde los redactores y colaboradores propugnan una interpretación sumamente cuidadosa de esta excepción so riesgo de convertir en revocable cualquier acto y desnaturalizar en consecuencia la excepción normativa.

<sup>37</sup> *Fallos*: 318:1012 y sus abundantes citas entre muchísimos otros.

En este contexto, la inexistencia de regulaciones especiales no podía conducir sino a la aplicación de las previsiones relativas a los actos administrativos, razón por la cual no puede objetarse el examen de los recaudos de validez de los actos impugnados que la Cámara efectuó a la luz de las disposiciones contenidas en la Ley N° 19.549.

8) Que igual suerte deberán correr las quejas de la apelante vinculadas a la alegada ausencia de tratamiento de sus agravios sobre la “accesoriedad” de la cláusula de constitución de anticresis contenida en el llamado a licitación. Ello es así pues si bien el *a quo* consideró que era abstracto pronunciarse sobre el punto en atención a la declarada ilegitimidad del llamado, de todos modos evaluó la validez de la cláusula respectiva, por lo que el alegado carácter accesorio carece de relevancia.

9) Que, del mismo modo, no resulta reprochable que el *a quo* no haya considerado la “renuncia” que la recurrente efectuó respecto de la “garantía de anticresis” (Capítulos 15 de la demanda y 14 de la expresión de agravios ante la Cámara): esa renuncia era jurídicamente irrelevante pues fue formulada por quien, como la actora, no era titular del derecho respectivo, e inadmisibles ya que los pliegos de condiciones generales constituyen reglamentos (*Fallos*: 316:3157), razón por la cual el particular que participa en la licitación carece de la facultad de sustraerse a la aplicación de alguna de sus disposiciones.

10) Que finalmente, deben desestimarse los agravios relativos a la autocontradicción del pronunciamiento apelado. En efecto, más allá de que se trata de una mera reiteración del memorial contra la sentencia de primera instancia que como tal autorizaría a declarar la deserción de este aspecto del recurso, lo cierto es que el apelante carece de interés en sostener esta queja. Es que aun cuando se admitiera por vía de mera hipótesis que del progreso de la acción de lesividad resultaría la invalidez de la Resolución N° 101/1994, ese mismo resultado positivo respecto de la mencionada acción de lesividad obstaría a la procedencia de su reclamo.

Por ello, se declara procedente el recurso ordinario interpuesto por “El Rincón de los Artistas SRL” y se confirma la sentencia apelada. Con costas (Artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase los autos.

**Carlos S. Fayt.**

**REVOCACIÓN POR OPORTUNIDAD DE CONTRATOS  
DE INFRAESTRUCTURA Y RESARCIMIENTO  
DEL *LUCRO CESANTE***

**(Análisis crítico del Régimen Nacional de Contrataciones  
aprobado por el Decreto Delegado N° 1.023/2001)\***

**I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

No seríamos originales si dijéramos que desde variados ámbitos se sostiene que nuestro país requiere de un plan de inversiones en infraestructura pública sostenido en el tiempo –proveniente tanto de fuentes de financiamiento del sector privado como público de la economía– en prácticamente todas las áreas imaginadas<sup>1</sup>, de una magnitud tal que –junto a otras acciones económicas– sería capaz de convertirse en el motor del desarrollo económico que nuestro país requiere impostergablemente, al punto de que con renovados bríos todos los planes de gobierno –tanto nacional, como provinciales y municipales– lo incluyen pregonando –especialmente en tiempos electorarios– que permitirá sacar definitivamente a la sociedad argentina de las recurrentes crisis que le toca vivir.

El interrogante –de crucial dimensión– es si tal cometido es posible de ser logrado en el ámbito nacional con disposiciones contenidas en un reglamento delegado que –a mi modo de ver– no solamente ha excedido notoriamente el ámbito de la delegación conferida por el legislador con sustento en el Artículo 76 de la Constitu-

\*“Revocación por oportunidad de contratos de infraestructura y resarcimiento del lucro cesante. (Análisis crítico del Régimen Nacional de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado N° 1.023/2001)”; *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 320:17, Ediciones Rap S.A. (mayo 2005).

<sup>1</sup> Véase Ferreres, Orlando, “Crecer a largo plazo”, *Revista Noticias*, Año XXII, N° 1.481, del 14-05-2005, pp. 40/42.

ción Nacional, sino que a través suyo, y bajo la invocación de que era necesario derogar o modificar normas –incluso de rango legislativo– que perjudicasen la competitividad de la economía (arg. Artículo 1º, apartado II, inciso e) Ley N° 25.414), se ha fijado un haz importante de competencias en cabeza, no ya del propio Poder Ejecutivo, sino de órganos administrativos de inferior rango, en tanto éstos asuman el carácter de contratantes, que posibilitan –incluso– la negación del más elemental principio de toda contratación, como es el cumplimiento estricto del acuerdo válidamente celebrado y de un resarcimiento pleno e íntegro con desplazamiento de los principios generales aplicables a todo contrato.

Podría argumentarse –en contra de lo dicho– que es material y jurídicamente imposible aplicarle al Estado la regla de que el contrato es ley para las partes, en cuanto él, como creador del ordenamiento jurídico, puede para el caso dado desplazar dicha regla invocando el interés público<sup>2</sup>, pero ello sería admisible –al menos en nuestro ordenamiento– a condición de que cuando lo haga sea a través de una ley formal y asumiendo plenamente las consecuencias patrimoniales de semejante decisión (argumento que surge de los Arts. 17 y 19 de la Constitución Nacional).

Que ciertas reglas vigentes para todos los contratos son también aplicables a los contratos administrativos configura hoy una afirmación generalmente aceptada, al menos en algunos aspectos que podrían considerarse consustanciales al ordenamiento jurídico<sup>3</sup>. Así, por ejemplo, en el estado actual de cosas no hay lugar para poner en duda que el *principio general de la buena fe* en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos, receptado normativamente en nuestro medio por el Artículo 1198 del Código Civil, es plenamente aplicable a los contratos que celebran las Administraciones públicas, aunque su objeto sea de naturaleza administrativa.

Tampoco deberían abrigarse dudas acerca de que el contrato administrativo, en cuanto es un acuerdo de voluntades, integra el género de los contratos y por ello también sus estipulaciones forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma. Así expresamente lo ha decidido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en criterio que no se ha visto hasta la fecha modificado<sup>4</sup>. Puede ser que tampoco, y merced a las constantes declaraciones de emergen-

<sup>2</sup> Gallegos Fedriani describe con elocuencia el fenómeno diciendo: “Es imposible, teóricamente, reconciliar la idea de una promesa que obliga, con la existencia de un poder de hacer leyes que pueden variar el efecto de aquella promesa”. Ver Gallegos Fedriani, Pablo O., “Los contratos privados de la Administración”, en *Régimen de Contrataciones y Compre Nacional*, febrero 2002, p. 30, Separata de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*.

<sup>3</sup> González Pérez, Jesús: “El de la buena fe aparece como uno de los principios generales que sirven de fundamento al ordenamiento, informan la labor interpretativa y constituyen decisivo instrumento de integración”, *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, 4ª edición actualizada, p. 29.

<sup>4</sup> En forma muy reciente la Corte Suprema ha reiterado su criterio de que “[...] los contratos administrativos constituyen una ley para las partes (Fallos: 313:376, considerando 11 del voto del Juez Fayt; 315:1760); en ellos el principio es siempre el cumplimiento de lo pactado (*pacta sunt servanda*), y la

cia llevadas a cabo legislativamente y con fundamento en sus amplias delegaciones de facultades –la más de las veces inconstitucionales–, falten argumentos en los tiempos que corren para poner en tela de juicio esta última afirmación, ya que ciertamente tal fenómeno produce una manifiesta degradación del derecho administrativo hasta su práctica desaparición<sup>5</sup>.

Pero si el contrato administrativo participa de las características esenciales de todo contrato en cuanto es un *acuerdo de voluntades*, como ha recordado la Corte Suprema, con tristeza habrá que concluir en que la admisión de que el poder administrador puede desplazar la regla sin habilitación legal expresa y razonable o con invocación de situaciones de necesidad y urgencia, implicaría tanto como la negación de su misma existencia<sup>6</sup>.

No es del caso ingresar aquí en la polémica suscitada en un sector de la doctrina acerca de las implicancias derivadas de la recepción normativa de facultades de muy amplio alcance en cabeza de la Administración pública en el ámbito de la contratación administrativa, pero sería oportuno admitir que el reconocimiento de la existencia de esos poderes implícitos en sistemas jurídicos que no han podido evitar los excesos provenientes de la confusión generada entre el interés público y el de los administradores de turno no ha dado –ciertamente– los mejores resultados.

Es en buena medida laudable el propósito del Decreto N° 1.023/2001 dirigido a uniformar el régimen jurídico de los procedimientos de selección del contratista para el denominado Sector Público Nacional, que hasta su dictado estaban establecidos en las normas reguladoras de cada contrato y de ese modo armonizar los preceptos aplicables con los principios que venían impuestos por las normas del derecho supranacional (v. gr.: La Convención Americana Contra la Corrupción), evitando de tal manera su obligatoria aplicación<sup>7</sup>, pero ciertamente el espectro queda incompleto a poco

---

modificación unilateral llevada a cabo por la administración, con independencia de la voluntad del contratista, no puede ser justificada a la luz de lo expresamente dispuesto por el Artículo 1197 del Código Civil (*Fallos*: 312:84)”; Cfr. “Pradera del Sol c/ Municipalidad de General Pueyrredón” P.864.XXXVI. Sentencia del 2 de diciembre de 2004. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 319, abril 2005.

<sup>5</sup> La bibliografía jurídica en este aspecto es sumamente vasta, pero pueden citarse, entre muchos otros, Crivelli, Julio César, *La Emergencia Económica Permanente*, Buenos Aires, Ábaco, p. 30 y sigs., 2001; Urritigoyti, Javier, “Del derecho de la emergencia al derecho de la decadencia”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*:289:261 y sigs, Año XXV.

<sup>6</sup> Mairal, Héctor, “Los Contratos Administrativos en el marco de la Emergencia Pública Argentina”, en AA VV, *El Derecho administrativo de la emergencia, III* (Sebastián Alanis - Coordinador), Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

<sup>7</sup> Fenómeno que venimos elogiando desde hace bastante más de una década, cuyo comienzo ubicamos con la Ley de Reforma del Estado N° 23.696 y prosiguió con la Ley N° 24.156 de Administración Financiera, y para ello nos remitimos a lo que hemos dejado expuesto en el Estudio Preliminar de las sucesivas ediciones de la *Ley de Administración Financiera y Control de Gestión*, edición especial de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*, Buenos Aires, Ediciones Rap, ver, por citar un ejemplo, 10ª edición, 2004.

que reparemos en el hecho de que sus prescripciones sólo comprenden el segmento definido por el Artículo 8°, inciso a) de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y han sido excluidos los sujetos del inciso b) del mismo artículo<sup>8</sup>, pues si bien ambos espectros organizacionales configuran el denominado Sector Público Nacional, en la consideración que del mismo realiza la citada Ley N° 24.156, el Régimen de Contrataciones no ha mencionado ese segundo universo. La exclusión menos aún se justifica si la disposición se ha dictado para hacer más transparente el funcionamiento de este sector de la economía.

Un fenómeno de características semejantes aunque con una finalidad diferente es descrito en el ámbito del derecho comunitario europeo a partir de la adopción del concepto de *poderes de adjudicación*, el cual tiene como objetivo evitar mediante subterfugios y ficciones la aplicación obligatoria del derecho comunitario y con ello la vigencia plena de los postulados básicos de libertad económica del mercado integrado, particularmente el de la libre circulación de bienes y servicios entre los Estados miembro<sup>9</sup>.

Pero de esa necesidad de uniformar los procedimientos de selección no puede derivarse la atribución de regular también de manera uniforme –como lo hace el decreto delegado– todos los contratos que celebra el Sector Público Nacional declarándole aplicables las soluciones que se pregonan concebidas para un sector de ellos (los de objeto administrativo) y aún dentro de estos sin atender su diversa realidad económica.

Así, del denominado fenómeno de la *iuspublicación* de los sistemas de contratación estatales que describe la doctrina<sup>10</sup> no debería implicarse una conversión de todos los contratos que celebra el Estado en contratos administrativos, sino estrictamente limitarse a las reglas que rigen el procedimiento de selección y para hacer más competitivo y transparente el funcionamiento de este sector de la economía, propósi-

<sup>8</sup> En contra de tal criterio se expresa Cassagne, Juan Carlos, “La caracterización legal de las contrataciones de la Administración nacional”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Lexis Nexis, N° 49, p. 701 y sigs., en especial p. 715.

<sup>9</sup> Cfr. Moderné, Frank, “La Contratación Pública en el espacio económico europeo”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho –Universidad de Buenos Aires–, Lexis Nexis, 2004, p. 231 y sigs. En sentido análogo, describiendo el caso español a partir de la reciente modificación del Régimen de Contratos Públicos operada por el Real Decreto Ley N° 5/2005, del 11 de marzo, puede verse Mellado Ruiz, Lorenzo, “El Sistema Jurídico de la Contratación Pública en España: novedades del Régimen de los Contratos realizados por Entes Públicos de Gestión sujetos al Derecho privado”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 321 (junio, 2005). Claro que el fenómeno comunitario es ya más amplio y de las libertades económicas en el espacio así integrado se está actualmente dando paso a un nuevo espacio de libertades humanas consideradas fundamentales. (Cfr. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “Europa, un espacio de libertad”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 318:9, marzo 2005; Amaya, Jorge A., “Constitución o Tratado. Un triunfo de la democracia europea”, misma publicación N° 322, julio 2005 (en prensa).

<sup>10</sup> Cfr. Cassagne, Juan Carlos, “La caracterización legal...”, *op. cit.*, p. 703.

to con el que me he manifestado decidido partidario hace muchos años respecto al poder de adquisición y contratación que asumieron los prestatarios de servicios públicos, a condición –claro está– de que fuera establecido como deber mediante la sanción de una ley formal (argumento que surge del Art. 19 de la Constitución Nacional)<sup>11</sup>.

A mi modo de ver, y para entrar de lleno en la respuesta al interrogante que he planteado al comienzo, la ley debería lisa y llanamente negarle al órgano contratante el ejercicio de la potestad revocatoria de contratos válidamente celebrados, fundándose para ello en razones de interés público o bien de oportunidad, mérito o conveniencia en aquellos contratos que no posean objeto administrativo, y en los que sí lo poseyeran en tanto no mediara una ley especial previa estableciendo las consecuencias patrimoniales de su invocación; máxime cuando se encuentren en juego inversiones de gran magnitud, cuando sean necesarios plazos extensos de funcionamiento para su amortización o cuando las condiciones del sujeto contratante hayan sido especialmente tenidas en cuenta para la elección.

Antes de juzgar como herética la afirmación vertida en el texto, obsérvese que como lo ha advertido la doctrina<sup>12</sup> tal posibilidad es expresamente admitida por el ordenamiento jurídico nacional, pues el Artículo 19 del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.299/2000, ratificado más tarde por la Ley N° 25.415, y que instaura el Fondo Fiduciario para el Desarrollo Provincial, expresamente se ocupa del asunto. De igual manera en el orden de las legislaciones provinciales debe citarse la Ley N° 8.836 de la provincia de Córdoba, por cuyo Artículo 55 se faculta al Poder Ejecutivo al otorgamiento de derechos reales administrativos temporarios sobre los bienes afectados en los contratos de concesión o licencia para la construcción de obras, trabajos o servicios públicos, con el fin de abaratar costos de financiamiento que se traduzcan en menores precios, tarifas o peajes a los usuarios y en esos supuestos, en caso de que la autoridad no hubiese realizado ninguna previsión en los respectivos Pliegos de Bases y Condiciones con relación a la revocación por razones de interés público, se debe aplicar derechamente la Ley de Expropiaciones.

## II. LA INCONSTITUCIONAL SOLUCIÓN DEL RÉGIMEN NACIONAL DE CONTRATACIONES.

En lo que aquí interesa debe señalarse que, entre las facultades y obligaciones que *especialmente* el Artículo 12 del Régimen le atribuye a la autoridad administrati-

<sup>11</sup> Cfr. Mertehikian, Eduardo, “La Regulación de los Servicios Públicos Privatizados”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 197:5 (febrero 1995). Solución que propugnamos también cuando tuvimos oportunidad, junto al Profesor Ismael Mata, de elaborar el Anteproyecto de Actualización de la Ley Nacional de Obras Públicas N° 13.064 por invitación que nos cursara en el año 1994 el entonces Ministerio de Justicia de la Nación y en cuya redacción y coordinación cupo importante intervención al Profesor Armando N. Canosa. Es esa la solución que adopta la Ley N° 25.551 de Compre Trabajo Argentino.

<sup>12</sup> Mairal, Héctor, “La Teoría del Contrato Administrativo a la luz de recientes normativas” en AA VV, *El Contrato Administrativo en la actualidad*, Agustín Gordillo - Director, *La Ley*, Suplemento Especial, mayo 2004.

va, se encuentra la del inciso b) de dicha norma que dispone la posibilidad de “aumentar o disminuir hasta un veinte por ciento (20%) el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos”, y estableciendo en su segundo párrafo lo siguiente: “La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante”.

Ahora bien, sin perjuicio de que en estricta forma la disposición sólo debiera haberse ocupado de las consecuencias de la modificación contractual (pues de eso trata exclusivamente el primer párrafo), en ese estricto supuesto podría encontrar justificación la limitación indemnizatoria dispuesta en el segundo párrafo pues –por definición– el contrato sigue su curso; debemos centrarnos –siguiendo en ello la opinión de la más calificada doctrina– en que en el supuesto de extinción anticipada el resarcimiento del daño que la disposición viene a negar “constituye el equivalente del sacrificio derivado por la desaparición del contrato, no el equivalente de la prestación faltante” ya que, por cierto, “la utilidad del contrato no se agota totalmente en la prestación: puede consistir también en otras utilidades consiguientes”<sup>13</sup>.

Tampoco debe omitirse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>14</sup> ha dejado establecido que el *lucro cesante* debe ser entendido como el conjunto de ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas y debidamente acreditadas y que –en términos estrictos–, conforme lo ha señalado también una muy autorizada doctrina, se trata de “la frustración de ganancia, la privación de un acrecentamiento patrimonial que el acreedor, verosímilmente, hubiera podido obtener según las circunstancias, si el cumplimiento se hubiera producido”<sup>15</sup>. Es claro también que “no basta con una mera posibilidad en abstracto de ganar más, sino que es necesaria la realidad concreta de haber dejado de ingresar determinada suma” y que

<sup>13</sup> Cfr. Messineo, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Traducción de R.O. Fontanarrosa - S. Sentís Melendo - M. Volterra, T. II, p. 346, EJEA, Buenos Aires, 1986.

<sup>14</sup> *Fallos*: 306:1409. En igual sentido se pronunció la SCJBA en la causa “García, Ezequiel P. c/ provincia de Buenos Aires”, del 11-08-1992, decisión que mereció el oportuno comentario del Profesor Armando N. Canosa, “Diferencias entre los distintos supuestos de responsabilidad por sus actos lícitos”, *El Derecho*, ejemplar del 19-05-1993. La cuestión acerca del alcance de la expresión “daños y perjuicios” viene ya definida por el Código Civil, en donde los Artículos 519 y 1069 precisan ambos conceptos, disponiendo el primero: “Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de ésta a debido tiempo”; en tanto que la segunda de las normas citadas establece: “El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras pérdidas e intereses”. Por su parte, el Artículo 520 del mismo Código establece: “En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación”, a no ser que el incumplimiento fuere malicioso, en cuyo caso el resarcimiento comprenderá también las consecuencias mediatas (Art. 521, Código Civil).

<sup>15</sup> Morello, Augusto M., *Indemnización del daño contractual*, Librería Editora Platense, Abeledo Perrot, 1974, 2ª edición, pp. 180/181.



para que resulte procedente su resarcimiento “tampoco es necesaria la absoluta seguridad de que ésta se habría conseguido”, sino que “basta cierta probabilidad objetiva según el curso ordinario de las cosas y de las circunstancias particulares del caso”<sup>16</sup>.

Ahora bien, debe retenerse que para el dictado del reglamento en cuestión el Poder Ejecutivo invocó expresamente la disposición del Artículo 1º, apartado II, inciso e) de la Ley N° 25.414 (cfr. tercer y último considerando del decreto), circunstancia que –remitiéndonos a su texto– obliga entonces a precisar que la atribución (enmarcada expresamente en el Artículo 76 de la Constitución Nacional y debiendo considerarla como *las bases de la delegación*, tal como lo dispone el Art. 2º de la Ley N° 25.414) estaba dirigida a “dar continuidad a la desregulación económica derogando o modificando normas de rango legislativo de orden nacional sólo en caso de que perjudiquen la competitividad de la economía”, exceptuando expresa e integralmente toda derogación, modificación y suspensión de –entre otras disposiciones– los códigos de fondo.

De tal suerte que si nos atenemos a los fundamentos vertidos para su dictado y muy especialmente a los de la finalidad de la Ley N° 25.414 (derogada al poco tiempo por la Ley N° 25.556), el ejercicio de la atribución delegada, en lo que se refiere al Artículo 12, inciso b) del Decreto N° 1.023/2001, ha excedido el ámbito de las facultades atribuidas pues no se llega a apreciar de qué manera la disposición reglamentaria se inserta en las bases de la delegación. Antes bien, el reconocimiento explícito de poderes tan amplios en la autoridad contratante y la injustificada limitación de la indemnización debida no parecen configurar un escenario proclive para proveer al Sector Público Nacional de reglas tendientes a concitar la competitividad en este sector de la economía, máxime cuando se trata de contratos de gran envergadura o complejidad<sup>17</sup>.

El constituyente ha establecido como regla general la prohibición de la delegación legislativa<sup>18</sup> y, por lo tanto, ese es el criterio que debe servir como guía para la

<sup>16</sup> Morello, Augusto M., *op. cit.*, pp. 195/196.

<sup>17</sup> Ya he expresado [cfr. “Servicios Públicos, Emergencia, Delegación Legislativa, Renegociación, Prestación Privada y Aprobación Ficta por el Congreso (A propósito de las Leyes Nros. 25.561, 25.790 y 25.820)”, en AA VV, *El Contrato Administrativo en la actualidad*, Agustín Gordillo – Director, *La Ley*, mayo 2004, p. 79 y sigs.] que desde mi punto de vista son aplicables las pautas interpretativas elaboradas por la Corte Suprema –con anterioridad a la Reforma Constitucional de 1994– alrededor de los conceptos de “estándar inteligible” o de “política legislativa”, al concepto de “bases de la delegación” empleadas por el Artículo 76 de la Constitución Nacional, concepto que si bien parece responder a idéntica expresión contenida en el Artículo 82.2 de la Constitución española de 1978, la doctrina explica también –con sustento en las expresiones vertidas en el seno de la propia Convención Constituyente Nacional– que la fuente de inspiración ha sido el Derecho constitucional americano y más precisamente la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, a cuyo fin me remito a González Campaña, Germán, “El mito de la delegación legislativa en el Derecho norteamericano”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 304:61 y para una interpretación del concepto de bases de la delegación véase la obra del profesor Barra, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 501.

<sup>18</sup> Bianchi, Alberto B., “Los Reglamentos Delegados luego de la Reforma Constitucional de 1994”, en AA VV, *Derecho Administrativo* (Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff) –Juan

interpretación de toda norma que produzca una traslación de competencias legislativas cuando ella se encuentra autorizada, ya que –por lo demás– la única delegación admitida por el Artículo 76 de la Constitución Nacional es la denominada *delegación impropia*<sup>19</sup> sin perder de vista que a más de los límites que tal disposición constitucional impone a los reglamentos delegados, rige también respecto de ellos la prohibición material que establece el Artículo 99, inciso 3), del mismo cuerpo normativo para los reglamentos de necesidad y urgencia<sup>20</sup>.

### III. LA CUESTIÓN EN LA LEY N° 13.064 Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA.

Es obligado señalar que el aparente silencio guardado en punto al alcance de la reparación debida al contratista de obra pública, cuando el contrato es revocado en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, fue interpretado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que las disposiciones de la Ley N° 13.064 no negaban la indemnización del lucro cesante, sino que lo admitían (“Eduardo Sánchez Granel” y sus antecedentes)<sup>21</sup> con un criterio que no su-

---

Carlos Cassagne - Director-, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 63 y sigs., especialmente p. 102. Canosa, Armando, “La Delegación legislativa en la Nueva Constitución”, en AA VV, *Estudios sobre la Reforma Constitucional*, –Juan Carlos Cassagne - Director-, Buenos Aires, Depalma, 1995. Comadira, Julio Rodolfo, “Los Reglamentos Delegados”, en *Acto Administrativo y Reglamento* (Obra Colectiva que reúne las exposiciones vertidas en las Jornadas Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral el 30 y 31 de mayo y el 1° de junio de 2001, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2002, p. 679 y sigs., en especial p. 686).

<sup>19</sup> Conforme también así lo expresamos en el trabajo citado en nota 17.

<sup>20</sup> *Ibidem*. Es que como lo ha señalado el profesor Cassagne, la interpretación que corresponde realizar es la que armoniza los preceptos de los Arts. 76 y 99, inciso 3), de la Constitución Nacional, pero a mi modo de ver siempre han de prevalecer las reservas legales del último de los artículos citados, puesto que de lo contrario se verificaría el esquema constitucional asistemático que el mencionado autor también advierte (Cfr. Cassagne, Juan Carlos, “La Configuración de la Potestad Reglamentaria”, *La Ley*, ejemplar del 26-11-2003). Hemos adherido así a la tesis que en esta materia ha dejado expuesta el Profesor Gordillo (Cfr. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 8ª edición, 2003, p. VII-32, numeral 13.2.) y ello en mi opinión además es así por la sencilla circunstancia de que el legislador no puede darle al Poder Ejecutivo una facultad que el propio constituyente en términos expresos y concluyentes le ha negado, reservándola en exclusividad al legislador. Ver también las opiniones en favor y en contra de tal postura que este último autor cita en el lugar indicado (ver especialmente nota n° 13.10 en la p. VII-34.). A la misma conclusión, pero por fundamentos diversos, arriba la profesora María Angélica Gelli (*Constitución de la Nación Argentina - Comentada y Concordada*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2003, segunda edición ampliada y actualizada, apartado 5.3., pp. 621/622).

<sup>21</sup> En efecto el criterio jurídico expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SAICFI” (*Fallos*: 306:1409) no era nuevo en la jurisprudencia del Alto Tribunal y ya había sido expuesto en “Boccaro, Armando” (*Fallos*: 277:225) y en orden a la admisión del lucro cesante en el contrato de obra pública reconoce valiosos antecedentes en las sentencias recaídas en las causas “S.R.L. Livio Dante Porta y Cía. SAIC c/ Ferrocarriles Argentinos”, (*Fallos*: 286:333) y en “S.R.L. Pensavalle c/ Nación Argentina” (*Fallos*: 296:729).

frío variaciones posteriormente ya que la solución recaída en la causa “Motor Once”<sup>22</sup> actúa en un plano diferente<sup>23</sup>.

Por otra parte, la ausencia de una norma específica en la Ley N° 13.064 debe ser integrada –tal como lo ha llevado a cabo el Alto Tribunal– con la disposición del Artículo 1638 del Código Civil, que establece: “El dueño de la obra puede desistir de la ejecución de ella por su sola voluntad, aunque se haya empezado, indemnizando al locador todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener por el contrato. Empero, los jueces podrán reducir equitativamente la utilidad por reconocer si la aplicación estricta de la norma condujera a una notoria injusticia”.

La solución que viene a aportarnos ahora el Decreto N° 1.023/2001 al negar la procedencia de este rubro indemnizatorio se aparta sin justificación no solamente del criterio establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus diversos pronunciamientos sobre el punto, sino del derecho de fondo que regula específicamente el supuesto y cuya aplicación debe ser directa.

Retomando el interrogante del comienzo, y para decirlo con todas las palabras y en lenguaje sencillo, resulta abiertamente contradictorio requerir inversión de riesgo en infraestructura pública mediante la celebración de contratos que la doctrina ha calificado certeramente como de larga duración<sup>24</sup> y, al mismo tiempo, proveer un cuadro normativo integrado por disposiciones de naturaleza reglamentaria, no sólo inconveniente, sino manifiestamente inconstitucional.

No todos los contratos que celebra la Administración pública poseen *objeto administrativo*, aun cuando el Decreto N° 1.023/2001 imponga como principio de interpretación la presunción de que su sustancia es administrativa, o que aun cuando el Derecho administrativo les resulte aplicable parcialmente en lo relativo a la competencia, al procedimiento y, en ciertos casos, a la forma, siguen siendo contratos no sometidos en lo referido a su objeto al derecho administrativo<sup>25</sup>. Insisto en que tal presunción admite prueba en contrario y que –precisamente– un supuesto de que ello es así es que la Ley N° 25.561 de emergencia pública expresamente condiciona su aplicación a los contratos regidos por las reglas del Derecho público<sup>26</sup>.

A pesar de tal disparidad intrínseca, el Artículo 12, inciso b), del mentado Decreto N° 1.023/2001, dispuso, sin hacer distinción alguna de esa realidad, que tal revocación es posible de ser ejercida por la autoridad contratante aun tratándose de contratos no regidos por el Derecho administrativo y que en tal caso se excluye también

<sup>22</sup> “Motor Once S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos: 312:649).

<sup>23</sup> Nos remitimos a lo que hemos dejado expuesto cuando comentamos el fallo en *La Responsabilidad pública*, p. 147 y sigs.

<sup>24</sup> Pérez Hualde, Alejandro, *Renegociación de Contratos Públicos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot – Lexis Nexis, 2002, p. 53.

<sup>25</sup> V. gr., una licencia otorgada para la explotación de casinos u otros juegos de azar; una locación de cosas regida por el Código Civil.

<sup>26</sup> Nos remitimos al trabajo citado en la nota 17.

la indemnización en concepto de lucro cesante. El citado argumento de la presunción de sustancia administrativa no es jurídicamente suficiente para desplazar la regla básica del cumplimiento estricto del acuerdo de voluntades, plenamente vigente en los contratos regidos tanto por el derecho común, como por el derecho público (Artículo 1137 Código Civil).

Se admite que el Estado posee una única personalidad y en mérito a ello puede actuar indistintamente tanto en el campo del derecho público, como en el del derecho privado, razón por la cual puede asumirse que queda sometido a sus consecuencias cuando contrata conforme con las regulaciones de este último<sup>27</sup> y –en consecuencia– el único instrumento jurídico del cual podría legítimamente valerse con capacidad de desplazar la precitada regla, basándose en razones de interés público, sería la expropiación por causa de utilidad pública legalmente declarada y previamente indemnizada.

Se podrá argumentar que aun en ese caso las disposiciones reguladoras del instituto no admiten en general la indemnización del lucro cesante (v. gr.: Artículo 10 de la Ley de Expropiaciones N° 21.499), pero la diferencia esencial radica en que la voluntad estatal declarada provendría no ya del acto de un órgano administrativo adoptado en la probable soledad de un despacho público, sino de las garantías que emanan del procedimiento sustancial y formal previsto en el Artículo 17 de la Constitución Nacional y –que en todo caso– ésta comprende el valor objetivo del bien o derecho despojado, convenida por vía de avenimiento o fijada judicialmente con amplitud de debate y prueba y todas las restantes garantías del proceso judicial. La situación no es en modo alguno comparable.

#### IV. COLOFÓN.

Es sabido que las cuestiones aquí tratadas han sido y son muy debatidas por la doctrina y reconocen, en uno u otro sentido, decisiones jurisdiccionales de suma trascendencia. La del alcance de la reparación debida al contratista de la Administración pública, en caso de que su contrato sea pasible de una revocación por razones de interés público, es –sin dudas– una de las cuestiones más controvertidas<sup>28</sup>, pero entendemos que la solución que brinda el reglamento delegado no solamente es inconveniente, sino ilegítima por inconstitucional.

<sup>27</sup> La regla de la coherencia en el obrar administrativo es una regla cada vez más olvidada, aunque no por ello menos predicable y es por eso auspicioso que la doctrina se ocupe expresamente de ella. Para un estudio acerca de la coherencia en el obrar administrativo y sus consecuencias jurídicas, nos remitimos al meduloso trabajo de Caputi, María Claudia, “La coherencia del Comportamiento Administrativo”, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Año 16, 2004, p. 879.

<sup>28</sup> En obsequio a la brevedad nos remitimos a la exposición que realizamos en *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 128 y sigs.

Por lo pronto, porque contraviene garantías consagradas por normas de rango superior (Arts. 17 y 19 Constitución Nacional) y por oponerse a disposiciones cuyo dictado corresponde, según la propia Constitución Nacional, al derecho común (Arts. 519, 1069, 1638 y ccs. del Código Civil).

Pero, además, por provenir de una regulación reglamentaria cuya equiparación de rango con la ley delegante es un aspecto muy controvertible y aún cuando así correspondiera en una interpretación que no comparto, no hay en las *bases de la delegación* operada a través de la Ley N° 25.414 disposición alguna que hubiera autorizado al Poder Ejecutivo a dictar una norma que pudiera desplazar el principio general del cumplimiento estricto de las obligaciones nacidas al amparo del acuerdo de voluntades (particularmente cuando se trate de contratos no regidos en cuanto a su objeto por el derecho administrativo), y menos aún que lo haya podido hacer negándole al contratista particular el derecho a que se le indemnice la utilidad objetivamente esperada por él cuando no ha dado motivos para la extinción anticipada del contrato, o que la extinción obedece a una objetiva y verificable situación de fuerza mayor.



# **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**





*Expte. N° 2.080/92: “Gómez Aberastain de Pita, María Estela de los Angeles y otros c/ Estado Nacional –Ministerio de Defensa– EMGE y otros s/ personal militar y civil de las FF AA y de Seg.”*

En Buenos Aires, a 11 días del mes de junio de 2002, reunidos los Señores Jueces de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para resolver los autos caratulados “Gómez Aberastain de Pita, María Estela de los Angeles y otros c/ Estado Nacional –Ministerio de Defensa– EMGE y otros s/ personal militar y civil de las FF AA y de Seg.”, y planteado al efecto para decidir si se ajusta a derecho el fallo apelado, el Dr. Jorge Esteban Argentó dijo:

1. El Juez de Primera Instancia hizo lugar –con costas– a la demanda entablada por María Estela de los Angeles Gómez Aberastain de Pita y Hernán Carlos Pita contra el Estado Nacional –Ministerio de Defensa– Estado Mayor General del Ejército, Mohamed Alí Seineldín, Luis Enrique Baraldini, Osvaldo Raúl Tevere, Jorge Pedro Mones Ruíz, Hugo Reinaldo Abete y Rubén Enrique Miguel Fernández, y condenó a éstos –en forma solidaria– a pagar a los actores una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del fallecimiento del Teniente Coronel Hernán Carlos Pita ocurrido con motivo de la recuperación del Regimiento N° 1 de Palermo. Asimismo rechazó la demanda promovida contra Antonio Arnaldo Pérez Cometto, con costas a la actora, desde que conoció la exculpación penal y las anteriores por su orden. Para así decidir, consideró que: 1) el Estado Nacional en cuanto considera que el fallecimiento en cumplimiento del deber constituye una eventualidad propia de la profesión militar elegida por la víctima y que la reparación no puede escapar de los márgenes previstos en la Ley

---

**“UN ALZAMIENTO MILITAR Y EL NACIMIENTO  
DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ADECUADA  
APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS”**

**(Comentario al fallo de la Sala III de la Cámara Nacional  
de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo federal  
recaída en la causa “Gómez de Aberastain de Pita, María  
y otros c. Estado Nacional y otros s/ personal militar y civil  
de las Fuerzas Armadas y de Seguridad”)\***

**I. EL CASO**

Con motivo del alzamiento militar del 3 de diciembre de 1990 y de los eventos que en dicha oportunidad tuvieron como escenario el Regimiento N° 1 “Patricios” de Palermo ubicado en la Ciudad de Buenos Aires, se produjo la muerte del Teniente Coronel Hernán Carlos Pita (Segundo Jefe del Regimiento) al ser alcanzado por disparos de bala, con motivo de las acciones llevadas a cabo por el mencionado junto a otro oficial (el Mayor Pedernera, Jefe de Operaciones del mencionado Regimiento) y

\* Este trabajo fue publicado en: *Revista del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 298:69, Ediciones Rap S.A. (julio 2003).

Nº 19.101, no asigna adecuada relevancia al hecho que quienes le causaron la muerte eran militares en actividad que, sublevados, emplearon los conocimientos y medios provistos por el Estado nacional para cometer el ilícito; 2) no es mirando a la víctima como se puede determinar la responsabilidad por los daños que la muerte provocaron, sino a los victimarios, ya que éstos fueron aceptados, entrenados y mantenidos por el Estado nacional, quien no previó ni advirtió que dentro de sus filas se encontraban profesionales predispuestos a alzarse contra la ley; 3) la pertinencia de agregar la indemnización basada en el Derecho común a la del régimen militar específico fue receptada por la Corte Suprema en la causa “Mengual”, del 19-10-1995; 4) el Estado nacional es responsable por su culpa *in eligendo e in vigilando*; 5) la responsabilidad de los codemandados (Excepto la de Pérez Cometto) en el hecho delictual de rebelión –en la que se encuentra enmarcada la muerte del Coronel Pita– ya ha sido resuelta por la justicia penal en la causa “Baraldini”; por lo que resulta aplicable el Artículo 1102 del Código Civil, que establece que después de la condenación del acusado en el juicio criminal no se puede contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya delito ni impugnar la culpa del condenado; 6) es inaceptable que los demandados intenten defenderse tratando de endilgarle al Coronel Pita la responsabilidad de su propia muerte y también resulta inapropiada la aplicación de los Artículos 901, 903, 904, 905 y 906 del Código Civil; 7) la cuestión planteada respecto a la vestimenta civil que llevaba Pita es inconducente; 8) tampoco puede aceptarse como casual eximente de responsabilidad la falta de determinación de la persona que concretamente efectuó los disparos, dado que todos los codemandados han sido condenados por el delito de motín en cuyo desarrollo ocurrió aquel hecho; 9) admitió la indemnización por daño moral –que fijó en la suma de \$300.000–, como así también el daño material por la

---

de otros suboficiales que resultaron heridos, para intentar recuperar el mencionado cuartel ocupado por un grupo de militares amotinados.

La acción de daños y perjuicios es promovida por la viuda del nombrado, por su propio derecho y en representación de los hijos menores de ambos, en forma conjunta contra el Estado nacional y los militares sublevados que habían sido ya condenados en sede penal como coautores del delito de motín agravado por el derramamiento de sangre en concurso ideal con el de rebelión agravada por su condición de militares<sup>1</sup>.

A su vez, cabe señalar que en una causa análoga la Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero, con fecha 23 de abril de 2002, condenó al Estado Nacional por considerarlo responsable, a indemnizar los daños y perjuicios provocados por la muerte del Mayor Pedernera sucedida con motivo de idénticos hechos a los aquí narrados, actuaciones judiciales en las cuales el Estado Nacional al no cuestionar su responsabilidad tuvieron decisiva influencia en la resolución de esta nueva contienda, por lo que más adelante se habrá de señalar<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cabe citar que cuando el presente artículo se encontraba en preparación el Poder Ejecutivo Nacional procedió a indultar a los militares involucrados en la sublevación mediante el dictado del Decreto Nº 1.228 publicado en el *Boletín Oficial* del 22-05-03.

<sup>2</sup> Dicha sentencia fue dictada como se dijo por la Sala I, en los autos “Martínez de Pedernera, María de la Paz y otros c/ Estado Nacional –Ministerio de Defensa– Estado Mayor General del Ejército y otros s/ juicio de conocimiento (Causa Nº 116/92)”.

diferencia existente entre lo percibido en carácter de pensión y el sueldo de un coronel en actividad, con más intereses; 10) desestimó el rubro daño psicológico en cuanto el mismo se encuentra involucrado en el daño moral; y 11) la absolución en sede penal del Teniente Coronel Pérez Cometto conduce a excluirlo de toda responsabilidad civil (vide fs. 888/97, y aclaratorias a fs. 898 y fs. 900).

