

ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 19 días del mes de noviembre de 2014, se reúnen los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia en acuerdo ordinario para dictar sentencia en los autos caratulados "Fiscalía de Estado de Estado de la Provincia de TDF c/ FUNDATEC s/ Acción de Lesividad", expte. N° 2317/10 de la Secretaría de Demandas Originarias, habiendo resultado que debía observarse el siguiente orden de votación: Jueces Javier Darío Muchnik, María del Carmen Battaini y Carlos Gonzalo Sagastume.

ANTECEDENTES

I.- El Fiscal de Estado de la Provincia de Tierra del Fuego, con patrocinio letrado, interpone a fs. 2/6 la presente acción de lesividad (art. 82 y sigs. del CCA), contra la Fundación de la Unidad Académica Río Grande de la Universidad Tecnológica Nacional (FUNDATEC), solicitando se dicte sentencia haciendo lugar a la misma y consecuentemente se declare la nulidad del decreto provincial N° 175/04 del 8 de enero de 2004, por ser lesivo al interés público.

En el capítulo III de su pieza inaugural (fs. 2/3) relata los hechos que han llevado al organismo accionante a deducir la presente. En tal sentido expone que conforme surge del expediente administrativo N° 11655/03 del Registro de la Gobernación de la Provincia, en fecha 30 de diciembre de 2003 el entonces Ministro de Economía suscribió un contrato de comodato de un inmueble con la demandada, cediéndole gratuitamente por el plazo de quince (15) años el inmueble perteneciente al Fondo Residual Ley 478, sito en calle Perito Moreno N° 1415 de Ushuaia. Dicho acto fue ratificado mediante el decreto provincial N° 175/03, de fecha 8 de enero de 2003.

Posteriormente, relata, en fecha 14 de septiembre de 2009, el administrador del Fondo Residual, remite la nota F.R. N° 227/09, por medio de la cual solicita se instrumenten los mecanismos necesarios para dejar sin efecto el acuerdo señalado, en tanto el mismo excedería el objeto de la entidad a su cargo, habría sido firmado por un funcionario sin competencia para ello y en violación del art. 2262 del Código Civil. Requiere en consecuencia, la restitución del inmueble o la fijación de un canon por lo que resta del término contractual a valores de mercado.

La Secretaría Legal y Técnica del Gobierno Provincial emite el dictamen S.L. y T. N° 498/09 compartiendo los términos del Administrador del Fondo Residual, lo que motiva el dictado del decreto N° 2744/09 por parte de la Sra. Gobernadora, a instancias del cual se declara lesivo al interés público el acto administrativo cuestionado, que fue notificado a la demandada en fecha 07/12/09.

En el capítulo IV del escrito de inicio se detallan los argumentos que fundamentan la procedencia de la acción de lesividad, señalando en primer lugar que la nulidad del contrato de comodato radica en que excedería notoriamente el objeto social del comodante -Fondo Residual-, que era la administración y liquidación de activos para cancelar la deuda mantenida con el sistema previsional. Indica que no se contaban con facultades especiales para firmar el convenio y por tal motivo, tratándose de un órgano esencialmente recaudador, toda liberalidad resultaba claramente ajena a su cometido. Por tal motivo, adoptar un temperamento contrario implicaba efectuar un profundo desarrollo de las razones de interés públicos que justifican su suscripción.

En segundo lugar asevera que se violó el art. 2262 del Código Civil, que exige a los Administradores de bienes ajenos contar con poder especial para celebrar un contrato de comodato respecto de los bienes que administra. Explica que ni el Ministro de Economía ni el Gobernador se encontraban autorizados en los términos habilitados por el legislador. Lo cual era imprescindible tomando en cuenta la afectación que tenía el bien objeto del contrato.

Por los motivos expuestos, entiende, no queda otra vía que instar la acción judicial a los fines de lograr que los Sres. Jueces anulen el contrato.

Finalmente, ofrece prueba y solicita se haga lugar íntegramente a la demanda anulando el decreto 175/04, con costas en caso de oposición.

II.- A fs. 8 y 9 respectivamente, los Jueces Sagastume y Muchnik se excusan de intervenir en las presentes. Mediante el resolutorio de fs. 22/24 ambas inhibiciones son rechazadas.

III.- Resuelta la incidencia, se declara la admisibilidad formal de la demanda, ordenando correr traslado de la misma a la Fundación de la Unidad Académica Río Grande de la Universidad Tecnológica Nacional (FUNDATEC) -fs. 31/31vta.-.

IV.- A fs. 49/62 se presenta FUNDATEC, por medio de su apoderado legal, a contestar la demanda. Interpone como cuestión de previo y especial pronunciamiento la improcedencia de la acción de lesividad, en tanto la vía escogida no sería apta para impugnar un contrato administrativo -como es el caso del presente-, pues estaría restringida sólo a la nulidad de los actos administrativos. Por tal motivo, sostiene, la acción en trato deviene improcedente y debe ser rechazada de plano para evitar dilaciones y gastos jurisdiccionales -apartado III.- a)-.

En segundo lugar -apartado III.- b)-, niega la existencia de la ilegitimidad que admitiría la procedencia de la vía y en el III.- c) hace alusión a la normativa que rige la cuestión en análisis, refiriendo que son las del derecho privado no las derecho administrativo, por cuanto el contrato de comodato es un acto civil, y no administrativo, en un todo de acuerdo con lo establecido por el art. 1º de la ley 551 en concordancia con la regulación del art. 1 de la ley 141. Por tal motivo, argumenta que la acción no puede prosperar en tanto el Fondo Residual es un ente que se encuentra fuera de la estructura del Estado, siendo su naturaleza de derecho privado.

