

**Autor: María Paula López Álvarez**

**Título: Caso 4. Revocación donación por la provincia de Neuquén de un inmueble donado al Estado Nacional. Revocación contrato comodato. Suspensión contrato de obra pública.**

**Director: Santiago Lauhirat**

**Tesis de Derecho aplicado para optar al título de Magister en Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral**

**Buenos Aires – 29/03/19**

## INDICE

<b>Revocación donación.....</b>	<b>15</b>
Prórroga competencia originaria	15
Procedencia formal de la acción	16
Legitimación Defensor del Pueblo	17
Análisis de la cuestión de fondo	20
Conclusión	25
<b>Revocación comodato.....</b>	<b>25</b>
Rebeldía del Estado Nacional	26
Constitucionalidad del decreto 4162/97	28
Responsabilidad del Estado	42
Conclusión	44
<b>Suspensión contrato obra pública .....</b>	<b>45</b>
Habilitación de instancia	45
Excepción de prescripción	51
Análisis de la cuestión de fondo	52
Responsabilidad del Estado	56
Conclusión	60

Buenos Aires, 31 de marzo de 2019

VISTOS:

Los autos “**Estado Nacional c/ Neuquén, provincia de s/demanda contencioso administrativa**” y sus acumulados: “**Club Náutico Los Andes c/ EN s/ proceso de conocimiento**” y “**Náutica Argentina SA c/ Estado Nacional- Ministerio de Turismo s/ demanda contencioso administrativa**”; y

CONSIDERANDO:

1º) Que, a fs. 1/30, el Estado Nacional inició una acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos del art. 322 CPCCN contra la provincia de Neuquén a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley provincial 1796 que dispuso la revocación de la donación del inmueble individualizado con la Nomenclatura Catastral 12-20-142-NAUT-0020, predio lindero a la Planta de Tratamiento de Efluentes Cloacales PTE1, sito en el sector denominado “Polo Náutico” y con una superficie aproximada de 4.000 m<sup>2</sup>, implantado en cota 642,5 M.S.N.M, por encima de la línea de ribera determinada por la Dirección Provincial de Recursos Hídricos, que delimita la jurisdicción de San Martín de los Andes de la jurisdicción Nacional del Parque Nacional Lanín (en adelante, el “Inmueble”), efectuada a su favor.

A tal fin, la representación estatal argumentó que la provincia de Neuquén, a través de sus actos, conculca los artículos 31, 75 (incisos 27 y 30) y 126 de la Constitución Nacional. Asimismo, solicitó el dictado de una medida cautelar para impedir que la provincia demandada transfiera a su patrimonio un bien de uso, goce y pacífica posesión por parte del Estado Nacional, que fue concedida por este Tribunal a fs. 63/68 al tener por acreditado el peligro en la demora.

2º) Que, corrido el pertinente traslado de la demanda, la provincia se presenta y contesta a fs. 36/58vta., niega todos los hechos y solicita que se rechace la acción. En primer lugar, considera que la acción declarativa resulta formalmente inadmisibile, ya que, sin perjuicio del dictado de la ley 1796, no ha mediado actividad administrativa alguna por parte de la provincia que afecte algún interés legítimo del Estado Nacional.

En cuanto al fondo del asunto, indica que la donación invocada no se ha configurado, atento que la escritura pública traslativa de dominio nunca tuvo lugar debido a que se encontraba en trámite, habiéndose reemplazado, por un acta de posesión suscripta por las partes, por lo que el actual titular del dominio es la provincia de Neuquén. En este contexto, aduce que el decreto 249 mediante el cual el Estado

Nacional había aceptado la donación efectuada por la provincia carece del antecedente necesario (la previa donación válida), dado que la inscripción de ese decreto en el Registro de Propiedad Inmueble neuquino resulta inocua, por aplicación del principio de tracto continuo. Por otro lado, arguye que la donación de inmuebles y su correspondiente aceptación son actos formales, esto es, solo se prueban mediante la respectiva escritura pública, inexistente en el caso; aclarando que en el art. 2° de la ley 1424 se previó expresamente que la escrituración del bien en favor de la donataria realizaría ante la Escribanía de Gobierno de la Provincia, requisito este que no se cumplió ni tampoco fue exigido por la actora. Asimismo, expresa que en el artículo 3° de la ley 1424 se dispuso que el donatario estaba obligado a respetar la posesión de los pobladores que existieran en la zona donada y que ello revela la contradicción con el destino que luego la Administración decidió otorgarle, en el marco de la ley 22.416 y el decreto 4162/97.

3°) Que, a fs. 66 se abre la causa a prueba y a fs. 77/89, se presenta el Defensor del Pueblo de la provincia de Neuquén y solicita que se admita su intervención como tercero en los términos del art. 90 inc. 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en defensa y protección de los derechos humanos y demás garantías e intereses de los habitantes de la Provincia de Neuquén. Funda su legitimación en la jurisprudencia de la Corte Suprema en la causa “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones - resol. 2926/99 s/ amparo ley 16.986” (disidencia de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni). Corrido el traslado a la actora de la presentación del Defensor del Pueblo, ésta plantea la falta de legitimación activa con fundamento en que aquél carece de jurisdicción para actuar en el marco de una causa de competencia federal.

A fs. 101/103 se resolvió diferir el tratamiento de la excepción de falta de legitimación para el momento del dictado de la sentencia definitiva.

4°) Que, conforme surge de los autos “**Club Náutico Los Andes c/ EN s/ proceso de conocimiento**”, el Club Náutico “Los Andes” promovió una acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y el art. 1° de la ley 16.986 contra el Poder Ejecutivo Nacional a fin de que se declare la nulidad del decreto 943/15 por medio del cual se dispuso la revocación por razones de interés público del contrato de comodato de 2000 mts. del Inmueble celebrado entre las partes. El juez a cargo del Juzgado Contencioso Administrativo N° 2 desestimó la acción por considerar que no se había acreditado la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, necesarias para que este tipo de procesos resulte admisible en el entendimiento de que la determinación de

la validez del citado decreto exigía un mayor debate y prueba impropio para el estrecho marco cognoscitivo que lo caracteriza. La Sala III de la Excma. Cámara de Apelaciones del fuero confirmó el pronunciamiento del *a quo*, quedando firme.

Con posterioridad, el mentado Club, promovió una acción contra el Poder Ejecutivo con el mismo objeto que el amparo, esto es, la declaración de nulidad del decreto 943/15 por considerarlo ilegítimo en los términos del art. 14 de la ley 19.549. En lo medular, sostiene que el decreto adolece de un vicio en la causa – antecedente de derecho – (art. 7 inc. b de la citada ley) en la medida en que la revocación por razones de interés público fue dispuesta con fundamento normativo en el decreto 4162/97, cuya inconstitucionalidad también solicita. Al respecto, argumenta que el decreto 4162/97 tiene naturaleza jurídica de reglamento ejecutivo en los términos del art. 99 inc. 2° de la Constitución Nacional y, por tanto, al prever la extinción por razones de interés público, el Poder Ejecutivo incurrió en un exceso reglamentario que desnaturaliza el espíritu de la ley 22.416 que persigue, entre otras cosas, el desarrollo del sector privado. Materialmente, considera que el decreto 4162/97 es inconstitucional, ya que incurre en una limitación irrazonable de derechos constitucionales al descartar la indemnización como consecuencia de la revocación. Consecuentemente, solicita la inconstitucionalidad del decreto 4162/97 y la nulidad por vicio en la causa como antecedente de derecho del decreto 943/15. Asimismo, en caso de que el tribunal declare la ilegitimidad del decreto 943/15, peticiona los daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual por actividad ilegítima en los términos del art. 3° de la ley 26.944. En subsidio, si el tribunal rechaza la solicitud de declaración de ilegitimidad, solicita los daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual por actividad legítima en los términos del art. 4° de la ley 26.944. A tal efecto, deja planteada la inconstitucionalidad, por violación al art. 17 de la Constitución Nacional, de la limitación del alcance de la indemnización para este tipo de responsabilidad prevista en el art. 5° de la referida ley. Corrido el traslado de la demanda, el Estado Nacional guarda silencio. Posteriormente, previo pedido de la parte actora, se declaró en rebeldía a la parte demandada y, notificada la referida resolución, se ordenó la apertura a prueba de la causa.

5°) Que, el 16/4/16, Náutica Argentina SA promovió una demanda contra el Estado Nacional- Ministerio de Turismo – a fin de que se declare la nulidad de la resolución 457/15 por medio de la cual se suspendió la ejecución de las obras contratadas hasta tanto se dirima en sede judicial la legalidad de la revocación de la donación del Inmueble.

Previo al inicio de la acción judicial, la empresa actora interpuso, en sede administrativa, un recurso de reconsideración contra la mentada suspensión que fue

rechazada a través de la resolución 376/16. Notificado el acto administrativo, se le hace saber a Náutica Argentina SA que la vía judicial se encontraba expedita.

Como fundamento para la procedencia del fondo de la acción, argumenta que la resolución 457/15 adolece de un vicio en el procedimiento que conlleva su ilegitimidad en la medida en que, si bien previo a su dictado se le comunicó la posibilidad de suspensión de los trabajos, nunca se satisfizo la exigencia de medición de la obra ejecutada y, por tanto, no se extendió el acta de resultado, de conformidad con el art. 34 de la ley 13.064. Asimismo, expresa que la suspensión de la obra afecta el mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato, resultando insuficiente el reconocimiento de los gastos efectuado en sede administrativa.

Por último, sostiene que la suspensión no pudo ser válidamente dispuesta en sede administrativa, ya que, como consecuencia del contrato de obra pública, se habían generado derechos subjetivos que se encontraban en cumplimiento, dado el avance de la obra. En tales condiciones, alega que el Estado Nacional debió haber solicitado en sede judicial la suspensión, ya que, de otra forma, se conculcaría el derecho de propiedad y la defensa en juicio. Consecuentemente, peticona los daños y perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilegítima y eventualmente, de considerar legítimo el obrar estatal, de la responsabilidad por actividad legítima. A tal efecto, deja planteada la inconstitucionalidad del art. 5° de la ley 26.944 por afectación al art. 17 y 19 de la Constitución Nacional, al limitar irrazonablemente el alcance de la indemnización para este tipo de responsabilidad.

Corrido el traslado de la demanda, la representación estatal la contesta, niega todos los hechos y solicita el rechazo de la acción. A tales fines, plantea, primeramente, la falta de acción debido a que la actora no interpuso en sede administrativa el recurso jerárquico, único recurso obligatorio para acceder al control judicial. En este sentido, precisa que ante el rechazo del recurso de reconsideración debió haber solicitado la elevación de las actuaciones a fin de que el Poder Ejecutivo resuelva el recurso jerárquico implícito. Por añadidura, con relación al reclamo de daños y perjuicios, pone de resalto que la actora no interpuso el reclamo administrativo previo en los términos del art. 30 de la ley 19.549. En otro orden de cosas, opone la prescripción de la acción dado que entre la fecha de celebración del contrato de obra pública entre las partes - 14/1/13- y la interposición de la demanda - 16/4/16- ha transcurrido el plazo trienal previsto en el art. 2561 del Código Civil y Comercial de la Nación. En cuanto al fondo de la pretensión, explica que la acción debe ser rechazada porque el supuesto vicio de procedimiento no es tal en tanto quedó subsanado a partir de la propia conducta de la actora que aceptó el reconocimiento de gastos efectuado en sede administrativa. En cuanto a la supuesta afectación de la ecuación económico-financiera, estima que no se

encuentra debidamente acreditada. Finalmente, estima que no asiste razón a la accionante cuando plantea que la suspensión debió haber sido solicitada en sede judicial, haciendo una suerte de paralelismo con la acción de lesividad prevista en el art. 17 de la ley 19.549, ya que la facultad de suspensión de la obra en sede administrativa constituye una potestad expresamente reconocida en la ley 13064. Por lo expuesto, desecha la posible responsabilidad extracontractual por actividad ilícita y, con relación a la responsabilidad por actividad lícita, manifiesta que no se darían los requisitos establecidos en el art. 4º de la ley 26.944, en particular, la ausencia del deber jurídico de soportar el daño, ya que la actora, al ser contratista de obra pública del Estado Nacional, se encuentra en una relación de sujeción especial. A todo evento, rechaza la inconstitucionalidad planteada respecto de la limitación del alcance de la indemnización establecida en el art. 5º de la citada ley por infundado y peticiona, al respecto, la aplicación del precedente “Motoronce” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Corrido el traslado de las excepciones, la parte accionante lo contesta y solicita su rechazo. En cuanto a la falta de acción, destaca que la interposición del recurso jerárquico, si bien es el único recurso obligatorio para agotar la vía administrativa, en el caso devenía innecesario en la medida en que la propia Administración, al notificar el acto de rechazo, tuvo por expedita la vía judicial. Respecto de la prescripción, argumenta, a través de doctrina y jurisprudencia, que la pretensión de nulidad absoluta es imprescriptible, por tanto, correspondería el rechazo del planteo.

Sustanciado el proceso, dada la complejidad fáctica y jurídica de la cuestión, se difirió el tratamiento de las excepciones para el momento del dictado de la sentencia definitiva, y se ordenó la apertura a prueba de la causa.

6º) Que, en el marco de las actuaciones “Náutica Argentina SA c/ Estado Nacional- Ministerio de Turismo s/ demanda contencioso administrativa”, la representación estatal solicitó la declaración de conexidad con las causas “Estado Nacional c/ Provincia de Neuquén s/ proceso de conocimiento” y “Club Náutico Los Andes c/ EN s/ proceso de conocimiento” (antes descriptas) por cumplirse los requisitos del art. 188 CPCCN.

A fs. 166/169 se hizo lugar a la solicitud y los expedientes fueron acumulados para su tramitación. Producida la prueba ofrecida, habiéndose evacuado los alegatos, se ponen los autos para resolver en las tres actuaciones judiciales.

7º) Que, en los autos “**Club Náutico Los Andes c/ EN s/ proceso de conocimiento**”, se presenta el Estado Nacional, declarado rebelde por el Tribunal interviniente y solicita la nulidad de todo lo actuado, ya que la parte actora omitió la

realización del oficio a la Procuración del Tesoro de la Nación en la etapa liminar del proceso en los términos del art. 8° de la ley 25.344.

En subsidio, procede a contestar la demanda, niega todos los hechos, y plantea, primeramente, la cosa juzgada respecto de la acción de amparo iniciada por la actora con anterioridad al presente proceso. En este sentido, destaca que se verifica la triple identidad de sujeto, objeto y causa y ha recaído sentencia en el proceso de amparo, encontrándose firme el pronunciamiento.

En cuanto al fondo del asunto, indica que la actora se equivoca al encuadrar al decreto 4162/97 como un reglamento ejecutivo, ya que, por el contrario, reviste naturaleza legislativa. Sobre el particular, precisa que el decreto 4162/97 es un reglamento delegado en los términos del art. 76 de la Constitución Nacional que fue dictado a partir de la delegación efectuada en favor del Poder Ejecutivo de la Nación por el art. 5° de la ley 22.146. En este sentido, destaca que el mentado decreto cumple con los requisitos formales previstos en la Constitución, esto es, versa sobre materia determinada de administración, es conteste con la base y el plazo de delegación previstos en la referida ley. En su aspecto material, por resultar formalmente constitucional, solicita que el juez interviniente aplique un estándar de revisión deferente, citando en su apoyo jurisprudencia del Máximo Tribunal (vgr., Fallos 303:794, entre otros). En este contexto, arguye que la limitación prevista en el decreto es razonable en tanto se trata de un régimen especial para las contrataciones administrativas referidas a bienes del dominio privado del Estado Nacional y, además, la falta de reconocimiento de una indemnización como consecuencia de la extinción por razones de interés público puede ser subsanada por un posterior juicio de responsabilidad extracontractual por actividad ilegítima o legítima contra el Estado Nacional que inicie, de corresponder, la parte afectada. En tales condiciones, el decreto 943/15 es perfectamente válido dado que el vicio en la causa indicado por la actora no es tal. En cuanto al planteo de inconstitucionalidad de la ley 26.944, se remite a los argumentos dados en la causa “Náutica Argentina SA c/ EN s/ proceso de conocimiento” por razones de economía procesal y a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Ante la presentación de la representación estatal, a fs. 1046 se suspendió el llamado de autos para sentencia y se corrió traslado a la actora para que diga lo que por derecho le corresponda.

A fs. 1048/1056 obra agregada la contestación de la parte actora mediante la cual solicita el rechazo de la presentación efectuada por el Estado Nacional por considerarla improcedente en atención a la oportunidad y el momento procesal en que se hallan las presentes actuaciones. En subsidio y para el caso en que el tribunal deje sin



efecto la declaración de rebeldía, manifiesta que, en virtud del art. 60 CPCCN, el accionado solo puede articular un planteo de prescripción.

8°) Que, a fs. 1084, se colocan nuevamente los autos para sentencia.

9°) Que, preliminarmente, resulta conveniente efectuar un breve relato de los hechos aquí involucrados para luego determinar y resolver las cuestiones debatidas en el *sub lite*.

10) Que, conforme surge de las constancias de la causa, en 1998 la provincia de Neuquén dictó la ley 1424 mediante la cual donó el Inmueble a favor del Estado Nacional. La donación fue aceptada y recibida en pago de créditos fiscales por el actor mediante el decreto 249 del 5 de agosto de 2000, procediéndose luego a la correspondiente anotación del referido decreto en el Registro de la Propiedad Inmueble neuquino.

En el art. 1° de la ley 1424 se especificó que el Inmueble se donaba con el fin de que sea destinado para el fomento de deportes náuticos, sociales y recreativos, como también incentivar el turismo en dicha zona geográfica a través de la realización de instalaciones necesarias para el desarrollo de las mencionadas actividades. En el art. 2° se precisó que la escrituración del Inmueble a la provincia se encontraba en trámite (de acuerdo al expediente administrativo N° 12434-146-76), por lo que la transferencia definitiva del bien a favor del donatario se realizaría una vez concluidos los referidos procedimientos, ante la Escribanía de Gobierno de la Provincia de Neuquén, autorizándose expresamente al Ministro de Justicia para suscribir la correspondiente escritura traslativa de dominio. En el art. 3° se dispuso que el donatario estaba obligado a respetar la posesión de los pobladores que existieran en la zona donada – cualquiera sea el título de la posesión que detentara- y que, además, integraba el patrimonio cultural y económico del pueblo neuquino, ubicándose dentro de una reserva natural y siendo una zona turística.