2. Apelan la parte actora a fs. 901, los codemandados Seineldín y Baraldini a fs. 908, el Estado nacional a fs. 910, Mones Ruíz, Abete y Tevere a fs. 919, Rubén E. M. Fernández a fs. 934, la Defensora Pública Oficial –por la menor María Cecilia Pita– a fs. 940.

Seineldín y Baraldini aducen, en síntesis, que: a) en el caso, no se da el supuesto de prejudicialidad previsto por el Artículo 1102 del Código Civil, ya que no existe identidad entre la condena penal sobre el delito de motín con la de sede civil por indemnización de los daños sufridos por un homicidio doloso; b) resulta aplicable el Artículo 1111 del Código Civil; c) el juez desconoce que las unidades militares y de seguridad han sido blanco de atentados desde el año 1960 y que el terrorismo no desperdicia ninguna oportunidad para prepararlos; d) la interpretación que efectúa el *a quo* respecto al uso del uniforme importa una modificación de los reglamentos para recuperación de cuarteles; e) no solo no perseguían el resultado acaecido, sino además no se encontraban en el escenario de los hechos, ya que Seineldín estaba detenido en San Martín de los Andes y Baraldini en el Distrito Militar Buenos Aires; y f) como consecuencia remota de un motín que afectó a distintas unidades militares se condena de igual forma a quienes se encontraron en el lugar de los hechos y a los que no estaban allí (vide fs. 945/8).

---

## 2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La sentencia de Primera Instancia había hecho lugar a la demanda y, en consecuencia de ello, condenado en forma solidaria al Estado nacional y a los militares involucrados a la reparación de los daños y perjuicios provocados a los actores como resultado de la muerte del Tte. Cnel. Pita. Para así decidir, el magistrado de primera instancia tuvo en cuenta –entre otras– la circunstancia de que el hecho fue cometido por militares en actividad que al sublevarse emplearon el conocimiento y los medios provistos por el Estado Nacional para cometer la conducta ilícita, y que el propio estado no advirtió que entre sus filas existían profesionales dispuestos a alzarse contra la ley, de donde la responsabilidad de aquél nacía de su culpa en la elección y vigilancia de los sublevados.

De otra parte, el juez de primer grado entendió que al haber sido los codemandados condenados en sede penal por el ilícito al que les atribuía el nacimiento de su responsabilidad, resultaba aplicable la solución provista por el Artículo 1102 del Código Civil, disposición según la cual: “Después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado” y que era inaceptable la defensa de los demandados tratando de endilgarle la responsabilidad de la muerte a la propia víctima, pues según se desprende del relato de la sentencia éste, juntamente al Mayor Pedernera se habían hecho presentes en la unidad militar sin vestir sus correspondientes uniformes.

Cabe citar que, conforme surge del relato de la sentencia comentada, ni de la causa penal instruida, ni de las prevenciones militares llevadas a cabo, como así tampoco de los testimonios y peritajes médicos y balísticos realizados, pudo estable-

Rubén E. M. Fernández sostiene que: 1) tanto el Teniente Coronel Pita, como el Mayor Pedernera, actuaron en contra de todo lo prescrito por los Reglamentos Militares y sin ninguna orden de su superioridad, irrumpieron en el cuartel vestidos de civil y abrieron fuego contra tres suboficiales; 2) como consecuencia del enfrentamiento con un grupo suboficiales resultaron muertos Pita, Pedernera y el Cabo Morales; 3) no existe relación de causalidad adecuada (cfr. Artículos 901 y sigs. Del Código Civil) entre la muerte de Pita y la ocupación del Regimiento de Patricios, como así tampoco con el hecho por el que fue penalmente condenado; 4) la muerte del mencionado teniente coronel se produjo como consecuencia inmediata de su acción antijurídica, en violación de los reglamentos militares y con negligencia y impericia en su profesión; 5) la existencia de culpa de la víctima exime de responsabilidad a los demandados (cfr. Artículo 1111 del C. Civil); y 6) dado que la viuda del Coronel Pita –ascendido *post mortem*– cobra el sueldo correspondiente a ese grado, no le corresponde indemnización por daño material. Denuncian como hecho nuevo la aparición del Cabo Alcides Sánchez y ofrecen como prueba testimonial la declaración del mismo, que se encuentra cumpliendo condena en la cárcel de Caseros (fs. 958/63).

Jorge Pedro Mones Ruíz, Hugo Reinaldo Abete y Osvaldo Tevere reiteran sustancialmente la expresión de agravios de Rubén E. Fernández (fs. 964/70).

El Estado nacional aduce, en síntesis, que: a) el Coronel Pita murió en cumplimiento del deber de defender la Patria y la Constitución Nacional; b) no pueden aplicarse normas de responsabilidad civil a acciones que hacen específicamente –y no por accidente– al rol esencial que cumplen las fuerzas arma-

cerse una reconstrucción certera acerca del modo en que se produjo el fallecimiento del militar nombrado, siendo la hipótesis más difundida como probable la de que se produjo un enfrentamiento entre oficiales y suboficiales de ambos bandos, o sea que “[...] no quedó probado en sede penal, como así tampoco en estos autos quien o quienes fueron los autores materiales de los disparos que dieron muerte al Tcnl. Hernán Pita” (cfr. Considerando 4½ de la decisión comentada).

### 3. LA SENTENCIA DE CÁMARA

La sentencia de fecha 11 de junio de 2002 emanada de la Sala III de la Cámara de Apelaciones del fuero integrada por los doctores Jorge E. Argento y Roberto M. Mordeglia revocó parcialmente lo decidido por el Juez de Primera Instancia, pues si bien consideró responsable al Estado Nacional, desestimó la demanda con relación a los ex militares demandados.

En orden a esto último, consideró que no resultaba aplicable la cuestión prejudicial regulada por el mencionado Artículo 1102 del Código Civil, pues si bien los aludidos ex militares habían sido condenados en sede penal por los acontecimientos en los que perdió la vida el Tcnl. Pita, dicha condena penal no había sido impuesta por el delito de homicidio, sino –como quedó dicho– por el delito de motín agravado por el derramamiento de sangre en concurso ideal con el de rebelión agravada por su condición de militares y no se había podido establecer quien o quienes fueron los autores materiales de los disparos de bala que le provocaron la muerte, razón por la cual descartó la responsabilidad subjetiva que viene atribuida al autor del hecho por el Artículo 1109 del Código Civil.

das en el sistema democrático; c) el conflicto interno provocado por la toma de un cuartel, no difiere de la agresión externa (cfr. Artículo 29, Ley N° 24.059); y d) los hechos que dieron lugar al precedente “Mengual” de la Corte Suprema que cita el *a quo* difieren con el caso *sub iudice* (vide fs. 972/8). A fs. 979, amplía su expresión de agravios, manifestando que también cuestiona por elevados los montos y conceptos fijados tanto por el daño moral, como por las diferencias de haberes y la forma de aplicar intereses.

Los agravios vertidos por la actora a fs. 980/3 versan en relación con: a) la imposición de costas por la acción dirigida contra A. Pérez Cometto; b) el resarcimiento solicitado en concepto de daño psicológico que fuera denegado; y c) el costo del tratamiento psicológico.

A fs. 992/3 la Defensora Oficial impetra se modifique la condena en costas a sus representados respecto de la acción entablada contra Pérez Cometto, como así también el monto indemnizatorio fijado como daño moral, ya sea elevando el mismo o fijando otra suma en concepto de daño psicológico.

A fs. 1022 la actora contesta los planteos de hecho nuevo y prueba formulados a fs. 963 y a fs. 969/70.

A fs. 989/91 y fs. 1011/2, 997/8, 1000/10 y fs. 1015 obran las contestaciones de agravios presentadas –respectivamente– por Pérez Cometto, por el Estado Nacional, por la actora y por la defensora oficial.

3. En primer lugar corresponde resolver los planteos de hecho nuevo y prueba relativos a la declaración testimonial del Cabo Alcides Sánchez.

---

En cuanto al Estado Nacional, lo encontré responsable en el entendimiento que a tal conclusión debía arribarse por la aplicación al caso de la *doctrina de los propios actos*, en virtud de la cual le estaba vedada la posibilidad de discutir en esta nueva causa una atribución de responsabilidad que ya había sido admitida por él mismo con anterioridad en el pleito señalado en el párrafo I) del presente comentario, con motivo de idénticos acontecimientos que le causaron la muerte al Mayor Pedernera.

Para la determinación de la procedencia de la indemnización regida por el derecho común, consideré aplicable –por la admisión que de su responsabilidad había efectuado con anterioridad el Estado Nacional en la ya citada causa “Pedernera”– la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaída en la causa “Mengual”<sup>3</sup>, en virtud de la cual dicha indemnización civil en supuestos de responsabilidad por los denominados “actos de servicio” no viene suplida por el haber de pensión militar que por aplicación de la Ley N° 19.101 pudiere corresponderles a los deudos de la víctima de un acto de servicio.

#### **4. BREVIARIO SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO NACIONAL POR LOS DAÑOS SUFRIDOS POR EL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS**

Conforme lo he dejado expuesto en un anterior trabajo referido a la responsabilidad del Estado<sup>4</sup> el panorama de la doctrina de la Corte Suprema sobre este aspecto

<sup>3</sup> “Mengual, Juan y otra c/ Estado Nacional (Ministerio de Defensa – EMGE–) s/ cobro de australes” del 19-10-1995; *Fallos*: 318:1959.

<sup>4</sup> Cfr. del autor: *La responsabilidad pública, (Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema)*; Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, noviembre de 2001; en especial Capítulo XIII.

Se denominan “hechos nuevos” al conjunto de sucesos que, ligados inescindiblemente al planteo introductivo y siendo conducentes, acaecen con posterioridad a dicho planteo, o llegan a conocimiento de las partes con posterioridad al mismo. Su admisibilidad en la alzada está condicionada a que hayan ocurrido con posterioridad a la oportunidad prevista en el Artículo 365 del Código Procesal o hayan sido indebidamente rechazados en primera instancia (cfr. Falcón Enrique, “Cód. Procesal Civil y Com. de la Nación, anotado, concordado y comentado”, T. III, p. 130/1; esta Sala, *in re*: “Moreno”, del 13-04-2000). Las circunstancias que se denuncian en el *sub lite* no sólo son insuficientes por sí mismas para sustentar la existencia del hecho nuevo “sub examine” sino, además, tampoco se encuentra acreditado que “la aparición del testigo Sánchez” se hubiese producido en fecha posterior a la indicada en el Artículo 365 del Código Procesal.

Por lo demás, el planteo resulta improcedente dado que por resolución de fs. 82, el juez de primera instancia dio por decaído el derecho a producir prueba testimonial en relación con la persona cuya declaración se pretende obtener en esta instancia, habida cuenta la inactividad procesal de los codemandados Mones Ruiz, Abete y Tevere. Por tanto, corresponde rechazar los planteos de fs. Fs. 963 y a fs. 969/70.

4. El evento que motiva el litigio tuvo lugar el día 3 de diciembre de 1990, en el Regimiento de Infantería 1 “Patricios” de Palermo, de esta Ciudad, en oportunidad en que el Teniente Coronel Hernán Carlos Pita falleciera al ser alcanzado por disparos de arma de fuego, con motivo de la recuperación de la unidad militar.

tan complejo de la materia, justifica la necesidad de distinguir diferentes situaciones, bien que en todos los casos de lo que se trata es de establecer la viabilidad de adicionar una indemnización regida por el derecho común a las que se encuentran previstas por las disposiciones y reglamentos militares, cuando nos encontremos frente a un daño acaecido en lo que se ha dado en llamar “actos de servicio”. A su vez, la Corte Suprema ha distinguido el supuesto de las consecuencias dañosas que se producen en una situación de paz o aún en caso de guerra por situaciones ajenas al combate, de aquellas otras en las que estamos en presencia de una acción bélica o un hecho de guerra y los daños son consecuencia de la participación en una confrontación de tales características.

En ese sentido, parece haberse consolidado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el criterio según el cual si los daños son sufridos por el personal militar de carrera en cumplimiento de un acto de servicio, y las normas específicas que regulan la institución militar de que se trate no prevén una indemnización sino un haber de retiro de naturaleza previsional, nada obstará a la acumulación de una indemnización de derecho común, conforme lo ha dejado establecido el Alto Tribunal en la doctrina recaída en la causa “Mengual” aludida precedentemente, en la medida de una ausencia de previsión específica en las leyes y reglamentos militares. Tal es la solución que le asigna la Cámara al caso sometido a la decisión que es objeto de este comentario, al que se le aplicaban las previsiones de la Ley N° 19.101.

Sin embargo, tal criterio cede cuando los daños son el resultado de una acción bélica o una acción de guerra y no en supuestos accidentales como el suscitado en la citada causa “Mengual”, pues de ocurrir como resultado de la primera la solución

Según resulta de la causa penal instruida, el Tcnl. Pita y el My. Pedernera (Segundo Jefe del Regimiento y Jefe de Operaciones del Regimiento, respectivamente) –quienes habían ingresado a la guarnición militar con la finalidad ya señalada– fueron encontrados sin vida en la zona del mástil de la plaza de armas donde también se halló el cuerpo del Cabo 1ro. Morales y heridos a los Cabos 1ro. Sánchez y Morales. De las conclusiones allí formuladas resulta que ninguna de las declaraciones prestadas durante la audiencia ni en las prevenciones militares, como tampoco los peritajes médicos y balísticos, permiten una reconstrucción certera del modo en que se produjo ese derramamiento de sangre, siendo la hipótesis más probable la del enfrentamiento entre oficiales y suboficiales (vide fs. 25 vta de las fotocopias certificadas de la sentencia dictada por la Excma. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de esta Ciudad).

No quedó probado en sede penal, como así tampoco en estos autos quien o quienes fueron los autores materiales de los disparos que dieron muerte al Tcnl. Hernán Pita.

Al respecto, cabe tener presente que conforme resulta de la autopsia practicada Pita recibió diversos impactos de proyectil de arma de fuego: 1) a nivel del tercio interno de la clavícula derecha; 2) a nivel del tercio distal de la misma clavícula; 3) en cara lateral de hemitórax derecho; 4) a nivel de la cresta iliaca derecha, línea axilar media; 5) en cara anterior del muslo derecho; 6) en el rostro, en región geniana derecha, a 1 cm por debajo de la apófisis zigomática, con lesiones dispersas en regiones frontal, ceja, parotídea y pabellón auricular derecho.

Los codemandados Mohamed Alí Seinfeldín, Luis Enrique Baraldini, Osvaldo Raúl Tevere, Jorge Pedro Mones Ruíz, Hugo Reinaldo Abete y Rubén Enrique Miguel Fernández fueron condenados en sede

---

variaría y se tornaría aplicable la doctrina de la propia Corte Suprema recaída en la causa “Azzetti” del 10 de diciembre de 1998<sup>5</sup>, doctrina en virtud de la cual sí los daños son una consecuencia del cumplimiento de misiones específicas y legítimas de las fuerzas armadas, “[...] *características del servicio público de defensa* [...]”<sup>6</sup> no se origina responsabilidad del Estado Nacional por su actuación ilegítima ni legítima, más allá de la que expresamente se encuentre legislada en las normas específicas.

## **5. LA SOLUCIÓN DEL CASO POR APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Ahora bien, una vez dicho lo anterior, cuadra señalar que del relato descrito en los párrafos anteriores surge que la sentencia de la Cámara no entra al análisis de la responsabilidad del Estado Nacional sino es por la aplicación al caso sometido a su decisión de la doctrina de los propios actos y en virtud de esa aplicación asignarle valor jurídico trascendente a la conducta seguida por él cuando fue demandado en una causa análoga con motivo del resarcimiento de los daños y perjuicios reclamados por el fallecimiento del Mayor Pedernera.

En la causa precedentemente aludida se debatían las consecuencias dañosas de los mismos hechos, aunque la misma tramitó ante la Sala I de la misma Cámara y en ella la defensa del Estado Nacional había reconocido su propia responsabilidad en

<sup>5</sup> “Azzetti, Eduardo Narciso c/ La Nación – Estado Mayor General del Ejército– s/ accidente en el ámbito militar y f. de seguridad”; Fallos: 321:3.363.

<sup>6</sup> Cita textual de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

penal como coautores del delito de motín agravado por derramamiento de sangre en concurso ideal con el de rebelión agravada por su condición de militar (cfr. Artículos 683 y 686, inc. 1º del Código de Justicia Militar y Artículos 45, 54 y 226, inc. 1º y 3º del Código Penal).

Esta condena penal por el delito de motín que ha sido definida como una forma grave de insubordinación, colectiva, concertada y armada; como un delito plurisubjetivo que se consume con el alzamiento (vide fs. 3842, y fs. 3845 de la sentencia penal –fs. 123 de las fotocopias agregadas a autos)– no produce en este juicio los efectos previstos por el Artículo 1102 del Código Civil. Es que, si bien de acuerdo con lo establecido en la disposición legal citada, la sentencia penal condenatoria hace cosa juzgada en el proceso civil, ya que “después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya delito, ni impugnar la culpa del demandado”, no es dable soslayar que en el presente se reclama el resarcimiento de los daños sufridos por los actores como consecuencia de la muerte del Teniente Coronel Pita y que en sede penal los codemandados han sido condenados por el delito de motín agravado por el derramamiento de sangre, pero no por el de homicidio, ya que no se ha podido determinar quien o quienes fueron los autores materiales de los disparos que terminaron con la vida de aquel.

Al respecto, en la sentencia penal se dejó expresa constancia de que el complejo juzgamiento de tantos procesados, escogió una suerte de corte horizontal que importó dejar sin posibilidad de consideración a hechos, en los que se encontraban implicados militares de graduación muy diversa. Siendo entre ellos, el caso más relevante, los episodios con víctimas fatales que en esta etapa no podrían ser resueltos;

los acontecimientos, dado que sus agravios se habían limitado a cuestionar el monto de la indemnización fijada, pero no su procedencia, razón por la cual en esta otra contienda, más allá del criterio del tribunal interviniente acerca de si la muerte del Tcnl. Pita ocurrió o no en el cumplimiento del deber militar y por lo tanto –añadimos nosotros– si podía o no resultar aplicable al supuesto el criterio sentado por la Corte Suprema en la citada causa “Azzetti”, lo cierto es que la sentencia declaró desierto el recurso de apelación del demandado Estado Nacional –en este punto– por ausencia de una fundamentación suficiente.

Aunque vale aclarar que la sentencia no lo dice, parece indudable que encuentra verificado el requisito de la “*unidad de situación jurídica*”, cuya ineludible presencia la doctrina ha destacado a efectos de que la teoría de los actos propios funcione<sup>7</sup>. De tal suerte, se tiene dicho que para que su aplicación resulte procedente es imprescindible que la contradicción se verifique *en el marco de una misma relación o situación jurídica*.<sup>8</sup>

Si tenemos presente que el acaecimiento de los perjuicios que se debaten en ambos pleitos obedecen al mismo sustrato fáctico, pues la muerte de ambos militares se sucede como resultado del probable enfrentamiento que existió entre oficiales y suboficiales en el intento de recuperar la unidad militar tomada por los sublevados y que ambos encuadraban en el mismo régimen jurídico (Ley N° 19.101) parece indudable que si el Estado Nacional reconoció su responsabilidad en un caso no

<sup>7</sup> Mairal, Héctor; *La doctrina de los propios actos y la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 69 con cita de Luis M. Díez Picazo.

<sup>8</sup> Cfr. Mairal, Héctor; obra y lugar citados.



aunque ello pudiese significar, eventualmente, la impunidad de algún encausado de este proceso, ante la posible concreción de un cuadro incriminatorio en juicios posteriores en los que pueda determinarse la responsabilidad criminal de alguno de los que entonces sean juzgados (vide fs. 3733 de las fotocopias agregadas a autos).

Por otra parte, también cabe tener en cuenta que la causa instruida en sede penal no sólo tuvo como objeto de análisis los hechos ocurridos en los cuarteles de Palermo, sino también los acaecidos en el Estado Mayor General del Ejército, que arrojaron como resultado la muerte del Sgto. Verdes (vide fs. 3756 vta./7); en el Regimiento de Caballería de Tanques N° 2, con la fuga de una columna de blindados; en el Batallón de Intendencia 601 “Antonio del Pino”; en la Fábrica Militar “Tanque Argentino Medio Sociedad del Estado” (T.A.M.S.E.) y en el Batallón de Arsenales 601 “Esteban de Luca”, de Boulogne, donde uno de los cinco tanques rebeldes que abandonaron la planta y avanzaron por la Ruta Panamericana y regresaron a la unidad por Avda. Rolón, embistió a un camión e hirió a un efectivo legal (fs. 3777 vta.); y en el Regimiento de Caballería de Tanques 6 “Blandengues”, con asiento Concordia, donde un disparo hirió de muerte al soldado Javier H. Gómez (fs. 3783 vta./5). Hechos que, conforme lo señalado a fs. 3790, fueron abordados en forma conjunta y evaluados en relación a un plan general gestado por un movimiento.

De esta forma, la circunstancia que los coaccionados Mohamed Alí Seinfeldín, Luis Enrique Baraldini, Osvaldo Raúl Tevere, Jorge Pedro Mones Ruíz, Hugo Reinaldo Abete y Rubén Enrique Miguel Fernández hayan sido condenados por insubordinarse y levantarse contra sus superiores jerárquicos y que la

---

podría haberla negado en el otro sin que surgiera en forma patente, palmaria o evidente, tan grave contradicción, de modo que la solución hallada por la sentencia encaja en la caracterización que de la teoría corresponde efectuar, teniendo especialmente en cuenta que la misma no es sino derivación del principio general de la *buena fe* y que de dicho principio no resulta ajena la Administración pública.

En orden a esto último, es pacífica la propia jurisprudencia administrativa emanada de la Procuración del Tesoro de la Nación, la que tiene reiteradamente dicho que la seguridad jurídica quedaría gravemente resentida si fuera admisible que pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien pretendiese ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con una anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz<sup>9</sup>.

Ahora bien, en lo que no concuerdo es con la solución a la que arriba la decisión con relación a los militares sublevados que fueron codemandados, a los que se los exculpa por considerar que la cuestión prejudicial prevista en el Artículo 1102 del Código civil no se encontraba verificada. En punto a ello creo que la sentencia de Primera Instancia había asignado un resultado justo a esta cuestión, pues la ilegítima utilización que de los medios de fuerza confiados por la comunidad realizan dichos codemandados los torna responsables en forma solidaria con el Estado Nacional,

<sup>9</sup> *Dictámenes*: 228:10 y sus profundas citas, entre muchos otros. *Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación*, N° 31; p.131 y siguientes.

pena recibida se hubiese visto agravada por el derramamiento de sangre, no importa sin más que en esta sede deba tenerse por configurada la responsabilidad civil por los daños ocasionados por la muerte del Tcnl. Pita. Lo cierto es que, en definitiva, ni en la causa penal ni en la presente ha quedado acreditado que los mencionados coaccionados –algunos de los cuales no se encontraban en el lugar de los hechos– hubiesen sido los autores materiales de los disparos que dieron muerte a Pita.

Para que la responsabilidad pueda ser atribuida a una persona como sujeto pasible del deber resarcitorio, no es suficiente que se haya comprobado la existencia de un daño y también de la de un hecho ilícito imputable al autor por culpa o dolo o de un hecho dotado por la ley de calidad suficiente para constituir un factor atributivo de responsabilidad a una persona determinada. Faltaría aún que este hecho aparezca como causa del daño, pues es evidente que esta exigencia es condición indispensable para que el perjuicio le sea atribuido. De allí que en el sistema de la responsabilidad civil se enuncie como un elemento o presupuesto esencial, la relación de causalidad junto a la antijuridicidad, el daño y los factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad (cfr. Bustamante Alsina, “Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad”, *La Ley* 1991-E, Sec. Doctrina, pp. 1378-1381).

Por tanto, y dado que no se encuentra probada la existencia de una relación de causalidad adecuada y suficiente para condenar a los coaccionados mencionados en los términos del Artículo 1.109 del Código Civil, como autores del hecho que motiva el litigio, corresponde en este punto modificar la sentencia apelada y rechazar la demanda entablada contra Mohamed Alí Seinfeldín, Luis Enrique Baraldini, Osvaldo Raúl Tevere, Jorge Pedro Mones Ruíz, Hugo Reinaldo Abete y Rubén Enrique Miguel Fernández.

toda vez que dicha responsabilidad surge como el resultado de las *vías de hecho administrativas*<sup>10</sup> ejercidas por los militares sublevados.

Por lo demás y siguiendo en ello la opinión que Marienhoff<sup>11</sup> dejara expresada sobre este aspecto, este argumento hubiera permitido responsabilizar tanto al Estado nacional como a los militares amotinados. Recuérdese que los codemandados habían sido condenados en sede penal por el delito de motín agravado por el derramamiento de sangre y que esa misma condenación criminal lo definió “*como una forma grave de insubordinación, colectiva, concertada y armada; como un delito plurisubjetivo que se consume con el alzamiento*” de tal modo que su perpetración puso en evidencia un comportamiento antijurídico para cuya materialización se emplearon, en contra de la ley, los medios aportados y confiados por el Estado a los agentes públicos sublevados.

Ese comportamiento antijurídico, ejercido a través de la utilización de medios aportados por el Estado –bien que para otros fines– configuró la vía de hecho admi-

<sup>10</sup> Para el estudio del concepto nos remitimos a Grecco, Carlos M.; “Vías de hecho administrativas”; *La Ley*, t.1980-C-1207, reproducido en Grecco-Muñoz, *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*; Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1999. La caracterización de la vía de hecho administrativa como fuente de responsabilidad ha sido abordada por nosotros como una especial fuente de responsabilidad al vincular su estudio con el requisito de la necesaria imputación jurídica del actuar administrativo a la organización estatal de la que forma parte, para lo cual nos remitimos a lo que hemos dejado expuesto en: *La responsabilidad ...*; obra citada; p. 115 y siguientes.

<sup>11</sup> Marienhoff, Miguel S.; *Tratado de Derecho Administrativo*; T. II, p. 216, N° 376, aunque luego en el T. III-B, p. 397, N° 1.037, deja también a salvo que, como principio, las vías de hecho dan lugar a la responsabilidad personal del funcionario.

5. El Estado nacional cuestiona la atribución de responsabilidad. Sostiene que no debe responder por los daños y perjuicios sufridos por los actores, en razón que el Tte. Coronel Pita murió en cumplimiento del deber de defender la Patria y la Constitución Nacional; así como que el precedente “Mengual” de la Corte Suprema no resulta aplicable a la especie.

Si bien la cuestión a dilucidar se centra en determinar si los actores, beneficiarios del haber de pensión, pueden obtener del Estado otro resarcimiento, fundado en el Derecho común y, en su caso, su procedencia y cuantía, de acuerdo a las reglas propias de la responsabilidad extracontractual, no es dable soslayar la conducta adoptada por el Estado nacional, en la causa judicial promovida por quienes reclamaron el resarcimiento por la muerte del Mayor Pedernera.

En efecto, no obstante que tanto el teniente Coronel Pita, como el Mayor Pedernera (Segundo Jefe del Regimiento y Jefe de Operaciones del Regimiento, respectivamente) fallecieron como consecuencia del mismo hecho y en las mismas circunstancias de tiempo y lugar (tal como ya se dijo en el Cons. 4º de la presente), el Estado Nacional –codemandado en ambos procesos que tramitaron en forma separada– no mantuvo un criterio jurídico unánime frente a la atribución de responsabilidad que fuera establecida en la presente causa y en la sentencia dictada en el expte. “Martínez de Pedernera, María de la Paz y otros c/ Estado Nacional –Ministerio de Defensa– Estado Mayor General del Ejército y otros s/ juicio de conocimiento (Causa Nº 116/92)”.

Conforme resulta de la sentencia dictada en esa causa, por la Sala I de esta Cámara, con fecha 23 de abril de 2002 (cuya fotocopia obra agregada a fs. 1054/80), el Estado nacional consistió expresamente la

---

nistrativa a la que aludo, el comportamiento material contrario al derecho, la acción material violatoria del ordenamiento jurídico establecido por parte de los agentes públicos que hace nacer la responsabilidad del Estado, conjuntamente con la de dichos agentes en forma solidaria (cfr. Artículos 700, 1081 y ccs. del Código Civil).

Con todo, este último disenso en orden a este limitado aspecto del decisorio, no pretende restarle valor a la cuestión medular que ha quedado resuelta, la responsabilidad del Estado disciplinada por la aplicación al caso de una solución que viene provista por uno de los principios que debe regir toda conducta estatal, la buena fe, esa que genera confianza en los ciudadanos crédulos de que la conducta estatal precedentemente desplegada en un determinado aspecto, no habrá de modificarse de un modo intempestivo o errático, echando por tierra normas, principios y valores que la sociedad ha incorporado como tales.

responsabilidad que le asignara al juez de primera instancia. Así, en el escrito de expresión de agravios se limitó a cuestionar el alcance y cuantía del resarcimiento otorgado, mas en lo atinente a la responsabilidad señaló que: “El a *quo* en su resolución afirma que es pertinente agregar la indemnización basada en el Derecho común al derecho reconocido por la ley que reglamenta el régimen militar específico, lo que resulta claramente de la aplicación del fallo de la Corte Suprema de Justicia “Mengual, Juan c/ Estado Nacional s/ cobro de australes” (cfr. fs. 816/7 del expte. mencionado).

Más allá del criterio de este Tribunal en punto a que el evento hubiese podido ocurrir en cumplimiento del deber militar, lo cierto es que la conducta del Estado nacional obsta a que se admita su agravio relativo a la atribución de responsabilidad. Es que el planteo de este codemandado no solo importa ponerse en contradicción con sus propios actos, frente a las consecuencias de un mismo hecho generadas, sino también la pretensión que se atienda en sede judicial un determinado planteo jurídico, cuando ante otro Tribunal –en una causa sustancialmente análoga, promovida por el mismo hecho– sostuvo exactamente lo contrario, sin dar explicación alguna, en evidente desconocimiento del principio de buena fe.

Nótese que el Estado nacional no se limita a omitir agravarse respecto a la atribución de responsabilidad, sino que la consiente expresamente, y formula ciertas consideraciones en lo atinente a la aplicación del precedente “Mengual”, que en el presente cuestiona. Al respecto, también es dable ponderar que en ambos escritos de expresión de agravios se remite a fundamentos jurídicos generales, sin referencia a circunstancias fácticas particulares que pudieran establecer diferencia alguna en relación con la responsabilidad por muerte de Pita y Pedernera.

Dada la naturaleza resarcitoria del reclamo su origen común y toda vez que, de acuerdo al mérito que se hiciera de lo argumentado en la causa, podría arribarse a soluciones divergentes, en violación de la garantía de la igualdad consagrada por el Artículo 16 de la Constitución Nacional, corresponde estar a la actitud adoptada por el Estado Nacional en el juicio seguido en relación con la muerte de Pedernera.

En estos términos, no cabe sino concluir que las manifestaciones vertidas por el Estado nacional en este pleito, respecto a la atribución de responsabilidad no constituyen una crítica concreta y razonada en los términos del Artículo 165 del Código Procesal. Por tanto, su recurso debe –en este punto– ser declarado desierto de conformidad con lo establecido por el Artículo 266 del C. Procesal.

6. Corresponde entrar a conocer los agravios vertidos en relación con el resarcimiento otorgado en primera instancia.

En primer lugar, cabe ponderar que el Estado nacional en el escrito de ampliación de expresión de agravios señaló que cuestionaba por elevados “los montos y conceptos fijados tanto por daño moral, como por las diferencias de haberes y forma de aplicar los intereses fijados” (vide fs. 979). Dichas manifestaciones no constituyen una crítica concreta y razonada de los fundamentos vertidos en el fallo en los términos del Artículo 265 del Código Procesal, sino mas bien una mera discrepancia que no resulta hábil para mantener la apelación.

Por tanto, y de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 266 del Código Procesal, también corresponde declarar desierto –en este punto– el recurso interpuesto por el Estado nacional.

7. Los actores se agravan del *quantum* del resarcimiento reconocido por daño psicológico. Aducen que la suma sólo alcanza para resarcir el daño moral sin que llegue a cubrir las consecuencias psicológicas y los costos de los tratamientos que deben realizar. Lo mismo aduce la Sra. Defensora Pública Oficial.

El planteo no resulta procedente. De la pericia psiquiátrica practicada en autos resulta que el grupo familiar compuesto por la Sra. De Pita y sus hijos Celina, Verónica, Sebastián y Hernán presenta un estado de angustia y desasosiego y que, a pesar del tratamiento instituido –que no fue completado– no se han podido recomponer psicológicamente del golpe provocado por la muerte de su cónyuge y padre. La experta señala que esta familia mantiene un duelo patológico y que se han podido adaptar a las circunstancias, pero no recomponerse psicológicamente. Aconseja la realización de una psicoterapia familiar (vide fs. 380/6 y fs. 445) y, a fs. 465, indica que ésta puede ser concomitante con un tratamiento individual.

Sin embargo, de lo dictaminado por la perito psiquiatra no puede concluirse que en la especie haya quedado fehacientemente acreditada la existencia de un daño psiquiátrico permanente en los actores, sino un perjuicio tan sólo eventual o hipotético que no puede ser objeto de resarcimiento alguno (cfr. C.S., *Fallos*: 311:2.863; 313:907 y 316:1.891; 317:536; entre otros).

En efecto, si bien la experta indica que no existen garantías o seguridad de que mediante los tratamientos psicológicos los integrantes del grupo familiar queden definitivamente sanados de las secuelas informadas, lo cierto es que sólo dijo que podía “preverse” que éstas –en parte– fuesen de carácter permanente (vide fs. 465), pero no afirmó con certeza la existencia de incapacidad psicológica permanente que torne procedente el resarcimiento solicitado.

Tampoco corresponde hacer lugar al agravio vertido en lo atinente a la cuantía del costo del tratamiento. Es que, no cabe poner en duda *a priori* la independencia del criterio e idoneidad de los profesionales de su obra social. Ello sin perjuicio del derecho de los actores, en caso de no resultar satisfactorio aquel tratamiento, de solicitar en sede judicial su complementación, atento en carácter integral que el reconocimiento del daño psíquico conlleva (esta Sala, *in re*: “Pirchio, Pascual José c/ Estado nacional (Min. Interior - Policía Federal s/ personal militar y civil de las FF AA y de Seg.”, del 10-03-98; “Juárez, Mario Héctor c/ Estado Nacional - Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, del 13-04-99).

8. Resulta atendible la cuestión que introducen los actores respecto a la forma en la que fueron distribuidas las costas en relación con la acción dirigida contra Antonio A. Pérez Cometto, que fue rechazada en primera instancia.

Más allá de que –conforme fue señalado *supra*– la condena penal –en este caso, la absolución– por el delito de motín agravado por derramamiento de sangre no produce en el presente los efectos previstos por el Artículo 1102 del Código Civil; no cabe duda respecto a que la complejidad jurídica de la cuestión planteada en autos amerita que las costas sean soportadas –en este caso– en el orden causado (cfr. Artículo 68, ap. 2º, del Código Procesal).

9. De igual forma y por las mismas razones deben ser soportadas por su orden las costas por la relación establecida con los codemandados Mohamed Alí Seineldín, Luis Enrique Baraldini, Osvaldo Raúl Tevere, Jorge Pedro Mones Ruíz, Hugo Reinaldo Abete y Rubén Enrique Miguel Fernández.

Por las consideraciones expuestas, voto porque: 1) se rechace la demanda entablada contra los codemandados Mohamed Alí Seineldín, Luis Enrique Baraldini, Osvaldo Raúl Tevere, Jorge Pedro Mones Ruíz, Hugo Reinaldo Abete y Rubén Enrique Miguel Fernández, con costas en ambas instancias en el orden causado (cfr. Artículo 68, 2º ap. y Artículo 279 del Código Procesal); 2) se impongan en el orden causado las costas por la relación establecida con Antonio A. Pérez Cometto; y 3) se confirme la sentencia apelada en cuanto condenó al Estado nacional a resarcir los perjuicios sufridos por los actores; rechazándose los agravios vertidos por los actores en relación con el *quantum* de la indemnización reconocida. Costas de esta instancia al Estado nacional sustancialmente vencido en la apelación.

El Dr. Roberto Mario Mordeglija adhiere al voto precedente.

Por lo que resulta del Acuerdo que antecede se rechaza la demanda entablada contra los codemandados Mohamed Alí Seineldín, Luis Enrique Baraldini, Osvaldo Raúl Tevere, Jorge Pedro Mones Ruíz, Hugo Reinaldo Abete y Rubén Enrique Miguel Fernández, con costas en ambas instancias en el orden causado (cfr. Artículo 68, 2º ap. y Artículo 279 del Código Procesal); se imponen en el orden causado las costas por la relación establecida con Antonio A. Pérez Cometto; y se confirma la sentencia apelada en cuanto condenó al Estado nacional a resarcir los perjuicios sufridos por los actores, rechazándose los agravios vertidos por los actores en relación con el *quantum* de la indemnización reconocida. Costas de esta instancia al Estado nacional sustancialmente vencido en la apelación.

A los fines previstos por el Artículo 109 RJN, se hace constar que se encuentra vacante el cargo de uno de los Jueces de esta Sala.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

**Roberto Mario Mordeglija - Jorge Esteban Argento**



# **LA PRETENDIDA IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE ADMITIR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN SEDE ADMINISTRATIVA**

## **Análisis crítico sobre la interpretación que sostiene la vigencia de una norma retrógrada; el Decreto N° 28.211/1944\***

### **I. INTRODUCCIÓN**

Desde su entrada en vigencia, hace ya treinta años, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 ha dejado establecido en un texto de derecho positivo: “[...] los principios básicos a los que deben ajustarse los procedimientos administrativos en cuanto tiendan a asegurar a los interesados las garantías constitucionales del debido proceso [...]”<sup>1</sup>. Es por demás sabido que esos principios, que como pilares sustentan el procedimiento administrativo y que se encuentran contenidos en el Artículo 1° de la citada Ley N° 19.549, están inspirados en los principios y garantías que nos vienen provistos por la Constitución Nacional y que rigen uniformemente en el ámbito de cualquier procedimiento administrativo, aun cuando coexista con otras regulaciones específicas, dictadas en mérito al objeto que regulan o a los sujetos que están abarcados por esas normas especiales<sup>2</sup>.

En un trabajo aparecido en forma muy reciente, refiriéndose a la Ley N° 19.549, el Profesor español Jesús González Pérez, en cuyo justo homenaje se ha gestado la obra colectiva que motiva este trabajo, ha dejado dicho que puede considerársela “[...] la primera ley americana en la que tuvo reflejo el procedimiento español [...]” la que después de un Título I, en el que, además de delimitar su ámbito de aplicación, se consagran los principios generales informantes del procedimiento administrativo y

\* “La pretendida imposibilidad jurídica de admitir la responsabilidad del estado en sede administrativa. Análisis crítico sobre la interpretación que sostiene la vigencia de una norma retrógrada; el Decreto N° 28.211/1944”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), *Derecho procesal administrativo*, obra en homenaje al Profesor español Jesús González Pérez, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

<sup>1</sup> Cfr. Exposición de Motivos de la Ley N° 19.549 del 30 de julio de 1971 suscripta por los redactores del Proyecto, Doctores Héctor J. Escola: Carlos A. Young y Adalberto E. Cozzi.

<sup>2</sup> Cfr. Artículo 1°, Decreto N° 722/1996 (modificado por el Decreto N° 1.155/1997).

los requisitos generales de la actuación administrativa [...]”<sup>3</sup>. Pues bien, a pesar de ello y de que su Título IV contiene disposiciones específicas tendientes a suplir el vacío normativo provocado por la injustificada y perdurable ausencia de un código que regule la materia contencioso administrativa en el orden nacional, de entre esas disposiciones nos interesan destacar por su vinculación con el objeto de análisis, a las que regulan el denominado reclamo administrativo previo, ya que perdura en la actualidad el restrictivo criterio de que el antiguo Decreto N° 28.211/1944 mantiene su vigencia y, por lo tanto, impide tramitar en sede administrativa reclamaciones tendientes a responsabilizar al Estado tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual. El objeto de este trabajo es, entonces, practicar una valoración crítica de tal postura, que proviene de una constante y rígida doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación concebida a partir de tan anacrónica disposición reglamentaria, y que si bien se vio por momentos atemperada, ha recobrado nuevos bríos en los últimos pronunciamientos que abordan el asunto<sup>4</sup>.