En el capítulo IV desarrolla los antecedentes del caso, apuntando los hechos que determinaron la posesión del inmueble, la firma del acuerdo y la posterior declaración de lesividad, explicando, asimismo, cuales fueron a su entender las circunstancias que originaron el temperamento adoptado, que tendría su matriz en las diversas causas judiciales iniciadas por la demandada contra el Estado Provincial.

Seguidamente -apartado IV.-c)-, alude a que su representada cumplió con todas las obligaciones que tenía a su cargo, entre las que se encontraba la de acondicionar el edificio para poder concretar el dictado de las clases. Insiste en que, tratándose de un contrato, la vía elegida por el Estado es improcedente. En realidad, concluye, lo que la demandante pretende es obtener la modificación del acuerdo originario a fin de obtener el pago de un canon, lo que no podría hacerse sin la voluntad de ambas partes. Aclara también que su representada se encuentra atravesando una situación deficitaria que le impide asumir dicho costo, razón por la cual exige el fiel cumplimiento del pacto.

Culminando su pieza de responde, ofrece prueba, efectúa reserva del caso federal, solicitando que, oportunamente, se rechace la acción de lesividad en mérito a los motivos expuestos, con especial imposición de costas.

V.- Con el decreto obrante a fs. 132 el Estrado ordena se pongan los autos para alegar, actividad procesal que es desplegada por ambas partes de acuerdo a las presentaciones agregadas a fs. 137/138 y 139/150.

VI.- Conferida vista al Sr. Fiscal ante este Estrado en los términos del art. 53 del CCA -fs. 136-, la misma fue evacuada con la presentación de fs. 152/163vta., en la cual el citado funcionario recomienda enviar la causa a mediación.

VII.- Estimando pertinente la sugerencia del Sr. Fiscal, se remiten los autos al centro de mediación, instancia en la cual las partes no pudieron arribar a acuerdo alguno -fs. 188/190-.

VIII.- Llamados los autos para el dictado de la sentencia -fs. 191- y encontrándose la causa en condiciones de ser resuelta, de conformidad al sorteo de fs. 195, la misma fue remitida al primer votante -Juez Muchnik-.

IX.- Devueltas las actuaciones por parte de la Vocalía del Sr. Juez Muchnik a la Secretaría de Demandas Originarias en fecha 12/12/13 -v. fs. 195vta.-, se resuelve convocar a una audiencia conciliatoria para el día 25/03/14, para lo cual se deja sin efecto el llamado de autos para sentencia -v. fs. 196-. Posteriormente, ante el pedido de postergación del acto conciliatorio por la demandada -fs. 199-, se resuelve citar a las partes el día 07/05/14, con el mismo objeto.

X.- Celebrada la audiencia en la fecha indicada y dado que las partes no han podido arribar a una conciliación -fs. 203-, se reitera el llamado de autos para sentencia, ordenándose la práctica de un nuevo cómputo por Secretaría. Cumplido ello, y encontrándose la causa en condiciones de ser resuelta, de conformidad al sorteo ya efectuado -v. fs. 195-, el Superior Tribunal resolvió considerar y votar las siguientes

CUESTIONES:

Primera: ¿Es procedente la acción de lesividad?

Segunda: ¿Qué decisión debe dictarse?

A la primera cuestión el Juez Javier Darío Muchnik dijo:

1.- En forma previa a merituar la materia de fondo involucrada en el proceso -esto es la legitimidad del decreto N° 2744/09 en mérito al cual se resolvió declarar lesivo al interés público el acuerdo que vinculaba a las partes-, corresponde precisar el objeto y alcance de la acción de lesividad, a fin de analizar si es correcto lo expuesto por la parte demandada en cuanto a que los contratos administrativos no serían pasibles de ser anulados por dicha vía.

Como bien lo ha señalado el Sr. Fiscal ante el Estrado en su dictamen -v. específicamente fs. 153vta. y 154-, el Código Contencioso Administrativo ha diseñado un esquema de actuación de la acción de lesividad que admite una amplia impugnación, comprensiva tanto de los actos como de los contratos. Textualmente el art. 84 de la ley de rito refiere: “La acción será promovida contra quién resulte beneficiado por el acto o contrato administrativo impugnado”.

No cabe duda que el acto cuestionado se vincula a un contrato administrativo, en tanto se encuentran reunidas sus notas características –según la postura adoptada por el Tribunal in re: "Anzilotti Celina c/ Instituto Provincial de la Vivienda s/ contencioso administrativo", Expte. N° 175/95 SDO, sentencia del 29 de noviembre de 1995, reg. al T° III F° 113/115-, ya que fue celebrado por el Estado, en ejercicio de función administrativa y destinado al servicio educativo.

El propio legislador ha sido entonces el que ha descartado la posición asumida por la parte demandada optando por un esquema que extiende el alcance de la acción de lesividad, compatible con el estricto cauce al cual deben someter su actuación los funcionarios habilitados a comprometer la voluntad de la administración, conforme lo ha señalado este Tribunal en un reciente pronunciamiento “Rectificadores Fuegosinos S.A. c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo”, expediente N° 2440/10 SDO, sentencia del octubre del 2013, T° LXXXIV, F° 149/162.