Con posterioridad a la sanción de la ley 1424, el Fiscal de Estado de la provincia consideró que no existía ningún inconveniente legal para otorgar la posesión al Estado Nacional hasta tanto se cumplieran los trámites y diligencias que posibilitasen la escrituración del bien. En este sentido, puso de relieve que la entrega de la posesión debería efectuarse por acta labrada por el Escribano del Gobierno provincial, suscripta por ambas partes o por sus representantes, y que la transferencia de la posesión sería de acuerdo con las condiciones indicadas en la mentada ley. Consecuentemente, mediante

decreto provincial 1342, el Gobernador provincial autorizó al Ministro de Justicia, para que en representación del estado local, suscribiera la respectiva acta de posesión del Inmueble. De la motivación del decreto se desprende que: (i) a través de la ley 1424, se había efectuado la donación; y (ii) era necesario otorgar el acta de posesión dado que la escritura por la que debía inscribirse el Inmueble a nombre de la provincia, como parte del tracto sucesivo, se encontraba aun en trámite, siendo imprescindible autorizar al funcionario que en representación del Gobierno provincial, suscriba la referida acta, de conformidad con lo informado por la Escribanía de Gobierno y por el Fiscal de Estado. Posteriormente, el Estado Nacional suscribió ante el Escribano del Gobierno provincial el acta mediante la cual se le entregó la posesión del Inmueble. Asimismo, se dejó sentado que por ese acto el donante hacía “*tradición de los derechos de propiedad y dominio*” sobre el inmueble de referencia y le otorgaba la posesión, agregándose una copia de la ley 1424 “*como cabeza de la presente acta*”. En oportunidad de los acuerdos previos que las partes mantuvieron en oportunidad de tratarse la donación del Inmueble se había estipulado que éste tendría la extensión suficiente como permitir el desarrollo de la infraestructura necesaria para fomentar las actividades náuticas. A tales efectos, por orden del Gobernador provincial, el Secretario de Obras Públicas provincial elaboró la correspondiente planimetría respecto de las medidas perimetrales del Inmueble; plano que se vio reflejado en el acta de posesión.

Una vez transferido el dominio, el Ministerio de Turismo de la Nación, por delegación del Poder Ejecutivo, en el año 2001, celebró un comodato con el Club Náutico “Los Andes” (domiciliado en la provincia de Neuquén), otorgándole, en calidad de préstamo de uso, 2000 m<sup>2</sup> del Inmueble.

De los términos del contrato surge que el Inmueble se encuentra en perfecto estado de uso y conservación, lo que es aceptado por el Club comodatario por haberlo inspeccionado antes de la celebración del acuerdo. Asimismo, el comodatario se obligó a destinarlo a las actividades vinculadas a la práctica de deportes náuticos, sociales y recreativos de sus asociados quedando facultado, previa autorización expresa del comodante, para construir obras civiles generales y específicas, como también instalaciones necesarias para el desarrollo de las referidas actividades. En otro orden de cosas, el comodato se constituye por el término de veinte años renovable automáticamente por igual período si ninguna de las partes manifiesta su intención en contrario con seis meses de anticipación al vencimiento del período en curso. En cuanto a las obligaciones asumidas, el comodatario, bajo pena de rescisión culpable, asume: 1) poner toda la diligencia en la conservación del inmueble objeto del contrato y es responsable de todo perjuicio que el mismo sufra por su culpa; 2) la prohibición de

cambio de destino, la agregación de otras personas físicas o jurídicas en calidad de comodatarios, y las transferencias totales o parciales; 3) para la realización de obras generales o específicas obtener la autorización expresa del comodante; 4) el compromiso de ceder el uso, tanto del predio como de las instalaciones, a la Escuela del Municipio de San Martín de los Andes de Actividades Náuticas como también otros clubes sociales, deportivos, entidades públicas o privadas que realicen actividades náuticas a través de la firma de convenios de reciprocidad. El consenso y la firma de los citados convenios como las actividades a desarrollar dentro del lote deberán ser acordados por el comodante a través del órgano estatal que disponga; 5) cumplimentar con toda la normativa aplicable según la índole de las actividades y prestaciones a desarrollar durante el período de vigencia del presente contrato; 6) toda actividad de práctica deportiva náutica o social a desarrollar en el lote deberán estar incluidas en un plan de actividades anuales a presentar ante la Subsecretaría de Turismo a fin de asegurar la posibilidad de participación de toda la sociedad; 7) asegurar el mantenimiento exterior del espacio público cedido en uso y de las instalaciones desarrolladas; 8) hacerse cargo en forma exclusiva del pago de todos los servicios que consuma en el inmueble durante todo el tiempo de vigencia del contrario, incluido el pago de tasas y/o impuestos municipales o provinciales alcanzados por el inmueble; 9) la responsabilidad civil hacia terceros, daños derivados de accidentes laborales, reclamos contractuales vinculados a incumplimientos de obligaciones derivadas de la construcción, y toda otra obligación dimanante de la tenencia del inmueble; 10) contratar y mantener actualizados el pago de los seguros necesarios para cubrir los riesgos de siniestros que pudieran afectar las instalaciones y personas, manteniendo totalmente indemne al comodante de todo reclamo judicial o extrajudicial por cualquier concepto; 11) si antes de vencerse el plazo convenido, por cualquier causa, se disolviera la institución que resulta comodataria, deberá restituir en forma inmediata el inmueble libre de ocupantes, sin deudas y canceladas las tasas y/o impuestos que graven los mismos y las actividades allí desarrolladas; 12) las mejoras realizadas por las obras generales o específicas quedarán para el comodante a excepción de las instalaciones móviles o removibles y que resulten útiles o necesarias para el comodatario. Por otro lado, se establece que el espacio cedido que no esté destinado al edificio u obras de infraestructura deberá estar librado al uso público y asignado a maniobras de embarcaciones, circulación, entrada y salida del agua, quedando prohibido al comodatario realizar delimitaciones de dicho espacio mediante cercos divisorios, rejas o portones. En cuanto a las causales de rescisión contractual, se prevé que el incumplimiento total o parcial de cualquiera de las obligaciones asumidas por el comodatario, y además la falta de pago en término de un periodo de las tasas e

impuestos, el inadecuado mantenimiento o tratamiento del inmueble, la falta de contratación de los seguros planteados o el abandono del inmueble producirán la rescisión culpable por incumplimiento, y la respectiva obligación de resarcir los daños. Asimismo la disolución de la entidad comodataria será causal de resolución contractual inmediata. En caso de abandono el comodante queda expresamente autorizado de tomar inmediata posesión, abrir puertas, candados o cerraduras que hubiesen quedado bloqueadas, para lo que concurrirá con escribano público labrando acta de constancia. En otro orden, se establece que el comodatario declara que ocupa sólo en calidad de autorizado por el comodante y renuncia expresamente a la posesión con ánimo de dueño y declara que durante la vigencia de la ocupación que ejerza en virtud de éste contrato reconoce como titular pleno de dominio al Estado Nacional. Por último a los efectos de resolver todas las cuestiones que se deriven de la interpretación y/o aplicación de las cláusulas contractuales acuerdan la competencia de la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En este punto, corresponde aclarar que el comodato entre el Estado Nacional y el Club Náutico “Los Andes” fue celebrado en el marco de la ley 22.416 y el decreto 4162/97. La ley 22.416 (publicada en el Boletín Oficial el 3/4/1989) regula las cuestiones relativas a los bienes inmuebles pertenecientes al dominio privado del Estado Nacional ubicados en territorios provinciales. En lo pertinente, la ley fija que su autoridad de aplicación es el Poder Ejecutivo Nacional, quien, por vía reglamentaria, determinará las atribuciones de los organismos encargados de su implementación (art. 2°). Asimismo, establece que dichos organismos deben elevar anualmente al Poder Ejecutivo Nacional un informe en el que se detallarán cuáles son los inmuebles que resulten innecesarios o prescindibles, pudiendo sugerirse que sean objeto de venta, permuta, locación, concesión de uso u otra forma aplicable de contratación (art. 3°). Mismo procedimiento deberán cumplir respecto de los inmuebles, con posterioridad a la elevación del informe anual y cuando razones de urgencia aconsejen su remisión antes del informe anual (art. 4°). Por otro lado, el art. 5° de la ley faculta al Poder Ejecutivo a resolver el destino a dar a los inmuebles incluidos en esos informes, previo dictamen no vinculante de los organismos de aplicación de la ley, con excepción de la transferencia de dominio de bienes inmuebles resultado de convenios que se hubiesen celebrado antes de la vigencia de la ley. Además del destino de los inmuebles, de acuerdo con el texto legal, el Poder Ejecutivo podrá determinar qué tipo de contratación celebrar y bajo qué modalidades y condiciones (formas de pago, plazos, constitución de garantías y demás) siempre y cuando tiendan a fortalecer la eficiencia de la Administración Nacional con carácter estratégico por su impacto en el empleo, la promoción del desarrollo del sector

privado, la competitividad sistémica, el óptimo aprovechamiento de la tierra mediante su explotación racional y efectiva, la preservación del patrimonio histórico y cultural, los aspectos ecológicos inherentes a la forma de afectación, distribución y utilización de las tierras y la oportuna percepción del precio por parte del Estado Nacional; debiéndose, en todos los casos, verificarse que el inmueble objeto de contratación se encuentre debidamente registrado y en condiciones de negociación. Con relación a esta última facultad, el Poder Ejecutivo, fundada y expresamente, podrá delegarla en los Ministerios de las áreas correspondientes (art. 6°). Por añadidura, la ley especifica que, según corresponda, intervendrá el Tribunal de Tasaciones de la Nación, que establecerá en forma gratuita el valor de venta o el valor locativo del bien y las pautas a las que deberá sujetarse a su actualización. Tratándose de una permuta dictaminará el valor de ambas prestaciones a los fines de determinar el saldo mínimo en dinero que deberá abonarse; y el precio del contrato en ningún caso podrá ser inferior a lo determinado por el Tribunal de Tasación (art. 7° y 8°). Por último, en las disposiciones complementarias, la ley prevé que tiene un plazo de vigencia de diez años contados a partir de su publicación en el Boletín Oficial, prorrogable en forma expresa por el Congreso de la Nación (art. 15°). Por medio del decreto 4162/97, el Poder Ejecutivo, con base en la ley 22.416, dispuso que las contrataciones deberán efectuarse a través de licitación pública, según resulte más conveniente, exceptuándose de dicho procedimiento cuando se trate de personas físicas o jurídicas cuyo domicilio esté fijado en el territorio provincial de que se trate. El procedimiento de selección del contratista será llevado a cabo por el Ministerio del área pertinente; y dentro de los criterios de selección para la adjudicación se tendrá especial consideración a las obras de infraestructura y servicios de la comunidad, aporte de tecnología a la explotación racional de los recursos naturales y de medios que posibiliten el incremento de la producción, antecedentes de la persona física o jurídica y capital que se afectará al proyecto. Asimismo, dispuso que los Ministerios podrán celebrar, respecto de los inmuebles, compraventas, permutas, locaciones o comodatos que quedarán sujetos a las normas de derecho público referidas a contrataciones estatales y, supletoriamente, resultará de aplicación el Código Civil. En el art. 3° del citado decreto, en lo atinente a las diversas modalidades contractuales antes reseñadas, se establece que los contratos pueden ser extinguidos unilateralmente por razones de interés público; extinción que debe ser declarada por Decreto del Poder Ejecutivo de la Nación, no susceptible de delegación de organismos inferiores de la Administración centralizada. Como consecuencia de la extinción, el contratista no tendrá derecho a ser indemnizado. Sobre este punto, no será de aplicación directa, supletoria ni analógica la ley 19.549.

Ulteriormente, respecto de la otra porción del Inmueble (alrededor de 2000 m<sup>2</sup>), el Estado Nacional- Ministerio de Turismo- convocó a una licitación pública nacional e internacional a fin de adjudicar una obra pública consistente en amarras para ochenta embarcaciones mediante el dragado del cauce secundario del arroyo Pocahullo, un museo náutico, un sector de varadero, estacionamiento y playa de maniobras y pluma de bajada de lanchas, veleros y rampas de acceso al lago. Celebrada la licitación pública, la empresa Náutica Argentina SA resultó adjudicataria del contrato, perfeccionándose a través de su suscripción el 14/1/13. De las cláusulas del contrato de obra pública surge que: 1) El contratista asume el compromiso de ejecutar todos los trabajos que sean necesarios a los efectos de concluir las obras conforme los requerimientos técnicos y legal del Pliego de Bases y Condiciones Particular. 2) Las obras serán ejecutadas por el sistema de ajuste alzado relativo en los términos del Pliego, la Adjudicación, la Oferta y el Contrato. 3) El contratista se compromete a ejecutar las obras por un monto total de PESOS 25.427.368 más IVA. 4) La certificación y pago se harán conforme con lo previsto en el pto. 3 del Pliego de Bases y Condiciones Particular. 5) El anticipo financiero será de un 5% del precio del contrato, el cual se determina sobre la base del precio del contrato al momento de la entrada en vigencia. El anticipo financiero se abonará de la siguiente manera: del 100% del “Certificado de anticipo” se pagará el 30% a la firma del presente contrato, previa integración de la garantía de anticipo y cumplidos los trámites administrativos correspondientes para su liquidación y pago, y el 70% restante dentro de los treinta (30) días de la fecha del acta de inicio de obra. El anticipo financiero comenzará a deducirse desde el primer certificado de obra en forma proporcional a la certificación emitida, pudiendo el contratista deducir la garantía proporcionalmente en cada certificado de obra. 6) El contratista se obliga a ejecutar la obra en un plazo máximo de 48 meses para la recepción provisoria, contado a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio de la obra conforme el cronograma del plan de trabajos. 7) La contratista no podrá ceder, subcontratar ni transferir todo o parte de las obligaciones dimanadas del contrato sin autorización expresa y previa del comitente. Si el contratista incumpliera la presente disposición, la cesión o subcontratación se tendrán por no realizadas, y el cedente y el cesionario serán considerados solidaria e ilimitadamente responsables por todos los daños de derivados de tales actos, sin perjuicio de la facultad del comitente de rescindir el contrato por culpa del contratista. 8) El contratista no adquiere por la presente contratación ningún derecho, privilegio o preferencia vinculada a la explotación de la obra, ni participación alguna en los beneficios derivados de la misma. Todos los materiales y componentes que el contratista emplee en la construcción de la obra se considerarán incorporados definitivamente a ella. 9) Para todo lo no previsto expresamente en el contrato, resultará

de aplicación la ley 13.064 y sus reglamentaciones; y a los efectos de resolver todas las cuestiones que se deriven de la interpretación y/o aplicación de las cláusulas contractuales acuerdan la competencia de la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El acta de inicio de obra fue suscripta el 23/11/13 y la ejecución de la obra comenzó a llevarse a cabo efectivamente el 1/12/13.

En fecha 9/10/15, a través de la ley provincial 1796, la provincia de Neuquén revocó la donación del Inmueble realizada a favor del Estado Nacional mediante la ley 1424. Frente a la revocación de la donación dispuesta por la provincia, el Estado Nacional- Poder Ejecutivo decidió, mediante el decreto 943/15, revocar por razones de interés público el contrato de comodato celebrado con el Club Náutico “Los Andes”, en ejercicio de la competencia asignada por el decreto 4162/97. Como fundamento para ello, el Poder Ejecutivo consideró que la acción administrativa debe presentar siempre el máximo de coherencia con los intereses públicos y no sólo cuando el acto nace sino a lo largo de toda su vida, por tanto, las nuevas circunstancias de hecho sucedidas con posterioridad al acto originario – esto es, la revocación por ley provincial de la donación efectuada a favor del Estado Nacional -, conllevaban a una nueva valoración del interés público comprometido, y aconsejaban la extinción de las relaciones jurídicas existentes como consecuencia de la donación efectuada por la provincia de Neuquén.

Con relación al contrato de obra pública, teniendo en cuenta el avance de los trabajos efectuados, el Ministerio de Turismo de la Nación decidió, a través de la Resolución 457/15 -notificada el 24/01/16- suspender la ejecución de aquella hasta tanto se dirima en sede judicial la legalidad de la revocación de la donación del Inmueble con fundamento en el art. 34 de la ley 13.064. Previo al dictado de la resolución mencionada, una vez anoticiada de la revocación de la donación, la Administración envió una nota al contratista haciéndole saber la posibilidad de la referida suspensión y el procedimiento administrativo para la medición de la obra ejecutada; extremo último que no ha sido satisfecho. Sin perjuicio de lo expuesto, por nota 164437, el contratista solicitó el reconocimiento de probables gastos que la suspensión le ocasionaría que tuvo un acogimiento favorable por parte de la Administración contratante.

**11) Que, en función de los fundamentos expuestos *supra*, en primer término corresponde expedirse respecto a las cuestiones controvertidas en el marco de la causa “Estado Nacional c/ Provincia de Neuquén s/ proceso de conocimiento”.**

Así pues, y en atención a las personas involucradas, es necesario pronunciarse respecto a la **competencia de este Tribunal** para resolver la contienda.

A tal fin, cabe poner de resalto que la prórroga de la instancia prevista en el artículo de la Constitución Nacional en favor de tribunales inferiores de la Nación cuando dicha jurisdicción corresponde *ratione personae*, constituye una prerrogativa de carácter personal que, como tal, puede ser renunciada (Fallos: 315:2157; 321:2170; 328:3364; 329:772, 955, 805 y 5333; 330:4893; 332:1430; L.778. XLIX. ORI, “Luzardo, Gustavo Jorge c/ Buenos Aires, provincia de s/ amparo”, sent. del 15/09/15; Fallos: 339:876; 340:739 y 1688). Así pues y teniendo en cuenta que, tanto en oportunidad de ser notificada de la medida cautelar dispuesta a fs. 658/671 como al contestar el traslado de la demanda, la provincia demandada no ha invocado la prerrogativa que ostenta por mandato constitucional ni ha efectuado reserva alguna al respecto, corresponde considerar que medió una renuncia tácita al ejercicio del privilegio de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. doctrina de Fallos: 329:5333 y 5346; causa D.1. L.ORI, “Dezacor S.A. c/ Buenos Aires, provincia de y otra s/ acción declarativa de certeza”, sent. del 24/09/15).

A ello cabe agregar que la solución de la controversia exige examinar materias gobernadas por el derecho común, al tiempo que involucra puntos de hecho y prueba propios de los jueces de la causa (conf. dictamen de la Procuración General de la Nación, *in re* S.C. E.N°43; L. XLIII, “Ejército Argentino c/ provincia de Tucumán s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sent. del 30/11/11), de modo que no se advierte la concurrencia de un interés federal o de razones institucionales de tal magnitud que hagan impostergable la intervención del Máximo Tribunal (conf. Fallos: 330:4682; 338:902).

En consecuencia, resulta claro que la demandada se ha sometido a la jurisdicción de los tribunales federales, por lo que me declaro competente para entender en los presentes actuados.

**12)** Que, con relación a la **procedencia formal** de la acción intentada por el Estado Nacional, cabe señalar que en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un “caso” que busque precaver los efectos de un acto en ciernes, al que atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal, constituye causa en los términos de la Ley Fundamental (v. doctrina de Fallos: 307:1379; 312:1003; 322:1253; 310:606 y 977; 311:421; 332:1704 y 341:289, entre otros). Sobre la base de estas premisas y del examen de los antecedentes acompañados por el actor surge que se encuentran reunidos los requisitos establecidos por el artículo 322 del CPPN, en tanto ha mediado una actividad explícita de la provincia de Neuquén (v. la ley 1796 que revoca la donación efectuada por la ley 1424),



que coloca al demandante en “*un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica*”, entendiéndose por tal a aquella que es “*concreta*” al momento de dictarse el fallo (Fallos: 310: 606 y 311:421) por existir un interés legítimo suficiente (v. el acta de posesión suscripta por las partes, el decreto nacional 249/2000 por el que el Estado Nacional acepta la donación efectuada por la ley 1424 y su posterior asiento en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Neuquén a nombre del actor) y carecer el accionante de otras vías procesales aptas para resguardar su derecho (fs. 1/38) (conf. doctrina de la CSJN en Fallos: 341:289).