Aunque parezca un ejercicio absurdo, la cuestión no deja de tener importancia, pues a poco que se analicen los alcances que se le han asignado al reglamento en cuestión, el mismo podría ser invocado como un verdadero impedimento jurídico al reconocimiento en sede administrativa de la responsabilidad del Estado por los cambios introducidos en las reglas económicas vigentes hasta la sanción de la Ley N° 25.561 de emergencia pública en materia Social, económica, financiera y cambiaria, e incluso podría constituirse en un serio obstáculo para el proceso de renegociación de los contratos sometidos a las normas del derecho público que el legislador ha autorizado a llevar a cabo en la medida que resulte necesario o pueda implicar del mismo el reconocimiento de tal responsabilidad, o bien la determinación de compensaciones de carácter económico.

## **II. EL OBJETO DE ESTUDIO. EL DECRETO N° 28.211/1944 Y LA DOCTRINA DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN ACERCA DE SU SIGNIFICADO Y ALCANCE**

En el año 1944, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 28.211, del cual se llegó a sostener que a pesar de lo dispuesto en el Artículo 1° de la Ley N° 3.952 (con la redacción dada por la Ley N° 11.634), implicaba que el reclamo administrativo previo legislado en la Ley de Demandas contra la Nación no era necesario cuando se trataba de obtener un resarcimiento de daños y perjuicios del Estado por virtud de

<sup>3</sup> González Pérez, Jesús, “Principios del procedimiento administrativo en América Latina”, Estudio Preliminar del libro de igual título del que es autor Allan R. Brewer-Carias, que merced a la generosa disposición de su autor se ha publicado en la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 283:13 (Año XXIV, abril 2002).

<sup>4</sup> Tal lo que ocurre con los pronunciamientos emitidos los días 09-08-2001 y 31-08-2001 colectados, respectivamente, en *Dictámenes*: 233:241 y 233:388.



la actuación de los funcionarios públicos. En efecto, con base en la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha sostenido que en tanto la acción estuviera dirigida a la atribución de responsabilidad por los hechos o accidentes en que sean partes los agentes de la Nación, el reclamo administrativo previo resultaba innecesario<sup>5</sup>.

Ahora bien, la Procuración del Tesoro de la Nación ha elaborado a través de los años una doctrina con relación a la demandabilidad del Estado en sede administrativa que, en sus orígenes, fue fundamentalmente negatoria, con base, precisamente en lo dispuesto en el Artículo 1° del referido reglamento, el cual establece: “[...] el Poder Ejecutivo no admitirá, por vía de gestión administrativa, la responsabilidad del Estado en las reclamaciones por daños y perjuicios que se promuevan con motivo de hechos o accidentes en que sean parte sus empleados o agentes, acaecidos en circunstancias en que éstos realizan las funciones o tareas encomendadas, debiéndose dejar librada a la eventual contienda judicial, tanto lo relativo a la responsabilidad por las consecuencias de los hechos o accidentes como lo que se refiere al monto de la compensación a que hubiera lugar [...]”.

Como se aprecia, la norma impide el reconocimiento en sede administrativa de la responsabilidad derivada de los hechos causantes de un perjuicio a los particulares, como asimismo debatir lo relativo al monto de la compensación económica que pudiese corresponder.

Los motivos que primordialmente llevaron al dictado de dicho decreto pueden resumirse de la siguiente manera:

**a. El problema práctico de la certeza:** se refiere a que, si bien en principio nada se opone a que el Poder Ejecutivo –en presencia de elementos de juicio que acrediten en forma indubitable la responsabilidad del Estado por hechos de sus agentes– así lo declare, en la práctica, esta certeza, no se da en la mayoría de las cuestiones que se plantean en tan delicada cuestión.

**b. La falta de procesamiento eficaz:** esto se debe a que la mayoría de las veces la documentación no aparece acumulada de oficio y resulta necesario contar, en primer término, con una documentación completa o con recursos legales eficaces para obtenerla, existiendo el grave inconveniente, en lo administrativo de carecer de normas básicas obligatorias que aseguren un procesamiento eficaz (término, emplazamientos, recusaciones, designación de peritos, responsabilidad de testigos y peritos, etc.).

**c. Las personas interesadas e influyentes:** se refiere a que la solución de los casos dudosos aludidos podría ser influenciada por la intervención interesada y a veces perniciosa de personas influyentes.

<sup>5</sup> Cfr. Grau, Armando Emilio, *Habilitación de la Instancia Administrativa*, La Plata, Editorial Platense, 1971, p. 91.

**d. El problema del *quantum*:** aun suponiendo que fuera viable el reconocimiento de la responsabilidad del Estado, los damnificados tendrían igualmente que recurrir a una acción ordinaria para determinar el *quantum* de la indemnización. Resulta preferible, al no poder evitarse el proceso judicial, que se deje librado a la estimación de los tribunales tanto lo relativo a la responsabilidad como lo que se refiere al importe de la reparación.

Como fácilmente puede advertirse, las razones que dieron origen al dictado de semejante disposición pueden considerarse superadas con la sanción de la Ley Nacional N° 19.549 y el Reglamento Nacional de Procedimiento Administrativo (Decreto N° 1.759/1972, texto modificado por el Decreto N° 1.883/1991), cuerpo normativo que debe ser interpretado con el más amplio respeto al derecho del debido proceso, que como derivación del derecho de defensa en juicio y el de contar con una tutela judicial efectiva, le viene garantizado a los interesados por el Artículo 18 de la Constitución Nacional y por los Tratados de Derechos Humanos con rango constitucional (Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

Ahora bien, sancionada la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, la doctrina del máximo órgano de asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo Nacional sufrió una evolución que implicó diversos cambios interpretativos con relación a la “vigencia” del Decreto N° 28.211/1944. En pocas palabras, podríamos decir que el criterio de la Procuración del Tesoro de la Nación evolucionó desde una posición de sujeción estricta a la letra del decreto, a otra más flexible que, sin desnaturalizar el texto de ésta, ha procurado compatibilizarlo con la verdad jurídica objetiva y el adecuado servicio de Justicia.

Fue así como, por un lado, sostuvo que el actualmente derogado Artículo 32 inciso d) de la Ley N° 19.549 había dejado tácitamente sin efecto el Artículo 1° del decreto, al disponer que el reclamo administrativo previo no sería necesario, dejando librado así a la elección del administrado ocurrir directamente a la vía judicial o interponer su petición en sede administrativa, ya que a partir de la sanción de la Ley N° 19.549 no podía sostenerse razonablemente que faltara en sede administrativa vía procedimental adecuada para tramitar reclamos por daños y perjuicios contra el Estado Nacional<sup>6</sup>. Debe recordarse que la abrogada disposición (Art. 32, inc. d) exceptuaba de la necesidad de la reclamación administrativa previa contra el Estado Nacional a las acciones que tuviesen por objeto demandar contra el mismo daños y perjuicios, o se intentare contra él una acción de desalojo o cualquier otra que no tramitara por la vía ordinaria y que dicha disposición fue dejada sin efecto por el Artículo 12 de la Ley N° 25.344.

Sin embargo, por otro lado, estimó que cabía la aplicación del decreto<sup>7</sup>, lo que llevó a sostener a la Procuración del Tesoro de la Nación que el mismo se encuentra

<sup>6</sup> *Dictámenes*: 122:358; 123:80 y 87; 128:516 y 573; 130:20.

<sup>7</sup> *Dictámenes*: 123:19 y 254; 127:99; 133:493; 139:34, entre otros.

vigente en los casos en que resulte dudosa la pretendida responsabilidad del Estado, o cuando el modo por el cual el supuesto damnificado interpone el recurso no esté exento de defectos, o cuando sea problemático establecer el monto de la indemnización<sup>8</sup>.

Esta última postura fue sucesivamente reforzada, fundamentalmente con base en tres argumentos: a) la subsistencia de las causas que condujeron al dictado del Decreto N° 28.211/1944; b) considerar que la sanción de la Ley N° 19.549, si bien ha podido servir de fundamento para hacer menos rígida la aplicación de este último, no ha determinado, sin más, la pérdida de virtualidad jurídica del decreto; y c) juzgar que los Jueces tienen algunas potestades de las que carece la Administración, por ser constitucionalmente los órganos “imparciales, independientes” encargados por antonomasia de dirimir controversias de derechos entre partes.

Esta doctrina fue posteriormente atemperada al sostenerse que la solución del problema no puede basarse simplemente en la rígida aplicación del Artículo 1° del citado decreto, pues debe admitirse la posibilidad de acceder en sede administrativa a reclamos por daños y perjuicios, para evitar, entre otras razones, una condena judicial por parte de la justicia, sin descartar cierta limitación relacionada especialmente con la eventual inexistencia de mecanismos adecuados para la determinación del daño de que se trate en la Administración o los supuestos en que resulte dudosa la responsabilidad del Estado, y al margen de la necesidad de la Administración de esclarecer los hechos a fin de poder establecer un curso de acción a seguir, frente a eventuales responsabilidades de sus agentes o ex agentes<sup>9</sup>.

La Procuración del Tesoro de la Nación tuvo incluso oportunidad de pronunciarse respecto de un caso de dudosa responsabilidad estatal, originado en el robo sufrido por el director de un instituto estatal en la casa habitación que ocupaba junto con su familia dentro del predio del citado instituto, considerando que no se había acreditado fehacientemente como habían sucedido los hechos, ni se había acreditado la existencia y monto de los daños, debiendo dilucidarse la pretensión en sede judicial<sup>10</sup>.

La doctrina expuesta por el Alto Organismo Asesor pareció consolidarse en posteriores pronunciamientos, al aclarar que resulta procedente admitir en sede administrativa la responsabilidad del Estado en reclamaciones por daños y perjuicios, “*si con esto se evita al Estado una condena judicial innecesaria en los supuestos en que dicha responsabilidad resulte indudable sobre la base de pautas objetivas que garanticen una correcta determinación, a través de un procedimiento ajustado a dere-*

<sup>8</sup> *Dictámenes*: 123:19; 139:34; 172:73; entre otros.

<sup>9</sup> Dictamen de fecha 14 de abril de 1987, publicado en *Régimen de la Administración Pública – Rap*: 119:99 (Año X, agosto de 1988).

<sup>10</sup> Dictamen de fecha 26 de mayo de 1987, publicado en *Régimen de la Administración Pública – Rap*: 119:97, (Año X, agosto de 1988).

*cho y eficaz*”<sup>11</sup>, sin descartar la limitación de ese principio cuando la Administración carezca de mecanismos adecuados para la determinación del daño de que se trate o en los supuestos en que resulte dudosa la pretendida responsabilidad del Estado<sup>12</sup> (la bastardilla no pertenece al texto original).

Sin embargo, puede decirse que, en épocas más recientes, el Alto Organismo Asesor retornó por sus viejos cauces, al sostener en un caso en el que se había planteado una propuesta de conciliación vinculada a la renegociación de un contrato de obra pública y con relación a un reclamo de daños y perjuicios contra el Estado Nacional, la plena vigencia del aludido reglamento y con sustento en él, la imposibilidad jurídica de que “(...) *el Poder Ejecutivo admita, por vía de gestión administrativa, la responsabilidad del Estado en reclamaciones por daños y perjuicios que se promuevan con motivo de hechos o accidentes en que sean parte sus empleados o agentes, acaecidos en circunstancias en qué estos realicen las funciones o tareas encomendadas. El referido texto reglamentario deja librado a la eventual contienda judicial, tanto lo relativo a la responsabilidad por las consecuencias de esos hechos, como lo concerniente al monto de la compensación (cfr. Dictámenes: 232:303; 235:622; 236:557)*”<sup>13</sup> (de nuevo, la bastardilla no está en el texto original).

La circunstancia que verdaderamente llama la atención es que al tiempo en que el dictamen se pronuncia (09-08-2001) se encontraban ya vigentes las reformas introducidas a los Artículos 30 y 32 de la Ley N° 19.549 por parte del Artículo 12 de la Ley N° 25.344, que –como quedara anticipado– en orden a las excepciones legisladas por el Artículo 32 de la citada ley, el reclamo administrativo previo quedó impuesto como regla solamente cuando se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado por su responsabilidad contractual, pues el actual inciso b) del artículo exceptúa a los reclamos que tuviesen origen en la responsabilidad del Estado de naturaleza extra-contractual. De nuevo, téngase en cuenta que en su anterior redacción, el mentado Artículo 32, inciso d) de la ley no realizaba distinciones con relación a la naturaleza de la responsabilidad atribuida, pues se limitaba a señalar que el reclamo era innecesario cuando se reclamasen del Estado daños y perjuicios.

Desde esta perspectiva, debe concluirse que el criterio expuesto en el precitado dictamen es inconciliable con la obligatoriedad del reclamo administrativo previo que en forma ampliada viene impuesta por los Artículos 30 y 32 de la Ley N° 19.549 –según la redacción del Artículo 12 de la Ley N° 25.344– a menos, claro está, que se considere que el así denominado *ritualismo inútil o estéril*<sup>14</sup> traduzca en rigor un

<sup>11</sup> *Dictámenes*: 190:142 y los allí citados, Dictamen N° 129/1992.

<sup>12</sup> *Dictámenes*: 188:33 y los allí citados; Dictamen N° 129/1992.

<sup>13</sup> Confrontar Dictamen de fecha 9 de agosto de 2001, recaído en Expediente N° 6.528/1999 del ex Ministerio de Cultura y Educación (*Dictámenes*: 238:241).

<sup>14</sup> El anterior Artículo 32, inciso e) de la Ley N° 19.549 establecía que el reclamo administrativo previo no era necesario cuando “[...] mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo en un ritualismo inútil”.

principio superior del ordenamiento jurídico no obstante su supresión normativamente realizada por la Ley N° 25.344, criterio –este último– sostenido por un sector de la doctrina nacional<sup>15</sup> y negado por otra<sup>16</sup>, diversidad de posturas que se verifica también en el terreno jurisprudencial del fuero contencioso administrativo federal<sup>17</sup>.

### III. UNAS BREVES REFERENCIAS AL RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La más autorizada doctrina ha calificado a la reclamación administrativa previa como “[...] un privilegio de la Administración pública, pues ella permite volver a pensar o considerar mejor la decisión que se impugna o resiste”<sup>18</sup>. En orden a su exigencia se ha sostenido: “[...] encuentra fundamento en el poder de la Administración de juzgar sus propios actos, en la presunción de legalidad de los actos administrativos y en la esencia y fin de las potestades administrativas ejercidas en relación al bien común [...]”; y: “[...] al mismo tiempo que es un requisito de admisibilidad, es un remedio peculiar contra hechos o actos administrativos, instaurado legalmente como presupuesto procesal de la demanda”<sup>19</sup>. Se ha dicho, asimismo, que su razón de ser estriba en la “[...] necesidad de proporcionar a la Administración la oportunidad de examinar la naturaleza y justicia de la pretensión, produciendo una etapa conciliatoria anterior al pleito que dé al Estado la oportunidad de rectificar sus errores evitando la propagación de pleitos inútiles [...]”<sup>20</sup>. En nuestro sistema jurídico, el reclamo administrativo previo, resulta ser un procedimiento reglado que se exige para la habilitación de la instancia judicial<sup>21</sup>.

Debe recordarse que el reclamo administrativo previo fue instituido por la Ley N° 3.952 de Demandas contra la Nación, sancionada el 27 de diciembre del año 1900, para suplir el requisito de la “venia” o autorización previa que el Estado Nacional

<sup>15</sup> Halperín, David. A., “Hacia una correcta línea jurisprudencial: el ritualismo estéril”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap:* 278:63 (Año XXIV, noviembre 2001).

<sup>16</sup> Gilardi Madariaga, Cecilia y Mellad, Susana M., “El ritualismo inútil como excepción al reclamo administrativo previo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap:* 278:109 (Año XXIV, noviembre 2001).

<sup>17</sup> A favor de la vigencia del principio puede verse en la publicación señalada en las dos notas anteriores, sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal recaída en la causa “Castillo” (p. 114), mientras que se ha pronunciado en contra la sentencia de la Sala III del mismo tribunal en la causa “Berrafato” (p. 112).

<sup>18</sup> Bielsa, Rafael, *Sobre lo Contencioso Administrativo*, Santa Fe, Editorial Castellví S.A., 1964, 3ª edición, p. 159.

<sup>19</sup> Grau, Armando Emilio, *Habilitación de...*, *op. cit.*, pp. 86-87.

<sup>20</sup> Tawil, Guido S., *Administración y Justicia*, T. II, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 154.

<sup>21</sup> Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, reimpresión, p. 388.

debía conferir para ser demandado judicialmente<sup>22</sup>, pero se mantuvo subsistente para el caso de que el Estado actuara en ejercicio del poder público, y así lo entendió la propia Corte Suprema hasta la sanción de la Ley N° 11.634, que generalizó el requisito de la reclamación administrativa previa para ambas esferas de actuación estatal<sup>23</sup>.

Esa venia o autorización debía ser efectuada por el Congreso de la Nación en orden a la facultad de arreglar la deuda pública asignada por el Artículo 67, inciso 6° de la Constitución Nacional de 1853. Recuérdese también que el requisito de autorización o consentimiento previo fue establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para demandar a la Nación Argentina, pero no era exigido en el caso de que se demandase a una provincia<sup>24</sup>.

Pues bien, fue así como el consentimiento estatal previamente conferido por éste para ser demandado apareció como un requisito procesal del ejercicio de las acciones contra el mismo<sup>25</sup>. Desde una perspectiva actual, puede decirse que esa necesidad de contar con una venia legislativa previa fue una construcción elaborada por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre la base de una consideración extremadamente rígida de la división de poderes, que no se compadece con una más moderna interpretación constitucional.

Como ha quedado dicho, en la legislación nacional, la exigencia del reclamo administrativo previo se encuentra establecida actualmente en el Artículo 30 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 fijándose las excepciones en el Artículo 32 del mismo ordenamiento legal que, como ya hemos señalado, actualmente y merced a las reformas introducidas por la Ley N° 25.344, se han visto reducidos a solo dos supuestos y de entre ellos interesa señalar el contenido en el inciso b) del Artículo 32.

<sup>22</sup> En efecto, el Artículo 1° de la citada Ley N° 3.952, dispuso: “Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber precedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste”.

<sup>23</sup> Cfr. Grau, *op. cit.*, p. 85. Por la reforma introducida por la señalada Ley N° 11.634, sancionada el 28 de septiembre de 1932, al mencionado Artículo 1° de la Ley N° 3.952, el mismo quedó así redactado: “Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la nación, sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa; pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por éste”.

<sup>24</sup> Nos remitimos a lo que hemos dicho en nuestro trabajo *La responsabilidad pública (Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, pp. 76-78, al examinar las causas sentenciadas “Seste y Seguich” y “Gómez” por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

<sup>25</sup> Cfr. Grau, Armando Emilio, *op. cit.*, p. 74.

#### IV. LA AFECTACIÓN A LOS PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO ADJETIVO Y DE LA VERDAD MATERIAL U OBJETIVA. CONCLUSIONES

Desde la perspectiva de la garantía constitucional de la defensa en juicio, y aun siendo más específicos, a partir del inalienable derecho que a todo particular le asiste en obtener la efectiva tutela judicial, no puede concebirse el procedimiento administrativo como una suerte de juego de obstáculos tendiente a impedir la concreción de esos derechos. Antes bien, la Administración pública –en el estricto ámbito de sus competencias funcionales constitucionalmente asignadas– es garante de la satisfacción plena de esos derechos, razón por la cual ninguna interpretación que comporte la vigencia de disposiciones de naturaleza reglamentaria que se opongan al respeto de esos derechos.

Como lo señala el propio Jesús González Pérez, refiriéndose al procedimiento administrativo desde la perspectiva procesal: “[...] debemos verificar hasta qué punto su regulación atenta contra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que constituye uno de los pilares en que descansa el Estado de Derecho [...]”<sup>26</sup>.

Como ha quedado perfilado a lo largo de la exposición, el criterio que sostiene la vigencia de la prohibición contenida en el Decreto N° 28.211/1944 resulta inconciliable con los principios que rigen el procedimiento administrativo consagrados normativamente a partir de la sanción de la Ley N° 19.549. En efecto, el criterio de la Procuración del Tesoro de la Nación más arriba expuesto es incompatible con las previsiones la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N° 19.549 y del Reglamento Nacional de Procedimiento Administrativo (Decreto N° 1759/1972, modificado por el Decreto N° 1.883/1991). Y de resultas de ello, no puede sostenerse la vigencia del mencionado reglamento contenido en el Decreto N° 28.211/1944, en cuanto por su Artículo 1° se encuentra vedado al Poder Ejecutivo admitir el tratamiento de solicitudes dirigidas a atribuir responsabilidad al Estado o a determinar en su sede el monto de la compensación que resulte de las consecuencias dañosas que se le atribuyen.

Es de la esencia del procedimiento administrativo la búsqueda de la verdad material u objetiva y el respeto al debido proceso adjetivo, según lo establecido en el Artículo 1° del citado ordenamiento legal. Con relación a la garantía del “debido proceso adjetivo”, cuyo fundamento se ubica, según la doctrina, en el derecho natural<sup>27</sup>, la ley lo ha estatuido como principio derivado de la garantía constitucional de la defensa en juicio (Artículo 18 de la Constitución Nacional), y de ese principio se ha

<sup>26</sup> González Pérez, Jesús, “Un nuevo atentado al principio de la tutela jurisdiccional efectiva; la inadmisibilidad por incompetencia del Tribunal”, *Revista de Derecho Administrativo –REDA–*, N° 86, Civitas, abril-junio 1995, p. 255.

<sup>27</sup> Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, reimpresión, p. 41.

afirmado: “[...] en cierto modo [...] la garantía que él comporta funciona tanto en defensa del interés privado del recurrente como del interés público o bien común, en tanto el administrado persigue indirectamente la satisfacción de este último”<sup>28</sup>.

No debe omitirse tampoco que el “debido proceso adjetivo” que la ley garantiza al interesado, se articula con en el derecho a ser oído, el derecho a ofrecer y producir prueba y el de obtener una decisión fundada, el cual –a su vez- se vincula con el deber de la administración de motivar sus decisiones (Art. 7º, inciso e) de la Ley N° 19.549<sup>29</sup>.

Si bien es cierto que la doctrina emanada de la Procuración del Tesoro de la Nación ha pretendido atemperar durante un largo tiempo la rigurosidad de la norma, criterio que se ha visto modificado en los últimos pronunciamientos examinados, no lo es menos que el razonamiento que emana de todos esos pronunciamientos parte de la base de la vigencia de dicha disposición y ella es incompatible con los principios consagrados por la propia Ley N° 19.549, en cuanto por ella se reconoce el derecho que todo particular tiene de formular una petición concreta ante la Administración pública basada en la garantía que le reconoce el Artículo 14 de la Constitución Nacional (“derecho a ser oído”, según reza el Artículo 1º, inciso f), apartado 1) de la ley) y ésta tiene el correlativo deber de responder con ajuste a la necesidad legal de esclarecer los hechos y la verdad material u objetiva (Artículo 1º, inciso f), apartado 2) de la misma ley).

Como lo ha señalado Juan Carlos Cassagne, a diferencia de lo ocurre en el plano del proceso judicial donde el Juez debe ajustar su función jurisdiccional a las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes, en el procedimiento administrativo, el órgano administrativo debe ajustar su conducta a la búsqueda de la verdad material u objetiva. Este principio ha sido introducido dentro del debido proceso adjetivo por la reforma que a la Ley N° 19.549 llevó a cabo la Ley N° 21.686<sup>30</sup>.

Finalmente, no puede omitirse que se ha producido en el caso lo que calificada doctrina ha caracterizado como la “derogación institucional u orgánica”, sistemáticamente estudiada y predicada entre nosotros por el Profesor Miguel S. Marienhoff como una variante de la derogación tácita de las normas y según la cual, cuando el legislador regula en forma orgánica e integral un instituto determinado del derecho, aunque sin hacer mención a las normas que de un modo singular o parcial regulaban ciertos aspectos del mismo instituto, se produce dicha derogación tácita de manera institucional. No es que las normas anteriores resulten absolutamente incompatibles con las nuevas disposiciones, sino que el legislador le ha conferido a dicho instituto una regulación integral u orgánica que traduce la pérdida de vigencia del régimen anterior. “[...] El fundamento de la derogación “orgánica” parte del supuesto de que si el legislador creyó del caso reglar en forma armónica todo un cuerpo de disposicio-

<sup>28</sup> *Ibídem*.

<sup>29</sup> *Ibídem*. De igual modo, ver lo que señala el autor seguido en pp. 399-400 de la misma obra.

<sup>30</sup> *Ibídem*, p. 396.



nes, no sería lógico suponer que haya estado en su mente hacer subsistir disposiciones que figuraban en un cuerpo legal anterior y análogo [...]”<sup>31</sup>. En efecto, no es concebible que el Reglamento Nacional de Procedimiento Administrativo estructure en su Título VI (Artículos 46 a 62) los medios de prueba de los que pueden valerse tanto los interesados como la propia Administración pública nacional, para luego sostener la vigencia de una disposición que veda la posibilidad de aplicación concreta de los medios de prueba que profusamente regula el reglamento aprobado por el Decreto N° 1.759/1972.

La solución que propugnamos ofrece importantes ventajas tanto para el particular damnificado como para el Estado desde que pretende evitar la litigiosidad innecesaria, y con ello encontrarse ante la eventualidad de tener que sufragar costos que en definitiva soporta toda la sociedad en su conjunto. De otra parte, tampoco es concebible que atribuyéndose al Estado ser el causante de los actos o conductas que originan los daños cuyo resarcimiento se pretenda, sea el propio Estado quien se escude en la vigencia de anacrónicas disposiciones para –en definitiva– dilatar el examen de las consecuencias de sus propias conductas.

Es por esas mismas razones que reviste suma trascendencia que frente a planteos de semejante especie, la Administración pública –lejos de asumir interpretaciones jurídicas como la que merece nuestro reproche– actúe con la mayor rigurosidad que las circunstancias exijan, produciendo medidas de prueba, de oficio o a petición de la parte, emitiendo los dictámenes técnicos y jurídicos que resulten necesarios en procura de obtener la apuntada verdad material u objetiva. De lado del particular interesado, y frente a la eventual demora de la Administración pública en resolver el reclamo administrativo planteado en tales condiciones, no dudamos en afirmar que el mismo posee a su alcance los remedios que la legislación le confiere para quebrar esa morosidad, y obtener o una decisión expresa mediante la vía expedita del amparo por mora (Art. 28 de la Ley N° 19.549) o bien provocar, mediante el requerimiento de un pronto despacho, el supuesto del silencio de la Administración que como “ficción legal”<sup>32</sup> la ley ha impuesto en su favor (arg. Arts. 10 y 31 Ley N° 19.549).

Sin duda alguna, la mejor herramienta que tiene a su alcance el Estado, y en particular la Administración pública a fin de evitar el alto índice de litigiosidad en el que en ocasiones se encuentra –como sucede en la actualidad– es evitar las causas

<sup>31</sup> Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, 1977, 2ª edición actualizada, p. 229 y sigs., con sustento en la opinión de los autores chilenos Aylwin y Silva Cimma.

<sup>32</sup> Se han mostrado también partidarios de tal solución autores como Rodolfo C. Barra, “Defensas del administrado ante la mora en la decisión administrativa. Una feliz corrección a la doctrina Dinert”; *El Derecho*: 74:222 y Tomás Hutchinson, *Ley Nacional de Procedimiento Administrativo*, T. 1, p. 207. Horacio Creo Bay se inclinó por sostener que se trata en rigor de una “presunción legal” impuesta siempre a favor del administrado. Véase *Amparo por Mora de la Administración pública*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 8, con citas de Mairal, Héctor, *Control judicial de la Administración pública*, Vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 264.

que provocan el fenómeno. Sin perjuicio de ello, en tiempos en los que se debate la eventual responsabilidad del Estado por los bruscos cambios operados en las reglas de la economía que regían el desenvolvimiento social, que incluso podrían provocar que el Estado Nacional sea demandado ante tribunales internacionales merced a las cláusulas incorporadas en los diferentes Tratados de Protección de Inversiones de los que la República Argentina es signataria, acudir a disposiciones que se han dictado –en un contexto por completo diferente– hace casi sesenta años para –en definitiva– o bien no indagar o bien dilatar, las consecuencias de las decisiones que ha adoptado, colocan a nuestro sistema jurídico en un grado de involución que no se condice con el avance que en la materia de la responsabilidad estatal ha evidenciado a lo largo de la historia, particularmente frente a otros sistemas jurídicos que sólo de un modo aparente se presentan como más avanzados que el nuestro<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Remitimos al lector a lo que hemos dejado dicho al tratar el grado de evolución de nuestro sistema jurídico en nuestro trabajo *La responsabilidad pública...*, *op. cit.* Véase, en particular, lo dicho en el Capítulo I.

A. 247. XXXVI. “Amiano, Marcelo Eduardo y otro c/ E. N. –M° de Justicia– y otro s/ proceso de conocimiento”.

Suprema Corte:

Atento a que en el día de la fecha me expido en el recurso de hecho deducido por Samuel Steinberg, por sí y en su carácter de síndico designado en los autos “Panizza, Atilio Juan s/ quiebra” (Expte. A.56 XXXVI), considero innecesario pronunciarme sobre las críticas que el Estado Nacional pretende someter a conocimiento de la Corte por medio del recurso de fs. 281/298, toda vez que, al prosperar la apelación extraordinaria fundada en la de arbitrariedad del fallo recurrido, no existe sentencia propiamente dicha (cfr. doctrina de *Fallos*: 317:1455; 321:407; 323:2504 y 2821, entre otros).

Buenos Aires, 17 de julio de 2002

**Nicolás Eduardo Becerra**

Buenos Aires, 4 de noviembre de 2003

Vistos los autos: “Amiano, Marcelo Eduardo y otro c/ E. N. –M° de Justicia– y otros/ proceso de conocimiento”.

Considerando:

---

## **LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA IRREGULAR ACTUACIÓN DEL SÍNDICO EN EL CONCURSO, EN UN FALLO DE LA CORTE SUPREMA (EL CASO “AMIANO”)\***

### **I. EL CASO**

Mediante una sentencia dictada con fecha 4 de noviembre de 2003 en la causa “Amiano, Marcelo Eduardo y otro c/ Estado Nacional –Ministerio de Justicia– y otros s/ proceso de conocimiento”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó un pronunciamiento de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal<sup>1</sup> y desestimó una demanda por restitución del pre-

\* “La responsabilidad del Estado por la irregular actuación del síndico en el concurso, en un fallo de la Corte Suprema (El caso ‘Amiano’)” (Comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en la causa “Amiano, Marcelo Eduardo y otro c/ Estado Nacional –Ministerio de Justicia– y otros s/ proceso de conocimiento”), *La Ley*, 01-09-2004.

<sup>1</sup> Sentencia de fecha 07-10-1999 publicada *in extenso* en *La Ley*, 1999-F; 497 y que fue objeto de un muy lúcido y meduloso trabajo de Claudia M. Caputi, publicado en la *La Ley*, 2000-C; 750 y siguientes bajo el título “Tendencias actuales en Materia de Responsabilidad del Estado por Funcionamiento Irregular de los Órganos Judiciales (Caso ‘Amiano’)”. La médula de la decisión y la caracterización de las funciones del síndico en el proceso fueron también objeto de especial dedicación y comentario por Osvaldo Maffía bajo el sugerente título “¿Basta con el nombre errado de ‘Funcionario’ para Responsabilizar al Estado?” publicado también en la revista *La Ley* 2000-F; Sección Doctrina; p. 1155 y sigs

1°) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal hizo lugar, parcialmente, a la demanda de restitución del precio de un inmueble e indemnización de daños, interpuesta por el comprador de dicho inmueble contra el síndico del concurso del vendedor y el Estado Nacional.

El comprador fundó su demanda en que el síndico había omitido inscribir la inhibición general de bienes del concursado (ordenada en la resolución de apertura del concurso de conformidad con el Artículo 14, inc. 8°, de la Ley N° 19.551), en el registro de la propiedad inmueble de la Provincia de Buenos Aires. Sostuvo que esa omisión había impedido que su parte tuviera conocimiento de la inhibición para vender y, en razón de haber ignorado la existencia de ésta, adquirió el inmueble en cuestión. Poco después, dicha adquisición fue declarada inválida por aplicación de los Artículos 17 y 18 de la Ley N° 19.551, que establecen que el vendedor concursado debió haber obtenido la previa autorización judicial, que no solicitó. Por consiguiente, el adquirente responsabilizó al síndico y al Juez del concurso por el fracaso de la operación.

La cámara, al admitir la demanda, condenó a los demandados a restituir la parte del precio de la venta efectivamente pagada por el comprador, y la rechazó respecto del reclamo por las expensas comunes, tasas de alumbrado barrido y limpieza, e indemnización del daño moral.

Contra esa decisión, el síndico interpuso el recurso extraordinario cuya denegación originó la respectiva queja (Causa A.56.XXXVI), y el Estado Nacional dedujo el recurso extraordinario concedido a fs. 312 vta.

2°) Que, como fundamento, el Tribunal de alzada consideró que la omisión del síndico de anotar la inhibición de bienes ordenada por el Juez, significaba el incumplimiento de sus deberes como funcionario auxiliar de la Justicia. Señaló que dicha circunstancia constituía un supuesto de funcionamiento

cio y resarcimiento de daños y perjuicios contra el Estado Nacional, promovida por el adquirente de un inmueble que ante la omisión del síndico designado en un concurso de llevar a cabo las diligencias necesarias para materializar la anotación de una inhibición general para disponer de bienes que pesaba sobre el fallido dispuesta por el Juez con motivo de la apertura del proceso universal del titular del bien, la venta fue declarada inválida por aplicación de los Artículos 17 y 18 de la Ley N° 19.551 de Concursos y Quiebras (en su texto anterior), en virtud de no haber obtenido autorización judicial para la venta, que no solicitó, el adquirente responsabilizó al síndico del concurso y al Juez del concurso por el fracaso de la operación.

Para una mejor ubicación, debe decirse que conforme lo establecía el Artículo 14, inciso 8° de la Ley N° 19.551 (en su texto anterior), la resolución del Juez disponiendo la apertura del concurso implicaba “[...] la inhibición general para disponer y gravar bienes registrables del deudor y, en su caso, de los socios ilimitadamente responsables, debiendo ser anotadas en los Registros pertinentes [...]”. A su turno, los Artículos 17 y 18 (incluidos en la Sección II –Efectos de la Apertura– del Capítulo II de la LC) disponían, respectivamente, los actos prohibidos para el concursado, los actos que para su realización (v. gr.: la venta de un inmueble) necesitan de autorización judicial con audiencia del síndico y la declaración de ineficacia respecto de los acreedores del fallido de los actos jurídicos cumplidos por él en violación a lo establecido por el citado Artículo 17 de la LC.

La sentencia de Cámara –oportunamente anotada por la doctrina, como ya fue señalado, y a cuya reseña corresponde remitirse<sup>2</sup>– revocó la resolución de primera

<sup>2</sup> Caputi, Claudia M., obra y lugar citados.

irregular del servicio (en el caso, de administración de Justicia), que imponía a los demandados el deber de resarcir las consecuencias dañosas de su actividad en los términos de la doctrina de *Fallos*: 306:2030; 307:821 y 311:2683, entre otros.

3°) Que los agravios expuestos por el síndico del concurso remiten al examen de cuestiones de hecho y de derecho común, resueltas con fundamentos de ese carácter bastantes para descartar la tacha de arbitrariedad alegada. En efecto, lo relativo a determinar si la publicación de edictos necesariamente implicaba que el comprador conocía o debía haber conocido el estado de concurso del vendedor y la necesidad de autorización judicial para vender o si, por el contrario, la anotación de la inhibición general de bienes prevista en el Artículo 14, inc. 8°, de la Ley N° 19.551 constituía el medio idóneo para poner dicha circunstancia en conocimiento de terceros (dado el principio genérico de publicidad registral vigente en materia de bienes inmuebles), constituye una típica cuestión de hecho y derecho común, extraña al remedio del Artículo 14 de la Ley N° 48 (*Fallos*: 288:249; 292:144; 305:240; 311:2660).

4°) Que, en cambio, los agravios expuestos por el Estado Nacional suscitan cuestión federal suficiente para habilitar la instancia extraordinaria, toda vez que importan determinar la naturaleza de las funciones del síndico del concurso con el objeto de establecer si sus actos u omisiones deben ser equiparados a los de un órgano estatal en los términos de la doctrina de *Fallos*: 306:2030; 313:907 y 317:1233, Considerandos 6° y 9°, entre otros.

5°) Que para caracterizar la naturaleza de las funciones del síndico corresponde, en primer término, examinar las atribuciones que le confiere la ley que rige su actividad. Cabe señalar que ésta no le atribu-

---

instancia que había rechazado la demanda e hizo lugar parcialmente a la misma, en virtud de haber considerado que la actuación del síndico quedaba encuadrada en la situación establecida por el Artículo 1112 del Código Civil<sup>3</sup>, y que con tal fundamento se comprometía la del Estado por la actuación de su órgano judicial, toda vez que el obligatorio procedimiento de anotación de la inhibición de bienes con motivo de la apertura del concurso del deudor fue regulado por el Estado y se cumple con el nombramiento de un auxiliar judicial inscripto en un registro que lleva el propio Estado. Desestimó, en cambio, la atribución de responsabilidad del Estado por la omisión del Juez del concurso en la fiscalización del procedimiento que debió llevar a cabo el síndico, con el argumento de que si bien es el Juez quien dirige el proceso (Arts. 34, inc. 5°, Código Procesal y 274 de la Ley N° 24.522), señaló que tales disposiciones son genéricas y su incumplimiento no acarrea responsabilidad estatal, salvo que se acredite fehacientemente que tal omisión es abusiva.

Contra la decisión de la Cámara de Apelaciones, el síndico interpuso recurso extraordinario cuya denegación motivó su presentación directa mediante queja ante la Corte Suprema, que ésta desestimó por considerar que su análisis remitía al exa-

<sup>3</sup> Recordemos que la norma dispone: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que le están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este título”; esto es, de las Obligaciones que nacen de los Hechos Ilícitos que no son Delitos. Acerca del alcance que a la expresión “en ejercicio de sus funciones” y la distinción que de ella ha efectuado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la otra “en ocasión de las funciones”, nos remitimos a nuestro trabajo *La Responsabilidad Pública (Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema)*; Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2001, Capítulo V, numeral 17, p. 103 y sigs.

ye el carácter de funcionario del Estado sino “del concurso”, cuya actuación (personal y excluyente de las del deudor y los acreedores) comprende la facultad de librar toda cédula y oficio ordenados por el Juez, solicitar todas las medidas dispuestas en la ley de concursos y las que sean procedentes a los fines indicados y, de manera general, ser parte necesaria en el proceso principal y todos sus incidentes (cfr. Artículos 275, 276 y 298 de la Ley N° 19.551). Tales circunstancias, unidas al hecho de que, en nuestro ordenamiento, el concurso y la quiebra constituyen procesos colectivos cuya iniciación depende exclusivamente de la iniciativa de los particulares, relativizan el “carácter público” generalmente asignado por la doctrina a las funciones del síndico (cfr. Satta, Salvatore, en *Instituciones del Derecho de Quiebra* Trad. de Rodolfo Fontanarrosa, Buenos Aiores, Ed. E.J.E.A., 1951, p. 36, al comentar el ordenamiento italiano de 1942). Es que, como se ha expresado e interesa al caso, la actuación del síndico no se desarrolla en protección de un interés público, sino de intereses privados: “[...] así como en el caso del incapaz, en que el tutor aun estando investido de un *officium*, que se funda en un interés superior (familiar o estatal) de que se cuide el interés del incapaz, es, sin embargo, el representante legal del incapaz, porque el interés de éste es interés individual privado [...] en la quiebra la diferencia está en que la razón de la representación legal está no en la incapacidad de los interesados, sino en el conflicto de sus intereses. Por ello el curador es llamado a cuidar los intereses de los unos y de los otros”; “El curador de la quiebra hace valer un derecho de los acreedores cuando desconoce las ventas realizadas por el fallido carentes de eficacia...En cambio, hace valer un derecho del fallido cuando hace suya una convención concluida por él” (Bolaffio - Rocco – Vivante, *Derecho Comercial*, T. 18, Buenos Aires, Ediar S.A. Editores, 1954., pp. 400-402).

men de cuestiones de hecho y derecho común descartando al mismo tiempo la tacha de arbitrariedad de la decisión recurrida. En cambio, declaró procedente el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional, pues se trataba de establecer si la actuación de aquél es equiparable a la de un funcionario público que –llegado el caso– podría comprometer la responsabilidad del propio Estado por el anormal funcionamiento del servicio de Justicia, con sustento en el citado Artículo 1112 del Código Civil.