La norma señalada no mereció objeción ni referencia alguna de la parte demandada, lo cual se imponía atento a que se trata de una prescripción de derecho positivo que resulta contraria a la posición que asumió en su responde.

La cita doctrinaria efectuada por la demandada y en cuya autoridad sustenta la imposibilidad de impugnar contratos por esta vía, no altera la conclusión expuesta, en tanto la misma se efectuó teniendo en miras un sistema procesal ajeno al que domina la materia en el orden local. En efecto, nuestro Código Contencioso Administrativo adoptó un mecanismo de multiplicidad de pretensiones -art. 25, ley 133-, con una amplia legitimación -art. 6, ley 133-, admitiendo la distinción entre proceso ordinario y sumario, descartando en consecuencia la concepción que propugnaba la división entre procesos de plena jurisdicción y anulación -de

raíz francesa-, que restringen las pretensiones que pueden proponerse al Tribunal.

En mérito a lo expuesto, debe rechazarse la defensa de la accionada en cuanto cuestiona la idoneidad de la acción de lesividad para impugnar contratos administrativos.

2.- El decreto N° 2744/09 -v. fs. 45/46 del expediente administrativo N° 11655/03 del registro de la Gobernación de la Provincia-, declaró lesivo al interés público el decreto N° 175/04 afirmando que el mismo no se encuentra fundado en el derecho aplicable, lo que originaría un vicio en su causa que amerita su declaración de nulidad en esta sede. Ello así al relevarse la normativa vigente al momento de su dictado, el objeto allí previsto y la naturaleza jurídica del contrato firmado.

No se encuentra discutido en autos que el convenio fue suscripto entre el Sr. Ministro de Economía y el Presidente de la Fundación demandada -v. fs. 19 del expediente administrativo N° 11655/13- en fecha 6 de enero de 2004 y que luego fue ratificado por el Sr. Gobernador mediante el decreto N° 175/04 -cuya nulidad se pretende- en fecha 8 de enero de 2004. El punto a discutir se centra en determinar si el objeto materia del acto, se encontraba al alcance de la voluntad de las partes, postura de la demandada, o si por el contrario, este debía respetar la voluntad del legislador, postura de la actora y, por tanto, insusceptible de constituirse en materia del contrato en cuestión tal y como se convino.

La actuación de los funcionarios públicos, incluso los de mayor jerarquía, se encuentra condicionada por el contexto normativo que los autoriza a actuar, o en su caso, a abstenerse de hacerlo. Las atribuciones del Gobernador y del Ministro de Economía se encuentran previstas en la Constitución Provincial y en la ley de Ministerios, de tal contexto surge la prohibición de actuar de manera contraria a lo expresamente previsto o fuera del espacio discrecional autorizado.

En primer lugar corresponde precisar que tanto el Ministro de Economía al suscribir el convenio, como el titular del Poder Ejecutivo al ratificarlo, han obrado apartándose del objetivo previsto por la normativa que regulaba los bienes que se dispusieron para ser realizados por el denominado Fondo Residual. La creación de un ente por mandato legislativo, dotado de personalidad jurídica y con una finalidad específica, para cuyo cumplimiento se habían transferidos determinados bienes, vedaba a los citados funcionarios dicha posibilidad, al impedir la mutación del objetivo esencial para el que se creaba el organismo y su contenido patrimonial, o no estar prevista tal posibilidad legalmente.

Ahora bien, el vicio apuntado podría considerarse relativo, ya que era superable por la firma del acuerdo por parte del titular del Fondo Residual, que había dado su visto bueno al mismo. Sin embargo, pese a que no existe duda alguna de que el bien inmueble se encontraba bajo la órbita de dicho organismo -v. asiento registral de fs. 46vta.-, la finalidad específica atribuida por la ley a los bienes asignados al mismo, impedían incluso a su titular la posibilidad de ceder su uso a título gratuito.

El art. 5 de la 478 -conforme lo destaca el Sr. Fiscal ante el Estrado-, fija claramente el destino de los fondos que resulten de la realización de los bienes encomendados al Fondo Residual en los siguientes términos: “El Estado provincial asume el carácter de deudor con el Instituto Provincial de Previsión Social hasta la suma de PESOS DOSCIENTOS OCHO MILLONES (\$ 208.000.000.-) monto que proviene de los créditos que tal Instituto posee contra el Banco de la Provincia de Tierra del Fuego, garantizándose su cancelación con los importes que, entre otros, provengan del Fondo Residual por la realización de los inmuebles y el recupero de la cartera crediticia que el mismo lleve a cabo, activos que recibiera en virtud de lo establecido en el artículo 3º, como así también de las utilidades que el Estado provincial podría percibir por su participación accionaria en el Banco Tierra del Fuego Sociedad Anónima” (el destacado es de mi autoría).

Por su parte, el art. 2 de la ley 486 que regula lo concerniente al organismo recaudador, especifica: “El objeto del Fondo Residual consiste en la administración y/o realización en cualquiera de las figuras legales vigentes, de los bienes muebles e inmuebles, y de los créditos eventuales y contingentes que asuma como propios el Estado Provincial, representado por el Poder Ejecutivo Provincial, conforme a la Ley Provincial N° 478, como así también los bienes de propiedad de la Provincia y sus entes autárquicos y descentralizados

que permitan a aquélla cancelar las obligaciones asumidas con el Instituto Provincial de Previsión Social por la citada ley”. (énfasis agregado).