Por lo demás, el Máximo Tribunal destacó recientemente “*la inexistencia de un acto administrativo no implica, de forma automática, la improcedencia de la acción declarativa. En efecto, la situación de incertidumbre que afecta al ejercicio de un derecho individual puede derivarse de un contexto normativo o administrativo que el peticionante puede tener legítimo interés en esclarecer de forma inmediata, sin estar obligado a propiciar o soportar un acto administrativo que concrete su agravio. Ello puede darse, por ejemplo, cuando en el tiempo previo al acto administrativo que concretaría el agravio, el derecho que el actor busca proteger se encuentra de hecho negado o cuando el costo en que debe incurrir durante dicho tiempo implica en la práctica la negación del derecho que busca proteger. Sin embargo, en casos de esta naturaleza es el actor quien debe acreditar de qué modo esa incertidumbre afecta sus derechos, a través de la exposición de los presupuestos de la acción y la demostración de que concurren en el caso. Así, debe hacer manifiesta la existencia de una actividad o un contexto normativo que, en forma actual, ponga en peligro el o los derechos invocados o les cause lesión con concreción suficiente para justificar la actuación del Poder Judicial*” (Fallos: 341:101); extremos que resultan acreditados en el *sub examine* a poco que se repare en los contratos celebrados por el Estado Nacional con relación al Inmueble aquí involucrado y sellan la suerte adversa del agravio impetrado por la provincia de Neuquén respecto a la procedencia formal de la acción incoada.

**13)** Que, en lo atinente a la **legitimación del Defensor del Pueblo** de la provincia de Neuquén para intervenir en la presente contienda en los términos del art. 90, inciso 1 del CPPCN, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, concluyó que los defensores del pueblo locales carecían de legitimación para entablar la demanda, porque tanto las constituciones provinciales como las leyes del mismo carácter que regulaban su actuación local circunscribían su accionar a la protección de derechos individuales y de la comunidad frente a hechos, actos u omisiones de la administración pública provincial, circunstancia que consideró relevante para determinar que la promoción de las acciones judiciales contra otra provincia o el Estado

Nacional -tal como sucedía en aquellos casos- excedía su ámbito de actuación (conf. Fallos: 326:663 y 329:4542). Idéntico temperamento adoptó la Procuradora General de la Nación al dictaminar en las causas: S.C., D.302, L.XLV, “Defensor del Pueblo de la Provincia de Tucumán c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo”, dictamen del 31/08/11; S.C., D.498, L.XLVI. “Defensor del Pueblo de la Provincia de Chubut c/ Estado Nacional y otros si medida cautelar”, dictamen del 02/09/11; y FRE 1268/2016/1/1/RH1, “Defensor del Pueblo de la provincia del Chaco c/ Dirección Nacional de Vialidad y otro s/ incidente”, dictamen del 05/09/18).

Así pues, asiste razón a la actora en cuanto sostiene que el Defensor del Pueblo de la Provincia de Neuquén carece de legitimación para cuestionar judicialmente actos emanados de una autoridad nacional, toda vez que su desempeño se encuentra limitado al control de la actividad administrativa de los órganos locales. En efecto, a partir del examen de la normativa relativa a su competencia, resulta razonable concluir que su ámbito de actuación se circunscribe al ámbito local, en lo que respecta a los sujetos de los que provienen los actos, hechos u omisiones cuestionados. En este sentido, es dable precisar que el artículo 265 de la Constitución de la provincia de Neuquén establece que la misión del Defensor del Pueblo consiste en *“la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución, en las leyes que en su consecuencia se dicten y en la Constitución Nacional ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de toda función administrativa pública, sin que resulte menester que medie una afectación directa e inmediata de derechos fundamentales. Tiene el deber de investigar aquello que, siendo de su competencia, llegue a su conocimiento. Puede también actuar ante la administración de los municipios que lo requieran por no tener defensor del Pueblo. Tiene legitimación procesal amplia. Puede actuar ante la Administración y accionar judicialmente frente a todo acto u omisión de autoridad pública que agrada, actual o potencialmente, algún derecho subjetivo público”*.

En este contexto, resulta claro que las atribuciones de la Defensoría del Pueblo surgen de la legislatura local, que carece de facultades para reglar lo atinente a los procedimientos seguidos en los juicios tramitados ante los Tribunales de la Nación. En este punto, no es ocioso recordar que, según las condiciones expresadas por los arts. 1º y 123 de la Constitución Nacional, el Estado federal garantiza a las provincias el pleno goce y ejercicio de sus instituciones. Pero *“ello debe entenderse dentro del orden provincial respectivo y sin extender el imperio de las instituciones de una al territorio de la otra, porque entonces ésta vendría a quedar regida, no por sus propias*

*instituciones; sino por las extrañas*” (cfr. doctrina de Fallos: 329:4542 y sus citas). Asimismo, tampoco sería procedente que el Defensor del Pueblo de la Nación cuestione en juicio los actos de los órganos del gobierno local ya que su competencia está limitada a la protección de derechos e intereses de los individuos y de la comunidad frente a los actos, hechos u omisiones de las autoridades nacionales (arts. 10, 14, 16 y 17 de la ley 24.284).

Tal como lo manifestó el Máximo Tribunal en los precedentes *supra* referenciados, un órgano de control de la provincia de Neuquén, cuyas atribuciones derivan de la legislatura local y que, por los criterios esgrimidos por la Corte en el pronunciamiento señalado, no constituye el representante de aquélla, carece de competencia constitucional para objetar los actos de autoridades nacionales y, eventualmente, obtener su anulación. En virtud de las consideraciones precedentes, cabe concluir en que el Defensor del Pueblo de la Provincia de Neuquén no es parte legitimada para coadyuvar en la defensa que compete a la provincia frente a la pretensión del Estado Nacional.

En nada modifica lo expuesto, la condición de tercero interesado invocada por el Defensor y la circunstancia de que, en el caso, la provincia de Neuquén sea demandada por el Estado Nacional puesto que, en definitiva, la controversia versa sobre la colisión entre intereses locales y nacionales, frente a lo cual, la Corte Suprema tiene dicho que: *“si los intereses locales entrasen pugna con los nacionales, la representación para estar en juicio en nombre de unos y otros compete a las autoridades políticas respectivas, de conformidad con lo que sus leyes dispongan al respecto; no a cualquiera de los órganos que se la atribuya (Fallos: 329:4542, ya citado)”* (conf. Fallos: 340:745). A mayor abundamiento, es dable poner de resalto que similar criterio sostuvo el Alto Tribunal la intervención del Defensor del Pueblo de la Ciudad de Posadas en un juicio promovido por la Administración de Parques Nacionales contra la Provincia de Misiones (conf. causa A. 1316. XLIV. ORI, Administración de Parques Nacionales cl Misiones, Provincia de si acción declarativa de inconstitucionalidad”, sent. del 26/03/14).

En función de lo expuesto, resulta inadmisibile la solicitud efectuada por el Defensor del Pueblo de la Provincia de Neuquén de intervenir como tercero en este proceso, lo que así se resuelve. Con costas (artículos 68, primer párrafo, y 69 del CPCCN).

**14)** Que, la **cuestión de fondo** consiste en determinar si la donación del Inmueble se ha perfeccionado y, en caso afirmativo, si la revocación efectuada por la demandada mediante la ley local 1796 es válida o no.

**15)** Que, en primer término, es dable poner de relieve que el 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley 26.994, que modificó el régimen del contrato de donación, actualmente regulado en los artículos 1542 al 1573. Ahora bien, el perfeccionamiento de la donación debe ser juzgada de conformidad con la redacción que tenían los artículos 1789, 1792, 1793 y concordantes del Código Civil, por cuanto se trata de una situación jurídica agotada o concluida bajo el régimen anterior que, por el principio de la irretroactividad, obsta a la aplicación de las nuevas disposiciones (doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia *in re* “D. L. P., V. G. y otro”, Fallos: 338:706). En efecto, la noción de consumo jurídico impone la aplicación de los citados artículos en toda su extensión (conf. causa “Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 338:1455).

Por su parte y fin de determinar el derecho aplicable al contrato de donación cabe seguir la jurisprudencia del Máximo Tribunal, según la cual, cuando el Estado, en ejercicio de sus funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias están regidas por el derecho público (Fallos: 253:101; 263:510; 315:158; 321:714; 325:2935; 326:1263; y 336:1127). Sin embargo, frente a la laguna normativa para reglamentar dichos supuestos, resultan aplicables por vía analógica, las disposiciones del Código Civil en materia de donaciones (artículos 1789, 1792, 1793, 1810, 1826, 1838, 1848, 1849, 1850 y concs.), que constituyen un régimen adecuado al caso (Fallos: 321:714; 325:2935; 326:1263 y 336:1127, ya citados).

**16)** Que, el Alto Tribunal ha sostenido que para la formación del contrato de donación no basta con la manifestación de la voluntad del donante sino que es necesaria igual manifestación del donatario, es decir la aceptación de la donación por este. En nada difiere del resto de los contratos, que se forman con la oferta o propuesta de una de las partes y la aceptación de la otra (artículo 1144 del Código Civil) (conf. Fallos: 336:1127, considerando 12). De este modo, aceptada la donación, solo puede revocarse en los casos que la ley determina (artículos 1848, 1849 y 1850 del Código Civil derogado).

**17)** Que, los artículos 1792 y 1793 del Código Civil disponen que para que la donación tenga efectos legales debe ser aceptada por el donatario expresa o tácitamente.

Al respecto, el Máximo Tribunal tiene dicho que *“La aceptación de la donación, tal como lo señaló el codificador en la nota al artículo 1792 del Código Civil, no es otra cosa, que el consentimiento en el contrato por parte del donatario, consentimiento que está sometido a las reglas generales de los contratos. La aceptación entonces del donatario, en cuanto ella constituye su consentimiento, no es una condición de forma sino que es parte esencial de la substancia misma de la convención”* (Fallos: 336:1127).

A su turno, el artículo 1810 establece que *“Deben ser hechas ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, bajo pena de nulidad: 1° las donaciones de bienes inmuebles; 2° las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias. Respecto de los casos previstos en este artículo no regirá el artículo 1185. Las donaciones al Estado podrán acreditarse con las constancias de actuaciones administrativas”*.

Al respecto, la Corte ha sostenido que cuando la donación es hecha al Estado no es necesario el requisito de escritura pública para la existencia y validez de la donación cuando esta ha sido aceptada por un decreto o acto administrativo y la afectación de los terrenos al uso público se ha realizado (conf. Fallos: 181:257). En esa misma línea, el Alto Tribunal ha resuelto *“tratándose de terrenos entregados voluntaria y espontáneamente por sus dueños al Gobierno de la Nación con fines de utilidad pública y sin reserva alguna por parte del donante, no es un requisito necesario y esencial para su existencia y validez el otorgamiento de una escritura pública para que la donación se perfeccione cuando la tierra objeto de la donación ha sido entregada voluntariamente como se ha dicho, después de ser aceptada por un decreto del Gobierno como donatario”* (Fallos: 130:91).

A su vez, la Corte Suprema no consideró *“sin valor en sí, las promesas de donaciones de tierras hechas en decretos del Poder Ejecutivo Nacional [t. 81, pág. 28 de sus fallos], y ha declarado asimismo que los poderes públicos en lo concerniente a las adquisiciones de terrenos consagrados a caminos no se encuentra en igualdad de condiciones que los particulares en sus transacciones sobre inmuebles [sentencia del 6 de febrero de 1904, causa “Rodolfo Taurel v. Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 98:341]”* (Fallos: 102:77). En esa misma oportunidad, precisó que si el donante no otorgó la escritura de propiedad al Gobierno, esa circunstancia o condición necesaria en derecho respecto de los actos privados, no era indispensable cuando la transferencia se hace y consta por decretos públicos que la aceptan.

En este contexto, resulta claro que la oferta de donación hecha al Estado Nacional puede ser aceptada en forma expresa mediante decreto del Poder Ejecutivo

Nacional u otro acto administrativo; a lo que se debe agregar que, la aceptación por la autoridad administrativa competente de donación de un inmueble de dominio público, mediante resolución o decreto, debe considerarse que lo ha sido en instrumento público (artículo 979, inciso 2° del Código Civil), pues tiene autenticidad y fecha cierta, y por esto, para la Administración, vale como la escritura pública (conf. Fallos: 341:289). Por consiguiente, de acuerdo a la jurisprudencia reseñada y al artículo 1810, último párrafo, del Código Civil, la escritura pública y las actuaciones administrativas constituyen formas solemnes absolutas, de manera que para las donaciones al Estado se presenta la alternativa entre una y otra forma, pero ellas no pueden ser sustituidas por ninguna otra (conf. Fallos: 336:1127 y 341:289).

**18)** Que, conforme surge de las constancias de la causa: **(i)** mediante la ley 1424, la provincia de Neuquén donó al Estado Nacional el Inmueble con el fin de que sea destinado al fomento de deportes náuticos, sociales y recreativos y al incentivo del turismo a través de la realización de instalaciones necesarias para el desarrollo de las mencionadas actividades (art. 1° de la ley); **(ii)** en oportunidad de efectuar la oferta de donación, la escrituración del Inmueble a favor de la provincia se encontraba en trámite, por lo que la transferencia definitiva a favor de la actora se realizaría una vez concluidos los procedimientos, ante la Escribanía del Gobierno de la demandada, para lo cual se autorizó expresamente al Ministerio de Justicia de la provincia de Neuquén a suscribir la correspondiente escritura (art. 2° de la ley 1424); **(iii)** el donatario estaba obligado a respetar la posesión de los pobladores que existieran en la zona donada, que además integraba el patrimonio cultural y económico del pueblo neuquino, ubicándose dentro de una reserva natural y siendo una zona turística (art. 3° de la ley 1424); **(iv)** con posterioridad a la sanción de la ley 1424, el Fiscal de Estado de la provincia consideró que no existía inconveniente legal alguno para otorgar la posesión al Estado Nacional hasta que se escriturara el bien y puso de resalto que la entrega de la posesión debería efectuarse por acta labrada por el Escribano de Gobierno suscripta por ambas partes o por los representantes y que la transferencia de la posesión sería de acuerdo a las condiciones indicadas en la ley 1424; **(v)** el Gobernador de la provincia de Neuquén dictó el decreto local 1342 por medio del cual autorizó al Ministro de Justicia, para que en representación del Gobierno provincial suscribiera la respectiva acta de posesión del Inmueble; **(vi)** el Estado Nacional suscribió ante el escribano de la Provincia de Neuquén el acta mediante la cual se le entregó la posesión del Inmueble, dejándose allí asentado que el donante “*hacía tradición de los derechos de propiedad y dominio*” sobre el Inmueble, le otorgaba la posesión y que se agregaba copia de la ley 1424 “*como cabeza de la presente acta*” (en adelante, el “Acta”); **(vii)** el 05/08/00 el Estado

Nacional aceptó la donación mediante decreto 249 que fue anotado en el Registro de Propiedad neuquino.

**19) Que, en el escenario descripto, corresponde considerar que el decreto 249 y el Acta dan cuenta del perfeccionamiento del contrato en los términos de los citados artículos 1792 y 1793 del Código Civil (Fallos: 336:1127 y 341:289). En este punto, corresponde aclarar que en Fallos: 341:289, **la Corte Suprema reputó perfeccionada la donación efectuada por una provincia a favor del Estado Nacional con anterioridad a que la primera detente la titularidad formal del inmueble y en función del acta de posesión suscripta en condiciones similares a la aquí descriptas.****

Por otra parte, surge de las constancias de la causa, que existieron acuerdos previos en virtud de los cuales las partes estipularon que el Inmueble tendría la extensión suficiente como para permitir el desarrollo de la infraestructura necesaria para fomentar las actividades náuticas. A tales efectos, el Secretario de Obras Públicas provincial, por orden del Gobernador Provincial, elaboró la correspondiente planimetría respecto de las medidas perimetrales del Inmueble; plano que se vio reflejada en el Acta.

Así pues, aun cuando la ley 1424 y el decreto 249 referían a un Inmueble que no estaba en cabeza de la provincia de Neuquén, el Acta y la modificación de la planimetría demostraron la voluntad de otorgar el dominio al Estado Nacional; en efecto, en dicha oportunidad se estipuló expresamente que el donante “*hacia tradición de los derechos de propiedad y dominio*” además de otorgarse la posesión del Inmueble. En consecuencia no puede tener favorable acogida la pretensión de la provincia demandada respecto de la invalidez que se intenta hacer valer con relación a la donación efectuada mediante la ley local 1424.

En esta instancia, cabe aclarar que la conclusión del expediente administrativo vinculado a la titularidad del Inmueble por parte de la demandada con posterioridad a la suscripción del Acta no invalida la donación perfeccionada con anterioridad puesto que en el régimen del Código Civil, el contrato de donación era consensual, no real, de manera que el contrato quedaba perfeccionado con el consentimiento de las partes (artículos 1792, 1813 del Código Civil), y la formalidad de la escritura pública no hacía a la esencia del acto por tratarse de una donación entre Estados (artículo 1810, último párrafo, del Código Civil). Asimismo debe recordarse que, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, los hechos de los contratantes subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, sirven para explicar la intención de las partes al tiempo de celebrarlo (Fallos: 181:257) y que “*la interpretación de un acto jurídico está*

*condicionada por las circunstancias anteriores, simultáneas y posteriores que lo rodean”* (Fallos: 263:510 y sus citas).

20) Que, por consiguiente, la demandada no puede pretender revocar la donación que le hizo al Estado Nacional diecisiete años antes con un fin de utilidad pública, bajo el pretexto de que la ley 1424, el decreto de aceptación 249 y el Acta no suplantán la escritura traslativa de dominio que, cabe recordar, no podía celebrarse por encontrarse en trámite la obtención formal de titularidad dominial en cabeza de la provincia de Neuquén. Ello, por cuanto, los propios actos realizados por la demandada fueron claramente demostrativos de que mantuvo su voluntad de donar conforme a la ley 1424 y lo reconoció al Estado Nacional como donatario del Inmueble.

Tampoco puede la demandada violar principios de derecho fundamental y por medio de una ley provincial dejar sin efecto la afectación de un establecimiento de utilidad nacional que no ha sido desafectado de su destino al uso público (arg. Fallos: 323:4046). Tal como lo sostuvo la Corte Suprema en Fallos: 341:289, elementales consideraciones de seguridad jurídica imponen esta solución.