La decisión de la Corte Suprema revocó la sentencia de Cámara, desestimó la demanda contra el Estado Nacional y, al declarar improcedente el recurso de queja, la confirmó en cuanto responsabilizaba al propio síndico por la actuación que le cupo en el proceso judicial. La resolución fue adoptada por el voto de la mayoría de los miembros del Tribunal, el Juez Vázquez lo hizo por sus propios fundamentos y contó con la disidencia del Juez Boggiano, quien entendió que no se verificaban en el caso los supuestos que habilitaran la procedencia del recurso extraordinario en ninguna de ambas presentaciones.

## II. LOS FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN EN COMENTARIO

La decisión en comentario desestimó el argumento de la Cámara y consideró que no es dable inscribir en la alocución “funcionario público” del Artículo 1112 del Código Civil al síndico designado en el proceso universal de concurso del deudor. Tal es el argumento medular que lleva al Tribunal a descartar la responsabilidad del Estado Nacional por la actuación de su órgano judicial. En ese sentido, se señala en el Considerando 5° del voto de la mayoría que no cabe atribuirle carácter de funciona-

6°) Que el síndico del concurso no constituye un órgano mediante el cual el Estado exterioriza sus potestades y voluntad, sino un sujeto auxiliar de la Justicia, cuya actividad en el proceso colectivo se desarrolla con autonomía, sin subordinación jerárquica, y en base a la idoneidad técnica que deriva de su título profesional. Como se ha expresado, sus funciones están determinadas por la ley respectiva tanto en interés del deudor, como de los acreedores; y del proceso colectivo en general, como sucede con otros auxiliares de la Justicia. No obstante la indudable significación que tienen las funciones de los procuradores, peritos o abogados colegiados, y demás auxiliares de la Justicia (cfr. *Fallos*: 299:428, Considerandos 6°; y 314:1447, Considerando 7°), al servicio del proceso, no cabe sostener que el mero hecho de que su intervención en él, impuesta por la ley para asegurar un mejor funcionamiento de la administración de Justicia, los transforme en funcionarios públicos o delegados del poder estatal, por cuyas faltas el Estado debe responder conforme a la doctrina antes citada.

7°) Que, como regla, las actividades precedentemente mencionadas no pueden ser propiamente caracterizadas como públicas, en el sentido en que lo son las de los funcionarios y empleados del Estado pues, por las razones expuestas en *Fallos*: 306:2030, Considerandos 10, 11, 13 y 14, respecto de los escribanos de registro, la naturaleza del vínculo del síndico con el Estado Nacional resulta insuficiente para adjudicarle el rango de funcionario público a los efectos previstos en el Artículo 1112 del Código Civil. En consecuencia, al Juez del concurso, en cuanto órgano estatal, no puede serle imputada responsabilidad por la omisión del síndico en inscribir la inhibición general de bienes oportunamente ordenada en la resolución de apertura del concurso, ni el Estado Nacional puede ser responsabilizado por ese hecho, a título de funcionamiento irregular del servicio de administración de Justicia.

---

rio del Estado al síndico, “sino ‘del concurso’ (cuya actuación personal y excluyente de las del deudor de los acreedores) comprende la facultad de librar toda cédula y oficio ordenados por el Juez, solicitar todas las medidas dispuestas en la ley de concursos y las que sean procedentes a los fines indicados, y, de manera general, ser parte necesaria en el proceso principal y todos sus incidentes. Tales circunstancias, (añade la decisión) unidas al hecho de que en nuestro ordenamiento, el concurso y la quiebra constituyen procesos colectivos cuya iniciación depende exclusivamente de la iniciativa de los particulares, relativizan el “carácter público” generalmente asignado por la doctrina a las funciones del síndico”. Asimismo, puede verse en el Considerando 6° que la decisión le niega al síndico del concurso el carácter de un órgano a través del cual el Estado exteriorice sus potestades y voluntad, sino que lo considere un “sujeto auxiliar de la Justicia”, cuya actividad en el proceso colectivo se desarrolla con autonomía, sin subordinación jerárquica y con base a la idoneidad técnica que deriva de su título profesional.

En definitiva, concluye en que la naturaleza del vínculo del síndico con el Estado Nacional resulta insuficiente para adjudicarle el rango de funcionario público a los efectos de la aplicación del Artículo 1112 del Código Civil. Y en lo que al Juez del concurso respecta, “en cuanto órgano estatal, no puede imputársele responsabilidad por la omisión del síndico en inscribir la inhibición general de bienes ordenada en la resolución de apertura del concurso, ni el Estado Nacional puede ser responsabilizado por ese hecho, a título de funcionamiento irregular del servicio de administración de Justicia” (Considerando 7°).

A su turno, el voto del Juez Vázquez (Considerando 6°) se aparta en gran medida de las consideraciones relativas al tratamiento que corresponde asignarle desde este

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se resuelve: desestimar el recurso de hecho. Hacer lugar al recurso extraordinario de fs. 281/298, con costas; y dejar sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al Tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo dispuesto en el presente. Declárase perdido el depósito de fs. 1 del recurso de hecho A.56.XXXVI. Notifíquese, oportunamente remítanse, y archívese la queja.

**Carlos S. Fayt - Augusto Cesar Belluscio - Enrique Santiago Petracchi - Antonio Boggiano (en disidencia)- Guillermo A. F. López - Adolfo Roberto Vázquez (según su voto)- Juan Carlos Maqueda.**

Voto del señor Ministro doctor Don Adolfo Roberto Vázquez

Considerando:

1°) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de la instancia anterior y, haciendo lugar en forma parcial a la demanda, condenó al Estado Nacional y al síndico designado en el concurso preventivo (hoy quiebra) de Atilio Juan Panizza, con fundamento en el Artículo 1112 del Código Civil, al pago del precio abonado por los actores por la compra de un inmueble del concursado, operación que posteriormente fue declarada inoponible respecto de los acreedores de este último según lo previsto por el Artículo 17 de la Ley N° 19.551. La cámara de apelaciones consideró que la responsabilidad estatal y la del síndico (a quien asignó la condición de funcionario público) se hallaban comprometidas porque la compraventa declarada ineficaz en el concurso del enajenante, había sido posibilitada por la omisión del funcionario concursal de anotar en el

---

plano al síndico del concurso, habida cuenta –señala– la disímil interpretación que se verifica en la doctrina sobre ese tópico. Sí, en cambio, señala que a los fines de resolver el caso basta con establecer “[...] si de acuerdo a la legislación nacional, puede la responsabilidad del síndico de la quiebra ser encuadrada en la propia de los funcionarios públicos por los hechos y las omisiones en el ejercicio de sus funciones a que se refiere el Artículo 1112 del Código Civil, única que sería útil para comprometer, a su vez, la responsabilidad del Estado Nacional [...]”. Y desde ese punto de vista concluye en que “[...] jamás el legislador argentino entendió que el síndico concursal pudiera ser considerado un funcionario estatal [...]”, y que, en definitiva, “[...] nada hay, pues, en la Ley Concursal, ni en otra ley del ordenamiento jurídico argentino, que indique que el síndico que actúa en un concurso preventivo o en una quiebra sea un funcionario público”. Coincide con el voto de la mayoría en que “funcionalmente [es] un sujeto auxiliar de la Justicia, cuya actividad en el proceso colectivo se desarrolla con autonomía, sin subordinación jerárquica, y en base a la idoneidad técnica que deriva de su título profesional” (Considerandos 7° y 8°).

En síntesis, y tal como quedó resuelto el asunto, el único que fue declarado responsable fue el síndico designado en el concurso, que en su carácter de auxiliar omitió el cumplimiento de la resolución judicial que le ordenaba hacer algo que no hizo, es decir, anotar la inhibición general para disponer de sus bienes que pesaba sobre el concursado y de ese modo permitir que los terceros se anoticiaran en debida forma de la situación en la que el deudor se hallaba que en este caso le imposibilitaba extraer de su patrimonio un bien inmueble de su propiedad sin previa autorización judicial.



registro respectivo la inhibición general de bienes que el Juez interviniente había ordenado de acuerdo al Artículo 14, inc. 7º, de la citada ley.

2º) Que contra esa decisión ambos demandados interpusieron recurso extraordinario. El remedio federal del Estado Nacional fue concedido limitadamente al agravio sobre la responsabilidad estatal por la actuación del síndico, en el entendimiento de que remitía a la consideración del Artículo 1112 del Código Civil, norma que el *a quo* calificó como de naturaleza federal. Dicho recurso, empero, fue denegado por las causales de arbitrariedad invocadas. Por su lado, la apelación federal articulada por el síndico concursal fue denegada íntegramente (fs. 312/312 vta.), lo que provocó la presentación de la correspondiente queja.

3º) Que el recurso extraordinario del síndico concursal, cuya denegación origina la queja, resulta improcedente, pues los agravios que plantea remiten a la consideración de cuestiones de hecho, de derecho común y procesal, ajenas a la instancia del Artículo 14 de la Ley Nº 48, y que fueron resueltas por la cámara federal, con argumentos bastantes que, más allá de su acierto o error, descartan arbitrariedad.

En ese contexto se inscribe, particularmente, lo decidido por el Tribunal *a quo* en cuanto a que la publicación de edictos no reemplazaba la anotación de la inhibición general de bienes omitida por el síndico, dada la distinta finalidad de una y otra medida procesal (fs. 255 vta.). Ello es así, máxime ponderando que la publicación prevista por los Artículos 28 y 29 de la Ley Nº 19.551 (actuales Artículos 27 y 28, de la Ley Nº 24.522), está destinada solamente a los acreedores y terceros con un interés que proteger en el momento de la apertura del concurso preventivo, pero no al tercero adquirente de un inmueble del concursado que, por serlo en fecha posterior, ninguna vinculación tenía con dicho proceso universal al tiempo de darse a conocer los edictos.

---

### III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD JURISDICCIONAL Y LA CONDICIÓN DEL SÍNDICO DEL CONCURSO

El ámbito en el que se inscribe la decisión es quizás uno de los más áridos de la construcción jurisprudencial realizada a propósito de la responsabilidad del Estado, ya que como se aprecia se trata de la que cabría atribuirle en el ejercicio de su función jurisdiccional y no por los daños que eventualmente pudiera provocar por la actividad administrativa que dicho órgano judicial también desarrolla, admisión que a nuestro juicio, no debería ofrecer ninguna dificultad, pues surge claro que sin responsabilidad del Estado, no hay Estado de Derecho<sup>4</sup>.

En ese orden de ideas, debe resaltarse que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha negado hasta el presente la posibilidad de atribuirle responsabilidad al Estado por los daños que pudiera provocar por el ejercicio legítimo de la “función judicial”<sup>5</sup>, pues en todos los casos ha requerido para que tal atribución de responsabilidad proceda en este terreno, la *ilegitimidad, ilicitud o irregularidad* de la conducta que se señale como origen de los daños que se reclamen, tanto sea cuando se trate de la denominada responsabilidad *in iudicando*, como de la referida a la responsabilidad *in procedendo*, de tal manera que en el primer caso ha exigido inexcusablemente que

<sup>4</sup> Soto Kloss, Eduardo, “Responsabilidad del Estado, Globalización, Regulaciones y Seguridad Jurídica”, en *Doctrina Pública*, XXVI-2, Buenos Aires, Ediciones Rap S.A, p. 437.

<sup>5</sup> Empleamos el concepto de “función” en el sentido explicado por Barra, diferenciándolo del concepto de “actividad”, de tal manera que por “función” debe entenderse al compuesto resultante de tres elementos, órgano, competencia y procedimiento decisorio (cfr. Barra, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2000, Cap. VI, parágrafo 50, p. 240).

4°) Que, en cambio, los agravios expuestos por el Estado Nacional suscitan cuestión federal suficiente para habilitar la instancia extraordinaria, toda vez que habiendo reputado la cámara federal que el síndico concursal es un funcionario público por cuyos actos u omisiones debe responder aquél en tanto órgano suyo, extremo este último que es especialmente negado por el recurrente, corresponde considerar que se ha puesto en tela de juicio la existencia misma de una comisión ejercida en nombre de la Nación en los términos del Artículo 14, inc. 1°, de la Ley N° 48.

Por otra parte, lo resuelto ha sido contrario al derecho invocado por el Estado Nacional.

5°) Que la condición jurídica del síndico del concurso, es muy discutida en la doctrina universal, pudiendo ser encontradas distintas respuestas, cada una de las cuales están en mayor o menor medida influida por las diferentes construcciones hechas sobre la naturaleza jurídica de la quiebra y de sus efectos.

Según la exposición de Navarrine, dos teorías opuestas se disputan el campo: la que hace del síndico un representante, y la que hace de él un funcionario público investido por el Estado del poder de administrar y liquidar el patrimonio del quebrado. La teoría que hace del síndico un representante se desenvuelve en torno al concepto fundamental de que el síndico actúa en nombre de otros. Advierte, empero, que las opiniones sobre a quién representa el síndico se dividen y contradicen pues, según los casos, para algunos autores sería representante del deudor común y, para otros, de los acreedores o de los créditos, o bien, a la vez, del deudor y de los acreedores, existiendo inclusive opiniones que lo postulan como representante de la masa activa, o de la masa acreedora y, al mismo tiempo, de los acreedores individuales. Por su lado, la teoría que indica que el síndico no es un representante ni del deudor, ni de los

se verifique la existencia de un “error judicial”, en tanto que en el segundo ha requerido que el daño sea imprescindible consecuencia del llamado “anormal o irregular funcionamiento del servicio de administración de Justicia”, habiendo ubicado su fundamento normativo en el Artículo 1112 del Código Civil<sup>6</sup>.

Ahora bien, el segundo supuesto —a diferencia del primer caso— puede concretarse tanto mediante una conducta positiva como por la omisión a un deber derivado del derecho sustancial o procesal<sup>7</sup>, circunstancia esta última que es precisamente la que se presenta en el caso en comentario, sólo que en lugar de que la omisión provenga en forma directa del Juez de la causa, ella proviene del síndico designado en el concurso, lo cual motivó que la decisión judicial entendiera que debía necesariamente ocuparse de la naturaleza de las funciones que dicho órgano desempeña y ellas sí pueden ser directamente imputables al Estado en tanto la omisión se verificó en el transcurso de un proceso judicial.

Tal como lo ha señalado la doctrina española, si interpretamos ampliamente el concepto de *error judicial*, lo sería tanto toda equivocación o yerro que cometa el Juez cuando dicta la sentencia que pone fin al proceso, como cuando ello se verifica en su actuación procesal<sup>8</sup>, de manera que cuando aquí nos referimos al supuesto del

<sup>6</sup> Caputi, Claudia M., obra y lugar citados. Para un mayor desarrollo nos remitimos a las consideraciones que hemos dejado expuestas en *La Responsabilidad...*, op. cit., Capítulo XI, p. 295 y sigs.

<sup>7</sup> Tal la situación que se verificó en la causa “De Gandía, Beatriz Isabel” (*Fallos*: 318:845).

<sup>8</sup> Cfr. en la doctrina extranjera Reyes Monterreal, José María, *La Responsabilidad del Estado por Error y Anormal Funcionamiento de la Administración de Justicia*; Madrid, Editorial Colex, 1987, p. 17 y sus citas. En la doctrina nacional, ver el amplio desarrollo que realiza Tawil, Guido S., *La Responsabilidad*

acreedores, ni de la masa, ni de los unos o de los otros simultánea o separadamente, afirma que, en rigor, no es sino un órgano del Estado, que actúa por consecuencia del cargo público que se le impone para liquidar el patrimonio del quebrado, en defensa del interés común (Navarrine, H., *La quiebra*, Madrid, 1943, pp. 100-101, Nros. 2205 a 2207).

Desde otra perspectiva, una corriente de opinión más moderna entiende que el síndico no es representante, ni tampoco órgano o funcionario estatal, sino órgano del concurso (Maffía, O.J., *El síndico - órgano del concurso*, RDCO, 1978, p. 997).

6°) Que escapa a las necesidades del presente pronunciamiento una definición sobre cuestión tan controvertida como es la referente a la condición jurídica del síndico de la quiebra, y menos relacionando la eventual respuesta a la cita de autores que escriben respecto de sistemas legislativos concursales que, en este punto, se muestran como verdaderamente distintos del argentino, en el que, por ejemplo, no existe ni ha existido jamás una referencia como la contenida en la ley de quiebras italiana de 1942 (Real Decreto N° 267 del 16 de marzo), en cuyo Artículo 30 se indica que “[...] el síndico, por cuanto concierne al ejercicio de su función, es un público oficial [...]”.

Las diversas opciones interpretativas referidas en el considerando anterior evidencian, por sí mismas, que un juicio sobre el particular podría no ser definitivo ni certero, sino meramente especulativo y, por tanto, impropio de una decisión judicial.

En todo caso, a los fines que aquí interesan, basta con que esta Corte defina si, de acuerdo a la legislación nacional, puede la responsabilidad del síndico de la quiebra ser encuadrada en la propia de los

---

*error judicial*, lo hacemos en un sentido estricto del concepto y que de acuerdo a la exigencia impuesta por la jurisprudencia de la Corte Suprema su existencia debe ser declarada judicialmente en forma previa a la dilucidación de los eventuales daños que del mismo se hubieran podido derivar. Es decir que de no haber mediado tal error, esa sentencia hubiera tenido un contenido diferente<sup>9</sup> y diferenciándolo del supuesto que se plantea cuando se produce lo que ha dado en llamarse “*anormal o defectuoso funcionamiento del servicio de administración de Justicia*”, que presenta como nota común con el primer supuesto la irregularidad o ilegalidad de la actuación jurisdiccional.

Es este último el supuesto tratado en la sentencia en comentario, pues la fuente de responsabilidad que se atribuye no es ya la sentencia que pone fin al proceso, sino una omisión a un deber procesal de un “órgano del proceso” (la mentada omisión del síndico en la anotación de la inhibición general de bienes del deudor concursado) acontecida durante la sustanciación del proceso y antes que este haya finalizado. De modo entonces que su eventual procedencia es examinada por la sentencia a la luz de

---

*del Estado y de los Funcionarios Judiciales por el Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia*; Buenos Aires, Desalma, 1993, 2ª edición, p. 52 y sigs. Destaquemos de paso que el Artículo 121 de la Constitución española de 1978 dispone: “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”.

<sup>9</sup> Tal como lo hemos dejado expuesto en *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 295. En contra del criterio de que el caso de la reparación debe limitarse a la sentencia injusta que haya sido dejada sin efecto se ha expresado Tawil, *op. cit.*, p. 59.

funcionarios públicos por los hechos u omisiones en el ejercicio de sus funciones a que se refiere el Artículo 1112 del Código Civil, única que sería útil para comprometer, a su vez, la responsabilidad del Estado Nacional.

7°) Que, en ese orden de ideas, la indagación de la Ley N° 19.551 (vigente en el momento en que se designó al síndico demandado en autos) y, antes que ello, la de las fuentes nacionales que la nutrieron, muestra a las claras que jamás el legislador argentino entendió que el síndico concursal pudiera ser considerado un funcionario estatal, cuya responsabilidad quedara alcanzada, consiguientemente, por lo prescripto en el Artículo 1112 del Código Civil.

Al respecto, cabe comenzar recordando que el Código de Comercio de 1862, que distinguió entre los síndicos provisorios y definitivos, conceptuó que la responsabilidad de estos era personal y se regía por las reglas de la responsabilidad de los mandatarios (arg. Artículos 1646 y 1648), y ya vigente la reforma a dicho código de 1889, opinó Obarrio que aun cuando los síndicos desempeñaban un mandato público, en esto la legislación comercial no se había desviado de las reglas del mandato común, en el sentido de que el mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato, y a responder por los daños y perjuicios que se ocasionasen por su inexecución total o parcial –Artículo 1094 del Código Civil– (Obarrio, M., *Estudio sobre las quiebras*, Buenos Aires, 1895, pp. 166-167, N° 179).

La Ley N° 4.156 (año 1902), que llamó “contador” al síndico, siguió idéntico temperamento. Sobre ella, explicó Martín y Herrera que “[...] no dice la ley, si el contador es un funcionario [...]”, y aunque al citado autor le parecía conveniente el sistema de la ley inglesa, que catalogaba al síndico como un oficial

lo dispuesto por el Artículo 1112 del Código Civil y de la dogmática construida alrededor de lo establecido en dicha norma y respecto de la cual se acepta en general –no sin disidencias– que puede residenciarse la doctrina de la *falta de servicio* cuyo origen se atribuye al derecho francés<sup>10</sup>. En ese orden de ideas, y con la importante disidencia expuesta por Reiriz<sup>11</sup>, la doctrina nacional acepta en general que se trata de un factor de atribución objetivo, que por lo tanto no precisa de indagar acerca de la culpa o negligencia del agente público para su configuración, bastando la verificación del cumplimiento irregular de las misiones que el ordenamiento jurídico le impone a la actividad, o un incumplimiento defectuoso o lisa y llanamente incumplimiento<sup>12</sup> que sumada a la “teoría del órgano” implican, como ha dejado establecido la Corte Suprema a partir del fallo recaído en la causa “Vadell”<sup>13</sup>, un factor de imputación objetivo y directo.

Así las cosas, el voto de los Jueces que conformaron la mayoría en el dictado de la sentencia le ha negado al síndico designado en un concurso el carácter de “funcionario público” en los términos del citado Artículo 1112 del Código Civil, inclinándose así por el criterio expuesto por un sector de la doctrina especializada acerca de este

<sup>10</sup> Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Lexis Nexis – Abeledo-Perrot, 2202, 7ª edición, p. 495 y sigs., en especial p. 498.

<sup>11</sup> Reiriz, Graciela, “Responsabilidad del Estado” en AAVV, *El Derecho administrativo argentino, hoy*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, p. 220 y sigs.

<sup>12</sup> Nos remitimos a lo que dejamos expuesto en *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 69 y siguientes doctrina y jurisprudencia allí citadas.

<sup>13</sup> *Fallos*: 306:2030, “Vadell, Jorge c. Buenos Aires, Provincia de s/ Indemnización”, del 18-12-1984.

público, señalaba que no era esa la situación de la legislación nacional, en la que se apreciaba que “[...] la responsabilidad del contador [...], no es pues, ni más grave ni más extensa que la que corresponde a todo género de personas (Artículo 1109, Código Civil) [...]” (Martín y Herrera, F., *La convocación de acreedores y la quiebra en el derecho argentino*, Buenos Aires, 1919, pp. 86-87, N° 37).

Por su lado, la Ley N° 11.719 (año 1932) mantuvo el criterio de sus antecedentes, el cual fue defendido de modo muy especial por el propio redactor de dicha ley, doctor Ramón S. Castillo, tanto en su anteproyecto, como posteriormente al comentar el texto sancionado. En efecto, el citado autor y legislador al presentar su proyecto de ley, informó en la respectiva Exposición de Motivos que “[...] la sindicatura que organiza nuestra ley participa de los caracteres de la sindicatura oficial, por el origen de su nombramiento y la autoridad de quien dependen los síndicos, pero no se separa a las personas de sus tareas habituales, para convertirlas en cada caso en un simple empleado más de la administración pública, ni ofrece los inconvenientes de una profesión lucrativa, inconvenientes sumamente graves en esta clase de juicios [...]” (párrafo transcrito por García Martínez, R., *El Concordato y la quiebra*, T. II, Buenos Aires, 1957, p. 125, nota N° 525). Tales ideas fueron ampliadas por Castillo al explicar el texto vigente de la Ley N° 11.179, señalando las razones por las cuales no consideraba que el sistema vigente hubiera fracasado y por las cuales, consiguientemente, no había seguido las recomendaciones planteadas en distintos proyectos legislativos (incluyendo el de Cruz y Martín y Herrera) que propiciaban un nuevo régimen que emplazara al síndico en la condición de un funcionario público: “[...] En la memoria correspondiente al año 1938, elevada por la Cámara en lo Comercial de la Capital al Ministerio de Justicia, se

---

controvertido aspecto<sup>14</sup> (con la salvedad indicada en el voto del Juez Vázquez). En cambio, le ha reconocido la condición de “órgano del proceso” o de auxiliar de la

<sup>14</sup> Para un análisis del problema y la frondosa literatura jurídica elaborada pueden confrontarse las siguientes obras y trabajos: Cámara, Héctor, *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, Vol. II, Buenos Aires, Depalma, 1979, pp. 917-918, especialmente en la nota 50, donde puede leerse: “No había un concepto clero sobre la naturaleza jurídica de las funciones de la sindicatura en la doctrina judicial nacional, en especial, dentro de la tesis privatística en que se enroló la Ley N° 4.156, que le atribuye la representación del concursado, de la masa, de los acreedores, etc., amén de otras posiciones. El problema se halla superado en la actualidad. El síndico del concurso no es mandatario del fallido, con quien puede mediar y sustanciar controversias [...] ni tampoco de los acreedores, aún cuando sus gestiones tiendan a beneficiarlos (Iriundo, ‘Incapacidad procesal del fallido’, *El Derecho*, T. 16, p. 597, Nros. 38/9), como repite un fallo reciente de la Cám. Nac. Com. (B): Constituye una verdadera función pública ajena por definición al interés personal, debiendo cumplir sus funciones sin otra colaboración autorizada que la del letrado y auxiliares o dependientes, por cuanto los funcionarios del concurso ejercen un mandato legal necesario, que no nace de la voluntad de los interesados sino de la ley (*El Derecho*, 25-09-1978). Así lo entienden Bonifanti y Garrone (*op. cit.*, p. 818) y Etcheverry y Oyuela en el país (*op. cit.*, p. 13), postura que resiste Segal: La afirmación de que la sindicatura puede ser caracterizada como un órgano en la estructura normativa vigente no tiene suficiente fundamentación. La ley no menciona en forma expresa dicho presunto carácter, el cual resulta citado una sola vez en la exposición de motivos, en forma circunstancial, no siendo admisible sostener que estuviera específicamente dirigido a perfilar la institución (Sindicatura concursal, p. 143). La nuestra es la postura de la doctrina italiana, donde escuchamos a Ragusa Maggiore: Como órgano del procedimiento no es un representante o sustituto del deudor y de los acreedores, porque tiene una función autónoma que se traduce en opiniones (Art. 180, 3° parte) y en la vigilancia del comportamiento del deudor y del cumplimiento del concordato. Desde este punto de vista, el curador no es sólo un órgano ejecutivo, sino que tiene poderes propios –aunque menos intensos que los del curador fallimentare, en virtud del desapoderamiento atenuado

aconseja la reforma de la ley de quiebras en el capítulo relativo a la sindicatura, para incorporar aquel sistema, que hace de los síndicos funcionarios del Estado. No se demuestra que haya fracasado el sistema de la ley vigente ni se puntualizan las fallas que se hayan notado en la práctica, para que sea posible establecer si ellas tienen su origen en la ley, o en la aplicación errónea, o en la negligencia de los funcionarios a quienes la ley confiere la misión de hacer cumplir sus previsiones sin necesidad de requerimiento de parte interesada. Si la causa del mal estuviera en alguna de estas dos últimas circunstancias, aquél podría ser evitado por un procedimiento más simple que el de la reforma legislativa para ensayar un nuevo sistema [...]” (Castillo, R. S., *La quiebra en el derecho argentino*, Buenos Aires, 1940, t. 1, pp. 300-301, nota N° 119).

Finalmente, en cuanto a la Ley N° 19.551, cabe señalar que si bien el Anteproyecto de Ley de Concursos Mercantiles de 1969 había propiciado la figura del “síndico oficial”, cuya condición era la de un funcionario oficial (cfr. Cámara, H., “Ley de Concursos Mercantiles –algunas sugerencias sobre el anteproyecto–”, *Jurisprudencia Argentina*, doct. 1972, p. 14, N° 57), expresamente el legislador de 1972 erradicó a esa figura del articulado de aquella, no innovando, entonces, con relación al sistema anterior, y limitándose solamente a introducir modificaciones tendientes a un mejor y eficaz desempeño del síndico concursal (cfr. Cámara, H., “Las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.551 al anteproyecto de Ley de Concursos Mercantiles”, *Jurisprudencia Argentina*, doct. 1973, p. 426, espec. p. 435).

8°) Que nada hay, pues, en la Ley Concursal, ni en otra ley del ordenamiento jurídico argentino, que indique que el síndico que actúa en un concurso preventivo o en una quiebra sea un funcionario público. Funcionalmente, tampoco es un órgano mediante el cual el Estado exterioriza sus potestades y voluntad,

Justicia, a pesar de lo cual niega la posibilidad de que pueda imputarse al Juez del concurso, en cuanto órgano estatal, la omisión de aquél, y, en consecuencia de ello, responsabilizarse al Estado a título de funcionamiento irregular del servicio de Justicia.

#### **IV. EL PROCESO COMO EXTERIORIZACIÓN DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO. LA APLICACIÓN AL CASO DE LOS ARTÍCULOS 625 Y 630 DEL CÓDIGO CIVIL Y UNA SOLUCIÓN QUE PUDO SER DIFERENTE**

A nuestro modo de ver, si el encuadramiento que se le asigna al caso es el previsto en los Artículos 625<sup>15</sup> y 630<sup>16</sup> del Código Civil, la solución bien podría ser diferente, pues se trata de disposiciones que, ubicadas en la teoría general de las obligaciones y como fuente de las mismas en general, poseen una conexión directa con la

del deudor-, siempre en dependencia del procedimiento (*op. cit.*, II, p. 1014)”. Pajardi, Piero (Alegría-Kleidermacher-Farhi de Montalbán-Gebhardt), *Derecho Concursal*; T. I, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 1991, p. 459 y sigs.; Maffía, Osvaldo J., “El Síndico, Órgano del Concurso”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1978, Año 11, p. 997 y sigs. Graziabile, Darío J., “El carácter Orgánico de la Sindicatura Concursal y su Caracterización como Funcionario Público”, *La Ley*, 2002-F, sección Doctrina, p. 1332 y sigs.

<sup>15</sup> Recordemos que la norma establece: “El obligado a hacer, o a prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fuese mal hecho”.

<sup>16</sup> La que dispone: “Sí el hecho pudiere ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor, por sí o por un tercero, o solicitar los perjuicios e intereses por la inejecución de la obligación”.

sino un sujeto auxiliar de la Justicia, cuya actividad en el proceso colectivo se desarrolla con autonomía, sin subordinación jerárquica, y en base a la idoneidad técnica que deriva de su título profesional.

En tales condiciones, su responsabilidad personal no puede ser sujeta a los términos del Artículo 1112 del Código Civil, ni compromete la estatal con los alcances pretendidos en autos.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se resuelve: Desestimar el recurso de hecho, declarándose perdido el depósito de fs. 1; y hacer lugar al recurso extraordinario de fs. 281/298, con costas, dejándose sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al Tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte nuevo fallo con arreglo a lo dispuesto en el presente. Notifíquese, archívese la queja y, oportunamente, remítase el recurso extraordinario.

**Adolfo Roberto Vázquez.**

Disidencia del señor Ministro doctor Don Antonio Boggiano

Considerando:

Que el recurso extraordinario y la queja son inadmisibles (Artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se los desestima. Con costas. Declárase perdido el depósito de fs. 1 del recurso de hecho A.56.XXXVI. Notifíquese, devuelvanse los autos, y archívese la queja.

**Antonio Boggiano.**

---

previsión del Artículo 1112 del Código Civil, tal como lo ha entendido la propia Corte Suprema desde una antigua jurisprudencia.

En efecto, desde el precedente recaído en el conocido caso “Ferrocarril Oeste”<sup>17</sup>, el Alto Tribunal consideró con justeza enteramente aplicables a la conducta estatal, cuando se trataba de analizar su responsabilidad, las señaladas disposiciones, ya que las mismas no pueden ser consideradas aisladas del concepto de la “falta de servicio”, pues en tanto la prestación que encierre el objeto de la obligación que implica el servicio asumido por el Estado no se cumpla o se cumpla de un modo irregular, dará nacimiento a una acción para exigir su cumplimiento, o bien a indemnizar los daños y perjuicios que hubiere ocasionado<sup>18</sup>.

Más allá de la controversia que en la doctrina se ha suscitado sobre el punto y de la cual la sentencia se ha hecho eco, atribuirle al síndico del concurso el carácter de “órgano del proceso” en cuanto es auxiliar de la función judicial<sup>19</sup>, no configura un obstáculo a la señalada solución, si la cuestión se mira a través del prisma de los

<sup>17</sup> Fallos: 182:5.

<sup>18</sup> Así lo hemos dejado expuesto antes en *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, párrafo 10, p. 63 y sigs. Allí nos remitimos para el examen de los precedentes de la Corte Suprema en los que con posterioridad se reprodujo el argumento y que deben ser considerados antecedentes válidos del criterio recaído años más tarde en la citada causa “Vadell” (Fallos: 306:2030).

<sup>19</sup> Apréciase que el Artículo 15 de la Ley N° 24.522 le asigna al síndico del concurso una significativa importancia, pues si bien el concursado (a diferencia de lo que ocurre con el desapoderamiento que produce la quiebra) conserva la administración de su patrimonio ello es así bajo la vigilancia del citado órgano.

Artículos 625 y 630 del Código Civil. Antes bien, es perfectamente compatible un criterio con el otro, pues el proceso judicial es una exteriorización de la función judicial del Estado, que se nutre de órganos que poseen atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico. En ocasiones, el mismo Estado es quien los designa, y en otras se vale de los servicios de sujetos a quienes considera sus auxiliares pero que igualmente desarrollan una actividad propia de aquel. Por muy obvio que resulte, debe decirse que la circunstancia de que una persona no reciba estipendio del Estado no es óbice para que pueda ser considerado “funcionario público” responsable por los daños que provoca por su actuación, en tanto se verifiquen otros requisitos exigidos por la ley para ello<sup>20</sup>. Con todo, y desde esa perspectiva, un individuo bien podría adquirir la condición de funcionario público (incluso en el ámbito de la función judicial) si su designación se realiza por el órgano con competencia para llevarla a cabo, independientemente de que reciba o no un estipendio de las arcas estatales. Esto, al punto de que si el ordenamiento no le reconociera cierto grado de competencia, su labor sería lisa y llanamente ilegítima (v. gr.: los empleados designados como meritorios por un Tribunal)<sup>21</sup>.

Es precisamente el carácter asignado de “órgano” y del cometido público que desarrolla como “auxiliar necesario” dentro del proceso judicial y con atribuciones indelegables conferidas por la ley el extremo que posibilitó que la doctrina se expidiera en favor de la sentencia de la Cámara recaída en la causa con un énfasis que no es difícil de compartir<sup>22</sup>, aunque tal adhesión se realice con fundamentos jurídicos algo distintos.

En ese orden de ideas, la visualización del fenómeno desde el punto de vista de la “teoría del órgano” brinda solución adecuada al problema suscitado en esta causa, pues siendo una institución típica del derecho público y de enormes connotaciones en ese ámbito, el concepto designa a las dos facetas de la misma realidad; el órgano-*persona* y el órgano-*institución*, que se manifiesta a través de la competencia para actuar<sup>23</sup> y en la cual son comprendidas las dos nociones, “o sea que no sólo debe entenderse por tal a las personas físicas adscriptas a la función, sino a las reparticio-

<sup>20</sup> Tal como acontece con el Artículo 130 de la Ley de Administración Financiera N° 24.156, que no exige en modo alguno que el agente perciba un salario, bastando con que su función sea desempeñada en la órbita de alguno de los órganos o entes sujetos al control de la Auditoría General de la Nación. Para una mayor explicación sobre el punto nos remitimos a lo que hemos dejado expuesto en *Ley de Administración Financiera y Control de Gestión*, décima edición, separata de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*, Buenos Aires, 2004.

<sup>21</sup> Suerte de resabio de la esclavitud que aún subsiste en el siglo XXI, pese a lo cual es bien sabido que su cotidiana labor en los Tribunales es encomiable.

<sup>22</sup> Caputi, Claudia M., *op. cit.*, apartado IV.

<sup>23</sup> *Vid. La Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 104 y sigs.



nes estatales que impliquen esferas de competencias”<sup>24</sup> y de allí que “[...] el órgano nace de la organización y, a la vez la sintetiza”<sup>25</sup>.

En el caso que nos ocupa, el síndico, órgano insustituible según la ley en este tipo de procesos judiciales, omitió el cumplimiento de una obligación que era propia del ámbito de su competencia consubstancial al proceso, de una atribución que como “[...] cualidad del órgano por la cual se transfiere el proceso de producción decisoria y por tanto su resultado, la decisión misma –que es el momento final del proceso–, a la organización [...]”<sup>26</sup> le ha sido concedida por el ordenamiento, de manera que tal omisión no es una falta personal del síndico, sino una omisión a un deber del proceso judicial imputable jurídicamente al órgano que lo desarrolla, y formando éste parte del Estado es quien debe responder, ya que no brindó el servicio al que se obligó por disposición de la ley (Art. 625 Código Civil). El proceso judicial, típica actuación estatal, a él se imputa en su carácter de monopolista de la función pública omitida y por la cual percibe –incluso en forma privilegiada a otros acreedores– una tasa en retribución de la misma.

¿Cuál habría sido el efecto jurídico si la situación hubiera sido inversa y el síndico no hubiera omitido tan importante atribución que dentro del proceso judicial le venía impuesta? La respuesta es simple; la eficacia de la sentencia que declaraba abierto el concurso preventivo del fallido por la publicidad hacia terceros de la existencia “del proceso” judicial con todas sus implicancias, de modo que está claro que el síndico no omitió el cumplimiento de cualquier resolución judicial (v. gr.: una medida para mejor proveer), sino de una considerada consubstancial al proceso en cuestión y que en razón de la significativa importancia que le atribuye la ley su concreción le venía impuesta al propio Juez (Art. 14 LC), y que para que adquiriese eficacia resultaba imprescindible que el síndico ejerciera de un modo regular la competencia atribuida.

Ergo, lo que falló fue el proceso judicial que, como servicio monopolizado, el Estado se había obligado a prestar de un modo regular (Art. 625 Código Civil), y es por ello que desde esa perspectiva podría haber sido declarado responsable de las consecuencias dañosas de la irregularidad acontecida (Art. 630 Código Civil) y en forma solidaria con el síndico (Art. 700 Código Civil), en tanto –claro está– se hubieran verificado las restantes exigencias para que la indemnización fuese procedente.

<sup>24</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, p.537, N° 170 y sus citas.

<sup>25</sup> Barra, Rodolfo C. *Tratado...*, *op. cit.*, T. II, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2003, Capítulo XIII, parágrafo 17, p. 111. Señala el citado autor en los siguientes términos una noción que entendemos predicable: “[...] órgano es todo sector objetivamente identificado de la organización donde, en virtud del instrumento técnico-organizativo de la competencia, se sintetizan los elementos que permiten a aquella desarrollar o producir su actuación propia, tanto interna como externa, de manera tal que lo actuado por el órgano se atribuye, a la vez y por igual, tanto al órgano emisor o ejecutor como a la organización de la que éste forma parte consubstancialmente”; *op.cit.*, parágrafo 18, p. 120.

<sup>26</sup> Barra, Rodolfo C., *Tratado...*, *op.cit.*, T. II, p. 123.



*“Capaglioni, Julio Alejandro c/ Grupo Concesionario del Oeste s.a. y otro s/ daños y perjuicios”.*

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 2 días del mes de marzo de dos mil seis, reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de la Sala C de la Cámara Civil, para conocer de los recursos interpuestos en autos: “Capaglioni, Julio Alejandro c/ Grupo Concesionario del Oeste s.a. y otro s/ daños y perjuicios”, respecto de la sentencia corriente a fs. 318/327, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo, la votación se efectuó en el orden siguiente: Sres. Jueces de Cámara, Dres. Cortelezzi, Álvarez Juliá y Díaz Solimine.