Esto es coincidente con las funciones que la normativa imponía al Administrador, entre las que se encontraban: “...el cumplimiento por cuenta y orden de la Provincia, de todas las funciones que se le han asignado o se le asignan por otras leyes específicas, y la realización de todo acto jurídico tendiente al cumplimiento de su objeto;” (art 3, inc. c, ley 486, el destacado no se encuentra en el original), como así también: “...la protección, control, administración y realización de bienes muebles, valores, derechos, títulos, créditos, inmuebles y demás bienes que componen el Fondo Residual” (art 3, inc. h, ley 486).

Las facultades atribuidas al Fondo Residual para lograr su cometido –art. 4, ley 486- se encontraban ordenadas claramente al cumplimiento de su objeto y consistían, entre otras, en: realizar todos los actos de administración y disposición que resulten necesarios, respecto de los bienes muebles e inmuebles, derechos y créditos incluidos en el Fondo Residual Ley Provincial N° 478, conforme a lo establecido en la misma (inc. a); ejecutar todos los demás actos de disposición para los que esté facultado expresamente por esta ley, sus normas reglamentarias y las leyes especiales que, en su consecuencia se dicten (inc. b); y suscribir en representación de la Provincia toda la documentación necesaria para la “...instrumentación de las operaciones que se lleven a cabo para el cumplimiento de su objeto” (inc. e, énfasis agregado).

El fin al que aluden los artículos referidos, al cual debe ajustar su accionar el Administrador del Fondo Residual, se reitera en el art. 24 de la ley 486, que sobre el punto establecía: “El producido de la realización y cobro de activos previsto por los mecanismos de la presente Ley, será destinado al pago de la deuda contemplada en el artículo 5° de la Ley Provincial N° 478, previa deducción de los costos establecidos en el Capítulo XI de la presente Ley”.

A tal punto el legislador fue celoso con el cumplimiento estricto de la finalidad del Fondo Residual, que si bien dispuso en el art. 30 de la ley 486 que debía solventar los gastos necesarios para efectuar las operaciones de transferencia a su órbita de los activos, pasivos, créditos eventuales y contingentes, y bienes muebles e inmuebles, que se encuentren bajo el dominio del Poder Ejecutivo, advirtió expresamente que esta sería “...la única excepción a lo previsto en el artículo 24 de la presente Ley” que, tal cual se remarcó, disponía que las sumas provenientes de la realización de sus activos, previa deducción de gastos y costos de funcionamiento, sería destinada a la cancelación de la deuda con el IPAUSS.

No basta la mera intención de actuar o acordar si ello no se hace con ajuste al principio de legalidad, pues sabido es que los órganos de la Administración sólo pueden hacer aquello para lo que se encuentran autorizados y en la forma determinada para conformar una voluntad válida y jurídicamente relevante; ello sin perjuicio de las consecuencias eventuales y futuras que en su caso procedan (in re: “Rectificadores Fueguinos S.A. c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo”, supra citado).

Si el Fondo Residual estaba sólo habilitado para realizar aquellos actos que estuvieran destinados específicamente al cumplimiento de su objeto y no distraer fondos en otro cometido -art. 5 ley 478 y 24 ley 486-, exceptuando únicamente los gastos de funcionamiento -art. 24, 26 y 27 de la ley 486- y los necesarios para transferir los activos del Poder Ejecutivo provincial a su patrimonio -art. 30, ley 486-, resulta claro que los inmuebles pertenecientes al mismo no podían ser utilizados con otro propósito. Es que conforme lo ha destacado el Tribunal en un precedente, cuyos conceptos son plenamente trasladables al caso: la materia en análisis involucra un ámbito situacional en donde la autonomía de la voluntad se encuentra fuertemente jaqueada por la misma naturaleza del rol que cumplen los funcionarios públicos, que en el ejercicio de sus respectivos cargos sólo pueden hacer aquello que previamente esté autorizado que hagan, tanto legal, reglamentariamente o por orden de autoridad competente. Y el propio rol que cumplen no es disponible en términos absolutos y conlleva una serie de prohibiciones e incompatibilidades (vr.g. lo que establece la Ley Nacional 25.188 de “Ética en la Función Pública”) además de un fuerte condicionamiento reglado que los obliga a privilegiar la satisfacción del interés público, por sobre su interés particular” (in re: “Ricciuti, Claudio Alberto c/ Provincia de Tierra del Fuego s/ Contencioso Administrativo – Medida Cautelar”, Expte. N° 2426/2010 de la SDO, sentencia del 19 de octubre de 2010, TOMO LXX F° 121/129).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforme lo destaca con acierto el Sr. Fiscal ante este Estrado, orienta su jurisprudencia en el mismo sentido al referir: "...cabe recordar la jurisprudencia de esta Corte conforme a la cual los contratos públicos están sujetos a formalidades preestablecidas y contenidos impuestos por normas que prevalecen sobre lo dispuesto en los pliegos, lo cual desplaza la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes (conf. Fallos: 316:3157). El ente licitante no pudo así, en las bases del llamado a licitación 28/92, insertar cláusulas que no respetaban disposiciones vigentes en materia de administración y disposición de bienes estatales" (in re: "El Rincón de los Artistas c/ Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario", E. 441, XXXVIII, sentencia del 30 de septiembre de 2003).