A todo evento, no deben perderse de vista las modalidades del derecho público y su incompatibilidad con las que rigen la transmisión del dominio del derecho privado. En ese orden de ideas, la Corte ha puntualizado que *“resulta claro que el régimen de transmisión de dominio de los inmuebles del Estado Nacional en casos como el de autos, es distinto del previsto para la transferencia de esos bienes en el derecho privado, conforme con lo establecido por los arts. 577, 1184 inc. 1º y 2505 del Código Civil”* (Fallos: 276:104 consid. 6º). En efecto, el Tribunal *“desarrolló aún más este criterio al señalar que, a los fines de incorporar los bienes a las provincias, la ley no exigió que fuera necesaria la tradición de los inmuebles, en los términos establecidos por el ordenamiento civil, lo cual no constituye una anomalía u omisión, pues la norma agrupó bajo el mismo régimen a los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional y, para aquéllos, por su destino y naturaleza, no es requerida la tradición”* que *“responde a una exigencia de publicidad (ver nota al art. 577 del Código Civil), la cual queda perfectamente suplida con la sanción y publicación de dichas leyes”* (A. 1373. XXXII. ORI, *in re* “Administración de Parques Nacionales c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa”, sent. del 19/10/00).

En función de lo hasta aquí expuesto, corresponde declarar válida y perfeccionada la donación efectuada por la ley 1424.

21) Que, en este contexto, cabe discernir si la demandada estaba habilitada a revocar la donación perfeccionada por inejecución del cargo impuesto a la demandada.



A tal fin y teniendo en cuenta la fecha de sanción de ley 1796 (esto es, el 09/10/15) corresponde estar a lo dispuesto por el art. 7° del Código Civil y Comercial de la Nación y analizar la validez del referido acto legislativo a la luz del nuevo ordenamiento que resulta aplicable analógicamente al ámbito del derecho público.

Así pues, y en lo que aquí interesa, cabe poner de resalto que el art. 1570 del referido cuerpo legal establece que la donación puede ser revocada por incumplimiento de los cargos y no exige la constitución en mora del donatario tal como lo requería el artículo 1849 del Código Civil. No obstante, la provincia de Neuquén no ha reconvenido por acción de revocación en oportunidad de contestar el traslado de la demanda, sino que se ha limitado a alegar la falta de ejecución de los cargos por parte del donatario (fs. 305/286).

A modo de corolario, es dable precisar que el modo en que procedió la demandada revela su olvido y despreocupación respecto a los derechos generados en otro -el Estado Nacional-, por lo que no resulta aceptable admitir que podía revocar la donación por sí y ante sí como lo hizo. El incumplimiento del cargo que invocó o bien la falta de escrituración del Inmueble a su favor en oportunidad de dictar la ley 1424, requiere que la resolución sea pedida judicialmente, y exige la necesaria sentencia del juez que así lo declare. Una conclusión distinta, que convalidara la conducta referida llevada a cabo por el donante, contrariaría a la ley y sería seriamente lesiva de la seguridad jurídica. Sólo el juez, frente a un acto de donación con las particularidades aquí involucradas, puede valorar y afirmar, considerando en su caso todas las circunstancias que rodearon aquélla, y su consiguiente aceptación, si el cargo que se invoca se cumplió o no o bien si la condición suspensiva a la que se sometió la donación operó o no. La seguridad jurídica, derivada de actos administrativos firmes -en el caso, el Acta-, que generaron derechos en la esfera de otros, impone esta solución (Fallos: 330:2849).

En conclusión, corresponde hacer lugar a la demanda seguida por el Estado Nacional contra la Provincia de Neuquén y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de la ley provincial 1796. Con costas por su orden (artículo 1° del decreto 1204/01).

**22) Que, corresponde ahora resolver las cuestiones controvertidas en el marco de las actuaciones “Club Náutico Los Andes c/ EN s/ proceso de conocimiento”.**

23) Que, a fin de resolver la contienda, es dable determinar los alcances de la presentación del Estado Nacional obrante a fs. 1589/1598, en atención a la declaración de rebeldía de fs. 866, notificada a fs. 868.

En este escenario y de conformidad con lo establecido por el art. 64 del CPCCN, corresponde admitir como parte al Estado Nacional y considerar que su comparecencia hizo cesar el procedimiento en rebeldía. No obstante, en atención a la normativa aplicable y teniendo en cuenta la oportunidad en que la demandada compareció en el juicio, resulta inadmisibles sustanciar las defensas que debió oponer en oportunidad de contestar el traslado de la demanda (conf. arts. 60 y 64, CPCCN). Ello, sin perjuicio de recordar que el Estado Nacional, en su caso, podrá solicitar la apertura de la causa a prueba en segunda instancia, en los términos del artículo 260, inciso 5, apartado a, (conf. art. 66, CPCCN).

Similar criterio ha aplicado la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en cuanto sostuvo que *“si bien el demandado declarado rebelde, presentado con posterioridad al vencimiento del plazo para contestar demanda, está autorizado para ejercer la defensa de sus derechos (...), no puede en cambio plantear defensas sustanciales que solo estuvo facultado para deducir en su escrito de responde. Sin embargo, en cuanto aquí importa, del juego de los arts. 60 y 346 del Código de rito se desprende que el rebelde puede válidamente oponer la prescripción con posterioridad al vencimiento del plazo para la contestación de la demanda – o, en su caso, de la reconvenición-, aunque se supedita el ejercicio de tal prerrogativa a la condición de justificar haber incurrido en rebeldía por causas que no hayan estado a su alcance superar”* (conf. “Macedo, Adrián Fernando y otros c/ EN – M de Seguridad – PNA s/ Personal militar y civil de las FFAA y de seg”, sent. del 27/11/18).

En el caso, el Estado Nacional se presentó y solicitó el cese de su estado de rebeldía, sin siquiera plantear la defensa de prescripción, y menos aún, alegar y probar que la incursión en rebeldía obedeció a causas que no hubieran estado a su alcance superar. Con relación a este punto y en respuesta a la omisión de oficiar a la Procuración del Tesoro de la Nación, tal como pone de resalto la demandada, cabe recordar que la conexidad decretada en las presentes actuaciones fue solicitada por el Estado Nacional quien demostró acabadamente conocer la existencia del presente juicio. A ello cabe agregar que, en el marco de la causa “Náutica Argentina S.A. c/ EN – Ministerio de Turismo s/ demanda contenciosa”, la allí actora cumplió con la carga prevista en el art. 8° de la ley 25.344. En consecuencia, el mentado organismo –que

integra el Estado Nacional aquí demandado- estaba en condiciones de conocer, en función de la conexidad declarada, la existencia de la pretensión incoada por Club Náutico Los Andes (conf. Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Moyano, Hugo Rolando c/ Estado Nacional y otro s/ Daños y Perjuicios”, sent. del 01/08/17).

En virtud de todo lo expuesto, la omisión en que incurrió la accionada en la etapa procesal oportuna veda el tratamiento de las defensas opuestas y circunscribe la controversia a determinar la procedencia de la acción sobre la base de las pretensiones deducidas por Club Náutico Los Andes y las pruebas que aportó y produjo en el marco de la contienda.

A mayor abundamiento, es dable aclarar que el amparo promovido por la actora con anterioridad al presente proceso a fin de que se declarara la nulidad del decreto 943/15 no hizo cosa juzgada en los términos esbozados por la parte demandada.

Con relación a esta cuestión, el artículo 13 de la ley 16.986 establece que: *“la sentencia firme declarativa de la existencia o inexistencia de la lesión, restricción, alteración o amenaza arbitraria o manifiestamente ilegal de un derecho o garantía constitucional, hace cosa juzgada respecto del amparo, dejando subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo”*.

Por lo demás, la sentencia dictada en el juicio de amparo referenciado por el Estado Nacional sólo puede hacer cosa juzgada formal y no material, toda vez que en aquel proceso la acción no fue rechazada por la improcedencia de la pretensión, ni desde el punto de vista fáctico ni jurídico, razón por la que nada impide que la cuestión de fondo sea planteada y dilucidada en otro pleito, tal como ocurrió en el caso de autos (cfr. Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Bunge, Josefina c/ EN - AFIP s/ amparo ley 16.986”, sent. del 24/05/18 y “Administración de Parques Nacionales c/ Maldonado Mario Luis s/ varios”, sent. del 09/08/18).

En efecto, los magistrados intervinientes en dicho proceso se limitaron a consignar que la validez del decreto 4162/97 requería de un mayor debate y prueba, impropio para el estrecho marco cognoscitivo que caracteriza al amparo. Resulta claro entonces que no hubo un pronunciamiento que haya examinado exhaustivamente los hechos y la normativa aplicable. Dicha circunstancia impide considerar la existencia de

cosa juzgada material puesto que la sentencia dictada en el marco del proceso urgente al que refiere la demandada declaró inadmisibile la acción por falta de idoneidad de la vía (conf. doctrina jurisprudencial de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Testa Marcelo Fabián c/ PEN LEY 25.561 DTO 1570/01 214/02 (NACION) y Otros s/ proceso de conocimiento”, sent. del 14/04/15; Sala III en la causa “Granados Poma Héctor Antonio c/ EN - M° Interior - DNM - Disp. 594 - Expte. 2293077/07 s/ recurso directo DNM”, sent. del 18/6/15; y Sala II en la causa “Ambrosioni Graciela Beatriz y otros c/EN -ANSES y otro s/ proceso de conocimiento”, sent. del 04/04/17; entre otros).

**24)** Que, con relación a la alegada **inconstitucionalidad del decreto 4162/97**, cabe destacar que se trata de un reglamento delegado. Ello por cuanto, refiere a la facultad legislativa prevista en el art. 75 inciso 5 de la Constitución Nacional según la cual, *“Corresponde al Congreso: (...) 5. Disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional”* y su contenido impide calificarlo como un reglamento ejecutivo que se limita a completar los pormenores o detalles de la ley 22.416.

En esa misma línea, es dable señalar que, según la jurisprudencia del Alto Tribunal, es indiscutible la necesaria intervención del Poder Legislativo en las decisiones vinculadas a la enajenación y el uso de los bienes inmuebles de propiedad estatal. Puntualmente, indicó que *“de acuerdo con lo que dispone el artículo 67 inc. 4º, de la Constitución Nacional, constituye una atribución del Congreso “disponer del uso y la enajenación de las tierras de propiedad nacional”, lo cual significa que ello puede tener lugar por ley o en virtud de una autorización legal”* (Fallos: 276:104).

Ahora bien, no escapa a este Tribunal que la ley 22.416 es anterior a la recepción constitucional de la delegación legislativa prevista en el art. 76 de la Carta Magna. Sin embargo, es dable destacar que, con anterioridad a la reforma de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación legitimó dicha práctica y puso de manifiesto que *“tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida. - Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema”* (Fallos: 328:940).

Así pues, el Máximo Tribunal condicionó la validez del reconocimiento legal de atribuciones libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, a que la política legislativa haya sido claramente establecida, *“pues el órgano ejecutivo no recibe una delegación (en sentido estricto proscripta por los principios constitucionales) sino que, al contrario, es habilitado para el ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia (art. 86, inc 2º de la Constitución Nacional) cuya mayor o menor extensión depende del uso que de la misma potestad haya hecho el Poder Legislativo”* (Fallos: 315:2350).

El actual texto constitucional prohíbe al Presidente de la República, como regla general, emitir *“disposiciones de carácter legislativo”* (artículos 99.3, segundo párrafo y 76, primera parte). En lo que se atañe a los decretos dictados en uso de facultades delegadas (o *“decretos delegados”*), el artículo 76 de la Constitución Nacional establece tres requisitos básicos: 1º) que se limiten a *“materias determinadas de administración o emergencia pública”*; 2º) que se dicten dentro del plazo fijado para su ejercicio y 3º) que se mantengan *“dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”*. El artículo 100, inciso 12, por su parte, requiere que los decretos así dictados sean refrendados por el jefe de gabinete de ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación.

Tal como lo precisó el Alto Tribunal *in re* C. 2701. XL. C. 767. XL., *“RECURSO DE HECHO Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo”*, sent. del 04/11/08, la Convención Constituyente de 1994 mantuvo el principio general contrario al ejercicio de facultades legislativas por el Presidente e introdujo mayores precisiones sobre las condiciones excepcionales en que ello sí puede tener lugar a fin de coadyuvar a los dos objetivos básicos que rigieron la deliberación constituyente: la atenuación del presidencialismo y la mayor eficacia en el funcionamiento del gobierno federal. Puntualmente, la Corte Suprema puso de resalto que: *“1º) la delegación sin bases está prohibida y 2º) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate”*. Por consiguiente concluyó que *“por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente. En otros términos, el principio constitucional contrario al dictado de disposiciones legislativas*

*por el Presidente tiene, en el plano de las controversias judiciales, una consecuencia insoslayable: quien invoque tales disposiciones en su favor deberá al mismo tiempo justificar su validez, o sea, demostrar que se hallan dentro de alguno de los supuestos excepcionales en que el Ejecutivo está constitucionalmente habilitado. En materia de delegaciones legislativas, dicha carga se habrá cumplido si los decretos, además de llenar los diversos requisitos constitucionales ya referidos, son consistentes con las bases fijadas por el Congreso (conforme artículos 76 y 100, inciso 12 de la Constitución Nacional). Por consiguiente, la defensa del decreto legislativo tendrá mayores probabilidades de éxito cuanto más claras sean las directrices de la ley delegatoria y menores, cuando ellas consistan sólo en pautas indeterminadas”.*

**25)** Que, en este contexto, corresponde determinar si el decreto 4162/97 respeta las exigencias constitucionales *supra* mencionadas.

Con relación a la expresión “*materias determinadas de administración*”, la doctrina ha sostenido distintos criterios, a saber: (i) atribuciones propias del Poder Ejecutivo; (ii) cuestiones de competencia exclusiva del Congreso Nacional; (iii) materias que hacen al concepto general y residual de la función administrativa; y/o (iv) competencias de contenido administrativo encomendadas por la Constitución Nacional al Congreso y aquellas atribuidas al Poder Ejecutivo pero que no forman parte de su ámbito de reserva por cuanto requieren de una ley del Poder Legislativo (conf. Santiago, Alfonso (h), Thury Cornejo, Valentín, *Tratado sobre la Delegación Legislativa*, Buenos Aires, 1998, Editorial Abaco, p. 377/380).

Dromi y Menem esgrimen que “*la Constitución limita la delegación legislativa a asuntos de naturaleza administrativa o de emergencia pública. Sólo a aquellas cuestiones que hacen estrictamente a las razones de Estado, al gobierno, a la atención de los asuntos comunes y ordinarios, en síntesis a la marcha normal y ordinaria de la administración*” (*La Constitución reformada*, Buenos Aires, 1994, Ediciones Ciudad Argentina, p.281).

García Lema sostiene que “*no podrán serlo aquellas materias en las que el principio de legalidad sea requerido en la Constitución con carácter formal en protección de los derechos reconocidos en su primera parte. Por ejemplo, no corresponderá su utilización para crear tipos penales o para fijar sus respectivas sanciones (art. 18, C.N.) ni tampoco para crear nuevos impuestos u otras contribuciones (art. 4, C.N.) como criterio general, podría sostenerse la admisibilidad de la delegación legislativa en aquellos casos en que se requiere de la actividad*

*(instructoria o reglamentaria) del Poder Ejecutivo para poner en ejercicio las leyes de la Nación” (Decretos de necesidad y urgencia. Delegación legislativa. Agilización del trámite de discusión y sanción de las leyes, en La Reforma de la Constitución, Buenos Aires, 1994, editorial Rubinzal-Culzoni, p. 400).*

Marienhoff distingue entre la administración general del país, atribuida al Poder Ejecutivo y aquellas materias que excepcionalmente le fueron asignadas al Poder Legislativo, lo que “*ocurrirá cuando la facultad pertinente le esté atribuida en forma especial al Congreso por la Constitución” (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 5ta ed., Buenos Aires, 2011, AbeledoPerrot, p. 408).*

Badeni puntualiza que las materias determinadas de administración comportan son aquellas “*cuestiones que, constitucionalmente, sean de competencia exclusiva del Congreso. Con cierta frecuencia, el legislador ha procedido a regular ámbitos de la administración que competen al Poder Ejecutivo. Tales regulaciones carecen de validez, pudiendo ser dejadas sin efecto por el Poder Ejecutivo aunque no medie una ley de delegación de potestades administrativas. En tales casos, lo que estará realizando el Poder Ejecutivo es retomar la regulación de áreas de su competencia constitucional originaria que no pueden ser absorbidas por el Congreso” (conf. Comunicación del académico Dr. Gregorio Badeni a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas publicado en <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/La-delegacion-legislativa-gregorio-Badeni-2001.pdf>).*

Asimismo, es dable reparar en la mención efectuada por el art. 2º de la ley 25.148 en cuanto establece que “*se considerarán materias determinadas de administración, aquellas que se vinculen con: f) Toda otra materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país”.*

Por su parte, Alfonso Santiago tiene dicho que por “*materias determinadas de administración se puede entender (...) las materias que pertenecen a lo que parte de la doctrina administrativa, siguiendo a Marienhoff, ha denominado “administración especial del Congreso”, p. ej., materia bancaria, universitaria, deuda externa, tierras públicas, etcétera” (Santiago, Alfonso (h), Thury Cornejo, Valentín, Tratado sobre la Delegación Legislativa, 1998, Editorial Abaco, p. 385).*

Así pues, se advierte que los asuntos relativos a la enajenación y uso de tierras fiscales pueden considerarse incluidos en las materias determinadas de administración a

las que refiere el art. 76 de la Constitución Nacional en atención a la posición doctrinaria reseñada en último lugar.

En ese mismo orden de ideas, la jurisprudencia consideró que *“los dos supuestos de excepción en que el art. 76 de la C.N. admite la “delegación legislativa en el Poder Ejecutivo” presentan características bien disímiles, habida cuenta que, mientras que con la expresión “materias determinadas de administración” -propias del Congreso, aclaro, ya que si no son de su competencia, mal podría aquél delegar su ejercicio-, el constituyente parece haber querido comprender tan sólo el delimitado marco de la actividad materialmente administrativa que el Poder Legislativo tiene constitucionalmente asignada como parte de su función legislativa -es decir, lo concerniente a las facultades administrativas “especiales” que le competen constitucionalmente al Congreso”* (Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, *in re* “Y.P.F. S.A. -Incidente c/E.N. -PEN M° de Economía s/proceso de conocimiento”, sent. del 25/11/03).

En segundo término, es dable poner de relieve que el decreto 4162/97 fue dictado dentro del plazo fijado por el art. 15 de la ley 22.416, esto es, 10 años desde su publicación en el Boletín Oficial.

Por último, es necesario dilucidar si el referido decreto se mantuvo dentro de las bases de delegación fijadas por el Congreso. En este punto, es dable recordar que el art. 5° de la ley 22.416 facultó al Poder Ejecutivo Nacional a: 1) resolver el destino de los **inmuebles innecesarios o prescindibles** incluidos en los informes elevados por los organismos encargados de la implementación de la ley; y 2) determinar qué tipo de contratación celebrar, bajo que modalidad y condiciones *“siempre y cuando tiendan a fortalecer la eficiencia de la Administración Nacional con carácter estratégico por su impacto en el empleo, la promoción del desarrollo del sector privado, la competitividad sistémica, el óptimo aprovechamiento de la tierra mediante su explotación racional y efectiva, la preservación del patrimonio histórico y cultural, los aspectos ecológicos inherentes a la forma de afectación, distribución y utilización de las tierras y la oportuna percepción del precio por parte del Estado Nacional; debiéndose, en todos los casos, verificarse que el inmueble objeto de contratación se encuentre debidamente registrado y en condiciones de negociación”*.