Sobre la cuestión propuesta la Dra. Cortelezzi dijo:

I.- Contra la sentencia de fs. 318/327 que hizo lugar a la demanda y condonó a Grupo Concesionario del Oeste s.a. y al Estado Nacional (Ministerio de Economía) a pagar a Julio Alejandro Capaglioni la suma de pesos cuarenta mil (\$40.000), con intereses y costas, apelaron los demandados. El primero expresó agravios a fs. 373/376 y el Estado Nacional lo hizo a fs. 366/372, siendo estos últimos replicados por el actor a fs. 366/372, siendo estos últimos replicados por el actor a fs. 381/382. Ambos accionados centraron sus quejas en el rechazo de las excepciones de falta de legitimación pasiva que interpusieran, cuestionando también el tercero citado la atribución de responsabilidad a su parte efectuada por el sentenciante. Estiman además muy elevada la suma fijada por el a quo en concepto del rubro desvalorización del bien inmueble, solicitando también el Estado Nacional la reducción del rubro daño moral.

---

## **NOTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA EJECUCIÓN DE UNA OBRA PÚBLICA EN EL MARCO DE UNA CONCESIÓN OTORGADA A UN PARTICULAR\***

### **I. EL CASO**

El fallo que se anota, confirmatorio del dictado en primera instancia, condenó al concesionario de obra pública de la Autopista del Oeste –que hace parte de la denominada Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires– y al Estado Nacional –concedente en el marco del contrato de concesión con aquel celebrado– al pago de una indemnización de daños y perjuicios sufridos por un vecino afectado por la construcción de un puente que formaba parte de dicha autovía y que el concesionario debió construir como parte de sus obligaciones contractuales.

Se advierte de entrada que el contrato celebrado entre el Estado Nacional y el concesionario es un contrato nominado, de objeto o sustancia administrativa y que de ordinario se lo suele confundir con la concesión de servicio público, cuya naturaleza administrativa es análoga pero la prestación a cargo del concesionario que constituye

\*Este trabajo ha sido publicado en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 335:91, Ediciones Rap s.a. (agosto 2006). Comentario al fallo de la Sala “C” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil recaído en la causa “Capaglioni, Julio Alejandro c/ Grupo Concesionario del Oeste s.a. y otro s/ daños y perjuicios”, del 02-03-2006.

II.- Por razones metodológicas trataré en primer lugar los agravios referidos a la falta de legitimación pasiva y a la responsabilidad, para luego analizar los agravios vinculados con la cuantía de los distintos rubros cuestionados.

### I. La legitimación pasiva.

Cabe señalar liminarmente, que la legitimación para obrar en la causa, es decir, la legitimación procesal, determina quién puede actuar como parte actora en un proceso determinado (legitimación activa) y frente a quién como demandado (legitimación pasiva). Se precisa así la condición jurídica en que se hallan una o varias personas en relación con el derecho invocado en juicio, sea en razón de su titularidad o bien de otras circunstancias idóneas para fundar la pretensión o defensa, en su caso (cfr. Fenochietto, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –Comentado, anotado y concordado con códigos provinciales–* 2da. Ed., Editorial Astrea, T.2, p. 382).

Denota así la posición subjetiva de las partes frente al debate judicial, desde el momento en que no es suficiente alegar un derecho, sino además, afirmar su “pertenencia a quien lo hace valer y contra quien se deduce” (Chiovenda, *Instituciones*, I, p. 188), de tal modo que la causa tramite entre los sujetos que, en relación con la sentencia, puedan ser útilmente los destinatarios de los efectos del proceso y, por consiguiente, de tutela jurisdiccional (Micheli, *Curso de derecho procesal*, I, p. 25).

En el caso, se quejan ambos accionados por el rechazo del *a quo* de las excepciones de falta de legitimación pasiva que cada uno de ellos interpusiera.

---

su objeto es diametralmente distinta. Esa confusión se encuentra en el propio texto contractual que se alude en el caso, que nomina correctamente el contrato pero lo califica como una concesión de servicio público, lo cual –se insiste– configura un serio error conceptual. Es de lamentar que la sentencia –cuando menos como argumento *obiter dictum*– no haya corregido ese error.

El vecino de la mencionada autopista promovió la demanda contra la empresa concesionaria e intervino como tercero citado por la demandada el Estado Nacional. Se alegaron daños ocasionados por la construcción de un puente que hacía parte de la obra pública, ejecutada por el concesionario dentro de los trabajos que éste venía obligado a realizar en virtud de los compromisos contractuales asumidos frente al Estado Nacional concedente y por la habilitación de la autopista.

La sentencia confirma la desestimación de las excepciones de falta de legitimación pasiva que tanto la demandada como el tercero citado opusieron; la del concesionario por considerar que la obra había sido definida dentro del proyecto que la autoridad pública le había impuesto ejecutar y que además había aprobado el proyecto ejecutivo de la misma y –a su turno– la del Estado Nacional que pretendió ser exonerado de intervenir en el pleito fundándose para ello en la circunstancia de que la ejecución de los trabajos había sido delegada al concesionario y, en consecuencia, la responsabilidad frente a los terceros le correspondía exclusivamente a aquel en vista de las estipulaciones contenidas en el contrato de concesión.

El fallo condena al concesionario con fundamento en la responsabilidad que a éste le asignaba la Cláusula 16.7 del aludido Contrato de Concesión que, según la transcripción que realiza la decisión, dispuso: “La Concesionaria será responsable,

A.- Excepción de la demandada Grupo Concesionario del Oeste s.a.

Capaglioni inició estos autos contra dicha accionada persiguiendo la reparación de los daños que dice sufrir a partir de la construcción del puente Pellegrini y desde la habilitación de la denominada Autopista del Oeste. Adhirió a la citación como tercero del Estado Nacional solicitada por la demandada.

El Juez de grado rechazó la excepción en cuestión, y la accionada se agravia al respecto por entender que el sentenciante no valoró que su parte resulta totalmente ajena a esta actuaciones (*sic*) debido a que ejecutó la obra de acuerdo con el proyecto definido por el Estado Nacional, que es su titular, y que delegó a su cargo la construcción de la obra pública nacional cuyos delineamientos habían sido fijados por la autoridad estatal, que a su vez aprobó el proyecto ejecutivo de la obra.

Pues bien, se encuentra agregado en autos como documentación reservada el Contrato de Concesión de Obra Pública Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires –Acceso Oeste–, que une contractualmente a la accionada y al citado como tercero Estado Nacional.

Al respecto corresponde señalar que “la concesión” es el acto mediante el cual el Estado encomienda a una persona –individual o jurídica, privada o pública–, por tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un servicio público: dicha persona llamada “concesionario”, actúa a su propia costa y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios o en subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o en ambas cosas a la vez (Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-B, Abeledo Perrot, p. 591).

---

ante el Concedente y de los terceros, por la correcta administración de los bienes afectados a la Concesión, así como por todas las obligaciones y riesgos inherentes a su operación, administración, mantenimiento, adquisición y construcción. Asimismo, durante el período de Concesión, la Concesionaria será civilmente responsable por los perjuicios o daños que pueda ocasionar a personas o cosas [...]” (*sic*).

Es sobre la base de semejante previsión que la sentencia encuentra civilmente responsable al concesionario y rechaza la falta de legitimación pasiva opuesta por éste.

En cuanto al Estado Nacional citado como tercero, éste se había escudado –como se mencionó– en que la responsabilidad frente a los terceros había sido asumida de manera exclusiva por el concesionario en virtud de la cláusula contractual de indemnidad incluida en el contrato de concesión. La sentencia de Cámara rechaza el argumento sobre la base de entender –muy acertadamente a mi juicio– que las estipulaciones puestas en los contratos de ningún modo pueden considerarse celebradas para perjudicar los derechos de los terceros (Art. 1195 del Código Civil), norma que resulta plenamente aplicable a los contratos celebrados por el Estado, tengan éstos o no objeto administrativo.

Debe apreciarse que es de la esencia del contrato de concesión de obra pública la existencia de dos sujetos contrayentes (Estado concedente y particular concesionario) pero destinado a regir las relaciones entre uno de ellos –el concesionario– con sujetos terceros que adquieren la calidad de vinculados con él (usuarios o beneficiarios) pero no forman parte del pacto original, circunstancia que permite sostener que se rompe aquí la regla básica vigente en los contratos del derecho privado y según la cual las estipulaciones puestas en los contratos sólo rigen como principio a quienes los contraen, aunque –claro está– tampoco aquí pueden violar o perjudicar los derechos de dichos terceros (Artículos 503, 953 y 1195 del Código Civil).

Y más allá del principio que emerge del Artículo 1195, última parte, del Código Civil, que impide que los efectos del contrato puedan perjudicar a terceros, lo cierto es que no alcanzo a comprender la queja de esta codemandada, frente a las claras previsiones contenidas en la Cláusula 16.7 del ya mencionado contrato de concesión que dispone: “La Concesionaria será responsable, ante el Concedente y los terceros, por la correcta administración de los bienes afectados a la Concesión, así como por todas las obligaciones y riesgos inherentes a su operación, administración, mantenimiento, adquisición y construcción. Asimismo, durante el período de Concesión, la Concesionaria será civilmente responsable por los perjuicios o daños que pueda ocasionar a persona o cosas [...]”.

Teniendo en cuenta dicha cláusula, y que el contrato de concesión fue suscrito por la accionada sin efectuar observación o reserva alguna al respecto, entiendo acertada la conclusión a que arribara el colega de grado, rechazando la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada Grupo Concesionario del Oeste s.a., proponiendo por ello al acuerdo el rechazo del agravio al respecto. B.- Excepción del tercero citado Estado Nacional.

Se agravia al tercero citado por entender que el *a quo* no logró dilucidar el contrato de concesión en el que claramente se señala que la responsabilidad por hechos frente a terceros queda exclusivamente en manos del concesionario.

Reitero que demandada y tercero citado se encuentran contractualmente unidos por el Contrato de Concesión de Obra Pública. Dicho contrato ha implicado también la concesión del servicio público (cláusula 10.1). Y si bien frente a los terceros la accionada resulta civilmente responsable por los daños o

---

El otro argumento que emplea la sentencia para rechazar la excepción opuesta por el Estado Nacional es el carácter de bien estatal de la obra y que pese a la concesión existente resulta incuestionable dicho carácter en virtud de lo establecido por el Artículo 2340, inciso 7° del Código Civil. Por ello –señala– “[...] atento a que pese a la concesión del servicio y de la obra, el Estado Nacional sigue siendo el dueño de la cosa –el puente Pellegrini– (Art. 2340 inc. 7° del CC), beneficiándose por lo demás con las mejoras [...]”, entiende que el agravio relativo a la falta de legitimación pasiva del Estado Nacional debe ser rechazado.

En cuanto a la responsabilidad del Estado Nacional, es decir en lo relativo a la fuente normativa que la hace posible y sin cuya existencia ésta no sería jurídicamente exigible, la sentencia la encuadra en la actividad de carácter lícito o legítimo de la actividad administrativa estatal, que sintéticamente podría calificarse como aquella que causa un daño a los particulares no obstante no merecer reproche desde el punto de vista del ordenamiento jurídico.

El supuesto de los perjuicios ocasionados por la ejecución de obras públicas es una de las típicas variantes o especies de entre aquellas que se señalan como objeto de estudio en este ámbito de la responsabilidad pública y han sido materia de precedentes memorables de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Ver “Laplacette, Juan y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ indemnización de daños y perjuicios”, del 26 de febrero de 1943 (*Fallos*: 195:66) y que en rigor, a mi entender, reconoce como un precedente muy claro en el siglo XIX en la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal en la causa “Presidente de la Comisión de Corrientes, Cloacas, etcétera, de la Ciudad de Buenos Aires c/ Jerónimo Pérez s/ construcción de un conducto de aguas de tormenta”, del 1° de julio de 1876 (*Fallos*: 17:470), pero también la

perjuicios ocasionados a los mismos (Cláusula 16.7), recuerdo la importante limitación contenida en el Artículo 1195 del CC y adelanto que también propondré al acuerdo el rechazo de los agravios formulados por el Estado Nacional con respecto a su legitimación pasiva, porque del hecho de estar obligado al tercero no se sigue la exoneración del concedente.

Es que la concesión ha tenido un amplio desarrollo en el ámbito estatal. Existe bajo la forma de “autorizaciones” del Estado para realizar una determinada actividad, como ocurre con el transporte automotor o la recolección de residuos, donde el concesionario hace un aporte de gerenciamiento y de conocimientos específicos que son útiles al Estado, y en otros supuestos, el concesionario debe hacer inversiones de modo que coexiste la prestación del servicio con la realización de obras públicas. Pero el Estado *permanece siendo el titular del servicio u obra cuya ejecución delega*, y tanto los bienes como el interés público implicado permanecen bajo su cuidado (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, T. I, Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 647-649).

Por ello, y pese a la concesión, la calidad de “titular” del Estado Nacional resulta incuestionable en virtud del carácter de “bien público del Estado” de las calles, caminos, puentes o cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común (Artículo 2340 inc. 7º del Código Civil).

Y “obra pública” es aquella en cuya creación o realización interviene directa o indirectamente el Estado.

Por otra parte, la “concesión de servicio público” es una manera en que el Estado satisface necesidades generales valiéndose para ello de la colaboración de los administrados. Constituye un caso de

---

Aun cuando la sentencia no lo diga expresamente, el caso encuadra perfectamente en las prescripciones del Artículo 19 de la Constitución Nacional y en el amplio concepto de que si la acción estatal –no obstante ser legítima– provoca una lesión en los derechos o facultades de que goza el particular y esa afección es susceptible de ser apreciable pecuniariamente (Artículo 1068 del Código Civil) debe serle suficientemente indemnizada<sup>2</sup> en la medida que la víctima no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

En ese orden de ideas no puede omitirse que la generosa expresión acuñada por la Corte Suprema en el sentido de que el daño indemnizable por la acción estatal se verifica ante una “lesión a una situación jurídicamente protegida” en la medida que no pese sobre la víctima el deber jurídico de soportarlo, encuentra quicio en lo prescrito por la aludida disposición constitucional y constituye el fundamento jurídico

---

jurisprudencia reconoce muchísimos otros. Me remito a lo que he dejado expuesto en *La Responsabilidad Pública (Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema)*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, Capítulo V, p. 135 y sigs. y en especial sus citas.

<sup>2</sup> Ver la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaída en la causa “El Jacarandá c/ Estado Nacional s/ Juicio de Conocimiento”, del 28 de julio de 2005, donde el tribunal –con una única disidencia– admitió en un caso que se debatía la responsabilidad del Estado por su actuación legítima que “La extensión del resarcimiento debe atender a las características particulares de cada situación. No hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas estrictamente comprobadas”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 328:180 (Año XXVIII-enero 2006) y Suplemento Especial de la Edición 331 (Año XXVIII-Abril 2006) de la misma publicación, “Compendio de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Octubre 2004-septiembre 2005)” Díaz, Mariana - Fanelli Evans, Agustina - Salvatelli, Ana – Compiladoras.

colaboración por participación voluntaria en la prestación de los servicios públicos (Marienhoff, cit. T. III-B, pp. 512 y 590).

Por todo ello, atento que pese a la concesión del servicio y de la obra, el Estado Nacional sigue siendo el dueño de la cosa –el puente Pellegrini– (Artículo 2340 inc. 7º del CC), beneficiándose por lo demás con las mejoras, entiendo que el agravio del tercero citado debe ser también desestimado.

## II. La responsabilidad.

El tercero citado Estado Nacional se agravia también por entender que el sentenciante ha errado en la aplicación de la teoría de la responsabilidad por hechos lícitos del Estado.

Sin embargo cabe definir que los casos que determinan la responsabilidad estatal por los daños que origina la actividad administrativa legítima son numerosos y muchos de ellos encuentran fundamento en una ley formal. Algunos supuestos que originan perjuicios: la ocupación temporánea de un bien perteneciente a particulares; la expropiación de bienes privados por causa de utilidad pública o bien común; la requisición de bienes en tiempo de guerra; *la realización de obras públicas que impliquen una disminución en el valor de los inmuebles linderos de particulares*, ya sea que provengan o no de una obra autorizada por ley (Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. I, 2da. Ed. Actualizada, Abeledo Perrot, pp. 311-312; ídem Marienhoff, *op. cit.*, T. IV, p. 670-j).

En virtud de ello, resulta indudable la responsabilidad del Estado Nacional por los daños causados al accionante en tanto aquéllos no se derivan tanto de la explotación como de la construcción del puente

suficiente para responsabilizar al Estado tanto por sus conductas ilegítimas cuanto legítimas<sup>3</sup>.

## II. EL MÉRITO, LA DECISIÓN Y LOS PRINCIPALES DESACUERDOS CONCEPTUALES CON LA SENTENCIA COMENTADA

El principal mérito de la decisión comentada es –sin lugar a dudas– la adecuada caracterización del obrar estatal que acertadamente lo inscribe en el campo de la responsabilidad que nace de sus conductas lícitas o –más ampliamente– legítimas y que, en el caso, se verifica –como se dijera– a través de una de sus múltiples manifestaciones como es la de los daños provocados mediante la ejecución de obras públicas, las cuales a pesar del deber de ser toleradas por los particulares, no impiden el resarcimiento de los perjuicios que pudieran irrogarse en aquellos supuestos en que la víctima acredite la verificación de los requisitos necesarios para su procedencia (verbigracia; imputación jurídica; relación de causalidad adecuada y daño cierto).

Dicha responsabilidad debe ser disciplinada en el ámbito del derecho público y tiene su fundamento jurídico en la propia fuerza normativa de la Constitución Nacional, sin que sea necesario acudir en estos supuestos a la condición de dueño de la cosa del dominio público sobre la que se desarrolla la concesión (Art. 2340, inciso 7º del

<sup>3</sup> Ya la Corte Suprema, en la causa “Santa Coloma, Luis Federico y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos” (*Fallos*: 308:1160), dejó sentado el criterio de que el principio de que nadie debe dañar a otro encuentra fundamento en el Artículo 19 de la Constitución Nacional.



del que el Estado es y seguirá siendo “dueño”. No comparto, en consecuencia, que, en el caso en examen, el dueño se libera por la transferencia del uso que es de la esencia de la concesión, en tanto la imputación no se le hace como guardián de la estructura sino como dueño de la misma.

Propongo, en consecuencia, la desestimatoria del agravio en cuestión.

III.- Los rubros cuestionados.

1. Desvalorización del bien inmueble.

La accionada y el tercero citado se agravan por considerar que el sentenciante al indemnizar el rubro en cuestión se aparta de lo solicitado por el actor excediendo el monto del rubro indemnizatorio.

El accionante pidió por el presente rubro la suma de \$15.000, otorgándole el *a quo* la suma de \$32.000.

Partiendo del concepto que la eventualidad destierra la certeza y torna en no indemnizable el daño que tuviera tanto grado de incertidumbre, lo cierto es que no hay categorías estancas y diferenciadas y que la calidad de “cierto” dependerá de la prueba producida.

Destaco, en consecuencia, que de los testimonios brindados por Martínez, Guerrero y Kitora (fs. 232/234) se desprende el cambio de condiciones de habitabilidad del domicilio del actor con relación al tránsito, a partir de la construcción del puente Pellegrini y la autopsia del Oeste.

A su turno, la Inmobiliaria “José Luis D’Eramo” informó a fs. 224 que antes de la construcción del acceso, el valor del departamento del actor era de U\$S 45.000 y que debido a la existencia del acceso,

---

Código Civil), responsabilidad esta última que si bien también reviste naturaleza objetiva sólo sería aplicable en el ámbito de la conducta ilícita o ilegítima del Estado y de ella podría quedar exonerado si acreditara alguna de las circunstancias previstas en el Artículo 1113, segunda parte, del propio Código Civil.

Sin embargo, y atendiendo estrictamente al relato de los hechos que surgen de la propia decisión y del régimen legal aplicable, parece impropio atribuirle responsabilidad directa al concesionario de obra pública, desde que obrando éste en el ámbito de una actuación positiva que –según surge también de ese relato– fue regular, ejecutó una obra cuyo proyecto había sido decidido por el propio concedente y cuya responsabilidad es nítida y directa por aplicación de las disposiciones de los Artículos 4º, último párrafo, de la Ley N° 17.520 de Concesión de Obra Pública y 4º, último párrafo, de la Ley N° 13.064 de Obras Públicas.

La alusión de la sentencia a la cláusula 16.7 del Contrato de Concesión antes transcrita no parece suficiente fundamento jurídico, pues la responsabilidad civil que al concesionario de obra pública le cabe frente a los terceros durante el período de concesión y por la construcción, únicamente puede referirse a la que provenga de una negligencia culpable que le resulte imputable, es decir, de un hecho ilícito a él atribuible y no en cuanto hubiere constituido el ejercicio regular de un deber legal (Art. 1071 Código Civil).

Se aprecia también –como quedó anticipado– que la sentencia se hace eco de la errada caracterización del contrato de concesión celebrado por el Estado Nacional, al que se lo califica como concesión de servicio público incluso en el propio texto contractual. Ya tuvimos oportunidad de señalar nuestra abierta disidencia con la gene-

con la realización del puente que desemboca frente al inmueble, a la fecha del informe (agosto de 1998), el valor estimado de la venta sería de U\$S 30.000.

Por lo demás, no puede dejar de valorar la pericia de ingeniería obrante a fs. 250/253. En la misma el experto indica que la vivienda del actor está ubicada en la calle Carlos Pellegrini 4070 Planta Baja, de la localidad de Ciudadela, Provincia de Buenos Aires, frente al predio del Museo del Ejército y de un acceso al supermercado Coto, encontrándose frente a la cabecera norte del puente que cruza al Acceso Oeste, con dos carriles por mano, que en su descenso desde el Sudoeste hacia el Noroeste termina en dirección hacia la propiedad de la actora. Ello se advierte claramente en la fotografía que agregara a fs. 250 vta. (...) Señaló además, que en las zonas circundadas y señalizadas es posible detectar las serias deformaciones que poseen los guardrails, generados indiscutiblemente por la acción de impactos sufridos por elementos sólidos, como ser los paragolpes de rodados de distinto porte. Consideró factible la posibilidad de ocurrencia de accidentes y trastornos generados por el tránsito en la zona del inmueble.

No obstante ello, teniendo en cuenta la suma reclamada por el actor y valorando en el caso, que solamente se ha agregado en autos una tasación inmobiliaria que data del año 1998, que no se ha producido prueba tendiente a acreditar el impacto de las medidas económicas tomadas a partir de fines de 2001 en la cotización del inmueble, que no hay informes concretos de producción de accidentes originados en la construcción del puente, que en alguna medida él ha facilitado las comunicaciones y el acceso a la vivienda del perjudicado produciéndose, bien que en escasa medida, una *compensatio lucri cum damno*

---

ralizada confusión entre una y otra figura<sup>4</sup> que solamente encuentran como punto de contacto a la “concesión” como negocio jurídico regido por el Derecho público<sup>5</sup>, pero que en lo relativo a su objeto tienen francas y nítidas diferencias<sup>6</sup>. Esa confusión, ya también advertida hace muchos años por calificada doctrina nacional<sup>7</sup> y extranjera<sup>8</sup>, proviene del origen común de ambos contratos, pero la prestación que constituye el objeto que en cada caso compromete el concesionario está claramente diferenciada.

<sup>4</sup> Ver *La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos*, Buenos Aires, Ábaco, 1992, Capítulo IV, p. 75 y sigs., . *Estudios sobre Contratación Pública*, Capítulo II, parte segunda, bajo el título “Reforma del Estado. Los corredores viales nacionales. Un caso de concesión de obra pública”, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, p. 114 y sigs..

<sup>5</sup> Sobre las diferentes utilidades de la expresión “conceder” en el Derecho administrativo y las notas conceptuales de la concesión de servicio público, puede verse Soto Kloss, Eduardo, “La Concesión de Servicio Público. Notas sobre una precisión conceptual en el Derecho chileno”, *Ius Publicum*, N° 9 (2002), pp. 111 a 117, publicación de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Santiago de Chile.

<sup>6</sup> Con la finalidad de comprender acabadamente su autonomía conceptual y la enorme importancia que esta institución jurídica posee para la consecución de infraestructura de uso público y la envergadura de las inversiones y capitales que pueden ser canalizados a través de ella ver Ruiz Ojeda, Alberto, “El Eurotúnel. La Provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de concesión”, *Revista de Administración Pública*, N° 132, p. 469 y sigs. (septiembre-diciembre 1993) - Centro de Estudios Constitucionales - Madrid - España.

<sup>7</sup> Ver Fanelli Evans, Guillermo E., *La Concesión de Obra Pública*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1989, parte tercera, p. 22 y sigs.

<sup>8</sup> Ver Meilan Gil, José Luis, “El servicio público en el derecho actual”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 17 - Año 6 - septiembre-diciembre 1994, Ediciones Depalma, p. 344.

que el juzgador debe aplicar de oficio porque hace al concepto mismo del daño, es que considero elevada la suma fijada por el *a quo*, proponiendo por ello la recepción del agravio al respecto y reduciéndola a la suma de pesos quince mil (\$15.000).

## 2. Daño moral.

El tercero citado se agravia también por considerar elevada la suma de \$8.000 fijada por el sentenciante para el presente rubro.

Debo señalar al respecto que esta Sala entiende que el perjuicio en el daño moral afecta bienes de goce, afección y percepción emocional y física, no estimables por el equivalente pecuniario, pero sí considerables para la satisfacción por medio de sucedáneos de goce, afección y mitigación al sufrimiento emocional y físico (CNCivil, Sala C, febrero 22-999, “Sansone H. c/ Alcazar Álvarez y otros”).

Y que una definición del daño ambiental como “toda lesión o menoscabo al derecho o interés que tienen los seres humanos, considerados individual como colectivamente, a que no se altere de modo perjudicial las condiciones naturales de vida” (Peyrano, Guillermo, citado por Hutchinson, Tomás, Tomo 2, de la obra en colaboración con Mosset Iturraspe y Edgardo Donna, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 37), incluye con facilidad este perjuicio extramatrimonial que altera la vida de quien debe soportarlo, convirtiéndola en persona distinta en su actividad personal y social.

En el caso, teniendo en cuenta los cambios en las condiciones de vida producidos al actor debido a la construcción del puente que surgen de los testimonios y pericia ya referidos, entiendo adecuada la suma

---

Esa equívoca asimilación proviene también de la confusión en que la obra construida bajo el régimen de concesión brinda un servicio o una utilidad a los usuarios que la retribuyen mediante el pago de peaje<sup>9</sup> o de tarifas o que en determinados casos sus bienes se benefician con el valor añadido que la obra les proporciona y en este supuesto la remuneran mediante una contribución de mejoras, pero son institutos jurídicos bien diferenciados, que gozan de autonomía conceptual y distintas las prestaciones que en uno y otro el concesionario compromete como objeto contractual. A tal punto ello es así que para que exista concesión de obra pública tiene que forzosamente verificarse la ejecución de un trabajo público cuyo resultado concluido es la obra pública construida por el concesionario y en la concesión de servicio público no sólo no es imprescindible, sino que ni siquiera es de la esencia de la prestación comprometida.

Otro tanto puede decirse de la generalizada confusión entre los conceptos de “autorización” y “concesión”, analogía incorrecta en la que lamentablemente la sentencia también incurre empleando términos jurídicos que si bien tienen como nota común una actividad de intervención del Estado (particularmente del órgano que ejerce su función administrativa) representan títulos de habilitación diametralmente diferentes<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Ver La caracterización que realiza la Corte Suprema acerca del peaje en la sentencia recaída en la causa “Estado Nacional c/ Arenera El Libertador S.R.L. s/ cobro de pesos”, del 18 de junio de 1991 (*Fallos*: 314:595).

<sup>10</sup> Ver Cassagne, Juan Carlos, *La Intervención Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, p. 81 y sigs.

fijada por el *a quo* para indemnizar el presente rubro, por lo cual propicio el rechazo del agravio al respecto.

Propongo en consecuencia, y si mi voto es compartido, que se confirme la sentencia recurrida en lo atinente a las excepciones de falta de legitimación pasiva, responsabilidad y daño moral, y se modifique la suma correspondiente a la desvalorización del bien inmueble que se fija en la suma de pesos quince mil (\$15.000). Propongo asimismo que las costas de la alzada se impongan a la demandada y tercero citado, en virtud del principio objetivo de la derrota (Artículo 68 del CPCC).

Por razones análogas los Dres. Álvarez Juliá y Díaz Solimine adhirieron al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto.

**Beatriz L. Cortelezzi – Omar L. Díaz Solimine – Luis Álvarez Juliá.**

*“Capaglioni, Julio Alejandro c/ Grupo Concesionario del Oeste s.a. y otros s/ daños y perjuicios”.*

Buenos Aires, 2 de marzo de 2006

Y VISTOS:

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se confirma la sentencia recurrida en lo atinente a las excepciones de falta de legitimación pasiva, responsabilidad y daño moral, y se modifica la suma correspondiente a la desvalorización del bien inmueble que se fija en la suma de pesos quince mil (\$15.000).

La sentencia acierta al enfatizar que la concesión ha tenido un amplio desarrollo en el ámbito estatal y plausiblemente resuelve que su otorgamiento no puede exonerar al Estado de las consecuencias dañosas que a los particulares les pueda ocasionar en su ejecución o desarrollo, invocando con justicia para evitarlo la regla del Artículo 1195 del Código Civil, pero no puede al mismo tiempo señalar que ellas se presentan bajo la forma de “autorizaciones” (*sic*) del Estado para realizar una determinada actividad, ya que al menos en ordenamientos jurídicos como el nuestro son títulos de intervención estatal distintos<sup>11</sup>.

Finalmente, y en cuanto al alcance del resarcimiento acordado, si se admite condenar al Estado Nacional por considerarlo jurídicamente responsable por las consecuencias dañosas provocadas por la ejecución de una obra pública con fundamento en que dicha responsabilidad proviene del desenvolvimiento de su función administrativa lícita o legítima –argumento sumamente ajustado a derecho–, no se alcanza a comprender que se haya hecho lugar al resarcimiento del daño moral, por cuanto para su admisión –que también en el campo de la responsabilidad pública proviene de las disposiciones del Derecho común– la jurisprudencia de la Corte Suprema ha requerido la atribución al sujeto público que ocasiona el daño, de una conducta jurídicamente reprochable o ilícita (Art. 1078 del Código Civil)<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Ver por todos Marienhoff, Miguel S., “Los privilegios en el Derecho público (exclusividad, monopolio, exención impositiva). Lo atinente a la reserva de zona. La zona de influencia”, *El Derecho*: 162-1200.

<sup>12</sup> Me remito de nuevo al análisis de la jurisprudencia llevada a cabo en “*La Responsabilidad Pública...*”, *op. cit.*, Capítulo V, número 19, p. 153 y sigs.

Las costas en esta instancia se imponen a la demandada y tercero citado, en virtud del principio objetivo de la derrota (Artículo 68 del CPCC).

Teniendo en cuenta el mérito, valor, importancia y extensión de las tareas desarrolladas, etapas cumplidas y monto en juego, de conformidad con lo normado por los Artículos 6º, 7º, 10, 14, 19, 33, 37 y 38 del Arancel; Artículos 1º y 12 inc. F) de la Ley N° 24.432; Artículos 6º, 80 y 88 del Decreto Ley N° 7.887/1955 y Artículo 279 del CPCC, se regulan los honorarios del Dr. ERC, en la suma de ...; los de la Dra. AMB, en la suma de ...; los del Dr. AV, en la suma de ...; los del Dr. LP, en la de ...; los de la Dra. LL, en la de ...; los de los Dres. RF, SM y CSS, en conjunto, en la suma de ... y los del perito ingeniero HS, en la de .... Por la incidencia resuelta a fs. 91/92, se regulan los honorarios del Dr. C, en la suma de ... y los de los Dres. P y L, en conjunto, en la de ...

Por la labor de A, se regulan los honorarios de los Dres. B y EV, en conjunto, en la suma de ...; los de la Dra. M, en la de ... y los del Dr. C, en la de ..., todos los que deberían abonarse en el plazo de diez (10) días corridos.

Notifíquese y devuélvase.

**Beatriz L. Cortezzi – Omar L. Díaz Solimine – Luis Álvarez Juliá.**



# LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO ACTUAL\*

## I. UNA BREVE INTRODUCCIÓN ACERCA DEL FUNDAMENTO JURÍDICO Y DE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Es bien conocido que no existe en el ordenamiento jurídico positivo argentino una regulación orgánica de la responsabilidad del Estado-Administración, lo cual no ha sido en modo alguno un obstáculo para que la jurisprudencia, en particular la emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde sus primeros pronunciamientos, ubicara los fundamentos jurídicos necesarios para que, paulatinamente, se la fuera admitiendo en todos los campos posibles de la función administrativa estatal. Primero por sus conductas ilícitas y luego por su actuación lícita, por sus acciones individuales o generales y hasta por sus omisiones antijurídicas; sentando de ese modo sólidas bases de ordenación del instituto, como se corresponde con todo *Estado de Derecho*.

Transcurridos más de ciento cincuenta años de la sanción de la Constitución Nacional, no es ocioso destacar una vez más<sup>1</sup> –recordando las enseñanzas siempre vigentes del Profesor Miguel Santiago Marienhoff<sup>2</sup>– que ya desde sus disposiciones iniciales y en el conjunto de principios que la informan, esos que dan vida al concep-

\* Este trabajo ha sido elaborado sobre la base de la conferencia pronunciada por el autor el día 17 de noviembre de 2006 en las Conferencias Anuales Santo Tomás de Aquino 2006; Universidad de Santo Tomás, Santiago de Chile, merced a la generosa invitación que le cursara su Decano Académico, Profesor Doctor Eduardo Soto Kloss; *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 340:67, Ediciones Rap S.A. (enero 2007).

<sup>1</sup> Ver del autor de este trabajo *La Responsabilidad Pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, noviembre 2001. Versión en *e-book* disponible en [www.rapdigital.com/libros electrónicos/](http://www.rapdigital.com/libros_electronicos/), material gratuito.

<sup>2</sup> Ver por todos Miguel Santiago Marienhoff; *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV; numeral 1633 y siguientes, p. 724 en adelante, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Sexta Edición Actualizada, 1997.

to mismo de *Estado de Derecho*, debe buscarse el fundamento jurídico de la admisión en nuestro ordenamiento del instituto de la responsabilidad del Estado-Administración; disposiciones y principios que han venido enriqueciéndose con los aportes de la doctrina científica y que ha tenido en la larga (pero fecunda) evolución de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación un receptáculo de desarrollo sistematizado, conformando –a la postre y más allá de algunos episodios jurisprudenciales que no logran opacar ese desarrollo– un círculo virtuoso que se completa con la incorporación con jerarquía constitucional de la legislación supranacional de derechos humanos, a partir de la reforma de la Constitución Nacional acaecida en el año 1994 (Artículo 75, inciso 22).

El Profesor Eduardo García de Enterría<sup>3</sup> ha señalado que uno de los grandes postulados de la filosofía ilustrada que influyó en la Revolución Francesa de 1789 es el concepto de la libertad originaria del hombre, de que esa es su situación natural y que sólo los hombres reunidos en un pacto social, en virtud de esa libertad inicial, pueden constituir un poder legítimo; pero ese poder es conferido –precisamente– no para otra cosa que para preservar la libertad originaria que los hombres ostentan. Para ello, conciben la ley como instrumento de preservación de ese estado natural y originario y sólo la ley es capaz de impedir o de forzar a los hombres a hacer lo que ella ordena<sup>4</sup>, *pues lo que ella no manda ni prohíbe*, en tanto no ofenda el orden y la moral pública, ni perjudique a un tercero, sólo queda reservada a Dios y está exenta de la autoridad de los magistrados (Art. 19 de la Constitución Nacional).

Más allá del total o parcial acuerdo con ese postulado inicial, lo cierto es que una disposición semejante al Artículo 19 de nuestra Constitución Nacional no se encuentra en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, según ha tenido oportunidad de señalarlo también la doctrina científica nacional<sup>5</sup>, y “[...] contiene –según también calificada opinión– los dos principios básicos y sustantivos de la democracia liberal, el de la privacidad, que incluye el derecho a la intimidad, y el de la legalidad. Ambos contienen la ideología del sistema y destilan los valores que lo estructuran”<sup>6</sup>.

La misma Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1790 en sus Artículos 5º y 7º, configura un antecedente útil y directo para entender la fórmula del citado Artículo 19 de la Constitución Nacional, en cuanto allí se estableció: “Todo

<sup>3</sup> Eduardo García de Enterría; *Problemas del derecho público a comienzos del Siglo*; Primera Edición; Madrid; Monografías Civitas; 2001.

<sup>4</sup> Cfr. autor y obra citada, p. 65.

<sup>5</sup> Hebe Mabel Leonardi de Herbón; “La regla del *naeminen laedere* en el derecho constitucional”, en la obra colectiva *La Responsabilidad* en Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldemberg; p. 90 y siguientes, en especial ver página 93 donde la autora relata los antecedentes patrios de la disposición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

<sup>6</sup> María Angélica Gelli; *Constitución de la Nación Argentina*; Segunda Edición Ampliada y Actualizada; La Ley, 2003; p. 183.



lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a lo que la Ley no ordena” (Art. 5°). “Sólo cuando un ciudadano es llamado a obedecer la Ley debe obedecer al instante” (Art. 7°)<sup>7</sup>.

Desde hace ya tiempo, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho con fecundidad que el fundamento del principio de que nadie debe dañar a otro encuentra su quicio constitucional en el Artículo 19 de la Constitución Nacional, criterio que fue oportunamente señalado en el memorable precedente “Santa Coloma”<sup>8</sup>.

Antes de ahora hemos expuesto nuestro punto de vista acerca de que en orden a hallar el fundamento jurídico general de la admisión en nuestro ordenamiento jurídico positivo de la responsabilidad del Estado<sup>9</sup>, el requisito quedaba cumplido con la sola aplicación del Artículo 19 de la Constitución Nacional y –en consecuencia– constituía argumento suficiente para fundarla en derecho, criterio al que con posterioridad ha adherido calificada doctrina<sup>10</sup>.

Pues bien, siempre en orden a la admisión por parte de la jurisprudencia de la responsabilidad del Estado-Administración podía decirse –como quedó anticipado al comienzo– que a pesar de no contar con esa regulación orgánica, prácticamente no existía reducto de actuación estatal en la que ella no hubiere tenido cabida, siempre –claro está– que se verificaran los requisitos de orden general o común a todos los ámbitos que la hicieran procedente (verbigracia, imputación, causalidad adecuada y daño).

Fue así como, merced a esa constante construcción jurisprudencial, la institución decididamente ha ido adoptando sus ribetes actuales, avanzando paulatinamente hacia un predominio de la concepción objetiva de la responsabilidad del Estado, abandonando la idea de la imputabilidad subjetiva y posando –decididamente– la mirada del fenómeno sobre la víctima del obrar estatal. Esa construcción fue –sin duda– muy trabajosa y sería injusto omitir la gran influencia que la doctrina científica nacional y extranjera más moderna han tenido en ella<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Ver, de nuevo, Eduardo García de Enterría, *op. cit.*

<sup>8</sup> “*Santa Coloma, Luis Federico y otros*” (Fallos: 308:1160).

<sup>9</sup> Y que, cuando menos, la presencia inexcusable del requisito de la “ausencia del deber jurídico de soportar el daño en la víctima” únicamente podía quedar residenciado en la ley formal.

<sup>10</sup> Cfr. Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños, Responsabilidad del Estado*; Tomo X; 1era. Edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 263, especialmente nota 21.

<sup>11</sup> Sin perjuicio de remitirme a la extensa lista de autores nacionales que formulo en *La Responsabilidad Pública* ya citada, en homenaje a todos los que contribuyeron al fenómeno de esta evolución, cito y puede verse de Rodolfo Bullrich, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Jesús Méndez Editor, 1920. A Miguel Santiago Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo IV, número 1624 y siguientes, especialmente número 1633, apartado d), pp. 724-734; Sexta Edición Actualizada; Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997. También a Agustín Gordillo; *Tratado de Derecho Administrativo*; Tomo 2, en sus distintas ediciones y que (siguiendo sus consejos) para efectos de este trabajo hemos empleado la 8ª Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003; Capítulo XIX. Como lo señala el mismo Profesor Gordillo (ver pp. XIX-8, apartado 4.2.) desde 1959 en que formuló su tesis doctoral

Ciertamente que la adopción de la “teoría del órgano”<sup>12</sup> y de una revisión de la primitiva construcción francesa de la *falta de servicio* que realizara la Corte Suprema en el año 1984 en el plausible precedente “Vadell, Jorge c/ Provincia de Buenos Aires” implicó un ostensible avance respecto de las teorías empleadas en el pasado, aunque –como lo expuse en su oportunidad<sup>13</sup>– nunca me pareció que hubiera abandonado por completo la invocación –en ciertas circunstancias– de disposiciones como la contenida en el Artículo 1113, primera parte, del Código Civil<sup>14</sup>.