En este caso, la voluntad o intención individual de los funcionarios de adjudicar el bien en forma gratuita no se compadece con la normativa atinente al asunto en discusión, que no sólo no abarca este supuesto sino contraría en forma franca los principios que la inspiraron, razón por la cual no exige esfuerzo advertir que el acto así concretado se ha desentendido del derecho aplicable. Tampoco en el caso es dable advertir el aporte de fundamentos que abonen, legalmente, alguna situación de crisis que hubiese podido justificar, por un plazo razonable, la cobertura de una necesidad apoyada en algún interés general concreto y que trascienda del mero objetivo educacional en abstracto, que como meta hubiera permitido la validez del acto cuestionado, al amparo de circunstancias subsumibles en el ámbito de la discreción reglada -antecedentes de hecho-. Situación esta que se imponía atento a lo señalado por el Tribunal de Cuentas en su intervención -fs. 6/7, del expediente administrativo N° 11655/2003- en orden a la debida fundamentación que debía contener el acuerdo, en función de los antecedentes del caso, tal cual lo destacó el Sr. Fiscal ante este Estrado en su dictamen -v. específicamente fs. 160vta. de esta causa-.

La afirmación del demandado respecto a que el Fondo Residual es un sujeto de derecho privado, en nada modifica la conclusión arribada pues, amén de que sea discutible el carácter eminentemente privado del mismo -nótese que es controlado por el Tribunal de Cuentas-, lo cierto es que el acto en análisis fue firmado por el Ministro de Economía y ratificado posteriormente por el Gobernador, razón por la cual en nada puede influir la prédica en tal sentido.

Que no debe perderse de vista, que la ley de creación del Fondo Residual fijó un propósito fundacional y esencial para sus bienes, razón por la cual no sería razonable centrarse en disquisiciones en torno a la naturaleza jurídica del ente, que signifiquen alterar el principio por el cual se le dió nacimiento. Por el contrario, lo lógico es suponer que una vez signado el objetivo, las herramientas legales se interpreten del modo más adecuado a su cumplimiento, sin que la naturaleza del sujeto pueda ser fundamento para alterar el diagrama que se tuvo en miras con su creación.

Y si bien, pudo resultar acorde con el fin de "administrar" previsto en la normativa citada, la postura indicada por el administrador del Fondo Residual, en orden a mantener el "status quo" con relación al uso del edificio con una finalidad que se venía desarrollando al momento en que el bien es transferido a dicho ente -v. fs. 1 del expediente administrativo N° 11655/2003-, lo concreto es que el contrato firmado desorbitó aquélla atento a la ausencia de fundamentos que la hubiesen justificado y que ahora podrían valorarse y, al plazo previsto para dicha modalidad.

Insiste reiteradamente la demandada respecto a que el acto firmado con el Poder Ejecutivo reviste naturaleza privada, argumento que se contrapone con la naturaleza pública del sujeto que lo ha rubricado, el objeto involucrado y su finalidad. Sin perjuicio de ello, cualquier duda debe resolverse en favor de la aplicación de las normas de derecho público, por imperio de lo dispuesto en el art. 4 del CCA; ahora bien, reconocer que el destino educativo tiñe al contrato de un tono publicista no contradice la procedencia de la acción, pues admitir la importancia de su propósito, no implica que éste deba alcanzarse de cualquier modo -como bien lo ha destacado el Sr. Fiscal ante el Superior Tribunal, v. fs. 158- menos aún cuando el bien que se ha elegido para ello poseía una asignación específica por ley.

Refuerza lo expuesto la regulación del art. 2262 del Código Civil que prohíbe a todos los administradores de bienes ajenos, públicos o particulares, prestar dichos bienes, sin contar con poderes especiales para ello.

Situación esta que impide considerar al comodato como un simple acto de administración.

En este contexto no resulta correcto aceptar que el préstamo del inmueble sea inherente a las facultades que posee el administrador para vender los bienes, por cuanto las atribuciones conferidas, como se vió, tenían un designio específico -liquidación para solventar la deuda con el Instituto Previsional-, que claramente no se cumple con el préstamo gratuito por un largo período de tiempo, en tanto la habilitación para enajenar nació condicionada por su finalidad.

No modifica la circunstancia apuntada, el hecho manifestado por la demandada en su alegato respecto a que existirían otros bienes cedidos en comodato en idéntica situación. En primer lugar, porque no se están evaluando dichos antecedentes en esta instancia -lo cual impide conocer la similitud de circunstancias y lógicamente pronunciarse al respecto- y en segundo término, tampoco se han acompañado argumentos o documentos que permitan inferir que en este caso particular se hubiesen tomado como antecedentes aquellas situaciones mencionadas. Asimismo, cabe destacar que la eventual irregularidad de otras cesiones -de así demostrarse-, en nada mejora su posición procesal, pues no es admisible invocar el principio de igualdad ante situaciones ilegítimas, y aún cuando aquellas estuvieren justificadas -extremo que aquí sólo puede suponerse- ello no mejoró “per se” el vicio del contrato que se está analizando.

Como bien lo expresa el Sr. Fiscal ante el Cuerpo en su dictamen, la cesión a título gratuito no sólo privó de ingresos al Fondo Residual, sino que también incide en el valor de realización del inmueble. Es que no puede dudarse que “...es la gratuidad del acto lo que lleva a la ley a crear un marco de protección para quien entregue bienes en comodato, en relación con personas que, de concretarse el préstamo de uso, quedarían particularmente expuestas a una pérdida de las ganancias que podrían obtener de la utilización económica de esos bienes ...el hecho de entregar en comodato una cosa que se podría haber alquilado se traduce, en definitiva, en la pérdida de la renta que habría podido producir la cosa.” (cfr. “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, obra colectiva Director Bellucio, Coordinador Zannoni, Ed. Astrea 2004, T. 9, pags. 1052).