A su turno, y en lo que aquí interesa, el decreto 4162/97 dispuso que las contrataciones debían efectuarse a través de la licitación pública y colocó el procedimiento de selección del contratista en manos del Ministerio del área pertinente,



estableciendo las pautas que deberían tenerse en cuenta en los criterios de selección. Asimismo estableció que los Ministerios podrán celebrar compraventas, permutas, locaciones o comodatos que quedarían sujetos a normas de derecho público referidas a contrataciones estatales y, supletoriamente, por el Código Civil. En esa misma línea determinó que los contratos podían ser extinguidos unilateralmente por razones de interés público, sin que el contratista tenga derecho a indemnización alguna como consecuencia de la extinción.

26) Que, en el caso, la parte demandada ha actuado con una lógica diametralmente contraria a la que subyace a las reglas constitucionales sobre la delegación legislativa. Ello por cuanto no se demostró que la sujeción de las contrataciones que tienen por objeto bienes inmuebles de dominio privado del Estado Nacional -innecesarios y prescindibles-, a un régimen de derecho público y, en especial, a la potestad revocatoria unilateral del Estado, cumpla con los objetivos fijados por el Congreso Nacional en el art. 5º ley 22.145.

De este modo, asiste razón a la parte actora, en cuanto alega que no resulta razonable admitir que la ley 22.416 tuviera por objetivo –delegación mediante- sujetar todas las contrataciones que tengan por objeto bienes de dominio privado innecesarios y prescindibles- a la potestad rescisoria unilateral del Estado Nacional por razones de interés público, tal como lo dispuso el decreto 4162/97.

Una lectura atenta de permite advertir que la ley 22.416 tiene por fin instaurar un régimen uniforme de principios y procedimientos aplicables a los bienes inmuebles pertenecientes al dominio privado de Estado Nacional ubicados en territorios provinciales que atiende a las particularidades de dichos bienes y a sus funciones o posibles usos, delegando la elección de la metodología y el tipo de contratación al Poder Ejecutivo Nacional. Sin embargo, de la necesidad de uniformar los procedimientos de selección y delegar la elección de los tipos de contratación a llevar a cabo no puede derivarse la atribución de regular también de manera uniforme -como lo hace el decreto delegado- todos los contratos que tengan por objeto bienes de dominio privado del Estado, declarándole aplicables las soluciones que se pregonan concebidas para los contratos administrativos y sin atender a su diversa realidad económica.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que “*el contrato de concesión de uso de bienes del estado se refiere a bienes de su dominio público, lo cual los caracteriza como contratos administrativos regidos por el derecho público; con su consiguiente consecuencia precaria; distinto es la consecuencia aplicable a los*

*contratos de arrendamiento que el Estado puede realizar con bienes de su dominio privado” (Fallos: 295:1005). En el mismo sentido se pronunció la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en cuanto sostuvo que “el contrato de locación sólo podría tener por objeto bienes que integran el dominio privado del Estado, pues el uso especial de los bienes del dominio público no se otorga a través de la locación, sino mediante permisos o concesiones afectados a un servicio público” (conf. además de lo expuesto en el citado precedente de Fallos 295:1005, Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 1998, t. V, n° 1804 y siguientes). Y esto se corroborado por la lectura del contrato de locación, del cual no surge la existencia de prerrogativas exorbitantes en cabeza del cocontratante particular y en el cual las normas de derecho público tuvieron relevancia en el procedimiento de selección (conf. decretos 436/00 y 1023/01; ver fs. 237/240 de las actuaciones administrativas, cláusula décimo séptima)” (conf. “Estado Nacional Estado Mayor General del Ejército c/ Radio Mitre SA s/ desalojo”, sent. del 26/04/11).*

No escapa a este Tribunal que la jurisprudencia ha aceptado el sometimiento a un régimen de derecho público si el bien de dominio privado se encuentra afectado a un fin de utilidad pública (conf. Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal *in re* “Agencia de Administración de Bienes del Estado c/ Ocupantes Intersección de la prolongación de las calles Lavarden Suarez y las Vías s/ Lanzamiento Ley 17.091”, sent. del 02/03/17). No obstante, la ley 22.146 facultó al Poder Ejecutivo a resolver el destino de los inmuebles de dominio privado **innecesarios o prescindibles** y a determinar las consecuentes modalidades de contratación; sin que ello permita inferir la autorización para afectarlos a un fin de utilidad pública y por ende, justificar su sujeción a prerrogativas exorbitantes del Estado Nacional.

Dicha circunstancia acredita que el decreto 4162/97 violenta la política legislativa delimitada por la ley 22.416 y el principio de razonabilidad previsto en el art. 28 de la Constitución Nacional en cuanto pretende someter a todos los bienes inmuebles de dominio privado del Estado Nacional a un régimen de derecho público, con las consecuentes exorbitancias respecto del derecho privado, sin que se advierta de qué modo dicha reglamentación cumple con la finalidad de proveer a la eficiencia de la Administración Nacional y a la consecuente promoción del desarrollo privado exigido por la ley delegante.

Asimismo, las disposiciones de la ley 22.416 exigen diferenciar entre la facultad para celebrar contratos de aquella que refiere a su extinción y a las consecuencias

atribuibles a dicha potestad. En el caso, la ley delegante no atribuyó al Poder Ejecutivo la potestad para extinguir los contratos sin indemnizar a los particulares afectados. Al respecto, conviene aclarar que tampoco podría considerarse que dicha facultad está implícita en las competencias expresas en atención al carácter restrictivo de derechos de la potestad en cuestión (conf. doctrina jurisprudencial de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “FDM Management SRL c/ EN – AFIP – DGI – RG 3358/12 s/ amparo ley 16.986”, sent. del 20/02/14).

En función de lo expuesto, es dable concluir que el decreto 4162/97 constituye una disposición de carácter legislativo dictada por el Presidente de la Nación fuera de las bases de la delegación de facultades contenida en el artículo 5° de la ley 22.416 y, por consiguiente, violatorio de la prohibición establecida en el artículo 99, inciso 3°, segundo párrafo de la Constitución Nacional.

A mayor abundamiento, es menester destacar que el decreto 4162/97 no fue refrendado por el jefe de gabinete de ministros.

Con relación al sometimiento a la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación en los términos requeridos por el artículo 100, inciso 12, de la Constitución Nacional, cabe señalar que la conformación de la referida Comisión data del 27/07/06, es decir, con posterioridad al dictado del decreto 4162/97. En este punto, comparto la opinión de Alfonso Santiago según la cual “*los únicos decretos delegados emitidos con fecha anterior a la entrada en vigencia de la ley 26122 que serían alcanzados por el nuevo régimen de control son los decretos que fueron dictados en consecuencia de leyes de delegación aprobadas por el Congreso con posterioridad a la última reforma constitucional*”, siempre que, no hayan sido hasta ahora objeto de ratificación por parte del Congreso mediante las leyes 25.148, 25.645, 25.918 y 26.135 que, en forma periódica, aprobaron la “*legislación delegada*” dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a 1994 y prorrogaron la vigencia de las leyes de delegación previas a la última reforma constitucional por los plazos fijados en cada una de ellas. Ello así, es innecesario someter al nuevo régimen de control los decretos delegados alcanzados por las ratificaciones genéricas *supra* referenciadas (Santiago, Alfonso (h); Veramendi, Enrique, *Una norma decisiva en la configuración de nuestro sistema jurídico e institucional. Comentarios iniciales a la ley 26122. El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, ABELEDO PERROT N°: 0003/012905).

Lo expuesto permite considerar que deviene innecesario someter al control de la Comisión Bicameral Permanente el decreto 4162/97, en virtud de la ratificación dispuesta por las leyes dictadas con sustento en la cláusula transitoria 8° de la Constitución Nacional respecto de la totalidad de la legislación delegante y delegada. Sin embargo, resta analizar el alcance y las implicancias de la referida ratificación.

La Corte Suprema se ha expedido al respecto al puntualizar que: *“Si bien la decisión de ratificar en forma general un amplio y variado número de normas que abarcan diversas materias puede ser objetable desde el ángulo de la técnica legislativa, ello no resulta suficiente para privar de validez a la ley 25.645 y a aquellas que, con el mismo objetivo, la precedieron o sucedieron. La circunstancia de que no se haya identificado en forma particular a cada una de las normas aprobadas no invalida a la ratificación, en tanto el universo de preceptos que el Congreso Nacional pretendió convalidar resulta determinable. Por otra parte, una interpretación en sentido contrario al propuesto llevaría a sostener que la totalidad de la legislación delegada dictada con sustento en la legislación delegante preexistente a la reforma de la Constitución Nacional de 1994 ha perdido su vigencia, vaciándose de contenido a las disposiciones del arto 3° de las leyes 25.148, 25.645, 25.918 y 26.135. Tal exégesis resulta inadmisibles pues no solo presume, que el legislador sanciona cláusulas inútiles, pensadas para no tener efecto (arg. de Fallos: 311:460) sino que además contraría la clara intención del Congreso Nacional de privilegiar la seguridad jurídica, evitar vacíos legislativos y sanear, hacia el futuro, cualquier nulidad de las normas dictadas por el Poder Ejecutivo u organismos de administración al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994”* (Fallos: 337:388). En similar sentido, Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Petroquímica Comodoro Rivadavia S.A. y M c/ E.N. - D.G.A.- Decl 8/06 (expte 418.230/02) s/ Dirección General de Aduanas”, sent. del 06/07/10.

Sin perjuicio de ello, cabe hacer referencia al criterio expuesto por la Ministra de la Corte Suprema, Dra. Highton de Nolasco, en Fallos: 333:633 en cuanto consideró que: *“la norma cuestionada (esto es, un decreto de necesidad y urgencia) fue dictada con anterioridad a la creación de la Comisión Bicameral Permanente a la que hace referencia el art. 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional. Esta circunstancia, habilita a este Tribunal ante la inexistencia del debido control legislativo exigido por la Ley Fundamental, a evaluar el presupuesto fáctico, la configuración de un estado de necesidad y urgencia, que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan*

*excepcionales presupuestos*". En la misma línea, el Alto Tribunal ha sostenido que: "En el supuesto del art. 99, inc. 3º, párrafo cuarto, "in fine", de la Constitución, la falta de sanción de una ley especial que regule el trámite y los alcances de la intervención del Congreso no hace sino reforzar la responsabilidad por el control de constitucionalidad que es inherente al Poder Judicial de la Nación" (Fallos: 322:1726). En esa misma línea de razonamiento, la Dra. Argibay tildó de inaceptable a la ratificación tardía por parte del Congreso, de un decreto de necesidad y urgencia, a través de un artículo incluido en la ley de presupuesto 25.967, sin mayor debate, "puesto que no sólo se aparta del procedimiento constitucional en sentido literal, sino que frustra la finalidad misma del artículo 99.3, cual es la de asegurar una deliberación oportuna y pública en el seno del Congreso para decidir sobre la ratificación o rechazo de los decretos de necesidad y urgencia. La brevedad de los plazos contenidos en el tercer párrafo del artículo 99.3 busca precisamente evitar que el decreto presidencial se transforme en un hecho consumado de difícil reversión por el Congreso y que la ciudadanía, por tratarse de un tema actual y vigente, pueda seguir la deliberación legislativa. El dispositivo constitucional creado a tales fines sería perfectamente superfluo si esta Corte acepta como sucedáneo el atajo de la ratificación de los decretos de necesidad y urgencia mediante un artículo incluido de manera descontextualizada en una ley de presupuesto dictada años más tarde" (conf. M. 2771. XLI., "Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otro s/ amparo ley 16.986", sent. del 27/12/06). En lo que respecta al ámbito de los decretos delegados, el voto en disidencia de los Dres. Argibay y Petracchi en Fallos: 337:388, requirió una voluntad legislativa clara y explícita que avale los contenidos de la norma que se ratifica (ver Fallos: 321:347; 325:2394, en especial, voto del juez Petracchi), y consideró que "frente a un universo heterogéneo de normas que ni siquiera son identificadas en forma alguna, la mención del legislador en el sentido de aprobar "la totalidad de la legislación delegada dictada ...", aparece poco propicia" a tales fines. Ahora bien, en este punto, corresponde señalar que "tampoco en este caso la eventual aprobación por parte del Congreso sana los vicios constitucionales que puede haber tenido en su origen el decreto delegado. Creemos que vale aquí lo señalado por la Corte Suprema en el caso "Franco" con relación a los decretos ejecutivos: "...los decretos que en su origen se hallan viciados de inconstitucionalidad por haber sido dictados por el Poder Ejecutivo con exceso de sus facultades reglamentarias no son susceptibles de purga o subsanación mediante la ratificación parlamentaria posterior. Ello es así porque la Constitución impide a ese poder ejercer funciones legislativas sin contar con base legal previa y suficiente, y la oportuna observancia de tal requisito no depende de la gracia del Congreso. Por expresa previsión constitucional, sólo en el excepcionalísimo supuesto de los decretos

*de necesidad y urgencia la ratificación ulterior podría tener la virtualidad convalidatoria que, impropriamente, se pretende extender al caso. Por ende, aunque el decreto delegado haya sido aprobado por el Congreso, subsiste la posibilidad de impugnar judicialmente su constitucionalidad. Algunos de los posibles vicios podrían ser su dictado fuerza del plazo previsto para la delegación, o haber incursionado sobre materias que no fueron delegadas, o el apartamiento de las "bases" fijadas en la delegación" (Santiago, Alfonso (h); Veramendi, Enrique, *Una norma decisiva en la configuración de nuestro sistema jurídico e institucional. Comentarios iniciales a la ley 26122. El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, ABELEDO PERROT N°: 0003/012905).*

Si bien es cierto que la ratificación legislativa a través de la aprobación generalizada de la legislación delegante y delegada “*disminuye ciertamente los márgenes de apreciación de los tribunales sobre el cumplimiento de algunos requisitos de la delegación legislativa, p. ej. el apartamiento o no de las bases de la legislación fijadas en la ley delegante*” (Santiago, Alfonso (h), Thury Cornejo, Valentín, *Tratado sobre la Delegación Legislativa*, Buenos Aires, 1998, Editorial Abaco, p. 472), dicha circunstancia **no impide** el control judicial relativa a la razonabilidad del contenido de la norma delegada de cara a las garantías constitucionales involucradas.

En este punto, corresponde remitir a lo expuesto precedentemente con relación a la aplicación indistinta de la potestad revocatoria por razones de interés público a contratos que tienen por objeto bienes inmuebles de dominio privado del Estado Nacional “*innecesarios o prescindibles*”, que, además, deben coadyuvar a “*la eficiencia de la Administración Nacional con carácter estratégico por su impacto en el empleo, la promoción del desarrollo del sector privado, la competitividad sistémica, el óptimo aprovechamiento de la tierra mediante su explotación racional y efectiva, la preservación del patrimonio histórico y cultural, los aspectos ecológicos inherentes a la forma de afectación, distribución y utilización de las tierras y la oportuna percepción del precio por parte del Estado Nacional*”.

A ello cabe añadir que, conforme a lo dispuesto por el art. 4° de la Constitución Nacional: “*El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional*”. Dicha

disposición permite advertir la relevancia -en términos rentísticos- de los recursos derivados del uso y la afectación de las tierras de propiedad nacional. Desde esta perspectiva resulta -cuanto menos- dificultoso, identificar cuál es el propósito para otorgar el uso de tierras en forma gratuita a una asociación particular en el marco de un régimen que otorga singular importancia al “precio” de las contrataciones y a la correspondientes intervención del “Tribunal de Tasación” en el proceso contractual (conf. arts. 3º, 7º y 8º de la ley 22.416). Mención aparte merece la falta de reconocimiento de indemnización a favor del particular afectado a la luz de la garantía constitucional prevista en el art. 17 de la Constitución Nacional. En este punto, la doctrina tiene dicho que *“una condición insoslayable de la validez de la revocación por oportunidad, merito o conveniencia, sustentada en la protección otorgada a la propiedad por el artículo 17 de la Constitución, es la indemnización al particular cuando ella le ocasiona un perjuicio”* (Comadira, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo*, La Ley, 2011, p. 238). Así pues y aun cuando se considere que el decreto 4162/97, antecedente de derecho del decreto 943/15, no viola las bases de delegación fijadas por el Congreso Nacional, resulta inconstitucional en lo que respecta a la falta de indemnización a favor del particular (conf. art. 17, Constitución Nacional).

En ese mismo orden de ideas, el Máximo Tribunal aseveró que *“Si la autorización para edificar que había acordado el Secretario de Obras Públicas de la Municipalidad de Buenos Aires tenía una causa de invalidez que no era manifiesta, como lo prueban las discrepancias técnicas acumuladas en el proceso y no se dictó con grosero error de derecho que superara lo meramente opinable en materia jurídica urbanística, no es posible desconocer los derechos que pudieran ejercerse a raíz de dicho acto administrativo, que tenía presunción de legítimo y regular hasta tanto la invalidez fuera judicialmente declarada. Por ello, su revocación por el Intendente Municipal sólo puede juzgarse que se dispuso por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, quedando así abierta a los afectados la acción para obtener la indemnización por el daño que acrediten haberseles ocasionado”* (Fallos: 293:133).

Por último, es conveniente admitir la validez de la subdelegación de las facultades otorgadas al Poder Ejecutivo Nacional (conf. art. 5º de la ley 22.416) a los Ministerios pertinentes. Ello por cuanto, teniendo en cuenta la habilitación legal prevista en el art. 6º de la ley 22.416 y la política legislativa allí delineada, resulta aplicable la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de acuerdo a la cual *“las atribuciones especiales que el Congreso otorga al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos delegados, pueden ser subdelegadas por éste en otros órganos o entes de la*

*Administración Pública, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida, pero no resulta suficiente invocar una ley genérica o poco específica para justificar que la subdelegación se encuentra permitida, dado que el instituto de la delegación es de interpretación restrictiva, tanto cuando ocurre entre órganos de la administración (artículo 3º de la ley 19.549), como cuando se trata de delegación de facultades de un Poder del Estado a otros, en particular, cuando se delegan facultades legislativas en órganos del Poder Ejecutivo, en tanto se está haciendo excepción a los principios constitucionales de legalidad y división de poderes” (Fallos: 335:1227).*

27) Que, en nada obsta lo expuesto el hecho de que la actora haya celebrado el comodato en el marco de la ley 22.416 y el decreto 4162/97, sin formular reserva alguna con relación al contenido de dicho régimen normativo.

Según el Máximo Tribunal, quien se somete voluntariamente a un régimen jurídico, luego no puede impugnarlo con base constitucional, salvo que el sometimiento hubiera sido el único camino para ejercer una actividad o no hubiera sido el resultado de una conducta deliberada, con discernimiento, intención y libertad. Además, el hecho de someterse a ciertos preceptos de una ley, no es obstáculo para cuestionar otros del mismo cuerpo normativo (conf. Comadira, Julio Pablo, *Reflexiones sobre la teoría del sometimiento voluntario a un régimen jurídico como límite al control judicial de constitucionalidad o juridicidad*, en Cuestiones de control de la Administración Pública, Buenos Aires, 2010, RAP, p. 117).