Se fue construyendo –sin embargo– esa consideración de la *falta de servicio* entendida no como *culpa* sino como *ausencia, carencia, cumplimiento defectuoso o simplemente incumplimiento* de las obligaciones legales que le han sido impuestas a la Administración, no como una sanción hacia ella, sino como *restitución a la víctima*, en la elocuente caracterización que realiza el Profesor Eduardo Soto Kloss<sup>15</sup>, y

---

(inérita) ha venido sosteniendo que la responsabilidad del Estado por los hechos de sus agentes es siempre directa, lo cual no implica –según lo destaca– olvidar la responsabilidad civil del propio agente o funcionario como autor real del daño. De igual manera, a Graciela Reiriz, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969. A Rodolfo Barra, “Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos”, *El Derecho*, tomo 122, p. 859 y siguientes. Del mismo autor, “Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos”; *El Derecho*, tomo 142, p. 930 y siguientes. A Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Vol. I, 8ª Edición Actualizada, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo- Perrot, 2006, pp. 457-522, quien propugna la existencia de un único fundamento y el mismo queda residiendo en la garantía de igualdad frente a las cargas públicas consagradas en el Artículo 16 de la Constitución Nacional (ver pp. 472-473). También a Roberto Dromi, *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública*, Madrid – Grouz 1986, especialmente pp. 28-31. Para un abordaje de la institución desde la *seguridad jurídica* véase Pedro Jorge J. Coviello, *La protección de la confianza del administrado*, Buenos Aires, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2004, especialmente pp. 439-456. Para una explicación del concepto de la competencia real o aparente del funcionario público ver Armando N. Canosa, “Nuevamente el Artículo 1113 del Código Civil y la responsabilidad del Estado”, *El Derecho*, tomo 157; p. 84 y siguientes. A Guido S. Tawil, *La Responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993.

<sup>12</sup> Ver Aparicio Mendez, *La teoría del órgano*, edición definitiva, Montevideo, Amalio M. Fernández, 1971, especialmente pp. 32-33. Teoría que, como se sabe, es de cuño netamente publicista y que se erige como superadora de las inconsistencias de las posturas contractualistas del mandato y de la representación y que como explicara en sus clases el recientemente fallecido Profesor argentino y Director de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Rosario, Doctor Pedro Antonio Chede, la *teoría del órgano* se consume como una verdadera “unión hipostática” entre el funcionario (órgano persona) y la competencia para obrar (órgano institución) en la ya clásica dualidad explicada magistralmente por el Profesor Miguel S. Marienhoff.

<sup>13</sup> Ver *La Responsabilidad Pública*, *op. cit.*, pp. 103-115, especialmente pp. 104-106.

<sup>14</sup> Pueden verse en tal sentido los precedentes recaídos en las causas “*Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina) c/ Provincia de Río Negro s/ cobro de pesos*” del 01-03-1994 (*Fallos*: 317:146 y “Scarmacia, Mabel y otro” del 12-09-1995 (*Fallos*: 318:1715), también citados en *La Responsabilidad Pública*; *op. cit.*, pp. 96-97.

<sup>15</sup> Pueden consultarse del citado, entre otros, los recientes trabajos donde deja expuesta la idea: “Del derecho como arte de lo justo al derecho como arte de magia (a propósito de la llamada “falta de servicio””, *Ius Publicum N° 17* (2006), Santiago de Chile, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, pp. 85-96, especialmente p. 95; “Responsabilidad del Estado por daños producidos por los servicios de salud”, *Ius Publicum N° 12* (2004), pp. 245-264.

poco a poco la idea rectora de que la responsabilidad del Estado provenía de la propia Constitución Nacional y que –por lo tanto– no se debe analizar como “castigo al culpable” sino como “*restitución* a la víctima” de aquello que fue privada por el obrar estatal<sup>16</sup>, en la medida –claro está– que no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La doctrina científica, con su perseverante aporte –como ha quedado dicho–, influyó en la moderna caracterización de la institución, a partir de explicar y fincar la responsabilidad estatal en textos constitucionales de aplicación directa (Artículos 16, 17, 19, 28, 31 y 36 de la Constitución Nacional); en que la institución se explica desde el derecho público con base en esos preceptos constitucionales y abandonando la idea de que es necesario que exista –en todos los casos– ley especial para que la responsabilidad estatal tuviese cabida<sup>17</sup>.

Con todo, fue el principio rector del reparto igualitario de las cargas públicas, consagrado por el Artículo 16 de la Constitución Nacional, el criterio que mayor adhesión tuvo en la doctrina nacional, al menos para fundar la responsabilidad del Estado por sus actos legítimos como se ha señalado hace ya más de veinte años atrás<sup>18</sup>.

Últimamente, incluso<sup>19</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hubo de admitir que no era de recibo una postulación que negara de antemano la procedencia de una indemnización integral que restituyera a la víctima del obrar estatal lícito o legítimo (el caso trataba de la revocación por oportunidad, mérito o conveniencia de una licencia de radiodifusión) tanto el daño emergente sufrido como el lucro cesante padecido, entendido este último como la probabilidad cierta de obtener un beneficio económico.

Más recientemente todavía<sup>20</sup>, la misma Corte Suprema, si bien merced a redefinir la competencia originaria y exclusiva que le asigna el Artículo 117 de la Constitu-

<sup>16</sup> Cfr. Eduardo Soto Kloss, “La Responsabilidad del Estado. Un retorno a la idea clásica de restitución”, en la obra colectiva *Actualidad y Perspectivas del Derecho Público a Fines del Siglo XX*, Vol. 2, Homenaje al Profesor Fernando Garrido Falla, Madrid, Editorial Complutense, 1992; pp. 1263-1288.

<sup>17</sup> Idea propugnada entre nosotros fundamentalmente por el Profesor Rafael Bielsa, ver *Tratado de Derecho Administrativo*; T. II, p. 344 y siguientes; 4ª edición, Buenos Aires, 1947. Debe advertirse, sin embargo y como bien lo pone de manifiesto el eximio Profesor Alberto B. Bianchi, que no es que Bielsa no reconociese que el Estado debía ser responsabilizado por sometimiento a las reglas de derecho, pero sucedía que era exigible –en su opinión– una ley especial que la regulara (ver Bianchi, Alberto B., “Panorama Actual de la Responsabilidad del Estado en el derecho comparado”, *La Ley*, 1996-A- pp. 922-953, especialmente p. 927 (nota 37)).

<sup>18</sup> Cfr. Enrique Santiago Petracchi, “Responsabilidad extracontractual del Estado Nacional emergente de sus legítimas actividades de normación general”; *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap: 59:7- 32*, especialmente p. 25 (agosto 1983).

<sup>19</sup> Cfr. “El Jacarandá SRL c/ Estado Nacional”, sentencia del 28-07-2005 publicada en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap: 328:180* (enero 2006).

<sup>20</sup> “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia y otro s/ daños y perjuicios” del 21-03-2006, publicado en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap: 334:172* (julio 2006) y reiterada entre muchos otros en “Zulema de Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios” del 06-05-2006.

ción Nacional y en consecuencia del concepto de *causa civil* que la torna procedente cuando una provincia es demandada, adhirió al criterio de que la responsabilidad del Estado se encuentra regida –como principio– por el derecho público y que no siendo materia delegada por las provincias en el gobierno federal, correspondía su juzgamiento –como regla general– a los jueces locales, aun cuando para fundarla se invocara la regla establecida en el Artículo 1112 del Código Civil<sup>21</sup> y aunque esto último deje sin respuesta a una serie de situaciones que sí podrían estar disciplinadas directamente por la regla dispuesta en la norma (verbigracia; la responsabilidad civil del funcionario, o aquellas situaciones regidas exclusivamente por el derecho común), la decidida inscripción de la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho público renovó –inmediatamente– la elogiosa adhesión de un sector de la doctrina<sup>22</sup>.

Poco a poco –como se señalara–, la construcción jurisprudencial, con el fundamento de la propia fuerza normativa de la Constitución Nacional y de su condición de suprema frente a la ley, fue reduciendo a un mismo tiempo los ámbitos de inmunidad soberana del Estado y de irresponsabilidad estatal, bien entendido que de ello no corresponde derivar que el Estado deba convertirse en un asegurador de todo riesgo, pero tampoco cabe admitir un Estado irresponsable o que –en el mejor de los casos– se requiera de ley especial que la regule.

Desde ya que la ley no podría negarla, porque como enseñaba el Profesor Marienhoff<sup>23</sup> no proviene de la ley, sino de la Constitución Nacional y ésta es suprema (Artículo 31), bueno es resaltarlo, y de allí sus críticas al requisito de que el daño provocado por una norma general debía comportar una situación de “sacrificio especial” como fundamento de la reparación de los perjuicios ocasionados por la actuación normativa lícita o legítima del Estado<sup>24</sup>.

El Estado de Derecho basado en la vigencia plena y eficaz de la Constitución Nacional no admite ninguna idea o concepción que se asemeje al absolutismo, sea monárquico o de la Administración pública como heredera de sus privilegios<sup>25</sup>, por muy revolucionaria que a ésta se la hubiese concebido.

<sup>21</sup> Disposición que establece: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que le están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este Título” y que no es otro que “*El de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos*”.

<sup>22</sup> Susana E. Vega – María Josefina Rotaecche, “La competencia originaria de la Corte y el concepto de causa civil: un cambio de criterio acertado. ¿Motivos de orden jurídico o circunstancias de conveniencia?”, en abierta y decidida postura de adhesión a las enseñanzas de la Profesora Graciela Reiriz; *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 335: 47 (agosto 2006).

<sup>23</sup> Miguel S. Marienhoff, *Tratado...*, *op. cit.*, número 1646, g).

<sup>24</sup> *Idem anterior*.

<sup>25</sup> Cfr. Eduardo Soto Kloss con cita de Maurice Hauriou en “La Responsabilidad del Estado. Un retorno a la idea clásica de restitución”, *op. cit.*, p. 1268 (nota 23).

## II. UN RECIENTE PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA NO ALCANZA PARA NEGAR LA APUNTADA EVOLUCIÓN (*EL CASO “FRIAR S.A.”*)

Aunque resulta prematuro verter un juicio definitivo, el reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado en la causa “Friar S.A. c/ Estado Nacional – Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos- Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y SENASA s/ daños y perjuicios” (F. 1331.XL) del 26-09-2006, parece abrir un interrogante acerca de la consolidación jurisprudencial que venimos describiendo.

Se trataba, en el caso, de una acción promovida por una empresa tendiente a obtener una reparación de los daños y perjuicios que –según su relato– se le ocasionaron por la prohibición de exportación de carne decidida por el Servicio Nacional de Sanidad Animal (SENASA) como medida de policía sanitaria ante la aparición de un foco de fiebre aftosa por la introducción en el territorio argentino –mediante contrabando por la frontera con la República del Paraguay– de animales infectados con fiebre aftosa, basándose para ello en la “falta de servicio” de las autoridades nacionales al dictar el Decreto N° 1.324/1998, medida que prohibió la vacunación de los animales contra la fiebre aftosa que se venía practicando hasta el dictado de la misma.

La demandante –a su vez– le achacó esa “falta de servicio” en que, conocida la aparición del foco infeccioso, las autoridades demoraron en hacer pública la situación y agravaron la propagación del virus en todo el territorio nacional. Estas circunstancias –continúa– subsistieron hasta que, mediante la Resolución N° 5 (*Boletín Oficial* del 20-04-2001), el SENASA volvió a introducir el Plan de Erradicación de la fiebre aftosa y la campaña de erradicación mediante vacunación obligatoria, entre otras medidas, y retornó a la política seguida con anterioridad al dictado del mencionado Decreto N° 1.324/1998.

Adicionalmente, y para el caso de que se considerara que la actuación estatal era lícita, la actora fundó también su demanda en ese ámbito, reclamando la indemnización de perjuicios que se le provocaron como consecuencia de tal legítima actuación.

La sentencia desestima ambos planteos y deniega el derecho de indemnización reclamado por la actora. Para así decidir, parte de la base de que la actuación de las autoridades nacionales involucradas fue regular, y que las medidas adoptadas no quedaron inscriptas en el concepto de la *falta de servicio* para cuya verificación “[...] no basta con enumerar genéricamente una serie de actos y conductas, sino que es preciso examinar cada uno de ellos desde el punto de vista de su legitimidad y de su aptitud para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama [...]”<sup>26</sup>.

Del mismo modo, consideraron los jueces que formaron la mayoría de opinión, que la impugnación no estaba dirigida a la ilegalidad de las medidas adoptadas sino a su oportunidad, ya que la objeción –según se explica en el pronunciamiento– estaba

<sup>26</sup> Considerando 6° del voto concurrente de los jueces Petracchi- Fayt- Maqueda – Zaffaroni y Lorenzetti.

orientada a la inconveniencia de haber declarado a la República Argentina país libre de la enfermedad sin vacunación.

Con sustento en las atribuciones que la Ley N° 24.305 le asigna al SENASA, la sentencia entiende que las medidas impugnadas –inscriptas dentro del ejercicio regular de la competencia atribuida– no pueden ser sustituidas por el criterio de los jueces y juzgadas según su propia discreción<sup>27</sup>, añadiendo que no se verificaban en el caso las circunstancias reunidas en el precedente “Vadell, Jorge” del año 1984 (*falta de servicio*), que ya mencionamos más arriba<sup>28</sup>.

En lo atinente al reclamo de resarcimiento fundado en la actuación lícita estatal, la sentencia (considerando 8°) también desestima el planteo, recordando su criterio de que –como regla– tratándose de una actividad regular las consecuencias necesarias y normales del ejercicio del poder de policía de salubridad o sanitaria no dan lugar a indemnización y cita –en apoyo– una decisión suya recaída en la causa “*Román S.A.C. c/ Nación Argentina*” del 13-10-1994 (*Fallos*: 317:1233)<sup>29</sup>.

Concluye afirmando: “[...] de tal manera, si la prohibición de exportar y la falta de expedición de certificados de aptitud sanitaria constituían medidas no sólo razonables sino indispensables ante la situación descripta, la actora nada puede reclamar al respecto [...]”.

Ahora bien, no puede omitirse que la Ley N° 24.305 aprueba el Programa de Lucha Contra la Fiebre Aftosa, declarando de interés nacional la erradicación de dicha enfermedad de todo el territorio argentino (Art. 1°) y, para ello –como se cita–, le asigna al SENASA el carácter de autoridad de aplicación de la ley (Art. 2°) y al mismo tiempo, un amplio conjunto de atribuciones de carácter técnico y de contenido discrecional, en el sentido de un amplio margen de aptitud para adoptar las medidas que el organismo estime apropiadas con tal propósito.

Entre dichas atribuciones, el Artículo 2°, inciso f) lo faculta a “adoptar y ejecutar todas las medidas técnicas apropiadas, incluso el sacrificio inmediato de los animales expuestos a un foco de fiebre aftosa, en caso de presentarse la enfermedad en una zona declarada libre y/o en áreas con condiciones sanitarias en las que el organismo de aplicación previamente así lo haya dispuesto”.

A su turno, y con relación a esto último, el Artículo 14, primer párrafo, de la Ley N° 24.305 dispone un derecho a indemnización *a valor de mercado* a favor de aquellos productores que se vean afectados por las medidas adoptadas en el marco de las atribuciones asignadas por el citado Artículo 2°, inciso f) o, en su caso, por la determinación de destino exclusivo a faena por razones sanitarias.

<sup>27</sup> *Ibidem* considerando 7°.

<sup>28</sup> *Fallos*: 306:2030.

<sup>29</sup> A mayor abundamiento, me remito al análisis que sobre la decisión recaída en la causa “*Román*” he dejado expuesto en *La Responsabilidad Pública*, citada, pp. 316-322 y p. 336 (nota 53).

De lo expuesto surge con toda evidencia que, en ciertos casos, la adopción por el organismo de medidas dictadas en el ejercicio *regular* del poder de policía sanitario que la ley le ha conferido, hace nacer –no obstante– el deber de responder y el correlativo derecho de la víctima a obtener una indemnización que la ley erige con carácter integral (no otra cosa es *el valor de mercado* que ordena la disposición) y que se deriva como una consecuencia directa de dicha actuación estatal *regular*.

Por ello también, el párrafo que verdaderamente inquieta en la sentencia anotada es el que finaliza el examinado considerando 8º, cuando textualmente dice: “[...] En nuestro derecho *no existe norma o construcción jurisprudencial alguna* que, tal como sucede en el Reino de España, obligue a la Administración pública a indemnizar todo perjuicio ocasionado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ni, por tanto, a resarcir los perjuicios derivados de las medidas regular y razonablemente adoptadas en ejercicio del poder de policía de salubridad. Pues, *si el Estado tuviera que pagar por cada uno de los cambios y nuevas exigencias derivadas del desarrollo de la legislación general* en la materia, sería imposible gobernar”. Cuadra advertir que esta consideración final no se encuentra reproducida en el voto concurrente de los jueces que conforman la minoría en el pronunciamiento<sup>30</sup> (el destacado es propio).

Sin dejar de señalar que en el caso no estamos en presencia de los daños derivados de la prestación anormal o normal de un servicio público, debemos reconocer que es cierta la afirmación del texto en el sentido de que no existe en nuestro ordenamiento constitucional una disposición semejante al Artículo 106.2 de la Constitución española de 1978, la cual establece: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Sin embargo, no es menos cierto que la ausencia de una norma semejante no fue óbice para que el mismo Tribunal dictara decisiones en precedentes tales como “Bocara, Armando” (17-07-1970), “Cantón, Elbio” (15-05-1979), “Winkler, Juan León” (09-08-1983); procesos todos ellos en los que se debatían –análogamente al caso examinado– las consecuencias patrimoniales que para las víctimas se suscitaban por modificaciones normativas regularmente adoptadas en el ejercicio del poder de policía.

Aun cuando la propia fuerza normativa de la Constitución Nacional constituiría argumento suficiente –como lo entendió la propia Corte Suprema en el citado caso “Winkler” donde el deber de responder se basó en la aplicación directa de los Artículos 14 y 17 de la Ley Suprema–, también el Artículo 83 del Reglamento Nacional de Procedimiento Administrativo, vigente en el ordenamiento nacional desde su sanción en el año 1972 y aplicable al organismo demandado, configura desde el plano

<sup>30</sup> Conformada por los Jueces Highton de Nolasco y Argibay.

del derecho positivo derivado un fundamento de orden general para fincar una oposición conceptual con el párrafo de la sentencia que hemos destacado.

Dicha disposición que –es a todas luces evidente– ha recibido la influencia de las enseñanzas del Profesor Miguel S. Marienhoff, establece: “Los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte y aun mediante recurso en los casos que éste fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por los administrados”<sup>31</sup>.

En homenaje a la brevedad, diremos que del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema en este ámbito (responsabilidad del Estado por su actuación normativa lícita) surge que el Tribunal ha sido siempre muy riguroso en el análisis de la concreta verificación –en cada caso– de los requisitos que la tornan procedente (verbigracia; imputabilidad, causalidad, daño o sacrificio especial y más tarde, ausencia en la víctima del deber jurídico de soportarlo) y tanto es así que ha exigido que la causalidad entre el obrar legítimo y el daño irrogado no solamente debe ser adecuada sino también *exclusiva*, sin intervención extraña que pudiera interferir en dicho nexo causal (ver “Ledesma S.A.”, del 31-10-1989)<sup>32</sup>.

Por lo que se desprende del relato de los hechos que lleva a cabo la decisión, no parece que este último requisito se hubiera configurado con nitidez, de manera que –quizás– dicha ausencia podría haberse erigido en el argumento principal y suficiente para la desestimación de la pretensión indemnizatoria.

Es que, como han señalado voces autorizadas, una cosa es reconocer que el funcionamiento anormal del servicio público es uno de los títulos básicos para imputar a la Administración el deber de reparar los perjuicios y otra distinta es que a partir de allí se requiera o se confunda el fundamento de la Responsabilidad del Estado con la ilicitud basada en la culpa u otra conducta subjetiva<sup>33</sup>.

Por ello habrá que esperar a futuros pronunciamientos del Tribunal para constatar si el criterio de esta sentencia traduce un retorno a la idea –que creímos definitivamente abandonada– de que para responsabilizar al Estado tanto por sus conductas ilícitas cuanto lícitas, se hace necesario siempre una disposición legal que así lo disponga, o si –en definitiva– se está traduciendo el deseo del Tribunal de que se incluya en el texto formal de la Constitución Nacional una cláusula semejante al citado Artículo 106.2 de la Constitución de España, lo cual, de ser así, cuenta con nuestra más

<sup>31</sup> Ver por todos, y comparar, Miguel S. Marienhoff; *Tratado...*; Tomo IV, *op. cit.*, especialmente números 1631, b); 1646, g).

<sup>32</sup> Nos remitimos al análisis que de la decisión realizamos en *La Responsabilidad Pública*, *op. cit.*, capítulo V, p. 161 y p. 286.

<sup>33</sup> Eduardo García de Enterría; Tomás, Ramón Fernández; *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, 6ta. Edición, Madrid, Civitas, 1999, p. 369.



fervente adhesión. Con todo, insistimos en que no se verificaba en el ocurrente un caso de anormal o normal prestación de un servicio público y de allí también la inquietud que suscita el párrafo transcrito.

Nunca sobraría resaltar que “El *palladium* de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento; el *palladium* de la libertad es la Constitución; esa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa, debe ser objeto primordial de las leyes y la condición esencial de los fallos de la justicia federal”<sup>34</sup>.

La efectiva vigencia de las libertades públicas reconocidas a todos los habitantes y cuyo baluarte es el Artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, no puede quedar subordinada a la voluntad (o al capricho) del administrador de turno, ni del legislador solícito a los deseos de aquel que, según ha quedado sobradamente demostrado, no ha tenido reparos, ni menos escrúpulos, en apelar al recurrente discurso de la cambiante conveniencia pública para avanzar sobre las libertades individuales.

Cuando no se ha sabido apreciar que no hay superior interés público que el de respetar y hacer respetar la Constitución Nacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema como su intérprete final y garante última de su vigencia, ha sabido ser dique de contención de esos avances y el proceso de construir *la doctrina* de la Responsabilidad del Estado en el derecho argentino es una prueba suficientemente elocuente de esa actuación.

<sup>34</sup> Nunca tan oportuno recordar aquello que ha dejado magistralmente escrito el Profesor Carlos S. Fayt; cfr. *Nuevas Fronteras del Derecho Constitucional (La Dimensión Político-Institucional de la Corte Suprema de la Nación)*, Buenos Aires, La Ley, 1995, p. 8.



# **DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO**



## **Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala V.**

---

*Causa N° 31. 777/96 “Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional –M° de Salud y Acción Social–/ amparo Ley N° 16. 986”.*

Buenos Aires, 2 de junio de 1998

Y Vistos; Considerando:

I. Que la actora inició su demanda de amparo a fin de que se ordenase al Estado Nacional que:

a) ejecutase la totalidad de las medidas necesarias par a completar la unidad de producción de la vacuna Candid 1 –contra la Fiebre Hemorrágica Argentina– en el Instituto Nacional de Enfermedades Viral es Humanas Dr. Julio Maiztegui, asegurando su inmediato suministro a la totalidad de la población potencialmente afectada por el Virus Junín; y

b) implementase, en coordinación con las áreas públicas competentes, una campaña para restablecer el ecosistema.

II. Que la señora Juez de primera instancia, a fs. 258/265vta., rechazó la acción impetrada e impuso las costas por su orden.

Para así resolver entendió:

a) que, de acuerdo a lo que surgía del informe de fs. 97/125, la demandada daba cuenta de las previsiones que se estaban tomando a fin de producir en el país la vacuna Candid 1 y que, en consecuencia, no

---

## **LA “PROTECCIÓN DE LA SALUD” COMO UN DERECHO DE INCIDENCIA COLECTIVA Y UNA SENTENCIA QUE LE ORDENA AL ESTADO QUE CUMPLA AQUELLO A LO QUE SE HABÍA COMPROMETIDO\***

### **I. INTRODUCCIÓN**

La precedente sentencia de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, recaída en la causa “Viceconte” configura un fallo con muchas y muy variadas implicancias que, a mi modo de ver, se inscribe en una lista de decisorios judiciales de los últimos tiempos, con significativo valor moral y jurídico. Ciertamente, el modo en que la materia queda resuelta por el fallo puede resultar opinable, pero ello no le quita, antes bien le confirma, esos apuntados valores. Anticipo entonces que el presente comentario será breve, pues el propio decisorio resulta por demás elocuente de hacia dónde podría en lo sucesivo dirigirse la jurisprudencia del Fuero Federal en capítulos tan difíciles como los que a mi juicio y en definitiva el fallo trata, y que, a saber, son: el alcance del control que deben

\* “La ‘protección de la salud’ como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al Estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido” (Comentario al fallo “Viceconte, M. c/ Ministerio de Salud y Acción Social”), Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, dirigido por Agustín Gordillo, *La Ley*, 1998-F, 9.303.

se advertía que el Tribunal pudiera atender este aspecto del reclamo de la actora, pues se estaría ante una decisión judicial carente de sustento fáctico que la avalase;

b) que la vacuna cuya provisión se solicitaba se encontraba en una etapa de investigación y, por el lo, la facultad para autorizar el suministro era ajena a la competencia de los tribunales judiciales, puesto que dicha facultad era privativa de la autoridad administrativa;

c) que de acuerdo con lo dispuesto en la Ley N° 16.463, en el caso, no podía hablarse de medicamento, por tratar se de una sustancia en experimentación en proceso muy incipiente y que, por tal razón, ordenar al Poder Ejecutivo el suministro inmediato de la mencionada vacuna Candid 1 sería imponerle una conducta contraria a la ley; y

d) que, en lo atinente a la implementación de una campaña par a restablecer el ecosistema, la vía del amparo era improcedente ya que requería, necesariamente, la realización de pruebas cuya complejidad excedía el limitado marco de este proceso abreviado.

III. Que contra dicha decisión interpusieron y fundaron sus recursos de apelación el Defensor del Pueblo de la Nación (fs. 266/ 271vta.) y la actora (fs. 279/288).

A f s. 291/294vta., fueron contestados los traslados conferidos.

A f s. 311/vta. obra el dictamen del Señor Procurador Fiscal de Cámara.

A fs. 346/361 se agregó el acta y la documentación recabada en ocasión del reconocimiento judicial dispuesto en l a providencia de fs. 313.

desplegar los Jueces con relación al ejercicio de “poderes discrecionales” por parte de los órganos administrativo y legislativo, por un lado, y los problemas de legitimación suscitados a partir de la incorporación de los “derechos de incidencia colectiva” en nuestro derecho a partir de la Constitución Nacional de 1994<sup>1</sup>, por el otro.

De ello trata en definitiva la sentencia, a pesar de que los Jueces lo hagan a través de ordenarle cumplir a los órganos políticos aquello a lo que se han comprometido por medio de actos y decisiones adoptadas en el ámbito de facultades que, indudablemente, les resultan propias. Por cierto, han sido estos últimos los que han establecido que la necesidad de producir la vacuna “Candid I”, para prevenir la denominada fiebre hemorrágica argentina –que afecta a una importante población de la República Argentina (tres millones y medio de personas, según surge del fallo)– resulta satisfactoria de una necesidad de interés general. Sin embargo (y ésta parece ser una de las novedades que el caso propone), una vez adoptada la decisión, los Jueces se encuentran habilitados para hacerles cumplir a los órganos con decisión política, aquello a lo que se comprometieron incluyendo la provisión de fondos presupuestarios necesarios para tal objetivo, al punto que la sentencia responsabiliza en forma personal a dos Ministros del Poder Ejecutivo Nacional para llevar a cabo los actos

<sup>1</sup> Es que, en verdad, el contenido de la Cláusula Transitoria Décimoséptima de la reforma constitucional acaecida en el año 1994 parece permitir sostener la existencia de una “nueva” Constitución Nacional, antes que una “reforma” en sentido estricto. Recordemos que dicha cláusula establece: “El texto constitucional ordenado, sancionado por esta Convención Constituyente, reemplaza al hasta ahora vigente”.

IV. Que no puede dejar de tomarse en cuenta, que en el Artículo 43 del nuevo texto de la Constitución Nacional se dispone que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, “contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”.

V. Que en el Artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –cuya jerarquía constitucional le fue acordada en el Artículo 75, inciso 22 del nuevo texto de la Carta Magna– se prevé que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

En el Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos –también con jerarquía constitucional– se dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

En el Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –cuya jerarquía constitucional también se reconoce en la Carta Magna– se estableció que entre las medidas que los Estados Partes deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental deberían figurar: el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente (inc. b), la prevención y el tratamiento de las

---

que resulten imprescindibles con tal objeto, pues la sentencia dispone (con todas las letras) que la denominada vacuna “Candid I” en cuestión, se debe producir en el país.

Ello incluso, y como ha quedado dicho, involucra decisiones que exceden el propio ámbito de la Administración pública, pues necesariamente supone que sea el legislador quien acuerde las provisiones presupuestarias necesarias para cumplir con lo que la sentencia decide. La cuestión toma aún mayor relevancia si se asume que la decisión judicial ha sido dictada en el estrecho marco cognoscitivo que supone un proceso de amparo judicial, bien entendido que desde la admisión en el texto formal de la Constitución Nacional de 1994 de este remedio, el mismo no es, como sucediera en el régimen de la Ley N° 16.986 (*ADLA*, XXVI-C, 1491), una vía subsidiaria.

Es como si los Jueces hubieren dictado la sentencia sobre la base de un pacto existente entre los gobernantes y la sociedad, pacto que no se agotaría en que aquéllos ejerzan las competencias que les resultan propias en el marco del ordenamiento jurídico, sino que quedarían obligados por las consecuencias futuras de los actos y decisiones así adoptadas. Desde ya que a los propios Jueces les cabe también ese mismo compromiso con la sociedad, aunque ésta no los haya escogido de una manera directa. En rigor de verdad, y como luego se verá, el fallo trasunta la aplicación lisa y llana de la doctrina que fluye de los Artículos 625 y 630 del Código Civil.

La otra circunstancia sobre la cual la sentencia despierta interés es la admisión del derecho a la “salud” como un derecho de incidencia colectiva tutelable a través de un proceso de amparo judicial, aunque no surge del fallo –al menos en forma expresa– el carácter en el que actuó la parte actora, más allá de la intervención conjunta del Defensor del Pueblo de la Nación.

enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (inc. c) y, la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (inc. d).

VI. Que la función judicial no se agota en la letra de la ley con olvido de la efectiva y eficaz realización del derecho (*Fallos*: 248:291; 249:37) y para ello debe atenderse antes que a un criterio formalista, a la vigencia de los principios que ampara la Constitución Nacional y que surgen de la necesidad de proveer al bien común, considerando éste como el conjunto de las condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de su propia perfección (*Fallos*: 296:65).

VII. Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que en el Preámbulo de la Constitución Nacional “ya se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que, por cierto, ha de computarse, con prioridad indiscutible, la preservación de la salud” (cfr.: *Fallos*: 278:313, Considerando 15).

También ha declarado el Alto Tribunal que el objetivo preeminente de la Constitución Nacional, según se expresa en su preámbulo, es lograr el bienestar general, lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Señaló además que tiene categoría constitucional el principio *in dubio pro justitia socialis* y que las leyes deben

## II. El caso

La actora promovió la sumaria acción de amparo con el propósito de que se ordenase al Estado Nacional que:

a) ejecutase la *totalidad* (el destacado es mío) de las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la vacuna “Candid I” –contra la fiebre hemorrágica argentina– en el Instituto de Enfermedades Virales Humanas Doctor Julio Maiztegui, asegurando su inmediato suministro a la “*totalidad de la población*” (de nuevo el destacado es propio) potencialmente afectada por el Virus Junín; y

b) implementase, en coordinación con las áreas públicas competentes, una campaña para restablecer el ecosistema.

Como quedó de manifiesto, no surge del relato que la sentencia realiza, sobre la base de qué circunstancia se admitió legitimación al actor en este proceso de amparo, por lo que sólo surgiría de manera implícita del fallo la condición de “afectado” en el demandante, que requiere el Artículo 43 de la Constitución Nacional para la procedencia de la vía escogida. Por cierto que al mismo tiempo ha intervenido el Defensor del Pueblo de la Nación, a quien la referida norma constitucional le reconoce legitimación procesal en términos expresos.

Ello cobra particular relevancia tan pronto como se aprecia que, en los hechos, el actor obtuvo una sentencia de efectos *erga omnes* en defensa de un derecho de incidencia colectiva, como es el de la protección de la salud (la de la actora y la de otros tres millones y medio de potenciales afectados por la enfermedad), que los Jueces admiten sobre la base de lo dispuesto en el Artículo 14 bis de la Constitución Nacional, a través de considerarlo incluido entre los denominados “derechos sociales” (Con-



ser interpretadas a favor de quienes al ser les aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollar se conforme a su excelsa dignidad (*Fallos*: 289:430).

VIII. Que la declaración de derechos efectuada en nuestra Constitución Nacional no sólo es una declaración de voluntad del Estado que así reconoce la existencia de los derechos individuales, sino que también es un compromiso por el cual el propio Estado se obliga a dictar las normas necesarias y a cumplirlas, es decir, que asumió un compromiso de organizar los ser vicios y prestaciones allí previstas (cfr.: Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 2ª edición).

Cabe destacar, en ese sentido, que el sistema constitucional, al consagrar los derechos, declaraciones y garantías, establece las bases generales que protegen la personalidad humana y a través de su norma de fines, tutela el bienestar general. De ahí que, el eje central del sistema jurídico sea la persona en cuanto tal, desde antes de nacer hasta después de su muerte (*Fallos*: 316:479, voto de los Dres. Barra y Fayt).

Los llamados “derechos sociales” establecidos en el Artículo 14 bis de nuestra Carta Magna y señalados en las Declaraciones y Pactos *supra* referidos tienen un carácter muy diferente al de las libertades tradicionales. Estos “derechos sociales” –entre los que indudablemente se encuentra el derecho a la salud– no constituyen ya para los individuos un derecho de actuar, sino facultades de reclamar determinadas prestaciones de parte del Estado –cuando éste hubiera organizado el servicio– (cfr.: Hauriou, André, Gicquel, Jean y Gélard, Patrice, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1980;

---

siderando VIII). En efecto, la sentencia no lo dice, pero termina admitiendo a la postre la existencia de legitimación para la defensa de un derecho de “incidencia colectiva” como lo es el derecho a la salud, aunque niega el debate en cuanto a la pretensión a que se adopten medidas en defensa del ecosistema, por entender que la discusión merece un más amplio debate (Considerando XVIII).

### III. EL CONTENIDO DE LA DECISIÓN

En consecuencia, y a mi modo de ver, dos cuestiones resultan relevantes en el decisorio dictado por la Cámara Federal. La primera, la relativa al control, aunque no se diga explícitamente, que los Jueces han desarrollado respecto a decisiones discrecionales emanadas de los otros poderes, al ordenarles que adopten las medidas necesarias para cumplir aquello a lo que se habían comprometido<sup>2</sup>. La solución brindada no es sino la establecida en los Artículos 625 y 630 del Código Civil.

Nótese que el decisorio hace mérito de esta circunstancia al recordar que la declaración de derechos y garantías que perceptivamente establece la Constitución Nacional no es sino, y al mismo tiempo, un compromiso del Estado con la sociedad que debe materializarse no sólo en el dictado de las normas que cumplan el objetivo trazado en el texto constitucional, sino y fundamentalmente el deber de cumplirlas;

<sup>2</sup> Con relación al ejercicio de poderes discrecionales y su control judicial, nos remitimos a lo dicho en nuestro reciente trabajo “Permisos de uso de bienes del dominio público. Lo ateniendo a la discrecionalidad en su otorgamiento, renovación y/o revocación”, *La Ley*, 1998-D, p. 665.

en el mismo sentido, Hübner Gallo, Jorge Iván, *Panorama de los derechos humanos*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977, p. 18).

IX. Que en el *sub examine* lo que se encuentra fundamentalmente en juego es el derecho a la vida, primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva y que, obviamente resulta reconocido y garantizado en nuestra Carta Magna y las leyes.

Mientras algunos derechos de la personalidad humana tienen un régimen minuciosamente previsto en las leyes, otros por el contrario, se caracterizan por su imprecisión. Las dificultades son causadas por la falta de sistematización de las normas respectivas y, desde otro punto de vista, por los adelantos de la ciencia y de la técnica, que suscitan riesgos y generan, al mismo tiempo, esperanzas de mejorar la salud y el bienestar general (*Fallos*: 302:1284, voto de los Dres. Frías y Guastavino).

X. Que el bien común, cometido esencial de la sociedad organizada, se logra a través de fines que sólo pueden ser alcanzados por el Estado mismo, tales como la Defensa Nacional, o la Justicia en sus manifestaciones más frecuentes y comunes. Pero hay otros fines que el Estado asimismo procura y que son concurrentes, en tanto su alcance no corresponde en exclusividad al Estado, sino puede determinar también la acción de los particulares o de otras sociedades (cfr.: *Fallos*: 305:1524, voto del Dr. Bargaño). De esa índole pueden considerarse los fines educacional es, culturales o de prevención de la salud. Sin embargo, cuando en un caso determinado no está previsto –por razones de conveniencia económica o interés comercial– que las personas o instituciones privadas atiendan la salud de la población, no cabe sino concluir que incumbe al Estado, en calidad de garante, brindar los recursos necesarios para hacer

“[...] es decir, que asumió un compromiso de organizar los servicios y prestaciones allí previstas [...]” (Considerando VIII y sus citas).

El Artículo 625 del Código Civil, norma que a mi juicio resulta plenamente aplicable a la organización estatal, dispone: “El obligado a hacer, o a prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fuese mal hecho”.

En suma, en este aspecto, la sentencia ha resuelto: a) El Estado debe velar por la salud de la población; b) en tal sentido, debe adoptar las decisiones necesarias para cumplir tal finalidad; c) asumido, por parte de aquél, formalmente el compromiso con la sociedad, debe cumplirlo; y d) los Jueces se encuentran habilitados para controlar ese cumplimiento, pudiendo en caso de ser necesario, así ordenarlo.

El evidente problema que podría suscitarse es que si el legislador federal no acuerda las partidas presupuestarias necesarias, que sólo a él compete con carácter exclusivo (arg. Art. 75 inc. 8º, Constitución Nacional) el deber de la autoridad administrativa se agotaría en solicitarle la correspondiente inclusión en el Presupuesto de la Administración pública nacional. Lo contrario podría implicar que los Jueces sustituyan el criterio de oportunidad del propio legislador, circunstancia que les está expresamente vedada, según la constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>3</sup>. Claro que en última instancia, de no poder cumplirse la obliga-

<sup>3</sup> Cfr. “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo”, sentencia del 07-05-1998-C, 556), entre otros.

frente a la enfermedad (esta sala, arg. *in re* “Alcalá, Cristina Beatríz c/ M° de Salud y Acción Social”, 9 de marzo de 1998), de manera eficaz y oportuna.