Que lo analizado impide encauzar lo actuado por los signatarios del acuerdo en el marco de sus atribuciones, lo que se tradujo en que el mismo padezca un vicio de origen en la manifestación de voluntad de la Provincia. Este accionar implicó apartarse en forma palmaria del derecho aplicable, afectando en consecuencia un elemento esencial del acto administrativo, como es su causa. Así lo establece el art. 99, inc. b), de la ley 141 al referir: “Son requisitos esenciales del acto administrativo: b) sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;”.

Debido a la importancia que se le asigna al sustento jurídico y al encuadre en derecho como eslabón fundamental en la teoría del acto administrativo, la propia ley castiga con la máxima severidad su incumplimiento. En tal sentido el art. 110 de la Ley 141 dispone que: “Será nulo de nulidad absoluta el acto que hubiere sido dictado con: ...b) falta de causa o motivación;”.

Cabe destacar, finalmente, que todos estos recaudos han sido valorados a la fecha en que se ha ratificado el acuerdo por parte del titular del Poder Ejecutivo -decreto N° 175/04-, en tanto el objeto de la acción en trato reclama restringir el conocimiento a dicho período temporal. Las argumentaciones relacionadas con actos y hechos posteriores escapan al objeto de la pretensión tal cual ha sido propuesta ante este Tribunal. Nótese que el cambio de titularidad del inmueble en mérito al dictado de la ley 783 -según surge de su art. 17-, no modifica el vicio originario que contenía el acto, pues la Provincia contará con un bien en su acervo, del cual no podrá disponer como consecuencia de un gravamen que tiene su génesis en un acto ilegítimo. Es claro entonces que la norma dictada no posee relevancia suficiente para incidir en el objeto reclamado, al punto que ni la parte demandada afincó su defensa en dicho extremo.

Que en consecuencia, ha sido ajustada a derecho la Resolución N° 2744/09 en cuanto declaró la lesividad del decreto N° 175/04, dado que conforme surge de las consideraciones volcadas en los párrafos precedentes, la misma padecía de vicios manifiestos que la convertían en nula de nulidad absoluta -conforme art. 99, incs. b, y e, en relación al art. 110, inc. d, de la ley 141.

El transcurso del tiempo no puede por sí mismo purgar una situación viciada en su origen, ya que ello importaría la convalidación de hechos carentes de la juridicidad necesaria para su pleno reconocimiento. Y ello no traduce una circunstancia de inseguridad jurídica, todo lo contrario, se incardina en el esfuerzo republicano de dotar de eficacia solo a aquellos comportamientos que hubiesen sido respetuosos de las posibilidades funcionales de sus intervinientes. La seguridad jurídica anhelada por todos, sólo puede construirse sobre actos o hechos que permitan resistir los embates del tiempo, desde una base legal que los proteja y no cuando el arbitrio del funcionario no pueda estar encauzado en aquél marco. Si así no fuera, perdería sentido y sustento el fuerte condicionamiento que rige la actividad de los funcionarios públicos cuando administran un patrimonio que no les pertenece.

Es que tal como se ha señalado en un precedente anterior: “El ‘voluntarismo’, al margen de las buenas intenciones que lo inspiren, ostenta el vicio originario de ser incapaz de perdurar más allá de la buena voluntad de sus autores o promotores. Ello es lo que explica la imposibilidad de la Administración de hacer con el patrimonio estatal lo que le plazca, no rigiendo aquí la autonomía de la voluntad que rige en el ámbito privado. La Administración solo puede realizar y ejecutar aquello que expresamente le está permitido hacer y la normativa que materializa el Principio de Legalidad, no solo debe cumplir el requisito de vigencia, su validez debe también estar inexorablemente presente.” (v. mi voto in re: “Fiscalía de Estado de la Provincia c/ Poder Ejecutivo Provincial s/ Medida Cautelar”, expediente N° 2.245/09 SDO, sentencia del 16 de diciembre de 2009, reg. al T° LXVII F° 183/201).

En mérito a estos argumentos es que el Tribunal ha sostenido invariablemente la imprescriptibilidad de la declaración de lesividad de los actos y contratos nulos de nulidad absoluta, en tanto ello implicaría hacer perdurar en el tiempo decisiones írritas para el ordenamiento jurídico. Expresamente sobre el punto se ha dicho: “La acción para solicitar la nulidad debe ser imprescriptible, ya que cumple una finalidad purgativa o purificadora, pudiendo decirse que la declaración de nulidad de un acto gravemente viciado es una finalidad relevante, que se cumple ‘en interés de la ley’ más que en el interés del recurrente...No hay que olvidar la ilegalidad de un acto administrativo es un vicio de orden público que afecta al imperio de la ley, a la certeza del derecho y al accionar de la Administración”; que “La Administración debe revocar el acto nulo en cualquier momento..., y si no puede hacerlo por ella misma tiene que pedir al juez la declaración de nulidad...”; y que “Los actos nulos deben ser imprescriptibles por afectar el orden público, al ser producto del accionar administrativo en contra del ‘bloque de legalidad’ a que está sometido” (Hutchinson, Tomás, ‘Ley nacional de procedimientos administrativos’, Ed. Astrea, 1993, págs. 498 y 500’.)” (in re: “I.P.A.U.S.S. c/ Runicki, Ana s/ Acción de Lesividad”, Expte. N° 1.995/07 SDO, sentencia del 12 de junio de 2009, registrada al T° LXVII, F° 11/21; “I.P.A.U.S.S. c/ Lucena, María Rosa s/ Acción de Lesividad”, Expte. N° 2070/08 SDO, sentencia del 18 de febrero de 2010, registrada al T° LXVIII, F° 63/69; “Sargenti, Roberto Antonio c/ Municipalidad de Ushuaia s/ contencioso administrativo”, Expte. N° 2067/08, sentencia del 27 de octubre de 2011, T° LXXIV, F° 168/180, entre otros).