Sin embargo, la doctrina del sometimiento voluntario no puede sanear la ilegitimidad. En efecto, nadie puede válidamente someterse a un régimen antijurídico o inconstitucional. En ese sentido, entonces, entiendo que la juridicidad o constitucionalidad no es un bien disponible por los particulares. La mera voluntad de un particular no puede convertir en legítimo o constitucional lo que es de por sí ilegítimo o inconstitucional (conf. Comadira, Julio Pablo, *Reflexiones sobre la teoría del sometimiento voluntario a un régimen jurídico como límite al control judicial de constitucionalidad o juridicidad*, en Cuestiones de control de la Administración Pública, Buenos Aires, 2010, RAP, p. 117). De lo contrario, no podría admitirse la declaración de inconstitucionalidad de oficio por parte de los jueces (conf. Fallos: 324:3219 y 327:3117).

En nada modifica lo expuesto el hecho de que la indemnización reclamada comporte una afectación patrimonial, puesto que, en línea con lo expuesto por Pablo



Comadira, en el *sub examine*, la actora no pretende la restitución de un derecho patrimonial concreto y específico al que renunció con anterioridad.

En este punto, resulta aplicable lo expuesto por la Corte Suprema en cuanto determinó que “*debe rechazarse la defensa en torno al voluntario sometimiento del actor al régimen jurídico existente al momento de iniciar la carrera judicial si era imposible demandar la inconstitucionalidad del art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, hasta tanto el actor acreditara reunir los presupuestos de "caso" o "causa" como exige la ley 27*” (Fallos: 327:5118). En efecto, en el caso, recién con el ejercicio de la potestad revocatoria, la parte actora fue afectada por la inconstitucionalidad del decreto 4162/97.

28) Que, habiéndose declarado la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del decreto 4162/7, es necesario determinar si el Poder Ejecutivo Nacional contaba con la potestad revocatoria por razones de interés público. En este punto, corresponde puntualizar que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no requieren de la existencia de norma legal expresamente autorizadora a tales fines (conf. Fallos: 293:133 y Comadira, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo*, La Ley, 2011, p. 237).

A ello cabe agregar que, la potestad revocatoria también se encuentra prevista en el art 12 del decreto 1023/01 que regula las contrataciones públicas referidas a las concesiones de uso de bienes de dominio privado del Estado Nacional (conf. art. 4°, inciso b, de dicha norma). No obstante, es conveniente recordar que dicha normativa es de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la ley 24.156 (Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social).

Ahora bien, en el caso, y tal como se puso de manifiesto en el considerando precedente, el Poder Ejecutivo Nacional celebró el contrato de comodato **en ejercicio de una facultad delegada por el Poder Legislativo**. No obstante, la delegación legislativa no contemplaba la autorización para extinguir las contrataciones concertadas, siendo inaplicable el principio de paralelismo de las competencias en virtud del cual, salvo norma expresa en sentido contrario, el órgano que tiene competencia para emitir un acto, también la tiene implícitamente- para modificarlo o extinguirlo (Dictamen PTN 106/1995, 214:34). **Ello en atención al régimen propio al que se encuentran sujetos**

**los inmuebles del Estado Nacional.** Así pues, y aun cuando el Poder Ejecutivo haya sido quien suscribió el contrato, es claro que carece de la potestad para extinguirlo. Ello aun cuando el referido vínculo contractual pueda ser calificado como administrativo en atención a su finalidad (v. en especial cláusula 4° y 6°).

Una interpretación contraria habilitaría a que, ante un contrato celebrado por el Congreso Nacional en ejercicio de la atribución prevista en el art, 75 inciso 5° de la Constitución Nacional, sea revocado por oportunidad, mérito y conveniencia por el Poder Ejecutivo, en ejercicio de la potestad revocatoria implícita a la que se hizo referencia más arriba o por aplicación del régimen previsto en el decreto 1023/01.

Lo hasta aquí expuesto permite tener por acreditada la inconstitucionalidad del decreto 4162/97 y por ende, la nulidad del decreto 943/15 que revocó el contrato de comodato celebrado entre el Estado Nacional y la parte actora.

**29)** Que, en función de lo hasta aquí expuesto, resta examinar la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional por actividad ilegítima regulada en el art. 3° de la ley 26.944 (B.O. 08/08/14) -aplicable al caso en función a la fecha en que sucedieron los hechos que dieron lugar a la demanda promovida por la actora (a *contrario sensu*, Corte Suprema de Justicia, voto del Dr. Rosenkratz, en la causa FPA 21006885/2007/1/RHI, “Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional -Ministerio de Defensa- Estado Mayor General del Ejército en la causa Martínez, Juan Pablo c/ Báez, Olegario y otros s/ ordinario”, sent. del 18/04/17-, y, en su caso, determinar el alcance de la indemnización debida.

La normativa aplicable establece que “*son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado*”.

Con relación al primer requisito, la Corte Suprema tiene dicho que “*para que el daño sea resarcible, ha de ser cierto y no eventual o hipotético, esto es, real y efectivo. Debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma, en el caso del daño actual; o suficiente probabilidad, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos*

(art. 901 del Código Civil), de que el mismo llegue a producirse, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente, en el supuesto de daño futuro” (Fallos: 317:1225). Asimismo, ha sostenido que “el concepto de indemnización -8- de perjuicios lleva implícita la realidad de éstos y, para su establecimiento judicial, se requiere la comprobación suficiente de tal realidad (Fallos: 196:406; 211:1429; 273:269; 307:169; 312:1599 —voto de los jueces Belluscio y Petracchi—, entre otros)” (Fallos: 334:1074).

En el *sub lite*, las pruebas acompañadas por la actora acreditan que la falta de disponibilidad del Inmueble trae aparejado una merma sustancial y evidente en las actividades y que desarrollan sus asociados en dicho espacio e impacta en los servicios que el Club brinda a sus asociados a quienes les cobra una cuota social. En el escenario descrito, la parte actora se ve obligada a conseguir otro espacio para que sus socios desarrollen las actividades involucradas.

En lo que atañe a la imputabilidad material la doctrina tiene dicho que “para que surja el deber de responder estatal, el perjuicio debe derivar del comportamiento de sujetos que están integrados a la estructura del Estado” (Perrino, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*, Buenos Aires, 2015, La Ley, p.80). En el caso, la condición se encuentra suficientemente acreditada toda vez que al decreto 943/15 fue dictado por el Poder Ejecutivo Nacional.

Por su parte, el Alto Tribunal ha precisado que “es recaudo para la procedencia de la responsabilidad por daños del Estado, la relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar del mismo y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños al ente estatal” (Fallos: 323:4018). En el *sub examine*, se encuentra suficientemente demostrado que los daños alegados se originan directa e inmediatamente en la revocación del comodato oportunamente suscripto.

En este orden de ideas y en lo relativo al factor de atribución exigidos por la normativa aplicable, es dable mencionar que “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y debe afrontar las consecuencias de su incumplimiento o ejecución irregular, y la idea objetiva de la falta de servicio-por acción o por omisión- encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112 del Código Civil y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil, sin que se trate de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda

vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas” (Fallos: 331:1690). Conforme surge de los hechos comprobados en la causa, el Poder Ejecutivo Nacional se arrogó facultades no delegadas por el Congreso Nacional y revocó el contrato de comodato sin contar con potestad para obrar de ese modo, extremo que permite tener por demostrada la existencia de una conducta antijurídica subsumible en el factor de atribución requerido por el art. 4° de la ley 26.944.

Finalmente, respecto a la cuantía de la indemnización debida, la doctrina ha puntualizado que “*nada ha cambiado a partir del dictado de la LRE en lo atinente a la extensión del resarcimiento amplio o justo de los daños sufridos por las víctimas*”, sin que corresponde aplicar analógicamente la limitación dispuesta en el art. 5° de la ley 26.944 por cuanto, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, no resulta admisible aplicar en forma extensiva soluciones normativas que restringen o limitan derechos (conf. Fallos: 306:1409 y 312:2266 y Perrino, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*, la Ley, 2015, p.124).

Ahora bien, en el referido escenario, es procedente recurrir a la aplicación analógica del art. 1740 del Código Civil y Comercial según el cual la reparación plena “*consiste en la restitución del situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie*”. A tales fines, y conforme a las probanzas arrimadas a la causa, es claro que el club sufrió un perjuicio cierto y mensurable en dinero por la falta de disposición del Inmueble. En efecto, la accionante se verá obligada a encontrar y, en su caso, locar un predio apto para el desarrollo de las actividades llevadas a cabo en el Inmueble. Ello así, corresponde otorgar la suma de \$3.000.000 en concepto de daño emergente.

Con relación al lucro cesante, resulta insoslayable la condición de entidad sin fines de lucro de la parte actora y la orfandad probatoria al respecto a las “*ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas*” (conf. Fallos: 306:1409 y 316:1335).

En función de lo hasta aquí expuesto, se resuelve: 1°) declarar la inconstitucionalidad del decreto 4162/97 y por ende, la nulidad del decreto 943/15 que revocó el contrato de comodato celebrado entre el Estado Nacional y la parte actora; y 2°) hacer lugar al reclamo de daños y perjuicios incoado por el Club Náutico Los Andes,

en los términos y con el alcance fijados en los considerandos 22 a 29 *supra*, con costas a la vencida (art. 68, primera parte, CPCCN).

**30) Que, resta resolver las cuestiones debatidas en el expediente caratulado “Náutica Argentina SA c/ Estado Nacional- Ministerio de Turismo s/ demanda contencioso administrativa”.**

**31) Que, en primer lugar, corresponde expedirse con relación a la excepción de falta de habilitación de instancia deducida por el Estado Nacional a fs. 2358/2442 y contestada por la actora a fs. 2565/2569vta., cuyo tratamiento fue diferido para ser tratado en esta etapa del pleito.**

A tal fin, cabe recordar que, según surge de los expedientes administrativos acompañados por el Estado Nacional en oportunidad de contestar la demanda, el Ministerio de Turismo –previo al dictado de la resolución 457/15- envió una nota a la actora en su calidad de contratista haciéndole saber la posibilidad de la suspensión de la ejecución del contrato de obra pública y el procedimiento administrativo para la medición de la obra ejecutada. Si bien este último extremo no fue satisfecho, Náutica Argentina S.A. solicitó el reconocimiento de los probables gastos que ocasionaría la suspensión, petición que fue acogida favorablemente por su contraparte. Posteriormente, mediante resolución 457/15, la demandada suspendió la ejecución del contrato suscripto con fundamento en el art. 34 de la ley 13.064. Contra dicha decisión, la actora interpuso recurso de reconsideración en el que, además, reclamó los gastos no reconocidos por la Administración. El referido remedio procesal fue rechazado a través de la resolución 376/16, oportunidad en la que el Estado Nacional le hizo saber a Náutica Argentina S.A. que se encontraba expedita la vía judicial.

En este escenario y corrido el traslado de la demanda, la representación estatal opuso la excepción de falta de habilitación de instancia debido a que la actora no había interpuesto el recurso jerárquico exigido por la normativa aplicable; ello por cuanto había omitido solicitar la elevación de las actuaciones a fin de que el Poder Ejecutivo resolviese el recurso jerárquico implícito en el recurso de reconsideración.

**32) Que, el artículo 88 del decreto reglamentario de la ley 19.549 dispone que *“el recurso de reconsideración contra actos definitivos o asimilables a ellos, lleva el recurso jerárquico en subsidio. Cuando expresa o tácitamente hubiera sido rechazada la reconsideración, las actuaciones deberán ser elevadas en el término de CINCO (5) días de oficio o a petición de parte según que hubiere recaído o no resolución***

*denegatoria expresa. Dentro de los CINCO (5) días de recibidas por el superior podrá el interesado mejorar o ampliar los fundamentos del recurso”.*

Así pues, en el caso, la Administración debió elevar de oficio las actuaciones para que sea considerado el recurso jerárquico que se encuentra deducida en forma implícita y subsidiaria al recurso de reconsideración.

Si bien es cierto que, frente al cumplimiento de la demandada, la actora contaba con la posibilidad de deducir una queja por defecto en la tramitación del recurso interpuesto en los términos del art. 71 del decreto reglamentario de la ley de rito, no resulta razonable concluir que la potestad de deducir la referida queja invierte la carga procesal que la normativa aplicable coloca en cabeza de la autoridad administrativa.

En ese sentido, resulta aplicable la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema emanada de un caso análogo y reciente que refiere la elevación del expediente judicial a la Cámara a cargo del oficial primero (conf. art. 251 del CPCCN). En dicha oportunidad, el Alto Tribunal señaló que *“no cabe extender al justiciable una actividad que no le es exigible -en tanto la ley adjetiva no se la atribuye-, sin riesgo de incurrir en una delegación no prevista. En otros términos, si la parte está exenta de la carga procesal de impulso, su pasividad no puede ser presumida como abandono de la instancia, porque ello importaría imputarle las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones que corresponden a los funcionarios judiciales responsables (Fallos: 333:1257; 335:1709) (...) que por tratarse la caducidad de la instancia de un modo anormal de terminación del proceso, y de interpretación restrictiva, la aplicación que de ella se haga debe adecuarse a ese carácter sin llevar, con exceso ritual, el criterio que la preside más allá del ámbito que le es propio (Fallos: 311:665; 327:1430, 4415 y 5063, entre otros)”* (CCF 7428/2014/2/RH1, *in re* “Assine SA c/ Estado Nacional Ministerio de Defensa s/ proceso de ejecución”, sent. del 21/11/18).

Más aún si se repara en el principio de oficialidad que rige en el procedimiento administrativo (conf. art. 1º, inc. a, de la ley 19.549 y 4º de su decreto reglamentario) y resulta aplicable a aquellos procesos iniciados a petición de parte, *“dado que a través de él no sólo se satisface el interés individual, sino también un interés público: el interés administrativo”* (Ivanega, Miriam, *Principios del Procedimiento Administrativo. Informalismo, Instrucción de oficio y verdad material*, AAVV, *Procedimiento Administrativo* (Juan Carlos Cassagne, Director) – Procedimiento y Proceso Administrativo, Jornadas de la UCA Año 2003, Lexis Nexis, Bs.As. 2005, p. 71).

En este escenario, es dable poner de resalto que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal resolvió que “*exigir la solicitud de elevación del expediente administrativo por **denegatoria tácita** del recurso de reconsideración, implicaría un apego excesivo al texto de las normas sin apreciar las circunstancias particulares del caso (Fallos: 330:1389); lo que conduciría a un inadmisibile rigor formal (Fallos: 242:234; 299:344), que afectaría gravemente la garantía constitucional de acceso a la justicia (art. 18 de la Constitución Nacional), con desconocimiento del principio **in dubio pro actione**, rector en materia de habilitación de la instancia contencioso administrativa (339:1483; 331:1660, entre tantos otros)*”(el destacado es propio) (*in re* “Telecom Personal SA c/ EN-ENACOM s/proceso de conocimiento”, sent. del 07/02/19).

En consecuencia, el argumento de la demandada relativo a la falta de elevación del recurso por parte de Náutica Argentina S.A. no puede prosperar.

Mención aparte merece la innecesariedad del agotamiento de la vía en atención a las defensas articuladas por la demandada con relación a la improcedencia sustancial de las pretensiones de fondo de su contraria. En este punto, es dable señalar que el Alto Tribunal ha descalificado decisiones de superiores tribunales de provincia que habían exigido la articulación de un recurso administrativo de revocatoria o reconsideración para agotar la vía, por considerar que ello implicaba un injustificado rigor formal incompatible con el derecho de defensa, porque el tránsito por la vía administrativa exigida constituía un ritualismo inútil (conf. Fallos: 311:2082; 312:767, 1168, 1306 y 1908: 313:326 y 318:315 y Perrino, Pablo E. “*El régimen del agotamiento de la vía en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense*”, ED, 184-825).

La Corte Suprema sostuvo que “*Corresponde dejar sin efecto la sentencia que, fundada en la falta del reclamo administrativo previo e incurriendo en un ritualismo excesivo, desestimó la demanda contenciosoadministrativa tendiente a obtener la reparación de los daños y perjuicios derivados de la revocación o caducidad ilegítima de un decreto municipal. Ello así, pues, en el caso, la Municipalidad demandada sustentó la legitimidad de la revocatoria del permiso otorgado, lo que determina la ineficacia de un nuevo planteo en sede administrativa tendiente a lograr una reparación que presupone la ilegitimidad del obrar de la demandada, aspecto ya negado por ésta*” (Fallos: 303:1994).

En ese sentido, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo tiene dicho que “*el exceso de rigor formal —que sin dudas*

*se configuraría si se reconociera al administrado la posibilidad de prescindir del reclamo— en aquellos supuestos excepcionales en los que [...] se ha comprobado de modo manifiesto la oposición de la Administración, resulta incompatible con las reglas del debido proceso y el adecuado servicio de justicia (cfr. CSJN, doct. de Fallos, 311:700 y 2177; 317:1579, entre otros), máxime atendiendo al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en diversos tratados con jerarquía constitucional (cfr. art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 8o de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica). Además, debe tenerse presente que la finalidad perseguida con la exigencia del reclamo previo es producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, dar a la Administración la posibilidad de revisar el caso, salvar algún error y promover el control de legitimidad y conveniencia de lo actuado por los órganos inferiores (cfr. CSJN, doctrina de Fallos, 311:689; 314:725, entre otros)” (“Vargas Claros. Simeón y otros v. EN (DGFM) s/empleo público”, sent. del 07/08/01; criterio reiterado en la causa “Luna, Víctor y otros v. EN (DGFYI) s/empleo público”, sent. del 2/10/01).*

En esa misma línea, la doctrina sostiene que *“la reforma introducida por la ley 25.344 al art. 32 de la ley 19.549 (en especial la supresión del inc. e)] va en contra de las modernas tendencias que predicán la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso a la justicia, pues como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “el principio de tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al Poder Público”. Por tal razón, cuando medie una clara conducta estatal que haga presumir la ineficacia cierta de acudir a la vía administrativa — ya sea ésta reclamativa o impugnatoria, transformando aquélla en una carga inútil, no corresponderá exigir su tránsito” (Perrino, Pablo E., La excepción del ritualismo inútil y su vigencia a pesar de su derogación por la ley de emergencia 25.344, Buenos Aires, 2001, REDA año 13, p. 407 y ss).*

A todo evento, resulta claro y manifiesto que la excepción deducida por la demandada se encuentra reñida con el principio de la confianza legítima, pieza clave en la limitación y el control del ejercicio de la potestad administrativa de volver sobre los propios actos. Ello por cuanto en oportunidad de rechazar el recurso de reconsideración interpuesto por la actora, el Ministro de Turismo indicó que se encontraba agotada la instancia administrativa y por ende, expedita la vía judicial. Al respecto, la jurisprudencia ha puesto de resalto que *“la actuación administrativa de un Estado de Derecho está (y debe estar) caracterizada en gran medida por la existencia y a la vez*



*por la permanencia de un determinado statu quo de reglas y decisiones fijas, que estimulan, dirigen y limitan la vida social y el comportamiento del individuo dentro de la sociedad*” (conf. Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Ticoral S.R.L. (TF 19754-I) c/ D.G.I.”, sent. del. 27/04/07). Por consiguiente, hacer lugar a la excepción deducida por la demandada equivaldría a admitir y legitimar una conducta estatal inapropiada a la luz de los principios *supra* comentados.