XI. Que, según surge de la documentación agregada a estas actuaciones y de las posiciones asumidas por las partes, no se encuentra discutido:

a) que la fiebre hemorrágica argentina (FHA) es una enfermedad endemo-epidémica (cfr.: fs. 3,5 del folleto agregado a fs. 44; 45, entre otras);

b) que la protección más completa contra la fiebre hemorrágica argentina o mal de los rastros la ofrece la aplicación de la vacuna Candid 1 (cfr.: fs. 351, primer párrafo), cuya efectividad está en el orden del 95,5% (fs. 361).

c) que la Organización Mundial de la Salud avaló su eficacia y el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación autorizó su aplicación en 1991, por resolución 100 (fs. 351, 6° párrafo);

d) que hasta el presente la totalidad de vacuna Candid 1 ha sido producida por el Instituto Salk, mediante un contrato con el Departamento de Defensa de los EEUU Alrededor de 320.000 dosis de esta vacuna han sido adquiridas, habiendo un stock disponible de 80.000 dosis (fs. 326) y que esa cantidad no es suficiente para inmunizar a los 3.500.000 habitantes de la zona endémica (fs. 351, 7° y fs. 23, 3° párrafo).

e) que considerando que es una enfermedad exclusiva de nuestro país, que no está previsto producir vacuna Candid 1 en el extranjero, y que, debido al número de personas a vacunar la producción de esta vacuna no es atractiva desde el punto de vista comercial, la disponibilidad de dicha vacuna para la

---

ción tal como estaba comprometida, subsiste el deber de reparar el daño que tal incumplimiento provoque (arg. Art. 630, Código Civil).

El segundo aspecto relevante es el de que la sentencia reconoce que el derecho a la salud configura un derecho de incidencia colectiva ejercido por la actora a través de la acción de amparo promovida con la conjunta intervención del Defensor del Pueblo de la Nación, de donde se desprende que para la Cámara los derechos de tal naturaleza garantizados por el texto constitucional no se agotan en la “enumeración” que realiza la primera parte del segundo párrafo del Artículo 43 de la Constitución Nacional, en tanto la citada disposición establece –en su parte final– la protección de los “[...] derechos de incidencia colectiva en general”<sup>4</sup>.

Está claro que la admisión de los denominados “derechos de incidencia colectiva” (intereses difusos en la tradicional denominación) configura una noción superadora de las clásicas categorías del “derecho subjetivo” y del “interés legítimo”<sup>5</sup>, y en ese orden de ideas de lo relevante, lo trascendente del decisorio es haber dejado en claro que la enumeración que realiza el Artículo 43 de la Constitución Nacional no se agota en las menciones que efectúa.

En definitiva, y como quedó dicho desde el comienzo, el Estado debe cumplir aquello a que lo quedó comprometido con la sociedad, circunstancia de la que, indudablemente, no se encuentran excluidos ninguno de sus órganos.

<sup>4</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 2, Buenos Aires, 1998, 3ª edición, p. II-10.

<sup>5</sup> Cfr. Gordillo, Agustín, *op. cit.*, p. II-4. Sobre este mismo aspecto, véase el reciente trabajo del Doctor Bianchi, Alberto, “Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de legitimación colectiva a gran escala”; *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 235:13 (abril 1998).

población del área endémica está sujeta a los avances del proyecto de producción de Candid 1 en los laboratorios del Instituto Nacional de Enfermedades Virales Humanas “Dr. Julio Maiztegui” (cfr. fs. 23, 3° párrafo).

XII. Que surge claramente de autos que el Estado Nacional, a través del ministerio demandado ha asumido el compromiso de producirla aludida vacuna a efectos de combatir la Fiebre Hemorrágica Argentina.

La cuestión a decidir radica entonces en determinar si la demandada ha cumplido puntualmente con sus obligaciones o si, por el contrario, ha incurrido en omisiones lesivas del derecho a la salud de la población potencialmente afectada por la mentada enfermedad.

XIII. Que el proyecto de producción d la vacuna Candid 1 en la Argentina fue iniciado en 1991, lográndose en el año 1997 un 80% de la tecnología de producción y control de calidad (fs. 101), restando finalizar las obras edilicias y de equipamiento del laboratorio de producción (fs. 100).

A pesar de lo afirmado por la demanda (fs. 122) en el sentido de que en el presupuesto de 1997 se contemplaba una partida especial destinada “a terminar de adecuar este Instituto par a este fin”, lo cierto es que, según surge del acta de fs. 346/361 y del reconocimiento judicial efectuado con fecha 12 de diciembre de ese año, lejos estaba el citado Instituto de hallarse en condiciones de producir l a vacuna aludida.

Es que, aún cuando se hubieran finalizado las obras, resta la adquisición y colocación de los aparatos necesarios par a efectuar la producción, requiriéndose, además, un proceso de validación (control de funcionamiento), el que –según el cronograma agregado a fs. 359– recién podría completarse en el primer trimestre de 1999, estimándose que –de no existir inconvenientes– se estaría en condiciones de liberar para su uso la vacuna Candid 1 producida en el país par a fines de dicho año (fs. 337).

XIV. Que es necesario aclarar que en el *sub lite* no se trata de eludir los procedimientos legal es y reglamentarios vigentes a efectos de obtener la autorización de la vacuna por parte del organismo estatal competente, circunstancia que sí se encontraría excluida de la jurisdicción de los tribunales.

XV. Que del informe presentado el 2 de octubre de 1996 por la Director a del Instituto Nacional de Enfermedades Viral es Humanas “Julio I. Maiztegui” se desprende que “no se ha realizado ninguna inversión durante los últimos dos años” que permitiese la habilitación de la unidad de producción de vacuna, la que se encontraba por consiguiente paralizada (fs. 35), lo que se encuentra corroborado por el recorte periodístico acompañado por la demandada a fs. 115, en el que se menciona que el Ministerio de Salud anunciaba que en el presupuesto de 1997 se otorgaba una partida para el mencionado Instituto lo que permitiría la reactivación de la iniciativa.

XVI. Que, teniendo presente que –como se señaló– la preservación de la salud de la comunidad es uno de los objetivos prioritarios de la comunidad organizada como Estado de Derecho, puede arribarse a las siguientes conclusiones:

a) al haber asumido el Estado Nacional el compromiso de producir la aludida vacuna a efectos de combatir la Fiebre Hemorrágica Argentina, los habitantes de las zonas afectadas y, obviamente, el Defensor del Pueblo de la Nación se encuentran legitimados para reclamar le el cumplimiento de dicho compromiso;

b) si bien en el presupuesto del año 1997 se habían previsto partidas especiales destinadas a la reactivación del proyecto, lo cierto es que, con anterioridad a dicho momento, hubo lapsos en que aquel estuvo paralizado por falta de inversiones, con la consiguiente postergación de la meta final, esto es, la producción local de la vacuna Candid 1;

c) la gravedad de la enfermedad, sumado a la gran cantidad de personas con riesgo de contraerla dentro del área endémica (estimada en 3.500.000 personas), torna absolutamente necesario el máximo esfuerzo de las autoridades competentes a fin de finalizar, dentro del menor tiempo posible, todas las tareas, obras y adquisiciones pertinentes para producir la referida vacuna Candid 1 en el país.

d) toda vez que en el cronograma de f s. 359 fue realizado por el Instituto Nacional de Enfermedades Virales Humanas “Julio Maiztegui”, y teniendo en cuenta que su cumplimiento excede las facultades del citado organismo, dependiendo, en cambio de las decisiones políticas, presupuestarias y administrativas de las autoridades superiores de la demandada, no es irrazonable sostener que el planteo de autos no ha perdido actualidad, ni puede, en consecuencia, declararse inoficioso un pronunciamiento al respecto.

XVII. Que, en tal es condiciones, corresponde hacer lugar, en este aspecto, a la acción de amparo impetrada y, en consecuencia, ordenar al Estado Nacional –Ministerio de Salud y Acción Social– que cumpla estrictamente y sin demoras, con el cronograma cuya copia se encuentra agregada a fs. 359, responsabilizando en forma personal a los Ministerios de Salud y Acción Social y de Economía y Obras y Servicios Públicos –en sus respectivas áreas de competencia–, y obligando asimismo, a los organismos a su cargo al cumplimiento de los plazos legales y reglamentarios.

XVIII. Que, desde otro ángulo, no puede ser admitida la petición de la demandada referente a la implementación, en coordinación con las áreas públicas competentes, de una campaña para restablecer el ecosistema que contemple, en particular, la conservación y restablecimiento en las zonas afectadas de los pajonal es naturales, hábitat del felino llamado gato de las pajas, y también de las tierras duras aptas para la vivienda natural de lechuzas, aves de presa, cazador es naturales de los roedores.

En efecto, de la documentación acompañada por l a actora no surge en forma terminante –en el ámbito de esta acción de amparo– que aquellas medidas produzcan los efectos que allí se pretende. Cualquier decisión al respecto, en tanto fuese de competencia de los Jueces, requeriría un mayor caudal de información y prueba que pudiese permitir conocer en forma pormenorizada no sólo la situación actual, si no las perspectivas de la evolución de la situación y el impacto que pudieran tener las medidas adoptadas y aquel las propuestas.

En efecto, es de hacer notar, a modo de ejemplo, la contradicción existente entre la postura de la actora y la de la demandada en cuanto a la cuestión relativa a la costumbre de “arar hasta el alambrado”. La demandante se opone porque sería la causa de la eliminación de las “tierras duras aptas para la vivienda natural de lechuzas, aves de presa, cazadores naturales de los roedores” (fs. 13), mientras que par a los organismos de salud la recomendación es “arar hasta el borde de los alambrados” (fs. 40 y 44-18).

También puede señalar se que no existe coincidencia en el caso de los pajones naturales. Según la actora han de conservar se porque constituyen el hábitat del felino gato de las pajas (fs. 15), en tanto que par a las demandadas es menester mantener desmalezados los lugares en los que los roedores construyen sus nidos (fs. 40 y 44-15).

Ello no implica, por supuesto, pronunciamiento definitivo alguno acerca de la validez o no de dichas medidas; es sólo que, frente a la eficacia demostrada de la vacuna Candid 1, y ante la falta de manifiesta procedencia de las otras pretensiones, extenderse en este proceso acerca de su procedencia o eficacia excede las posibilidades de evaluación de este tribunal por la vía intentada.

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar, en par te, a la acción de amparo impetrada y, en consecuencia, ordenar:

a) al Estado Nacional –Ministerio de Salud y Acción Social– que cumpla estrictamente y sin demoras con el cronograma cuya copia se encuentra agregada a fs. 359, responsabilizando en forma personal a los Ministros de Salud y Acción Social y de Economía y Obras y Servicios Públicos –en sus respectivas áreas de competencia– , y obligando asimismo, a los organismos a su cargo al cumplimiento de los plazos legal es y reglamentarios;

b) poner esta sentencia en conocimiento del Sr. Presidente de la Nación y del Jefe de Gabinete de Ministros, mediante oficio de estilo;

c) encomendar al Sr. Defensor del Pueblo de la Nación el seguimiento y control del cumplimiento del referido cronograma, sin que obste a ello el derecho que le asiste a la actora en tal sentido; y

d) sin perjuicio de lo precedentemente dispuesto, la demandada deberá, dentro del plazo de diez (10) días de quedar notificada de la presente, informar al tribunal acerca del cumplimiento del cronograma referido en el punto a). Las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado en atención al resultado al que se arribó y a la novedad de la cuestión planteada

Regístrese, notifíquese –personalmente a los Ministerios de Salud y Acción Social y de Economía y Obras y Servicios Públicos– y devuélvanse.

**María Jeanneret de Pérez Cortes - Alejandro J. Uslenghi - Guillermo Pablo Galli.**

# **LA PRUEBA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD\***

## **I. INTRODUCCIÓN**

El ordenamiento jurídico argentino ha adoptado un sistema exclusivamente judicial para provocar el control de la Administración pública<sup>1</sup>, por cuanto esa actividad le ha sido confiada a un órgano independiente y separado de la función administrativa. Dentro de ese esquema, a su vez, se ha estructurado un fuero especializado para el juzgamiento de la denominada materia contencioso administrativa.

A pesar de la opción deliberadamente escogida para la organización judicial, la ausencia de una legislación nacional que en forma sistematizada regule el proceso judicial tendiente a litigar contra el Estado obliga a acudir a las disposiciones que han sido diseñadas para el desarrollo del proceso judicial entre sujetos privados, lo cual apareja variadas complicaciones. Éstas son producto de la necesaria adaptación a la que deben ser sometidas tales normas para encauzar una contienda en la cual el Estado goza de ciertos privilegios no sólo incompatibles con el principio de la bilateralidad y estricta igualdad de partes en el proceso, sino también con la garantía a la tutela judicial efectiva consagrada por la Constitución Nacional y las disposiciones del derecho internacional con rango constitucional (v. gr.: habilitación de la instancia; caducidad de la acción; plazo ampliado para contestar la demanda), aun cuando con acierto la doctrina sostenga que nada justifica esa desigualdad cuando estas se hallan frente al Juez<sup>2</sup>.

\* “La prueba en el proceso administrativo a la luz de la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, La Ley (en prensa).

<sup>1</sup> Cassagne, Juan Carlos; “Consideraciones sobre la Justicia Administrativa en la Argentina y en otros países de Iberoamérica”, en González Pérez, Jesús y Cassagne, Juan Carlos, *La Justicia Administrativa en Iberoamérica*, Buenos Aires, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2005, p. 49, y sus citas.; Mairal, Héctor, *Control Judicial de la Administración Pública*; Vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 107 y sigs.

<sup>2</sup> Luqui, Roberto, *Revisión Judicial de la Actividad Administrativa*, T. II, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 305.

A esa compleja adaptación se suman mayúsculas dificultades cuando los procesos involucran conflictos de carácter colectivo o que de alguna manera trascienden los intereses de los propios litigantes, pues a los muchos problemas que ya existen cuando las acciones tienen carácter individual, el encauzamiento de tales pretensiones de sujeto múltiple obliga a litigantes y a Jueces agudizar la imaginación con la finalidad de flexibilizar los criterios de aplicación de disposiciones pensadas para lidiar en otro escenario.

En última instancia, la experiencia demuestra que no son pocos los desafíos a los que cotidianamente el administrado se enfrenta en procura de obtener el restablecimiento de un derecho o de un interés de algún modo afectado por la acción u omisión de una Administración pública cuya ingerencia es cada vez mayor y –por ello– expuesta a cometer más arbitrariedades. Cuando el objeto de la pretensión es obtener o hacer efectiva una sentencia que condene al Estado a pagar una suma de dinero, los padecimientos serán mayúsculos.

En ese complejo contexto, nos proponemos describir el desarrollo del proceso administrativo en lo referente a la que quizás sea su etapa más trascendente, como es la vinculada a la prueba de los elementos que configuran la pretensión procesal administrativa, con especial referencia a los regímenes nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El análisis que se aborde tampoco puede estar despojado (no podría estarlo) de la consideración relativa a la sustancia del proceso administrativo y del papel que cabe al Juez en este tipo de procesos, pues en tanto se lo conciba como un mero proceso revisor de la actuación administrativa, las conclusiones que se extraigan estarán forzosamente condicionadas con dicha visión, ciertamente incompatible con la citada garantía de la tutela judicial y del principio de legalidad que debe regir dicha actuación y de la cual el Juez –en cuanto órgano del propio Estado– se erige en su custodio final.

En el ordenamiento nacional, la supresión de la mayor parte de las excepciones a la obligatoriedad del reclamo administrativo previo –que el Artículo 32 de la Ley N° 19.549 disponía antes de la retrógrada reforma de la Ley N° 25.344– impone ahora al administrado –salvo en dos únicas excepciones– la obligación de recorrer en forma imperativa el procedimiento administrativo tendiente a hacer valer su pretensión antes de acudir a los estrados judiciales.

Ese imperativo recorrido exige además al administrado el mayor cuidado y previsión respecto del diseño de su pretensión y de la prueba de los extremos que configuran el sustento de la misma, ya que su acción podría estar irremediabilmente destinada al fracaso no solamente por el acaecimiento de breves plazos en la instancia administrativa y en la judicial, sino también ante el flagelo de un excesivo rigor formal<sup>3</sup> en la interpretación del principio de congruencia establecido por el Artículo

<sup>3</sup> Cassagne señala que uno de los grandes avances producidos en el ámbito del proceso contencioso administrativo bonaerense, merced a la reforma constitucional verificada en el año 1994, es, precisa-



30 de la Ley N° 19.549<sup>4</sup> y al que la propia Administración pública –desde esa misma interpretación– podría considerársela desligada. Es el extendido y ostensible error que radica en confundir la congruencia que debe tener la pretensión procesal con la congruencia de los argumentos empleados para fundarla<sup>5</sup>.

Es una falacia creer que en el proceso administrativo las partes se encuentran en un pie de igualdad, pues en la generalidad de los casos, como ya lo señaló hace casi treinta años atrás González Pérez <sup>6</sup>, el particular se enfrenta con hechos consumados por la Administración pública que siempre se presenta ante el Juez como el sujeto titular del interés público y altruista frente a los intereses individuales, siempre egoístas.

Una anacrónica visión del proceso administrativo, teñido del denominado dogma revisor señalado hace ya muchos años por la doctrina<sup>7</sup>, ofrenda al administrado que promueve una acción procesal administrativa la enorme carga formal y sustancial de echar por tierra la presunción de legitimidad de la actuación administrativa, presunción que siempre admite prueba en contrario, y que por ello no desliga a la Administración pública, cuando está en juicio, de la carga jurídica de probar la legalidad de su actuación.

La más calificada doctrina ha señalado que la presunción de validez de que se beneficia la actuación administrativa y que sólo cesa con la sentencia que le ponga fin al proceso constituye el más formidable privilegio posicional que goza la Administración pública frente a los administrados<sup>8</sup>. De allí que, así presentada la cuestión, no consideremos exagerada la calificación de falaz que le asignamos a la creencia de que existe paridad entre las partes en el proceso administrativo.

Ése es el escenario al que se enfrenta el administrado que incursiona en el proceso administrativo, y será peor aún si en lugar de ser él quien promueva la acción sea

---

mente, la inexigibilidad del requisito de la congruencia procesal que –según expresamente menciona– “permite invocar nuevos argumentos o razones no planteadas en sede administrativa, aun cuando siempre se requiera mantener la congruencia de la pretensión en sí misma, en aquellos casos que resulta necesario agotar la vía administrativa para acceder a la Justicia” (Cassagne, Juan Carlos, “Lineamientos generales del Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires en el marco de la tutela judicial efectiva”, en *Jurisprudencia Argentina – Lexis Nexis* Suplemento de Derecho Administrativo del 30-06-2004, p. 3 y sigs, en especial p. 10).

<sup>4</sup> “El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por las autoridades citadas”.

<sup>5</sup> Ver, nuevamente, Cassagne, Juan Carlos, *op. cit.* en nota 3. Tawil, Guido S., *Administración y Justicia*, T. I, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 162.

<sup>6</sup> González Pérez, Jesús, “Nuevos Sistemas de Control de la Administración Pública”, en *Justicia Administrativa*, Tucumán, Universidad Santo Tomás de Aquino, 1981, p. 71 y siguientes, especialmente en p. 81.

<sup>7</sup> Tawil, Guido S., “Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, la inactividad de la Administración y su fiscalización judicial”, *El Derecho*, 125:958.

<sup>8</sup> García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, Civitas, 1987, 5ª edición, p. 478.

demandado, ya que cuando el Estado Nacional actúa como parte actora no está sujeto a los breves plazos de caducidad de la acción (Artículo 26, Decreto Ley N° 19.549), su silencio no será considerado para el inicio del cómputo del plazo de caducidad (Artículo 30 del decreto ley citado) y solamente estará sujeto a los plazos de prescripción correspondiente a la acción que promueva e, incluso, hasta puede que invoque la imprescriptibilidad de la acción de lesividad tratándose de actos nulos de nulidad absoluta, a pesar del término máximo de diez años fijado por el derecho aplicable (Artículo 4023)<sup>9</sup>.

Esa carga jurídica que se impone injustificadamente sobre el administrado será aún mayor si la finalidad de su pretensión es obtener la reparación por las consecuencias patrimoniales de decisiones estatales que, aun cuando fueran legalmente erradas, deben ser sometidas a una etapa anterior o simultánea de impugnación administrativa y judicial en breves términos con el fin de hacerla cesar mediante anulación, bajo el riesgo cierto de perder toda posibilidad de obtener el reconocimiento del contenido económico de su derecho o facultad afectada, en clara violación de preceptos constitucionales (Artículo 19 de la Constitución Nacional)<sup>10</sup>.

No se trata de olvidar que el interés público que orienta la función administrativa justifica –en ciertos casos– la adaptación de las reglas del proceso judicial con el propósito de hacer prevalecer ese interés por sobre el interés particular<sup>11</sup> (v. gr.: la exigencia de requisitos más rigurosos tratándose de la procedencia de medidas cautelares dirigidas a la suspensión de los efectos del acto administrativo; embargos), sino de aprehender en su exacta dimensión que la exageración de esos principios pulveriza la garantía del debido proceso y el equilibrio de las partes frente al Juez.

Así las cosas, y plenamente concientes del contexto en el que se desenvuelven tales procesos judiciales, corresponde que nos adentremos en el objeto central de

<sup>9</sup> Anotamos que cuando el Código Civil así lo ha querido, ha dispuesto (Art. 4019) en forma taxativa cuáles son las acciones que deben considerarse imprescriptibles, razón por la cual no pudiendo presumirse como regla de interpretación de la ley la inconsecuencia o falta de previsión del legislador, ante la ausencia de un plazo específico de prescripción de la acción correspondiente, el término aplicable que rige también a la Administración pública es el general establecido en el Artículo 4023 del Código Civil, aun cuando se trate de una acción dirigida a obtener la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo nulo.

<sup>10</sup> Cassagne, Juan Carlos, “Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado”, *El Derecho*, 45:829. Mairal, Héctor A., “Los plazos de caducidad en el Derecho administrativo argentino”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), *Derecho Procesal Administrativo* (Obra en homenaje a Jesús González Pérez), T. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 881 y sigs., en especial p. 892.

<sup>11</sup> Véase Comadira, Julio Rodolfo y Monti, Laura (Colaboradora), *Procedimientos Administrativos*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 254 (comentarios al Art. 12), numeral d.4, donde el autor no deja de ponderar que en el ámbito del proceso administrativo la incidencia del interés público en la provisión de medidas cautelares es un requisito que, aun cuando no surge del Artículo 230 del CPCC, tiene incidencia que debe ser atendida. Ver también Gallegos Fedriani, Pablo O., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública* Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2002, p. 58 y sigs.

estas líneas, no sin antes advertir que a la luz del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva, el desarrollo del proceso judicial, en lo que a la prueba se refiere, se encuentra fuertemente influido por la necesidad de hacer efectivo ese derecho, lo cual impone a la Administración pública no sólo el deber de colaborar en la búsqueda de la verdad material u objetiva, sino que incardina la labor del Juez hacia ese propósito, diferenciando al proceso administrativo del proceso civil.

## **II. BREVES NOTAS SOBRE EL TIPO DE PROCESO ADMISIBLE EN LAS DISPOSICIONES NACIONALES, DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES**

### **1. Régimen Nacional**

Como decíamos, son pocas, breves y dispersas las disposiciones que contiene la Ley Nacional N° 19.549 Reguladora del Procedimiento Administrativo, circunstancia que ya no acontece en los ámbitos de la Ciudad de Buenos Aires ni tampoco de la Provincia de Buenos Aires, que cuentan con regulaciones orgánicas para este tipo de procesos.

En el orden nacional, y a partir de la reforma introducida al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por la Ley N° 25.488, vigente desde el 22-05-2002, los procesos de pleno conocimiento son el ordinario y el sumarísimo, ya que la mencionada reforma suprimió el proceso sumario anteriormente regulado por los Artículos 486 al 497 del citado código.

Anticipamos que, en lo que aquí respecta, el proceso sumarísimo podría resultar procedente en aquellas acciones dirigidas contra el Estado Nacional de contenido patrimonial, siempre que su monto fuera igual o inferior al establecido por el Artículo 321, inciso 1°, o cuyo objeto exclusivo fuese la declaración de nulidad de actos administrativos, tengan o no ulteriormente contenido patrimonial, o que poseyéndolo no superasen el límite legalmente dispuesto.

Repárese en la circunstancia de que luego de la reforma de la Ley N° 25.488, tanto en el proceso ordinario como en el sumarísimo –aun cuando éste cuente con plazos muy abreviados–, con la demanda y la contestación debe ofrecerse la totalidad de la prueba y acompañarse la prueba documental, y que si bien en este último no es procedente ni la reconvencción o la deducción de excepciones de previo y especial pronunciamiento, en todo lo demás, la sustanciación deberá ajustarse según existan o no hechos controvertidos que deban ser probados mediante otros medios que no sean las pruebas documentales que hayan aportado, o deban aportar, las partes, tal como sucede en el proceso ordinario.

Con ello queremos poner de relieve que no es forzoso que los Jueces nacionales deban asignarle a aquellas acciones tendientes a obtener la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo el trámite correspondiente al cada vez más lento y

tortuoso proceso de conocimiento ordinario, máxime cuando las actuaciones administrativas en las que se hubiese exteriorizado el procedimiento administrativo tendiente a la formación y emisión de un acto administrativo se pueden incorporar al proceso judicial incluso antes de ordenar el traslado de la demanda, conforme lo autoriza el Artículo 388 del Código Procesal.

No se diga que es óbice para la procedencia del proceso sumarísimo la brevedad de sus plazos, pues más allá de que las partes tienen la posibilidad de ampliarlos por acuerdos entre ellas con relación a actos procesales concretos (Artículo 155 Código Procesal) y que en casos justificados el propio Tribunal puede extenderlos (Artículo 157, tercer párrafo, del citado código), debe atenderse que siendo obligatorio para el administrado el agotamiento de la instancia administrativa como requisito de habilitación de la instancia judicial cuando la acción esté dirigida a la impugnación judicial de un acto administrativo de alcance particular o general (Artículos 23 y 24 de la Ley Nº 19.549), la Administración pública ha tenido suficiente oportunidad de revisar su propia conducta y de hacer vigente ella misma la Constitución Nacional antes de que su actuación se encuentre sometida a enjuiciamiento judicial.

Por lo demás, no se limitan los medios de prueba de los que pueden valerse las partes, aunque sí debe admitirse que la brevedad de los plazos del proceso irroga mayores cargas a todos los involucrados.

Si bien es cierto que el principio general establecido en el Artículo 319 del Código Procesal determina que cuando no estuviere previsto un trámite especial, la contienda se sustanciara conforme a las reglas del proceso ordinario, no lo es menos que la propia norma autoriza al Juez, cuando la controversia versare sobre los derechos que no sean apreciables en dinero o existan dudas sobre el valor reclamado, a determinar el tipo de proceso aplicable (*vid.* disposición citada, segundo párrafo). De modo que, como director del proceso y custodio final de la legalidad, tiene atribuciones constitucionales y legales suficientes para determinar que el trámite se sustancie en la forma más abreviada y con la mayor inmediatez que la verdad material lo requiera.

## **2. Provincia de Buenos Aires**

El Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires contiene específicas previsiones sobre el punto que tratamos, donde su Título II, Capítulo I, Artículos 67 al 70, regula el llamado “Proceso sumario de ilegitimidad”, ya que cuando la acción tiene por finalidad exclusiva la obtención de una sentencia que se pronuncie acerca de la legalidad del acto, el demandante tienen la opción de formular su pretensión bajo tales reglas.

De tal modo, la acción se sustanciará con plazos más breves –por lo tanto, con mayor inmediatez entre la proposición y la resolución que le pone fin al pleito– y la cuestión se dilucidará sobre la base –en principio– de las constancias obrantes en las actuaciones administrativas en las que el acto impugnado se hubiere dictado. Esto, por cuanto el Artículo 69, inciso 4º dispone que no se admitirá producción de prueba

distinta de las constancias documentales agregadas por las partes al proceso, las contenidas en los expedientes administrativos agregados a la causa y las directamente relacionadas con la pretensión.

Con todo lo plausible que resulta la solución adoptada, en lo referido a la apuntada inmediatez del convencimiento acerca de la verdad material, es injustificada, no obstante, la restricción dispuesta con relación a los medios de prueba admisibles.

En efecto, si –por citar un ejemplo– la demanda promovida tuviera por objeto la declaración de ilegitimidad del acto que aprueba la convocatoria a una licitación pública que exige una determinada solución tecnológica, acudiendo la Administración pública al argumento de que no existen sustitutos adecuados y de ese modo se estuviera restringiendo artificialmente la concurrencia de oferentes, no podría acudir al proceso sumario de ilegitimidad en la medida que fuera necesaria una prueba pericial científica o técnica para discernir acerca de la legitimidad del acto, salvo que se interpretara con amplitud suficiente que en el caso la prueba pericial está directamente relacionada con la pretensión, o que la prueba sea requerida por el Tribunal en uso de sus atribuciones de instrucción.

En supuestos de complejidad técnica, y cuando lo que se debata sea la ilegitimidad de un acto administrativo o de un reglamento en lo que hace a su contenido técnico, la norma obliga injustificadamente a acudir al proceso ordinario.

Ciertamente, podría el particular demandante acudir al expediente de producir la prueba pericial en forma privada –tal como recomienda Gordillo<sup>12</sup>– e incorporarla como prueba documental o procurar suplir la pericial mediante prueba de informes –tendencia creciente que, como explica Morello<sup>13</sup>, exorbita el encaje de cada una de ellas–, pero adviértase que tampoco sería admisible convocar al experto como un testigo, por cuanto la producción de prueba está limitada a las actuaciones administrativas.

### 3. Ciudad de Buenos Aires

En este ámbito, el Código Contencioso Administrativo y Tributario dispone que el proceso ordinario es el que rige como regla general, aun cuando el objeto de la pretensión fuera la anulación judicial de un acto administrativo y si se tratara de la reparación de los daños y perjuicios derivados de aquel en cuanto se reputa lesivo, dicha acción de reparación no puede promoverse autónomamente sin que medie en tiempo y forma la demanda de anulación.

La solución que adopta el código en este punto es pasible de idéntica crítica a la que cabe formular respecto de aquellas regulaciones o criterios de interpretación

<sup>12</sup> Gordillo, Agustín (Director), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis – Desalma, 2003, 1ª edición, p. 470.

<sup>13</sup> Morello, Augusto, M., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, T. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 102 y sigs.

jurisprudencial<sup>14</sup> que –en nuestro medio– aún en la actualidad están fuertemente influidos por la concepción del proceso administrativo como un proceso revisor del acto administrativo.

Tal solución no advierte que aun cuando –como hipótesis– se admitiera que no existe incompatibilidad entre la consagración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y la restricción del acceso a la jurisdicción contencioso administrativa mediante la fijación de plazos de caducidad<sup>15</sup>, ello no debería impedir escindir dos conceptos jurídicos diversos, a saber: la estabilidad del acto administrativo y las consecuencias patrimoniales derivadas del mismo, por cuanto aún siendo estable o inmodificable, puede provocar una lesión que debe ser indemnizada<sup>16</sup>. De lo contrario, se estaría negando en franca violación de los Artículos 17 y 19 de la Constitución Nacional que el Estado puede ser responsabilizado patrimonialmente incluso cuando sus conductas sean lícitas o –más ampliamente– legítimas.

### III. LA ETAPA PROBATORIA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

#### 1. Anotaciones preliminares sobre la naturaleza del proceso administrativo y la función del Juez

Retomando lo dicho al comienzo, el enfoque que se le asigne a esta etapa del proceso, que desde todo punto de vista es esencial, no puede estar despojado del criterio que se adopte respecto de la naturaleza y finalidad del proceso administrativo y, por añadidura, de la influencia que en el mismo se le asigne al procedimiento administrativo previo llevado a cabo con audiencia del interesado.

En ese sentido, y no tratándose de una instancia de revisión de la actuación administrativa, aun cuando en el procedimiento administrativo previamente llevado a cabo ante la Administración pública se hubiere producido prueba, tanto sea de oficio como a instancias del propio interesado, no quedan enervadas o restringidas las facultades que en orden a ese mismo extremo deban desarrollar las partes en el proceso administrativo.

<sup>14</sup> Fallo Plenario CNContAdm.Federal, “Petracca e Hijos SACIFI c/ Estado Nacional (Ente Autárquico Mundial 78) s/ cobro de pesos” del 24-04-1986, *El Derecho*:118:391; CSJN; “Alcántara Díaz Colodrero”, del 20-08-1996 (*Fallos*: 319:1477)

<sup>15</sup> Canosa, Armando N., “Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa”, *El Derecho*: 166:988. CSJN; “Gypobras S.A.”, del 5-04-1995, *La Ley*, 1995-E-473 con nota de Tawil, Guido S., “El Artículo 25 de la Ley Nº 19.549 en la reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema”. Ver, por todos, y comparar Barra, Rodolfo C., *Los actos administrativos contractuales*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 1989, cuya opinión constituye la médula de la sentencia de la Corte Suprema recaída en la causa “Serra, Horacio c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, del 26-10-1993, y que no necesariamente resulta incompatible con el posterior expuesto por el mismo Tribunal en la decisión recaída en la ya citada causa “Gypobras S.A.”.

<sup>16</sup> Nos remitimos nuevamente a las opiniones de Cassagne y Mairal citadas en la nota 11.

Cabe reiterar aquí que, habiendo adoptado un sistema excluyentemente judicial para surtir el control de la actuación administrativa, el comúnmente denominado proceso contencioso administrativo o –más propiamente dicho– la acción procesal administrativa, no comporta un proceso limitado a la revisión de la regularidad del acto administrativo, sino una acción judicial plena que, inspirada en la necesidad de hacer efectiva en el caso concreto la garantía de la tutela judicial efectiva, impone a las partes la carga de alegar y acreditar los extremos de hecho que configuran el sustento jurídico de su pretensión. Además, le atribuye al Juez el deber de indagar en la verdad material, desplegando para ello –en toda la dimensión de sus características y consecuencias– sus atribuciones constitucionales y legales en cuanto órgano del Estado y como guardián de la legalidad.

La circunstancia de que el administrado –como enseñan Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández– tenga la carga de accionar, no implica que la Administración se encuentre desligada de la carga de acreditar el sometimiento de su actuación a la legalidad<sup>17</sup>.

No se trata, tampoco, de que el Juez pueda suplir a las partes en el desarrollo del proceso o cubra las falencias de una u otra, sino de ejercer sus propias e indelegables facultades una vez propuesto el caso, con el objetivo de hallar la verdad jurídica material u objetiva sin que por ello se encuentre autorizado a violar la igualdad de las partes en el proceso (v. gr.: reeditando etapas clausuradas por la preclusión procesal).

Se ha llegado a sostener –en criterio que no está vigente– que en materia probatoria, no son los principios que rigen el proceso civil los que deben guiar la actuación del Juez en el proceso contencioso administrativo, y ello ha obedecido a la afirmación esencial de que la jurisdicción contencioso administrativa es revisora de la vía administrativa<sup>18</sup>.

Fiorini justificó en su hora la emancipación del proceso contencioso administrativo respecto de los principios que gobiernan el procedimiento judicial común en la circunstancia de que aquí “[...] el Juez debe actuar como Juez de la gestión pública y no como Juez de un simple litigio. Esto no significa que la función del magistrado substituya a la del administrador. El control y la apreciación sólo incidirán sobre la actividad irregular o viciada del administrador, juzgará el mal uso y errónea aplicación de las normas que autorizan su actividad, pero en ninguna forma juzgará la iniciativa de la actividad administrativa [...]”<sup>19</sup>.

Puede que en el trabajoso diseño e instauración de la Justicia administrativa se pudiese justificar como consustancial al proceso administrativo su consideración como una instancia revisora, limitando de ese modo las capacidades del Juez para indagar la verdad objetiva o material, pero esa caracterización resulta actualmente inconcebible en un sistema que ha consagrado como uno de sus valores constitucionalizados el derecho a la tutela judicial efectiva y que, con todas las implicancias que de por sí

<sup>17</sup> García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Madrid Civitas, 1987, 4ª Edición, p. 479.

<sup>18</sup> González Pérez, Jesús, *op. cit.*, p. 280.

<sup>19</sup> Fiorini, Bartolomé, *Qué es el Contencioso?*, Buenos Aires Abeledo-Perrot, 1997, p. 280.

ello importa, no se agota en la posibilidad de acudir formalmente a un Tribunal de Justicia, sino que es durante la etapa de prueba cuando se pone en evidencia si la mentada garantía constitucional es meramente formal o verdaderamente sustancial.

Cuando a un mismo tiempo la Constitución Nacional garantiza –por un lado– el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la ley –por otro lado– establece como un “deber” de la Administración pública la búsqueda de la verdad material (Artículo 1º, Decreto Ley Nº 19.549), parece inconsistente interpretar que el Estado se encuentra desligado de la carga jurídica de probar la conformidad de su actuación con el ordenamiento jurídico y que el Juez del proceso contencioso administrativo se encuentra limitado en sus atribuciones para indagar y obtener la búsqueda de la verdad material u objetiva.

Ello no significa (claro está) desligar al administrado de la carga de acreditar la verificación de los hechos que configuran el sustento de su pretensión. Pero de ninguna manera puede implicarse de allí que la Administración quede exonerada de su correlativo deber jurídico de acreditar la conformidad de su actuación a la legalidad.

Tal circunstancia se hace patente cuando la Administración pública impone una sanción y acude al Juez para ejecutarla, pues precisamente en dicho contexto las presunciones juegan a favor del particular y no en su contra (v. gr.: la presunción de inocencia). Lo mismo ocurriría si el administrado es quien demanda pretendiendo exonerarse de la sanción establecida, pues a la presunción de legalidad de la actuación administrativa, que es de fuente legal, se le opondrían otras presunciones dispuestas por normas de superior rango, como las establecidas tanto en la Constitución Nacional, como en aquéllas de su idéntica jerarquía.

De allí que no sea exagerado sostener que la finalidad y esencia misma del control judicial de la Administración pública se ponen a prueba en esta etapa del proceso. El Juez no puede –bajo el pretexto de que la Administración pública titulariza el interés colectivo– admitir otro límite al ejercicio efectivo de ese deber que no sea el respeto estricto de la bilateralidad del proceso y, en consecuencia, la plenitud de la contradicción entre las partes y la igualdad de éstas frente al Tribunal.

Si la ley impone como criterio rector del procedimiento administrativo la búsqueda de la verdad jurídica objetiva o material (Artículo 1º, inc. f, ap. 2º, Ley Nº 19.549) y el principio de oficialidad es el instrumento para la materialización de ese criterio; si, además, la Administración pública debe garantizar ante ella misma la tutela judicial efectiva y como derivado de esa garantía el debido proceso adjetivo y sustantivo, no se aprecian otras limitaciones al despliegue de las potestades judiciales para completar esos fines constitucionales y legales, distintas de las derivadas de la bilateralidad del proceso judicial y, por ende, de la estricta igualdad de las partes en el mismo.

La prueba –como veremos– está a cargo primariamente de las partes y está dirigida al Juez, y esa carga –dependiendo de la naturaleza de la pretensión– puede que repose en una de las partes más que en la otra (v. gr.: la prueba del daño infringido; la prueba de la legalidad y proporcionalidad de la sanción impuesta). Pero no exonera al Juez, ni tampoco lo limita, en la necesidad de indagar en la corrección de la conducta estatal sometida a su conocimiento.



Es por ello que cuando en este ámbito la ley le atribuye al Juez la potestad de decidir u ordenar la producción de medidas para mejor proveer, esa atribución debe entenderse en el sentido de asignarle en este ámbito un margen de apreciación o de libertad para la elección de los medios que él considere más conducentes para indagar acerca de la verdad material y formarse convicción respecto de ella, pero no puede interpretarse en el sentido de que se trata de una mera facultad de actuar o de no actuar frente a la presunción de legalidad de la actuación estatal, ya que esa presunción es, por naturaleza, pasible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario y se agota en su esfera meramente declarativa.

Esa verdad jurídica material u objetiva no es, por cierto –como lo enseña Morello<sup>20</sup>– una verdad absoluta y abstracta, sino que debe entenderse como “un estado subjetivo del Juez cuyo acceso a esa verdad (certeza) se ha ajustado a un procedimiento reglado y a pautas y guías lógicas y de experiencia”<sup>21</sup>, y en consecuencia, es una certeza suficiente sobre los hechos.

El Juez del proceso administrativo tiene a su cargo verificar la legalidad de la actuación estatal, entendido este concepto en su más amplio significado de conformidad al ordenamiento jurídico, es decir, de legitimidad o de juridicidad. Es por ello que en cuanto órgano del propio Estado (y, por lo tanto, obligado a proveer la garantía de la tutela judicial efectiva) es custodio de esa legalidad.