3.- Que todo lo dicho se ajusta estrictamente a los hechos y pruebas que determinaron la conformación del conflicto judicial sometido a decisión de este Tribunal, que no permite, a mi juicio, otra solución jurídica para la cuestión.

Por otra parte, el alcance temporal del resolutorio, conforme a su naturaleza jurídica -declarativa- y objetivos de la acción promovida, se proyectan ex nunc.

4.- El análisis precedentemente efectuado resulta estrictamente ajustado al objeto propuesto a conocimiento del tribunal, de manera tal que la declaración que se manifiesta, sobre la ausencia de validez del comodato en virtud del cuál se materializó la relación entre las partes del presente juicio, no resulta por sí misma una manifestación jurisdiccional que pueda interpretarse como desentendida de las consecuencias que pudieran afectar a la comunidad educativa que viene actuando en el lugar.

La resolución de un conflicto en términos de justicia, obliga a verificar que la solución alcanzada mediante la aplicación rigurosa del sistema normativo, no conduzca a resultados severamente disvaliosos. Conforme

lo recuerda reconocida doctrina, el control consecuencialista de la decisión: "...se enfoca en el análisis de las consecuencias generales jurídicas o económico-sociales que puede producir la decisión en el futuro. Hemos dicho que funciona como una alarma de la solución; si la consecuencia conduce a un estado de gravedad institucional, la Corte ha dicho que debe prevalecer esta última, por lo tanto deberán buscarse los mecanismos para compatibilizar la solución con el menor daño institucional posible." –cfr. LORENZETTI, RICARDO LUIS, "Teoría de la Decisión Judicial - Fundamentos de Derecho", Ed. Rubinzal - Culzoni, 1ra. ed. 2008, pág. 192-.

En casos como el presente, donde los derechos en colisión revisten una importancia vital, el resultado final no se conforma con reconocerlos como respuesta directa de la aplicación estricta de la ley, pues hacer justicia es mucho más que eso, e implicará también preservar el contenido esencial del bien –en el caso, la educación-, afectado por la decisión. Recuerda con acierto el autor supra citado que: "La Corte Suprema ha dicho con reiteración que la interpretación no puede prescindir de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad" –cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, ob. cit., pág. 188-. (fallos 302:1284).

Las consideraciones del Alto Tribunal en el precedente "Saguir y Dib" –sentencia del 06-11-80-, constituyen una manifestación exponencial de esta situación, en tanto se ha dicho: "Que las excepcionales particularidades de esta causa, precedentemente expuestas, comprometen al Tribunal, en su específica misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, a ponderar cuidadosamente aquellas circunstancias con la finalidad de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto; lo cual iría en desmedro del propósito de `afianzar la justicia´ enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad...ello así por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (doctrina de Fallos: 249:37 y sus citas)." (Fallos, 302:1284, específicamente cons. 7º del voto de la mayoría).

Esta postura ha sido mantenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Bustos", en el cual señaló: "Que, como a todas luces es evidente, el caso tiene una gravedad institucional de insospechable trascendencia por el impacto que el pago más o menos inmediato tendría sobre la economía, las finanzas y, en verdad, sobre la vida nacional. Sería, pues, gravemente imprudente dejar de considerar las consecuencias de un fallo de esta Corte en las presentes circunstancias. Un fiat iustitia peream ego perem mundis, hacer justicia aunque se caiga el mundo, en rigor no es hacer justicia sino destruir las bases mismas de las relaciones en las cuales se persigue hacer valer la llamada justicia. Hacer justicia conmutativa, singular y pura entre bancos y depositantes sin atender el contexto de las enormes injusticias distributivas existentes y las nuevas que sobrevendrían, conculca la idea misma de justicia a secas, legal, general o como quiera llamársela en doctrina. La justicia conmutativa que debe presidir las relaciones contractuales no puede entrar en conflicto con el interés general o el bien común, con el bien de todos y no sólo el de algunos..." (v. considerando 14º del voto de la mayoría, in re: "Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo", B. 139. XXXIX, sentencia del 26 de Octubre de 2004).

El caso "Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación", R. 1309. XLII, sentencia del 23 de mayo de 2007, orienta su línea argumental en el mismo sentido: "Que, en esta línea de razonamiento resulta claro que, decisiones con las repercusiones de la presente, no pueden dictarse desatendiendo las graves consecuencias que, de modo inmediato, derivarán de ella. Ello exige que el Tribunal, en cumplimiento de su deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar el caos institucional o la eventual paralización del servicio de justicia, establezca pautas claras y concretas acerca de la manera en que los efectos de su pronunciamiento operarán en el tiempo (confr. resolución 7/2005 ya citada)" –v. considerando 22º del voto de la mayoría -. Esta doctrina fue ratificada en el precedente "Cherquis, Ernesto s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", sentencia del 23 de mayo de 2007.