Por lo demás, y en lo que refiere a la alegada falta de reclamo administrativo previo, es preciso recordar la distinción entre los actos administrativos propiamente dichos, susceptibles de impugnación judicial, investidos de aptitud para modificar el status jurídico del administrado y que presuponen el agotamiento de las instancias administrativas en los términos de los arts. 23 y siguientes de la ley 19.549, de aquellos actos administrativos desprovistos de tal aptitud, provocados por el interesado mediante reclamo administrativo previo previsto en el art. 30 de la ley de procedimientos, cuya procedencia no depende de la previa declaración de invalidez de un acto administrativo determinado sino que definen la actitud de la Administración requerida por el pretensor de un derecho subjetivo derivado de una relación preexistente. En este último supuesto, la jurisprudencia ha puntualizado que *“la demanda, en tal caso, actualiza una acción creditoria y no impugnatoria y el derecho que a través de ella se intenta hacer valer, permanece inmune al desconocimiento de que hubiere sido objeto en sede administrativa”* (conf. Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Obregón Miguel Ángel c/ EN –M° Interior – DNM s/ empleo público”, sent. del 05/06/14).

En este contexto, es dable considerar que la resolución 376/16 importó un rechazo del reclamo relativo a los gastos que la actora requiere y, en atención a la clase de pretensión involucrada, resulta aplicable lo dispuesto por el art. 31, segundo párrafo de la ley 19.549, en cuanto establece que la denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede administrativa. A todo evento, no resulta ocioso recordar que, según la doctrina, un caso típico de ritualismo inútil *“es aquel relacionado con el recurso jerárquico que se convierte en sustituto de la reclamación administrativa previa, permitiendo soslayar ésta en los casos que mediara una denegatoria expresa o tácita de dicho recurso”* (conf. Ivanega, Miriam, *Consideraciones acerca del reclamo administrativo previo y la excepción del ritualismo inútil*, Buenos Aires, 03/11/09, Ediciones Especiales Procedimiento Administrativo, p. 151).

Adicionalmente, y teniendo en cuenta la fecha de notificación de la resolución

376/16, cabe concluir que la demanda contenciosa administrativa fue promovida dentro del plazo de caducidad previsto en el art. 25 de la ley nacional de procedimientos administrativos, aplicable a los supuesto en los que el reclamo haya sido resuelto expresamente en contra del interesado (conf. CSJN, B. 674. XLVII “Biosystems S.A. cl EN - MO Salud - Hospital Posadas si contrato administrativo”, sent. del 11/02/14).

Sin perjuicio de lo expuesto, y aun cuando se considerara que la actora no interpuso el reclamo administrativo previo, cabe remitir a las consideraciones efectuadas *supra* respecto a la procedencia de la excepción del ritualismo inútil debido a la existencia verificada de una conducta del Estado que hace presumir la ineficacia cierta del procedimiento administrativo. Al respecto, la jurisprudencia ha expresado que: “*esta situación se configuraría cuando de los términos de la contestación de la demanda resulta evidente que la exigencia de tal recaudo se convertirá en un inoperante ritualismo*” (conf. Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Llanos, Carlos A. c/Gobierno Nacional- Congreso de la Nación”, sent. del 21/03/96. En el mismo sentido, v. Fallos: 297:38).

En consecuencia, cabe concluir que las circunstancias *supra* referenciadas sellan la suerte adversa de la defensa articulada por la demandada y conllevan a declarar habilitada la instancia judicial para examinar: (i) la legitimidad de la suspensión de la obra dispuesta por la demandada y, en su caso, la procedencia de los daños y perjuicios derivados de su accionar ilegítima; y, en subsidio, (ii) la responsabilidad del Estado Nacional por los daños y perjuicios ocasionados su actuación lícita sujeta al reclamo administrativo previo.

Dicho de otro modo, en el caso, este Tribunal considera habilitada la instancia judicial para entender en la demanda contenciosa administrativa promovida contra la resolución 457/15, confirmada por la resolución 376/16 y, en su caso, determinar los daños y perjuicios reclamados por la actividad extracontractual ilegítima de la Administración o, en su defecto, por la actividad contractual lícita del Estado Nacional. A tal fin, debe tenerse presente la doctrina jurisprudencial conforme la cual, en función del carácter accesorio de la pretensión indemnizatoria fundada en la ilegitimidad de los actos administrativos de la de nulidad, la procedencia de la acción de cobro de daños y perjuicios contractuales o extracontractuales, requiere la previa o simultánea impugnación de la decisión administrativa en sede judicial o en sede de la Administración, en los casos en que resulta necesaria el agotamiento de dicha vía (conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en pleno, “Petracca” y Fallos: 319:1476 y 1532; 327:2818 y 335:742). A tal fin resultan

ilustrativas las afirmaciones de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal: “*No resulta feliz la reflexión en el sentido que en la esfera del derecho público la ilicitud del acto y consecuente anulación judicial no son requisitos ineludibles para la viabilidad de la acción resarcitoria. Ello es así en las hipótesis en que los actos son lícitos (p. ej. revocación por razones de oportunidad). Pero cuando la acción resarcitoria depende de la invalidez del acto, la anulación es presupuesto inexcusable*” (en la causa, “Granados Davila, Ricardo y Otros c/ E.N. s/ daños y perjuicios”, sent. del 07/08/92).

**32)** Que, la **excepción de prescripción** opuesta por la demandada se basa en lo dispuesto por el artículo 2561 del Código Civil y Comercial de la Nacional, que, en su parte pertinente, reza: “*El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años*”. Asimismo, la oposición formulada por el Estado Nacional considera que el plazo comenzó a computarse el 14/01/13, fecha en que se suscribió el contrato de obra pública aquí involucrado.

Ahora bien, en el caso, las pretensiones deducidas por la actora se originaron en la suspensión de la obra dispuesta mediante el acto administrativo contenido en la resolución 457/15. De este modo sea que la acción promovida sea examinada a la luz de los plazos de prescripción aplicables al régimen de responsabilidad extracontractual por actividad estatal ilegítima o al régimen de responsabilidad contractual por actividad lícita, el acto administrativo de suspensión –y no la fecha de suscripción del contrato de obra pública- determinará el punto de partida para analizar la cuestión debatida.

A ello cabe agregar que, a la fecha de emisión de la resolución 457/15 había entrado en vigencia la ley 26.944 cuyo artículo 7° establece que “*el plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres (3) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita*”.

Si bien el legislador no previó el plazo de prescripción para los supuesto de responsabilidad contractual del Estado, “*ya sea que aplique el art. 7° de la LRE o que se acuda por analogía a las disposiciones del Código Civil y Comercial (art. 2561), la solución será siempre la misma, pues en ambos ordenamientos jurídicos se fija el plazo de prescripción de tres años para reclamar el pago de una indemnización*” (Perrino, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*, la Ley, 2015, p.199).

En este escenario, y sin perjuicio de cuál sea el inicio del cómputo del plazo de prescripción que se considere aplicable (esto es, desde la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita), no han transcurrido tres años desde la suspensión dispuesta por la resolución 457/15 –notificada el 24/01/16- y la fecha de promoción de la demanda (esto es, el 16/04/16).

En función de las consideraciones *supra* realizadas, corresponde rechazar la excepción de prescripción opuesta por el Estado Nacional.

A mayor abundamiento, es dable recordar que *“La doctrina y jurisprudencia mayoritaria es conteste en afirmar que el instituto de la prescripción no se aplica a los actos nulos de nulidad absoluta e insaneables, y que respecto a los anulables debe atenderse a las previsiones del art. 4030 del C.C. (prescripción bianual) (confr. Cassagne, "Derecho Administrativo", T. II, págs- 206 y sgtes.; Marienhoff, "Tratado de Derecho Administrativo", T. II, págs. 481 y sgtes.; Hutchinson "Ley Nac. De Procedimientos Administrativos", T. I págs. 293 y sgtes.; C.S.J.N. Fallos: 179:250; 190:157; 196:450; 241:396; entre muchos otros). (Del voto de la Juez Herrera, cons. 3º). Ramirez, Nélica Venancia y otros c/ E.N. (Mº de Salud y Acción Social) s/ empleo público”* (Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Ramírez, Nélica Venancia y otros c/ E.N. (Mº de Salud y Acción Social) s/ empleo público”, sent. del 29/08/95).

Sin embargo, se ha precisado que *“En el acto nulo, de nulidad absoluta e insanable, conforme las causales estipuladas en el art. 14 de la L.N.P.A., el plazo para demandar la nulidad por parte del Estado es imprescriptible (cfr. "Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", Tomás Hutchinson, T.I, pág. 505; "Los plazos de impugnación judicial", Rafael González Arzac, ED. 51-957). (Consid. 4º)”* (Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Instituto de Vivienda del Ejército c/ Oreste Biasutto e Hijos S.A. s/contrato de obra pública”, sent. del 03/07/01).

En lo que aquí interesa, la jurisprudencia ha puesto de resalto que: *“en relación a la imprescriptibilidad de la acción para impugnar actos nulos de nulidad absoluta se ha resuelto que todo acto administrativo, cualquiera sea el vicio que porte, debe ser cuestionado en los plazos de caducidad previstos en la ley 19.549. (Consid. 7º)”* (Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Campos Ramón Agustín c/E.N. -E.M.G.E. s/personal militar y civil de las FFAA. y de

Seg.”, sent. del 30/06/98).

**33)** Que, en lo que refiere al **fondo de la cuestión**, y por razones metodológicas, corresponderá en primer término determinar si el Estado Nacional se encontraba habilitado a suspender en sede administrativa la ejecución del contrato de obra pública suscripto o debió haberlo solicitado en sede judicial debido a la existencia de derechos subjetivos que se encontraban en cumplimiento, tal como alega la actora.

A tal fin, conviene recordar que el art. 7° de la ley nacional de procedimientos administrativos dispone que *“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”*. En el caso, el contrato de obra pública fue sujeto expresamente a lo dispuesto por la ley 13.064 cuyo art. 34 expresamente prevé que: *“si para llevar a cabo las modificaciones a que se refiere el artículo 30, o por cualquier otra causa, se juzgase necesario suspender el todo o parte de las obras contratadas, será requisito indispensable para la validez de la resolución, comunicar al contratista la orden correspondiente por escrito, procediéndose a la medición de la obra ejecutada, en la parte que alcance la suspensión, y a extender acta del resultado. En dicha acta se fijará el detalle y valor del plantel, del material acopiado y del contratado, en viaje o construcción, y se hará una nómina del personal que deba quedar a cargo de la obra. El contratista tendrá derecho, en ese caso, a que se le indemnice por todos los gastos y perjuicios que la suspensión le ocasione, los que deberán serle certificados y abonados”*.

Por su parte, en función del carácter de ley especial atribuible a la ley 13.064, la doctrina tiene dicho que *“la prevalencia de la LOP sobre el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional surge además, de lo dispuesto por el artículo 36 de este reglamento, que al modificar el último párrafo del artículo 7° de la LNPA, ratifica que los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales — en el caso la LOP y sus normas reglamentarias y complementarias-, sin perjuicio de la aplicación directa del Título III de la LNPA, en cuanto fuere pertinente”* (Druetta, Ricardo Tomás, Ley 13.064 e Obras Públicas, Comentada y Anotada, Buenos Aires, 2008, AbeledoPerrot, p. 6).

Así pues, no asiste razón a la actora en cuanto alega que el Estado Nacional en su calidad de comitente del contrato aquí involucrado debía solicitar la suspensión en sede

judicial puesto que la letra del artículo 34 de la ley 13.064 -que forma parte de la normativa aplicable en función de lo dispuesto por el instrumento suscripto por las partes - atribuye a la Administración la potestad de suspender por sí y ante sí la ejecución del contrato en cuestión.

Por lo demás, y aun cuando se admitiera la aplicación del art. 17 de la ley nacional de procedimientos administrativos por sobre lo dispuesto en el art. 34 de la ley 13.064, el agravio formulado tampoco sería atendible. Ello por cuanto, aun presumiendo que la demandada resolvió suspender por motivos de ilegitimidad la ejecución de un contrato en vías de cumplimiento, es dable distinguir entre la potestad para revocar y la facultad para suspender los efectos del acto administrativo. Al respecto la doctrina tiene dicho que *“el juego armónico de los artículos 12 y 17 de la ley 19.549, interpretado en función de las consecuencias derivadas del interés público implicado en el régimen jurídico de las nulidad absolutas, permite concluir que la Administración en los casos en que la anulación de oficio no es viable, tiene que suspender de oficio la ejecución de los efectos pendientes del acto, y ordenar, simultáneamente, la iniciación simultánea de las acciones conducentes a la ejecutoriedad judicial de la pretensión anulatoria”* (Comadira, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, 2011, La Ley, p. 208). Así pues, es claro que el argumento esbozado por la actora no repara en la diferencia apuntada ni en las causales previstas en el art. 12 de la ley 19.549 para disponer la suspensión de un acto administrativo, a saber: (i) razones de interés público; (ii) perjuicios graves al interesado; y (iii) alegación fundada de nulidad absoluta (conf. Canda, Fabián, *La suspensión de oficio del acto administrativo*, Buenos Aires, REDA, nros. 21/22/23, p. 409 y ss.).

En ese orden de ideas se pronunció recientemente la Procuración del Tesoro de la Nación al dictaminar que el art. 17, segunda parte, de la ley de procedimientos administrativos contiene *“una limitación, prudente, a prerrogativas de la Administración, que deben ejercerse dentro del preceptivo carril, de un procedimiento administrativo, al cabo del cual se dicte de oficio el acto que revoque de oficio el anterior (si así se dan las circunstancias), o bien lo declare lesivo al orden jurídico, suspenda sus efectos en ejercicio de lo normado en el artículo 12 de la misma Ley, e instruya para que se proceda al inicio de la acción judicial de nulidad”* (Dictamen 307:167).

En este escenario, y habiendo determinado que la Administración contaba con la potestad de suspender la ejecución del contrato en función de lo dispuesto por el art. 34 de la ley 13.064, es necesario dilucidar si la referida facultad fue ejercida conforme a

derecho.

A poco que se examine lo dispuesto por el referido artículo, es claro que la Resolución 457/15 es un acto administrativo que presenta un vicio en el procedimiento que precedió a su dictado (art. 7, inciso d y 14 inciso b, de la ley 19.549). En efecto, no hay duda alguna respecto a la falta de *medición de la obra ejecutada* y a la consecuente expedición del *acta de resultado*.

En este punto, cabe recordar que el artículo 7° de la ley 19.749 exige que, previo a la emisión del acto, se dé cumplimiento a los procedimientos esenciales y sustanciales previstos por el ordenamiento jurídico y a los que surgen de modo implícito.

Mención aparte merece la exigencia de dictamen jurídico a la que refiere el artículo *supra* comentado en cuanto constituye una herramienta para controlar la legalidad de la actuación administrativa que se encuentra comprometida tanto en los actos desfavorables para los administrados como en aquellos que ilegítimamente afectan el interés público. Puntualmente, se ha dicho que el dictamen previo es especialmente necesario con relación a aquellos actos que pueden afectar a la Hacienda Pública (Comadira, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, 2011, La Ley, p. 42). En esta misma línea, la Corte Suprema de Justicia entendió que el dictado de un acto administrativo que omitió el previo cumplimiento de una exigencia normativa para su emisión, provoca la nulidad absoluta e insanable del acto por cuanto el requisito de forma inobservado respondía a consideraciones relativas a los intereses de la comunidad y al orden público administrativo (Fallos: 302:545). Similar criterio aplicó al sostener que “*la inobservancia de requisitos de forma impuestos por principios vinculados al orden público administrativo (garantía de los administrados), es causa de nulidad del acto emitido con tal defecto (argumento de los arts. 7° y 14 de la ley 19.549)*” (Fallos: 306:1138).

En el *sub examine*, y conforme surge de las probanzas arrojadas a la causa, la Administración hizo saber mediante una nota dirigida a la contratista aquí actora “*la posibilidad de la referida suspensión y el procedimiento administrativo para la medición de la obra ejecutada*” (fs. 348). Posteriormente y sin que satisfacer el extremo mencionado, Náutica Argentina S.A. solicitó –mediante nota 164437- el reconocimiento de probables gastos “*que la suspensión le ocasionaría*”. La demandada acogió favorablemente el reclamo y, posteriormente, emitió la resolución 457/15 que dispuso la suspensión de la obra pública.

Así pues, resulta claro que la resolución 457/15 que motivó la demanda contenciosa incoada por la actora no constituye un acto administrativo emitido de conformidad con el procedimiento exigido. En nada modifica lo expuesto el hecho de que la actora haya aceptado el reconocimiento de gastos efectuado en sede administrativa puesto que resulta inadmisibles otorgar virtualidad a un reconocimiento de gastos que carecía de antecedente válido (esto es, la efectiva decisión de suspender la ejecución del contrato) y del respaldo documental requerido por el art. 34 de la ley 13.064 (esto es, la medición de la obra ejecutada, en la parte que alcance la suspensión y el acta del resultado conteniendo el detalle y valor del plantel, del material acopiado y del contratado, en viaje o construcción, y la nómina del personal que debía quedar a cargo de la obra).

La relevancia de la medición exigida por la norma fue puesta de manifiesto por la Procuración del Tesoro de la Nación en el Dictamen 220:44 según el cual *“si la disposición por la cual se reconocieron gastos improductivos a una contratista, no reúne los requisitos esenciales del acto administrativo contemplados en el art. 7, inciso b y d, es decir, la causa y el dictamen jurídico previo de los órganos de asesoramiento permanente, la nulidad que afecta a la disposición cuestionada es absoluta, por lo que corresponde revocarla por razones de ilegitimidad”*.

En el contexto descripto, es inadmisibles considerar que el reconocimiento de gastos hipotéticos y sin acta de medición que los respalde tiene la capacidad de subsanar y sanear el procedimiento defectuoso que llevó a cabo la Administración previo a resolver la suspensión de la ejecución de la obra pública aquí involucrada. Por lo demás, la circunstancia de que la contratista haya aceptado el reconocimiento de tales gastos, no puede considerarse suficiente para legitimar la resolución 457/15. Ello por cuanto, dicha solución no haría más que amparar una actuación estatal ilegítima que podría redundar en una afectación directa a la Hacienda Pública.

**34) Que, la ilegitimidad de la resolución 457/15 exige examinar la **procedencia de los daños y perjuicios reclamados por la actora en función de la responsabilidad extracontractual** por actividad ilícita que atribuye al Estado Nacional.**

Ahora bien, toda vez que la suspensión o continuación de la relación contractual es un ámbito reservado a la discrecionalidad administrativa, la declaración de nulidad de la resolución 457/15 y su confirmatoria no puede necesariamente acarrear la continuación del vínculo contractual, sino que requiere determinar los daños y perjuicios ocasionados por la suspensión dispuesta en violación a los procedimientos aplicables.