Si admitiéramos que en la búsqueda de la verdad queda limitado por lo que las partes le señalen, su papel quedaría reducido a presumir que la actuación estatal es siempre legítima salvo arbitrariedad manifiesta, con lo cual se convertiría en un apéndice de los otros órganos estatales.

El único límite del Juez en este ámbito es la de preservar la igualdad de las partes en el proceso y la vigencia de los principios de bilateralidad y de contradicción que lo informan, por cuanto ello es consecuencia de la garantía de la defensa en juicio.

## 2. ¿Qué significa “probar”?

Brevemente diremos que se ha definido a la prueba como “el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al Juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo”<sup>22</sup>.

Es conteste la doctrina en que la expresión “probar” no es única o unívoca y recibe más de una significación. Por lo pronto, es todo elemento de convicción del Juez, pero igualmente son los medios que le permiten formarse esa convicción. Con

<sup>20</sup> Morello, Augusto Mario, *Estudios de Derecho Procesal*, T. I, La Plata, Librería Editorial Platense – Abeledo-Perrot, 1998, p. 108 y sigs.

<sup>21</sup> *Ibidem* (la bastardilla está en el original).

<sup>22</sup> de Arcenegui, Isidro E., con cita de J. Guasp, L. Prieto Castro y J. González Pérez, en “Consideraciones en torno a la carga de la prueba y su proposición y admisión en el proceso contencioso-administrativo”, en *La Protección Jurídica del Ciudadano*, estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez, T. II, Madrid, Civitas, 1993, p. 1523 y siguientes (*vid.* p. 1523).

la misma voz se caracteriza a la actividad que desarrollamos al ofrecerla (o proponerla) y al producirla. También se señala que vale para centrarnos en su eficacia (hablamos de eficacia probatoria, sin duda), en cuanto susceptible de provocar esa convicción. Por último, constituye la averiguación (en el proceso penal) o la verificación jurídica (en el proceso civil) que realizan las partes o el Juez para acceder a la verdad o a la certeza de lo que se controvierte en una causa o litigio<sup>23</sup>.

### 3. La carga de la prueba

En general, la doctrina tiende a diferenciar la carga de la prueba en el procedimiento administrativo de la que corresponde al proceso judicial, colocándola como regla en cabeza de la Administración pública en el primer caso por virtud del principio de oficialidad y de la búsqueda de la verdad jurídica objetiva o material que pesa sobre ella<sup>24</sup>.

En cambio, no hay consenso sobre si en el proceso judicial el Tribunal está limitado a las proposiciones probatorias de las partes o si –por el contrario– guiado por la necesidad de asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva, goza de atribuciones que le permiten indagar más allá de la colaboración que las partes pudieran brindarle, especialmente cuando la Administración pública se muestra renuente –en comportamiento arbitrario– a aportar al proceso medios de prueba en su poder<sup>25</sup>.

En el proceso administrativo nacional la regla jurídica básica viene dispuesta en el Artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial, de tal manera que –como principio general– quien alega los hechos sobre los que configura su pretensión tiene a su cargo la prueba respectiva, tanto acerca de su existencia como de su alcance. El no probar genera una sanción, lógica, desde que los hechos afirmados por el titular de la carga, quedan como inexistentes<sup>26</sup> y, en consecuencia, por ser propio de la actividad que debe desarrollar, incumbe primeramente a quien demanda la alegación y prueba de los hechos sobre los que basa su demanda y a quien se defiende le corresponde hacer lo propio para exonerarse de las consecuencias de las conductas que se le endilgan<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Berizonce Morello-Sosa, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, T. V-A, La Plata, Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, 1993, p. 7. González Pérez, Jesús; *Derecho Procesal Hispanoamericano*, Bogotá, Temis, 1985, p. 277 y sigs.

<sup>24</sup> Canosa, Armando N. y Salvatelli, Ana (Colaboradora), *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos* (Comentada y actualizada 2005), Buenos Aires Ediciones Rap S.A., 2005.

<sup>25</sup> de Arcenegui, Isidro E., *op. cit.*, p. 1530, con mención de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español interpretando el Artículo 75 de la LJCA de 1956.

<sup>26</sup> Berizonce, Morello-Sosa, obra y lugar citados en nota 24.

<sup>27</sup> Establece la citada disposición del Artículo 377 CPCCN: “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el Juez o Tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el Juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio”. Concordancia: Art. 301 Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

De allí que haya recibido fuerte crítica el generalizado concepto de la “carga probatoria dinámica”, desde que con razón se afirma que toda carga jurídica es como regla dinámica, porque está “derivada del principio de responsabilidad del individuo que obra por su propio interés”<sup>28</sup>, y esta regla es aplicable tanto al administrado como a la Administración pública.

Desde ya que no corresponde exigir la probanza de los hechos de público y notorio conocimiento, y también que en muchas ocasiones la cuestión deberá resolverse como de puro derecho o sólo con las constancias documentadas (Artículos 360 Código Procesal de la Nación; 289, inciso 4° CCyT CABA; 41, inciso 1°, apartado e) e inciso 2° CPCABA) y que aun cuando nada se diga al respecto, se debe asumir que la única limitación existente sobre este aspecto es que no se pueden aceptar pruebas obtenidas por medios ilícitos o con violación de las garantías fundamentales (v. gr.: las producidas con violación al debido proceso)<sup>29</sup>.

Tampoco debe omitirse que, como en todo proceso judicial, rige aquí el denominado “principio de adquisición de la prueba”, según el cual realizada o producida una prueba, ella se adquiere para el proceso ya que siendo el destinatario de ella el Juez<sup>30</sup>, aunque la proponga una de las partes puede beneficiar a la contraria. Este criterio – como lo señalamos en otra oportunidad– es predicable también respecto del procedimiento administrativo donde la Administración pública está gobernada por el principio de oficialidad y de la mentada búsqueda de la verdad jurídica material u objetiva (conforme también lo dispone el Artículo 48 del RPA)<sup>31</sup>.

Puede decirse que las expuestas son las reglas jurídicas generales aplicables al proceso administrativo, aun cuando el objeto de la pretensión procesal fuese la anulación de actos administrativos o de reglamentos. Esto, porque la presunción de legalidad de la que éstos gozan siempre admite prueba en contrario, y en el desarrollo material del proceso judicial no es otra cosa que una declaración unilateral de una de las partes y, por lo tanto, debe ser materia específica de la prueba.

En el proceso judicial, la mentada presunción de legalidad –en el mejor de los casos y con precisos límites– agota sus efectos en el limitado ámbito de cognición que tiene el Juez en la provisión de ciertas medidas cautelares, pero no evita que la Administración pública –frente a la concreta impugnación de su legalidad– tenga la

<sup>28</sup> Fenochietto, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T. II, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 477.

<sup>29</sup> González-Cuellar Serrano, Nicolás, *La Prueba en el Proceso Administrativo (Objeto, Carga, Valoración)*, Madrid, Colex, 1992, p. 75, quien analiza el aspecto de la prueba prohibida. Para el procedimiento administrativo, el Profesor Allan R. Brewer Carías señala los casos de la Constitución de Venezuela (Art. 49.1) y la Ley de Procedimiento Administrativo de Brasil (Art. 30) (*vid. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Colombia, Legis, 2003, 1ª edición, p. 143).

<sup>30</sup> Fenochietto, Carlos Eduardo, *op. cit.* en nota 29, p. 468.

<sup>31</sup> Así lo hemos dejado expuesto en nuestro trabajo “Breves reflexiones acerca de la prueba del daño en el procedimiento administrativo”, en AAVV, *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Rap S.A., 2006, p. 555 y sigs.

carga jurídica de acreditar la conformidad de su conducta con el ordenamiento jurídico. Pues, como bien se ha dicho, la carga que sobre el particular pesa de instar la acción judicial no desplaza la carga de la prueba que recae sobre ambas partes de acreditar los supuestos de hecho de la norma jurídica cuya aplicación reclaman en el caso concreto<sup>32</sup>.

Con sobrada claridad exponen el punto los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “la autotutela declarativa de que se beneficia la Administración desplaza pues, la carga de accionar a la otra parte, gravada con la necesidad de poner en movimiento una acción impugnatoria para destruir la eficacia inmediata que, por su sola fuerza, alcanzan las decisiones administrativas, pero esto no implica que se dé un desplazamiento paralelo de la carga de la prueba, carga esta última que con normalidad corresponde a la Administración, incurriendo en un vicio legal el acto que la desatiende en este supuesto”<sup>33</sup>.

La consecuencia inmediata de no admitir al proceso contencioso como un mero proceso revisor o un proceso al acto es que pesa igualmente sobre la Administración pública la carga de acreditar los elementos configurativos del sostenimiento de la legalidad del acto impugnado<sup>34</sup>.

El control judicial de la Administración pública no debe mirarse entonces a través del prisma del dogma revisor, sino como aquel en el que es necesario verificar que la Administración ha actuado sometida a la ley. En ese contexto, corresponde también a ella –conforme los principios generales– cargar con la prueba de que su accionar está en conformidad con el ordenamiento jurídico.

#### 4. Criterio de apreciación de la prueba

En cuanto a la apreciación de la prueba rendida, la regla vigente tanto en el ámbito del proceso judicial, cuanto en el procedimiento administrativo, es la que establece que ella deberá ser valorada –salvo disposición legal especial en contrario– de acuerdo con las reglas de la “sana crítica”. Así expresamente lo dispone el Artícu-

<sup>32</sup> González-Cuellar Serrano, Nicolás, *op. cit.*, p. 42 y sigs. con cita de la jurisprudencia del Supremo Tribunal español.

<sup>33</sup> García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, *Curso...*, *op. cit.*, T. I, Madrid, Civitas, 1987, 4ª edición, pp. 476-479, en especial ésta última. Puede verse que el concepto se mantiene en la primera edición argentina con notas de Agustín Gordillo, Buenos Aires, Thomson Civitas – La Ley, 2006, p. 521. Anota aquí Gordillo (*vid.* nota al Capítulo IX) que “el principio de la autotutela es la presencia del *Ancien Régimen* del absolutismo francés, que ha cedido en tanto avanza el Estado de Derecho”.

<sup>34</sup> García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, obra y lugar citado; de Arcenegui, Isidro, E., obra y lugar citados. También Agustín Gordillo lo explica claramente cuando señala: “[...] en los sistemas constitucionales contemporáneos como el nuestro y en el sistema interamericano e internacional de derechos humanos, el eje del sistema del control es el acceso a la tutela judicial efectiva. Dentro de ésta, el centro de análisis son las pretensiones procesales del individuo, no el acto impugnado” (*vid. Tratado de Derecho Administrativo*, T. III “El Acto Administrativo”, 8ª edición, Introducción, parágrafo 4, p. 7).

lo 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, norma que se aplica en forma directa en el procedimiento administrativo conforme lo dispone el Artículo 62 del RPA en el ordenamiento nacional.

Couture ha dicho a este respecto que la “sana crítica” conforma un *standard* jurídico cuya proyección abarca a todos los medios de prueba y hacia otros campos de la teoría de la prueba. “Las reglas de la sana crítica son un precioso *standard* que abarca [...] todo el campo de la prueba. Su valor como tal radica en que consisten en una parte lo suficientemente precisa (las reglas de lógica formal) y en otra lo suficientemente plástica (las máximas o advertencias de la experiencia del Juez) como para procurar la justicia de las situaciones particulares”<sup>35</sup>.

### 5. Ofrecimiento de la prueba

A partir de la modificación operada en el orden procesal nacional arriba señalada, que –como se dijera– produjo también la supresión del proceso sumario, en los procesos de conocimiento la totalidad de la prueba debe ser ofrecida con el escrito de demanda, su contestación y, en su caso, con el escrito de reconvenición y su contestación.

La admisibilidad de los medios de prueba propuestos por las partes –en función de los hechos que se estimen conducentes a la decisión final– será formalmente declarada en una audiencia preliminar que el Juez debe convocar y presidir con carácter indelegable y sin cuya presencia no puede realizarse (Artículo 360 del Código Procesal).

La audiencia preliminar reglada por la disposición fue consecuencia de las modificaciones operadas al Código Procesal por la Ley N° 24.573 de Mediación y Conciliación (Artículos 32 a 39 inclusive) y su introducción responde a la intención de incorporar una etapa oral en un proceso judicial eminentemente escrito<sup>36</sup>.

Respecto de ésta última no es infrecuente que los Jueces del proceso administrativo no lleven a cabo la audiencia establecida en la disposición, recurriendo al argumento de que su celebración configura un dispendio de actividad jurisdiccional dado que la Ley n° 24.573 no es aplicable al Estado Nacional y sus entidades descentralizadas (Artículo 2º, inciso 4º) y sus apoderados letrados no cuentan con facultades para conciliar los pleitos.

Es cierto que la norma dispone que establecidos los hechos conducentes, el Juez debe invitar a las partes a que éstas concilien el diferendo o busquen otra alternativa

<sup>35</sup> Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, T. II, Buenos Aires, Depalma, 1979, 3ª edición, p. 226. Por ello no basta para ser Juez poseer una acabada formación teórica sobre la disciplina jurídica que habrá de aplicarse, ya que ésta es condición necesaria pero no suficiente, pues es imprescindible la acreditación de una efectiva experiencia en el ejercicio de la abogacía particular o pública tal como la ley exige y que se suele tener por satisfecha –en criterio hartamente discutible– con trayectoria en el propio ámbito judicial.

<sup>36</sup> Falcón, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T. V “Actualización temática”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 201.

de solución del conflicto (Artículo 360, inciso 1º, texto según Ley N° 25.488) y que también los representantes letrados del Estado Nacional y sus dependencias deben contar con atribuciones expresas para celebrar conciliaciones o transacciones (Decreto N° 411/1980; Artículo 18, Ley N° 23.982), pero no lo es menos que el señalado propósito conciliatorio es sólo uno de los cometidos de la mencionada audiencia preliminar y uno de sus principales méritos es concentrar en un único acto procesal todo lo relativo a la prueba ofrecida por las partes y de allí el carácter indelegable que tiene para el Juez y como garantía para las partes.

La ostensible ventaja de realizar dicha vista con las partes es posibilitarle al Juez tomar contacto directo con ellas y sin intermediaciones conocer los hechos, discernir sobre aquellos que estime conducentes y sobre los medios de prueba que considere verdaderamente aptos para ello. En definitiva, dirigir el proceso desde sus albores.

La práctica de algunos Tribunales<sup>37</sup>, digna de ser imitada, es requerirle a los litigantes la presentación de un escrito –previo a la celebración de la audiencia– en el cual sinteticen los hechos y argumentos principales de sus presentaciones (demanda y contestación y, eventualmente, reconvencción y su contestación) y de los medios de prueba que intentan valerse en cada caso, para que de ese modo –en el ámbito de colaboración de las partes con el Juez y por añadidura con la convicción que éste debe formarse– la audiencia preliminar cumpla eficazmente el propósito que la anima, que no es otro que el hecho de que Juez –como director del proceso– tome conocimiento de los hechos invocados a través del contacto directo con las partes, determine los que resulten conducentes para la decisión y seleccione los medios de prueba apropiados para formarse esa convicción acerca de la verdad jurídica.

En su caso, y en esa misma oportunidad, corresponde que decida si la causa se resolverá como de puro derecho o con las solas constancias existentes en el expediente judicial, o las que deban incorporarse y que se encuentren aún en poder de alguna de las partes o de terceros (Artículos 362, 388, 389 del Código Procesal).

Previsiones análogas se hayan contenidas en los Artículos 288, 289 y 290 del CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires, y en el Artículo 41 del CCABA (texto según Ley N° 13.101), disposiciones que en sus respectivos ámbitos también regulan la celebración de una audiencia en la etapa inicial con el propósito de que sea siempre el Juez quien fije los hechos conducentes y resuelva sobre la pertinencia de los medios de prueba necesarios para su acreditación, con la particularidad de que ambos ordenamientos disponen que dicha audiencia debe ser convocada con plazo determinado<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Inclusive esa práctica se verifica en los procesos de conocimiento que tramitan ante la instancia originaria de la Corte Federal.

<sup>38</sup> Plazos que obligan -dicho sea de paso- al propio Tribunal y que han sido establecidos en 20 (veinte) días en el caso del Artículo. 288 del CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires y en 15 (quince) días en el supuesto del Artículo 41 del CCABA de la Provincia de Buenos Aires.

## 6. Diligencias Preliminares y producción de prueba anticipada

Corresponde aquí tratar estas cuestiones que se suelen confundir, no obstante poseer objeto jurídico distinto. Las diligencias preliminares son medidas tendientes a la preparación de un juicio futuro, en tanto que la producción de prueba anticipada “es una forma excepcional de ofrecer y producir prueba entablado o no el juicio, según la urgencia en la ejecución de la medida”<sup>39</sup>.

La circunstancia de que en el ordenamiento nacional se hayan legislado en forma conjunta (Libro II, Título, I, Capítulo II, Artículos 323 a 329 del Código Procesal), línea seguida en el CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires (Título X, Capítulo I, Artículos 311 al 314), no obsta a que su naturaleza sea diferente y que por ello no deban confundirse.

Conforme ha quedado expuesto por la doctrina, en el régimen del código, “estas diligencias engloban en dos categorías procesales que tienen en común la circunstancia de ser previas a la demanda, pero difieren en cuanto a su objeto; por un lado, las medidas preparatorias del juicio a promover (Artículo 323), y, por el otro, la producción anticipada de prueba (Artículo 326)”<sup>40</sup>.

Una aproximación al concepto de la prueba anticipada lo podemos obtener acudiendo a la elocuente expresión empleada por Podetti, que las caracterizaba como medidas cautelares sobre la prueba<sup>41</sup>, con la sustancial diferencia de que si bien la decisión sobre su pertinencia puede ser adoptada inaudita parte, su concreción siempre requiere la intervención de la parte contraria. Si así no fuera, se afectaría la esencial bilateralidad del proceso, que es garantía de la defensa en juicio<sup>42</sup>.

Nótese que, como explica Podetti, la producción de una prueba anticipada puede definir el resultado del pleito<sup>43</sup>, y de allí el carácter excepcional y restrictivo con el que debe admitirse su procedencia, por comportar un quiebre de la regla básica de la igualdad de las partes en el proceso.

Esa interpretación excepcional y taxativa –que no rige según los precedentes judiciales respecto de las medidas preliminares– se justifica, además, en que el objeto del proceso no está claro al tiempo de su requerimiento y eventual producción y en consecuencia, no son precedentes cuando quien las pretende tiene por propósito preparar el futuro proceso o asegurar la eventual ejecución de la sentencia. Tampoco corresponde su producción sin previa citación y control de la parte contraria<sup>44</sup>.

Debe añadirse que la producción de prueba anticipada se encuentra absolutamente vedada en el proceso nacional sin previa promoción del juicio cuando se pre-

<sup>39</sup> Fenochietto, Carlos Eduardo, *Código Procesal...*, op. cit., Vol. II, comentarios al Artículo 326, p. 286.

<sup>40</sup> *Ibídem*, pp. 275-276.

<sup>41</sup> Podetti, Ramiro, *Tratado de las Medidas Cautelares*, Buenos Aires, Ediar, 1956, pp. 314-315.

<sup>42</sup> *Ibídem*, p. 315.

<sup>43</sup> *Ibídem*.

<sup>44</sup> Fenochietto, Carlos Eduardo, op. cit., pp. 287-288.

tenda la prueba de confesión mediante la absolución de posiciones (Artículo 326, último párrafo, Código Procesal) y que ésta prohibición no está contenida en el CCAyT, ya que su Artículo 311 –copia casi textual del mencionado Artículo 326 del Código Procesal– no la contiene. Esta circunstancia podría obedecer a que la prueba de confesión no es un medio probatorio legislado en el proceso administrativo vigente en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Como se mencionó, tanto el Código Procesal Nacional (Artículos 326 a 329) como el CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires (Artículos 311 a 314) prevén expresamente la producción de prueba fuera del proceso tanto sea con anterioridad a la traba de la litis como con posterioridad, pero siempre con citación previa de la parte contraria y en los supuestos taxativamente dispuestos por las señaladas disposiciones.

En cuanto a las diligencias preliminares, y más allá de lo dicho acerca de que no puede con ellas suplirse –como enseña Fenochietto– la carga que para las partes y sus profesionales representa la correcta preparación del juicio que han decidido promover y que no pueden emplearse como medio de indagación semioficial<sup>45</sup>, el interés de su estudio en este ámbito radica en su utilización práctica cuando, v. gr., la Administración pública arbitrariamente deniega al administrado un pedido de vista respecto de actuaciones que aquel estime de interés para la adecuada promoción del proceso judicial, o respecto de la exhibición de otros instrumentos que hacen al mismo propósito (Artículo 325, Código Procesal). Esto, ya que, aun cuando los expedientes administrativos podrían ser incorporados al proceso como prueba documental en poder de una de las partes (Artículos 387 y 388 del Código Procesal) y ser requeridos aún antes del traslado de la demanda y en mérito a lo que ellos contengan ser ésta transformada, modificada, ampliada e incluso desistida sin responsabilidad alguna para la parte demandante antes de trabada la litis (Artículos 304, 331 y ccs. del Código Procesal nacional, 253, 254 y ccs. del CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires), es manifiesta la mayor conveniencia de su exhibición antes de la promoción de la demanda.

#### IV. APOSTILLAS SOBRE ALGUNOS DE LOS MEDIOS DE PRUEBA ADMISIBLES

En el ordenamiento nacional, el principio general vigente es el de la admisión amplia de medios de prueba, lo cual es lógico si atendemos a la circunstancia de que la legalidad del comportamiento administrativo es siempre lo que se pone en crisis, criterio que no rige –y de allí las críticas que he dejado formuladas más arriba– en el denominado proceso sumario de ilegitimidad vigente en la provincia de Buenos Aires.

Algo similar se ha dicho respecto del Artículo 302 del CCAyT vigente en la Ciudad de Buenos Aires<sup>46</sup>, aun cuando corresponde reiterar que la regulación del proceso en la jurisdicción no ha previsto la prueba de confesión, probablemente por

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 277.

<sup>46</sup> Balbín, Carlos F. (Director), *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires – Comentario y Concordado*, Buenos Aires, Lexis Nexis – Abeledo-Perrot, 2003, p. 646.



considerar inútil o superflua la que pueda rendir la autoridad administrativa, pero omitiendo que ella podría ser requerida también respecto del propio administrado.

En rigor de verdad, la doctrina argentina se ha ocupado profusamente de los medios de prueba admisibles en el proceso administrativo, de la utilidad práctica de algunos de ellos (v. gr.: la prueba de confesión) o de la naturaleza jurídica de otros (v. gr.: las actuaciones administrativas), y en razón de la existencia de esos mayúsculos y completos esfuerzos es poco lo que puedo aportar en este punto, y por lo tanto corresponde a ellos remitir al lector<sup>47</sup>.

### 1. Actuaciones administrativas

Con todo, y más allá de los estudios pormenorizados acerca del valor jurídico que corresponde asignarle a los expedientes administrativos<sup>48</sup>, no debe olvidarse que como regla general las actuaciones administrativas en sí mismas consideradas constituyen prueba instrumental incorporada por una de las partes al proceso, sin perjuicio de que alguna de sus piezas pudieran autónomamente revestir naturaleza de instrumentos públicos<sup>49</sup>.

De nuevo, recordemos que el procedimiento administrativo que se formaliza a través de actuaciones administrativas no debe ser concebido como una primera instancia respecto del proceso judicial<sup>50</sup>; de modo que las constancias en ellas colectadas en tanto emanen de una sola de las partes debe ser expresa o tácitamente reconocida por su contraria y puede ser desvirtuada por otros medios de prueba.

Desde nuestro punto de vista, podrían adquirir un valor preponderante en el caso de que el Juez advirtiese de su examen que se suscitan en ellas hechos que los litigantes no hubiesen alegado como constitutivos o impeditivos, respectivamente, de sus pretensiones y que –según el criterio del Tribunal– pudiesen ser conducentes para la búsqueda de la verdad material que –en la tesis que sustentamos– debe guiar su actuación.

El supuesto estaba expresamente previsto en el ordenamiento jurídico español desde el año 1956 (cfr. Artículo 79.2 LJCA) y conforme las facultades de instrucción que la legislación le reconoció al Juez, éste respetando siempre el principio de bilate-

<sup>47</sup> Pueden verse, entre las más modernas, las obras de García Pullés, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, T. II, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 655 y sigs. Luqui, Roberto Enrique, *Revisión judicial de la actividad administrativa*, T. II, Buenos Aires, Astrea, p. 305 y sigs.

<sup>48</sup> Ver, por todos, Bielsa, Rafael, *Sobre lo contencioso administrativo*, Santa Fe 1964, Editorial Castellví S.A., 3ª edición, p. 251 y sigs., y del mismo autor “Instrumentos públicos emanados de Funcionarios u órganos del Estado”, incluido en *Estudios de Derecho Público*, T. IV, Buenos Aires, Desalma, 1962, pp. 163-217 y el análisis acerca del valor probatorio que le asigna la jurisprudencia en Luqui, Roberto Enrique, *op. cit.*, número 338, pp. 316-318, y especialmente sus notas.

<sup>49</sup> De allí que, con sincero y profundo respeto, disintimos del papel descollante que en el proceso contencioso le asigna a las actuaciones administrativas el Profesor Fernando García Pullés, *op. cit.*, T. II, p. 658.

<sup>50</sup> Rejtman Farah, Mario, *Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 2, con cita de Diez, Manuel, *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1983.

ralidad y contradicción, debe asignarle a las partes una nueva posibilidad de alegar y probar sobre aquellas cuestiones que no hayan sido planteadas en los escritos de demanda y contestación<sup>51</sup>.

## 2. Confesional

Cuadra ahora detenerse en la prueba de absolución de posiciones de los funcionarios públicos para obtener de éstos su confesión<sup>52</sup>, cuya pertinencia y utilidad práctica ha sido puesta en duda con serios argumentos<sup>53</sup>, máxime que, aun cuando quien absuelve posiciones presta juramento de decir verdad, si faltara a ella o de algún modo la omitiera, ello no le debería traer aparejada ninguna responsabilidad de tipo jurídico, pues es su derecho –garantizado constitucionalmente– no declarar contra sí mismo.

Por lo demás, y como de ordinario sucede, la prueba será rendida por escrito y no frente al Juez, de manera que, salvo circunstancias excepcionales, es cierto que su utilidad práctica es casi nula.

Claro que la eventual inutilidad práctica de la absolución de posiciones del funcionario público como medio de prueba o –en ciertos casos– su impertinencia, en tanto su declaración se considerara relevante podría materializarse mediante su citación como testigo, informante y hasta como perito, pues si ello es admitido en el curso del procedimiento administrativo cuando está vedada la confesión (Artículo 59 Reglamento Nacional de Procedimiento Administrativo) no se ven obstáculos a su admisión como medio de prueba en el proceso judicial, siempre que el interrogatorio versare sobre hechos o cuestiones respecto de los que tenga un conocimiento directo y personal y si el agente o funcionario faltare a la verdad incurriría en el delito de falso testimonio (Art. 275 y ccs. del Código Penal). Por aplicación extensiva, la eventual confesión voluntaria del funcionario valdría como prueba, ya que tal posibilidad es también expresamente admitida en el procedimiento administrativo (cfr. disposición citada).

Con lo expuesto, queremos destacar que el criterio de la inutilidad práctica, e incluso de la impertinencia de la declaración del funcionario público, no son absolutos, y a fines prácticos existen otras vías de hacerlo comparecer, máxime cuando el medio de prueba no está regulado (v. gr.: el CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires).

## 3. Peritos

Probablemente es, de entre todos, el medio de prueba que más utilidad reporte a la verdad material en el ámbito de estos procesos y resultará inexcusable cuando se

<sup>51</sup> Cfr. González-Cuéllar Serrano, Nicolás, *op. cit.*, p. 31.

<sup>52</sup> Como lo recuerda Roberto E. Luqui, la absolución de posiciones es el medio de prueba legalmente previsto para obtener un resultado que es la confesión y no ésta el medio probatorio en sí mismo (cfr. *Op. cit.*, p. 318 y sigs.).

<sup>53</sup> García Pullés, Fernando R., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 659-660.

debata el contenido técnico de actos o decisiones estatales, incluso por la propia Administración pública en defensa de la legalidad de sus actos, ya que no rige respecto de ella en el ámbito del proceso la prohibición que como regla le viene impuesta por el Artículo 54 del Reglamento Nacional de Procedimiento Administrativo.

El mayor atributo de este medio probatorio deviene de la calidad de auxiliar o colaborador judicial que se le reconoce al experto respecto de un ámbito de conocimiento que el Juez no posee o que por lo menos no está obligado a conocer<sup>54</sup> y a él estrictamente está dirigido el dictamen pericial que, como elaboración técnica o científica, el perito debe emitir fundadamente sobre los hechos controvertidos que justifiquen la utilización de este medio probatorio.

La jurisprudencia es conteste en asignarle el carácter de auxiliar judicial<sup>55</sup> y que como tal intermedia entre el Juez y los hechos<sup>56</sup>, siendo su colaborador y dependiente, y de allí que se diga que su juicio técnico no obliga al magistrado, cuya función es propia e indelegable<sup>57</sup>.

De otra parte, el ordenamiento procesal nacional autoriza al Juez en supuestos de alta complejidad a acudir a la opinión de instituciones públicas o privadas (Artículos 476 y 516 del Código Procesal), y un procedimiento útil es que el propio Tribunal requiera a las partes acuerden ellas mismas la nominación de la institución que –conforme la complejidad del asunto y la necesaria concurrencia de determinadas cualidades o incumbencias profesionales– podría actuar como perito, o que bien confeccionen una lista que estimen reúne esas cualidades para que el Juez la designe.

La utilidad del procedimiento es manifiesta hasta el punto que, con acuerdo de las partes y en tanto las cuestiones involucradas pudieran ser materia de transacción, la institución que actuara como perito podría revestir el papel de amigable componedor o –en ciertos casos– incluso de perito árbitro.

La prueba pericial elaborada en forma privada y que cada parte puede aportar con los escritos de demanda y contestación es una práctica que entre nosotros ha sido recomendada por Gordillo<sup>58</sup>, ofrece gran ventaja para la exposición misma de los hechos aun cuando no supla la labor pericial oficial cuya realización ordene el Tribunal, y puede resultar de gran utilidad para el ejercicio del derecho de controlar el desarrollo del dictamen pericial que a las partes les asiste a través de la designación de consultores técnicos (Artículo 458, último párrafo, Código Procesal).

<sup>54</sup> Fenochietto, Eduardo, *op. cit.*, T.2, p. 644.

<sup>55</sup> CSJN, “Pose, José D. c/ Provincia de Chubut y otra” del 01-12-1992, *La Ley*, 1994-B-434.

<sup>56</sup> Alsina, Hugo, *Tratado de Derecho Procesal*, T. II, p. 347.

<sup>57</sup> Fenochietto, Eduardo, *op. cit.*, recogiendo las opiniones de Carnelutti.

<sup>58</sup> Ver lo que se señala en la nota 12 de este trabajo.

A estos últimos se les ha asignado un carácter análogo al abogado de parte<sup>59</sup> y en tanto la eficacia del dictamen pericial como medio probatorio depende de la valoración que de él realice el Tribunal –en tanto el perito es su colaborador o auxiliar– al tiempo de dicha valoración el Juez debe tomar en cuenta las opiniones expresadas por los consultores técnicos, por cuanto si a éstos se les asigna el mismo status jurídico que a la parte, desoír sus exposiciones de contenido técnico equivaldría tanto como desoír a las partes mismas en la exposición de los hechos.

## V. RECAPITULACIÓN SOBRE EL PAPEL DEL JUEZ EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO Y DE LA CARACTERIZACIÓN EN ESTE ÁMBITO DE LAS MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER

En cuanto órgano del Estado, el Juez del proceso administrativo es custodio último de la legalidad y garante de la tutela judicial efectiva, y por ende está investido de unos atributos constitucionales y legales que lo distancian del Juez del proceso civil eminentemente dispositivo que se verifica entre sujetos particulares<sup>60</sup>.

La legalidad o, más estrictamente, la juridicidad del comportamiento estatal, es la materia del proceso administrativo, y las pretensiones aquí ventiladas siempre la tendrán como protagonista principal.

El límite que el Juez posee en este estricto ámbito –quizás el único– es el respeto a las reglas de la bilateralidad y de la plena contradicción como derivados de la defensa en juicio y de la igualdad de los litigantes frente al Juez, pero el derecho a la tutela judicial, cuya efectiva vigencia se verifica en esta etapa del proceso judicial, no puede sino implicar que las facultades de instrucción de las que está investido configuren poderes discrecionales entendidos en el sentido de una atribución para escoger –a partir de la exposición de los hechos y de su experiencia– los medios más aptos para obtener la búsqueda de la verdad material en el sentido expuesto, es decir, de convicción o certeza acerca de la legitimidad del comportamiento estatal (v. gr.: indagando si el acto administrativo emitido encubre otra finalidad distinta de la expresada o si se alegan razones de oportunidad para encubrir una verdadera ilegalidad).

Ningún sentido tendría afirmar la vigencia de principios y valores jurídicos conaturales al Estado de Derecho si consentimos que el Juez está limitado en la revisión del comportamiento estatal o que queda indisolublemente ligado a las proposiciones de hechos y prueba que las partes le formulan cuando de esa revisión deba ocuparse.

No se trata sólo de la potestad para reconducir una pretensión procesal con sustento en el *iura novit curia*, aunque desde ya cabe reconocer el gran avance que para

<sup>59</sup> CNFedCivCom., Sala I, 28-08-1997, *La Ley*, 1998-A-231.

<sup>60</sup> En contra de tal criterio se ha expresado Luqui, Roberto E., *Revisión Judicial...*, *op. cit.*, número 333, p. 305. A favor del mismo, y si bien en otro contexto, puede verse la opinión de Fiorini, Bartolomé, *¿Qué es el Contencioso?*, obra y lugar citados.

la vigencia de la tutela judicial efectiva esto de por sí significa<sup>61</sup>, sino que, al contrario de lo que sucede en el proceso civil, es ir todavía más allá y reconocerle al Juez del proceso administrativo la capacidad para poner de relieve ciertos hechos que aún cuando no hubiesen sido alegados por las partes, pueden convertirse en reveladores de la verdad material.

Al contrario de lo que sucede en el proceso civil regido por el principio dispositivo y en el cual el objeto del juicio es privado<sup>62</sup> –y, por lo tanto, regido por una regla de igualdad aritmética–, aquí, por encontrarse primariamente en juego la legalidad del comportamiento estatal, el objeto de la pretensión estará siempre influido por la regla de la igualdad proporcional como característica propia del bien común que ordena toda su conducta<sup>63</sup>.

Si la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha reconocido que, en el contexto del proceso civil, “[...] la facultad de los Jueces de disponer –en cualquier estado del proceso– las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos, no puede ser renunciada en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable [...]” y que “[...] en caso contrario, la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino la frustración ritual de la aplicación del derecho [...]”<sup>64</sup>, con mayor razón esa regla debería ser aplicable al proceso que tiene a la juridicidad de la actuación estatal como cuestión central de la indagación judicial<sup>65</sup>.

No se trata aquí solamente del reconocimiento de la facultad de los Jueces de calificar –autónomamente– la realidad de los hechos que le ha sido propuesta por las partes y de subsumirla en las disposiciones jurídicas aplicables con prescindencia de los fundamentos esgrimidos por las partes, atribución que basada en el *iura novit curia* los Jueces siempre tienen<sup>66</sup>. Se trata de poder indagar más allá de la propia realidad que le ha sido propuesta.

Cuando el objeto de la pretensión procesal es la anulación de un acto administrativo, la denominada *causa petendi* no es otra que la lesión a una situación jurídica protegida al administrado por el ordenamiento jurídico, y el hecho que lo constituye

<sup>61</sup> Gordillo, Agustín; *Tratado...*, T.II “La defensa del usuario y del administrado”, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006, 8ª edición, Cap. XIII “La tutela judicial”. Bastons, Jorge y Elíades, Analía, “La reconducción de las pretensiones procesales en el fuero contencioso administrativo bonaerense”, *La Ley*, SJDA del 11-07-2006, p. 35 y sigs.

<sup>62</sup> Fenochietto, Carlos Eduardo, *op.cit.*, T.I, p. 161.

<sup>63</sup> Barra, Rodolfo C.; *Principios de Derecho Administrativo*; Buenos Aires 1980, Editorial Ábaco; especialmente Capítulo IV, página 107 y siguientes.

<sup>64</sup> *Fallos*: 304:1915, “José Ortega v. Roque Ugarte –Suc.–” del 23-12-1982.

<sup>65</sup> Fenochietto enseña que las medidas para mejor proveer “responden al principio de autoridad, en el sentido de que una vez instaurado el proceso, los Jueces no pueden prescindir del uso de los medios a su alcance para determinar la verdad jurídica objetiva y evitar que el proceso se convierta en una sucesión de ritos caprichosos.” (cfr. *op. cit.*, T. I, p. 161).

<sup>66</sup> Cfr. entre muchos otros CSJN; *Fallos*: 296:633; 298:78; 307:919; 313:915; 317:1666.

es el acto administrativo que se reputa irregular, de modo que el proceso estará dirigido a establecer la verdad material acerca de la ilegitimidad del acto y sus implicancias.

La formulación expuesta había quedado resuelta en el ordenamiento jurídico español en el Artículo 43 de la LJCA de 1956, disponiendo que el Juez debe juzgar como regla dentro de los límites de las pretensiones de las partes y de las alegaciones deducidas por ellas (43.1), pero admitiendo que si el Tribunal “al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquellas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo” (43.2). Actualmente, la Ley N° 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece análogamente esas atribuciones en su Artículo 33<sup>67</sup>.

De allí que se haya sostenido en criterio aplicable a la actual legislación española que “los motivos de ilegalidad contenidos en la demanda no fundan la pretensión, no quedan incluidos en la *causa petendi* y, por ello, el Tribunal puede someter a las partes nuevas calificaciones jurídicas de los hechos alegados, a través del planteamiento de la tesis del Artículo 43.2”<sup>68</sup>.

No se sigue de lo expuesto que las partes queden relevadas de la carga jurídica de formular adecuadamente su demanda y contestación como arriba ya hemos dicho, o que no pese sobre ellas la alegación y prueba de los hechos que configuran sus respectivas pretensiones (doctrina del Artículo 377, CPC ya examinado), pero si la indagación está orientada a establecer la ilegalidad de la conducta estatal y con ello, y en definitiva, la vigencia efectiva de los valores sobre los que se asienta el Estado de Derecho, no se llega a apreciar cuál sería la razón jurídica que impidiera al Juez del proceso administrativo desplegar los medios tendientes a establecer la verdad material acerca de esa ilegalidad.

<sup>67</sup> “1. Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición. 2. Si el Juez o Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquellas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo. Contra la expresada providencia no cabrá recurso alguno. 3. Esto mismo se observará si, impugnados directamente determinados preceptos de una disposición general, el Tribunal entendiera necesario extender el enjuiciamiento a otros de la misma disposición por razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos”.

<sup>68</sup> González-Cuéllar Serrano, Nicolás, *op. cit.*, p. 28.

Aun cuando la propia fuerza normativa de la Constitución Nacional<sup>69</sup> y del derecho internacional de su mismo rango sería suficiente<sup>70</sup>, la legislación que en el orden nacional es de esperar que alguna vez se sancione debería concretar en su texto formal un procedimiento eficaz que posibilite al Juez desplegar su actividad como director del proceso y custodio de la legalidad en ese sentido, sin menoscabo del derecho de defensa, la igualdad de las partes y el principio de contradicción.

<sup>69</sup> Ver, por todos, la prédica plenamente aplicable a nuestro medio de García de Enterría, Eduardo, *Problemas del Derecho Público al Comienzo del Siglo*, Madrid, Civitas, 2001, Capítulo III, “El valor normativo directo de la Constitución española de 1978”, en especial, p. 105.

<sup>70</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado...*, obra y lugar citado en nota 62. Es claro cuando señala textualmente: “Si la justicia no revierte sus criterios anticuados y aumenta y fortalece sus recientes pronunciamientos renovadores, será entonces el propio Poder Judicial el que tendrá la culpa de la menguada importancia en la ecuación del poder, con el consiguiente perjuicio al sistema democrático de gobierno y a la vigencia de las libertades públicas” (*vid.* página XIII-44).