Más aun cuando, la accionante no introdujo en el escrito inicio pretensión alguna referida a la continuación del contrato.

En este punto, es dable poner de relieve que, la violación de las formas esenciales por parte de la Administración no pueden echar por tierra el derecho del contratista a que *“se le indemnice por todos los gastos y perjuicios que la suspensión le ocasione”* (conf. art. 34, ley 13.064). En lo atinente a la vigencia de tal derecho, Barra ha expresado que *“lo cierto es que no se puede hacer depender el derecho del contratista de un acto expreso de la comitente (e inclusive mal intencionado, como ocurrirá si la suspensión se debe, por ejemplo, a un negligente comportamiento o a decisiones erradas de la Inspección de Obra) a la pretensión ejercida por el contratista”* (Barra, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública*, Tomo 2, Procedimiento de selección del contrato, Buenos Aires, 1986, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, p. 842).

**35)** Que, en este contexto, corresponderá examinar si existe un daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero en los términos requeridos por el art. 3° de la ley 26.944 (B.O. 08/08/14), aplicable al caso en función a la fecha en que sucedieron los hechos que dieron lugar a la demanda promovida por la actora (a *contrario sensu*, Corte Suprema de Justicia, voto del Dr. Rosenkratz, en la causa FPA 21006885/2007/1/RHI, “Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional - Ministerio de Defensa- Estado Mayor General del Ejército en la causa Martínez, Juan Pablo c/ Báez, Olegario y otros s/ ordinario”, sent. del 18/04/17).

Preliminarmente, es dable recordar que *“cuando la suspensión de la ejecución de los trabajos se produjo por causas ajenas al ámbito de responsabilidad del constructor, las consecuencias económicas de ella derivadas se encuentran a cargo de la Administración comitente, la cual, por mandato legal, tiene a su cargo el álea del contrato -tanto por decisiones propias, como en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor-, salvo en relación con las consecuencias generadas por la "culpa, falta de medios o errores en las operaciones que le sean imputables" al contratista (conf. doct. arts. 34 -que rige los supuestos de suspensión total o parcial de la obra "por cualquier (otra) causa"- y 39, 1° párrafo, de la ley 13.064, cuya aplicación al caso quedó expresamente establecida en el contrato que vinculó a las partes)”*. (Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Constructora Conalsi S.A.I.C. y de Mandatos c/ Dir. Gral. De Fabricaciones Militares s/ contrato de obra pública”, sent. del 29/04/99, voto del juez Buján, consid. IV.2).

En lo que refiere a “gastos y perjuicios” a que tiene derecho el contratista con motivo de la suspensión inculpable de la obra en los términos del último párrafo del art. 34 de la ley 13.064, la jurisprudencia sostiene que “*el rubro indemnizable más generalizado -por constituir el daño naturalmente derivado de la suspensión de la ejecución de la obra- es el llamado "gasto improductivo", que es el que se devenga con motivo de los gastos indirectos de la obra, los que a su vez pueden clasificarse en dos categorías: los gastos indirectos de obra -con concreta afectación a la obra de que se trate- (por ej. Remuneración del sereno, alquiler del obrador y/o equipos, gasto de energía del obrador, incidencia del costo de la póliza de garantía y seguros, sueldos de personal que en los supuestos de disminución del ritmo de ejecución de los trabajos el constructor tenga que mantener en el plantel aún cuando la obra prevista no se realice, etc.) y los gastos indirectos de oficina o gastos generales que, si bien atienden a todo el giro comercial de la empresa constructora -por lo que carecen de aquella concreta afectación a una determinada obra, propia de los anteriores-, un porcentual de ellos está destinado a la atención de la obra cuyo análisis de costos interesa (por ej. salarios del personal administrativo, alquiler de oficina, papelería, teléfono, energía eléctrica, etc.)*” (Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Constructora Conalsi S.A.I.C. y de Mandatos c/ Dir. Gral. De Fabricaciones Militares s/ contrato de obra pública”, sent. del 29/04/99, voto del juez Buján, consid. IV.2) y en la causa “Crocco Construcciones SA c/ EN - M° de Infraestructura Vivienda Dirección Naci de AR s/ contrato de obra pública”, sent. del 14/05/13). En el mismo sentido se pronunció la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes 246:125.

Por su parte, es dable tener presente que los gastos improductivos son los que se continúan devengando sin contar con su correspondiente contrapartida en la certificación de la obra, en función de su falta de ejecución; entre ellos cabe mencionar el mantenimiento de los equipos y planteles, los gastos de administración, la conservación del obrador, vivienda de la inspección, limpieza de obra, traslado de equipos, etc.) (conf. Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal *in re* “Ar Co Arquitectura Construcciones SRL c/EN - M Educación -(ex Dirección Gral. Arquitectura Educ.) y otro s/Contrato Obra Pública”, sent. del 19/02/19). Son asimilables a los gastos fijos de un emprendimiento industrial y difieren según la obra de que se trate (conf. Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en autos “Esuco SA c/Conet - Ministerio de Educación s/contrato de obra pública”, sent. del 31/3/99).

Por consiguiente, es dable concluir que los gastos improductivos importan el correctivo de los desequilibrios de la ecuación financiera del contrato derivados de la perturbación del ritmo de ejecución de los trabajos con demoras o paralizaciones producidos por hechos ajenos al contratista (conf. Bezzi, Osvaldo Máximo, *El contrato de obra pública*, Buenos Aires, 1982, AbeledoPerrot, segunda edición, página 249).

Por lo demás, es dable advertir que el art. 34 de la ley 13.064 no limita los alcances de la indemnización debida que alcanzara el daño emergente y el lucro cesante, de conformidad con el principio de reparación integral (conf. Barra, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública*, Tomo 2, Procedimiento de selección del contrato, Buenos Aires, 1986, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, p. 843; art. 1740 del Código Civil y Comercial, aplicable analógicamente en ausencia de una disposición similar a la prevista en el art. 5° de la ley 26.944).

**36)** Que, la procedencia de la indemnización que reclama la actora se encuentra supeditada a la prueba de su ocurrencia y entidad (conf. Sala I del Fuero, voto del doctor Buján, en autos 43.838/1994 “Constructora Conalsi SAIC y de Mandatos c/Dir. Gral. de Fabricaciones Militares s/contrato de obra pública”, sent. del 29/4/99). En este punto, cabe atender a las disposiciones del artículo 377 del código de rito, según el cual, quien alega un hecho, debe probarlo. Así pues, la doctrina tienen dicho que “*la carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante. Es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que debe probar pierde el pleito, si de ello depende la prueba de la litis. Puede deshacerse de ésta, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que hacen a la admisión de su derecho*” (conf. Fassi, Santiago C. y Maurino, Alberto L., *Código Procesal Civil y Comercial, Comentado, Anotado y Concordado*, Buenos Aires, Astrea, Tomo 3, tercera edición actualizada y ampliada, p. 415).

En ese mismo orden de ideas, el Máximo Tribunal precisa que quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos y, si no logra cumplir con esa carga mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea rechazada (Fallos: 331:881, Cons. 4°).

Ahora bien, en el *sub lite*, la actora no ha acompañado elementos probatorios que permitan acreditar **la insuficiencia de los gastos reconocidos en sede administrativa, hecho que, por lo demás, no ha sido desconocido en los presentes actuados**. A ello cabe añadir que, el contratista tenía la posibilidad de labrar una acta de

medición a través de una actuación notarial a fin de justificar los montos especificados en el escrito de inicio; extremo que no se verificado en el caso.

En función de lo expuesto, se resuelve: 1) declarar la nulidad de las resoluciones 376/16 y 457/15 en los términos y con el alcance *supra* fijado; y, 2) rechazar el reclamo indemnizatorio incoado por Náutica Argentina S.A., con costas en el orden causado en función de las particulares circunstancias que rodearon a la controversia (art. 68, segunda parte, CPCCN).

Regístrese, notifíquese y oportunamente, archívese.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. Doctrina:

- Barra, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública*, Tomo 2, Procedimiento de selección del contrato, Buenos Aires, 1986, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma;
- Bezzi, Osvaldo Máximo, *El contrato de obra pública*, Buenos Aires, 1982, AbeledoPerrot, segunda edición;
- Canda, Fabián, *La suspensión de oficio del acto administrativo*, Bs. As., REDA, nros. 21/22/23;
- Comadira, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, 2011, La Ley;
- Santiago, Alfonso (h), Thury Cornejo, Valentín, *Tratado sobre la Delegación Legislativa*, Buenos Aires, 1998, Editorial Abaco;
- Comadira, Julio Pablo, *Reflexiones sobre la teoría del sometimiento voluntario a un régimen jurídico como límite al control judicial de constitucionalidad o juridicidad*, en Cuestiones de control de la Administración Pública, Buenos Aires, 2010, RAP;
- *Comunicación del académico Dr. Gregorio Badeni a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas* publicado en <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/La-delegacion-legislativa-gregorio-Badeni-2001.pdf>;
- Dromi, Roberto, Menem, Eduardo, *La Constitución reformada*, Buenos Aires, 1994, Ediciones Ciudad Argentina;
- Druetta, Ricardo Tomás, *Ley 13.064 e Obras Públicas, Comentada y Anotada*, Buenos Aires, 2008, AbeledoPerrot;
- Fassi, Santiago C. y Maurino, Alberto L., *Código Procesal Civil y Comercial, Comentado, Anotado y Concordado*, Buenos Aires, Astrea, Tomo 3, tercera edición actualizada y ampliada;
- García Lema, Alberto M., *Decretos de necesidad y urgencia. Delegación legislativa. Agilización del trámite de discusión y sanción de las leyes*, en La Reforma de la Constitución, Buenos Aires, 1994, editorial Rubinzal-Culzoni;
- Ivanega, Miriam, *Principios del Procedimiento Administrativo. Informalismo, Instrucción de oficio y verdad material*, AAVV, *Procedimiento Administrativo* (Juan Carlos Cassagne, Director) – Procedimiento y Proceso Administrativo, Jornadas de la UCA Año 2003, Buenos Aires, 2005, Lexis Nexis;
- Ivanega, Miriam, *Consideraciones acerca del reclamo administrativo previo y la excepción del ritualismo inútil*, Buenos Aires, 03/11/09, Ediciones Especiales Procedimiento Administrativo;
- Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 5ta ed., Buenos Aires, 2011, AbeledoPerrot;

- Santiago, Alfonso (h); Veramendi, Enrique, *Una norma decisiva en la configuración de nuestro sistema jurídico e institucional. Comentarios iniciales a la ley 26122*. El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo, ABELEDO PERROT N°: 0003/012905;
- Perrino, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*, Buenos Aires, 2015, La Ley;
- Perrino, Pablo E. “*El régimen del agotamiento de la vía en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense*”, ED, 184-825;
- Perrino, Pablo E., *La excepción del ritualismo inútil y su vigencia a pesar de su derogación por la ley de emergencia 25.344*, Buenos Aires, 2001, REDA año 13.

## II. Jurisprudencia

### A. *Tribunales de segunda instancia*

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en pleno, “*Petracca e Hijos S.A.C.I.F.I. y otros c/ Estado Nacional (Ente Autárquico Mundial 78 s/ cobro de pesos*”, sent. del 24/04/86;
- Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, “*Granados Davila, Ricardo y Otros c/ E.N. s/ daños y perjuicios*”, sent. del 07/08/92;
- Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “*Ramírez, Nélide Venancia y otros c/ E.N. (M° de Salud y Acción Social) s/ empleo público*”, sent. del 29/08/95;
- Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “*Llanos, Carlos A. c/Gobierno Nacional- Congreso de la Nación*”, sent. del 21/03/96;
- Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “*Campos Ramón Agustín c/E.N. - E.M.G.E. s/personal militar y civil de las FFAA. y de Seg.*”, sent. del 30/06/98;
- Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en autos “*Esuco SA c/Conet - Ministerio de Educación s/contrato de obra pública*”, sent. del 31/3/99;
- Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “*Constructora Conalsi S.A.I.C. y de Mandatos c/ Dir. Gral. De Fabricaciones Militares s/ contrato de obra pública*”, sent. del 29/04/99;
- Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “*Instituto de Vivienda del Ejército*”

c/ Oreste Biasutto e Hijos S.A. s/contrato de obra pública”, sent. del 03/07/01;

- Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo *in re* “Vargas Claros. Simeón y otros v. EN (DGFM) s/empleo público”, sent. del 07/08/01;
- Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo *in re* “Luna, Víctor y otros v. EN (DGFYI) s/empleo público”, sent. del 2/10/01;
- Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, *in re* “Y.P.F. S.A. -Incidente c/E.N. -PEN M° de Economía s/proceso de conocimiento”, sent. del 25/11/03;
- Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Ticoral S.R.L. (TF 19754-I) c/ D.G.I.”, sent. del. 27/04/07;
- Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Petroquímica Comodoro Rivadavia S.A. y M c/ E.N. -D.G.A.- Decl 8/06 (expte 418.230/02) s/ Dirección General de Aduanas”, sent. del 06/07/10;
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, en la causa “Estado Nacional Estado Mayor General del Ejército c/ Radio Mitre SA s/ desalojo”, sent. del 26/04/11;
- Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal *in re* “Crocco Construcciones SA c/ EN - M° de Infraestructura Vivienda Dirección Naci de AR s/ contrato de obra pública”, sent. del 14/05/13;
- Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “FDM Management SRL c/ EN – AFIP – DGI – RG 3358/12 s/ amparo ley 16.986”, sent. del 20/02/14;
- Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Obregón Miguel Ángel c/ EN –M° Interior – DNM s/ empleo público”, sent. del 05/06/14;
- Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Testa Marcelo Fabián c/ PEN LEY 25.561 DTO 1570/01 214/02 (NACION) y Otros s/ proceso de conocimiento”, sent. del 14/04/15;
- Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa “Granados Poma Héctor Antonio c/ EN - M° Interior - DNM - Disp. 594 - Expte. 2293077/07 s/ recurso directo DNM”, sent. del 18/6/15;
- Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal *in re* “Agencia de Administración de Bienes del Estado c/ Ocupantes Intersección de la prolongación

de las calles Lavarden Suarez y las Vías s/ Lanzamiento Ley 17.091”, sent. del 02/03/17;

- Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa “Ambrosioni Graciela Beatriz y otros c/EN -ANSES y otro s/ proceso de conocimiento”, sent. del 04/04/17;
- Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Moyano, Hugo Rolando c/ Estado Nacional y otro s/ Daños y Perjuicios”, sent. del 01/08/17;
- Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Bunge, Josefina c/ EN - AFIP s/ amparo ley 16.986”, sent. del 24/05/18;
- Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Administración de Parques Nacionales c/ Maldonado Mario Luis s/ varios”, sent. del 09/08/18;
- Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Mancedo, Adrián Fernando y otros c/ EN – M de Seguridad – PNA s/ Personal militar y civil de las FFAA y de seg”, sent. del 27/11/18;
- Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re* “Telecom Personal SA c/ EN-ENACOM s/proceso de conocimiento”, sent. del 07/02/19;
- Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal *in re* “Ar Co Arquitectura Construcciones SRL c/EN - M Educación -(ex Dirección Gral. Arquitectura Educ.) y otro s/Contrato Obra Pública”, sent. del 19/02/19.

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

- Fallos: 102:77; 130:91; 181:257; 253:101; 263:510; 276:104; 293:133; 295:1005; 297:38; 302:545; 303:1994; 306:1138 y 1409; 307:1379; 310:606 y 977; 311:421 y 2088; 312:767, 1003, 1168, 1908, 2266 y 1306; 313:326; 315:2157 y 2350; 316:1335; 317:1225; 318:315; 319:1476 y 1532; 321:158, 347, 714 y 2170; 322:1253 y 1726; 323:4018 y 4046; 324:3219; 325:2394 y 2935; 326:663 y 1263; 327:2818, 3117 y 5118; 328:940 y 3364; 329:772, 955, 805, 4542, 5333 y 5346; 330:4682 y 4893; 330:2849; 331:881 y 1690; 332:1430 y 1704; 333:633; 334:1074; 335:742 y 1227; 336:1127; 337:388; 338:706, 902 y 1455; 339:876; 340:739, 745 y 1688; 341:101 y 289;
- M. 2771. XLI., “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otro s/ amparo ley 16.986”, sent. del 27/12/06;



- A. 1373. XXXII. ORI, *in re* “Administración de Parques Nacionales c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa”, sent. del 19/10/00;
- C. 2701. XL. C. 767. XL., “RECURSO DE HECHO Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo”, sent. del 04/11/08;
- S.C. E.N°43; L. XLIII, “Ejército Argentino c/ provincia de Tucumán s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sent. del 30/11/11;
- B. 674. XLVII “Biosystems S.A. cl EN - MO Salud - Hospital Posadas si contrato administrativo”, sent. del 11/02/14;
- A. 1316. XLIV. ORI, Administración de Parques Nacionales cl Misiones, Provincia de si acción declarativa de inconstitucionalidad”, sent. del 26/03/14;
- L.778. XLIX. ORI, “Luzardo, Gustavo Jorge c/ Buenos Aires, provincia de s/ amparo”, sent. del 15/09/15;
- D.1. L.ORI, “Dezacor S.A. c/ Buenos Aires, provincia de y otra s/ acción declarativa de certeza”, sent. del 24/09/15;
- Causa FPA 21006885/2007/1/RHI, “Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional -Ministerio de Defensa- Estado Mayor General del Ejército en la causa Martínez, Juan Pablo c/ Báez, Olegario y otros s/ ordinario”, sent. del 18/04/17;
- Causa CCF 7428/2014/2/RH1, *in re* “Assine SA c/ Estado Nacional Ministerio de Defensa s/ proceso de ejecución”, sent. del 21/11/18.

C. *Dictámenes de la Procuración General de la Nación*

- S.C., D.302, L.XLV, “Defensor del Pueblo de la Provincia de Tucumán c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo”, dictamen del 31/08/11;
- S.C., D.498, L.XLVI. “Defensor del Pueblo de la Provincia de Chubut c/ Estado Nacional y otros si medida cautelar”, dictamen del 02/09/11;
- FRE 1268/2016/1/1/RH1, “Defensor del Pueblo de la provincia del Chaco c/ Dirección Nacional de Vialidad y otro s/ incidente”, dictamen del 05/09/18.

III. Legislación

- Constitución Nacional;
- Constitución de la provincia de Neuquén;
- Código Civil;
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación;

- Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley 26.994;
- Ley 13.064;
- Ley 16.986;
- Ley 19.549;
- Ley 24.156;
- Ley 24.284;
- Ley 25.148;
- Ley 25.645;
- Ley 25.918;
- Ley 25.967;
- Ley 26.122;
- Ley 26.135;
- Ley 26.944;
- Decreto 1759/72
- Decreto 1023/01;
- Decreto 1204/01.

IV. Dictámenes Procuración del Tesoro de la Nación

- 214:34;
- 220:44;
- 246:125;
- 307:167.