La actual vigencia de la ley 783, que atribuye la propiedad del inmueble a la parte actora y la deslegitimación del contrato administrativo por el que gratuitamente se cedió el uso del edificio en cuestión, no deben ser interpretados de manera de otorgar derechos omnímodos a una parte de la relación jurídica que justamente es la que tiene la obligación de velar por la educación como un cometido esencial (art. 57 C.P.).

La plena propiedad del inmueble en manos del gobierno de la Provincia, sin condicionamientos establecidos por actos viciados de nulidad absoluta, no puede ni debe ser una circunstancia que entonces se oponga al conjunto de intereses que confluyen en esa comunidad educativa.

Si bien se advierte la absoluta ausencia de prueba documental y argumental que permita dimensionar con un asequible grado de razonabilidad y responsabilidad, los parámetros estadísticos que conforman a dicha comunidad educativa, en el contexto de los establecimientos que allí funcionan, como por ejemplo: cantidad de alumnos; planes de estudio; niveles de enseñanza, matrícula programada; situación económica y financiera; objetivos alcanzados; programas lanzados y sus proyecciones; horarios curriculares; opiniones de directivos, docentes, alumnos y padres; inversiones efectuadas en infraestructura; lo cierto es que los años transcurridos permiten solo inferir los intereses de quienes no han tenido voz en el presente proceso y que podrían verse afectados ante una eventual imprudente y apresurada toma de decisiones, que sólo mire al reconocimiento de un derecho que aquí se declara en concordancia con la mencionada ley 783.

El cometido esencial, prioritario e indeclinable de la educación que nuestra carta magna establece, no solo es puesto en cabeza de un gobierno, es fijado como una política de estado a resguardarse, justamente, por el Estado. El Poder Judicial en consecuencia, tomando en cuenta que se encuentra frente a un caso concreto sometido a su decisión en forma voluntaria por las partes y con su jurisdicción aún abierta, no puede ni debe desentenderse de dicho objetivo. Y si bien se han efectuado a lo largo del proceso, medidas tendientes a que las partes puedan resolver el conflicto por sus propios medios, en contextos favorecidos por este tribunal para que ello se materialice, el fracaso de tales ámbitos de discusión y debate no puede ser motivo para que, luego de un fallo, se genere una situación de inestabilidad que frustre derechamente las expectativas de quienes sin responsabilidad directa en el caso, vean cancelarse sus respectivos planes de vida.

El presente caso nos pone a prueba a todos aquellos que tenemos la responsabilidad de velar por aquella política de estado que tiene la trascendental importancia estratégica de alcanzar a ciudadanos en formación. En este contexto no puede un fallo de la máxima instancia judicial de la Provincia, eludir la enorme responsabilidad de sus consecuencias y por tanto debe fijar sus alcances, a efectos de que no sea tomado como catalizador de mayores conflictos y se aleje del objetivo pacificador que debe albergar. En este sentido, que un fallo se ajuste a derecho y a las constancias comprobadas de la causa, no alcanza por sí solo para resolver un conflicto, de la naturaleza y características del que hoy nos convoca.

Por lo tanto, y advirtiendo que la declaración de invalidez del contrato administrativo aquí analizado, no resulta exclusivamente proyectado a un ámbito estrictamente económico, en tanto se relaciona con un establecimiento educativo que releva variables que trascienden ese dato, al involucrar a una comunidad que allí se viene desarrollando en una materia por la que el Estado Provincial es garante, procederá fijar algunas pautas de comportamiento institucional que deberán guiar los pasos a seguir:

- a) Deberá reanudarse en forma inmediata, con posterioridad a la firmeza del fallo, un ámbito de diálogo entre las autoridades del Gobierno de la Provincia, propietaria del inmueble y las de la fundación, para que de manera actuada se vaya arribando a una solución consensuada sobre la marcha del establecimiento.
- b) El ámbito de discusión y debate no podrá estar presidido, por un lado, por el mero ejercicio de un derecho de propiedad incondicionado y del otro lado, por el ciego planteo de un derecho viciado en su origen.
- c) Deberán permitirse, de manera ordenada y programada, las opiniones que reflejen la representación del alumnado, padres y docentes.
- d) El pleno conocimiento del funcionamiento económico y financiero por parte de las autoridades de la

fundación demandada debe ser parte ineludible de esa mesa de diálogo, como prueba cabal de la transparencia con la que se pretende resolver el conflicto. Ello posibilitará el análisis de soluciones que, permitiendo la continuidad del establecimiento en el mismo lugar, no frustre ni impida el desarrollo de nuevas o distintas unidades educativas por parte del Gobierno Provincial para afrontar contingentes demandas inherentes en la materia.

e) En modo alguno las alternativas de solución que se vayan aportando, deben prescindir de la continuidad de un servicio educativo que no podría extinguirse de manera abrupta y traumática, sino que ese horizonte de proyección, a todo evento, deberá ser el resultado de un consenso en el que programadamente y de forma gradual se avizore tal modalidad, con la voluntad concurrente de las partes del presente conflicto.

f) La fijación de un canon o alquiler, razonablemente establecido, deberá ser analizado tanto sobre el establecimiento Provincial actualmente ocupado, como de aquél que pudiera resolver situaciones de necesidad que quepa afrontar a la parte actora.

g) Ninguna medida de acción directa, en el ámbito jurisdiccional o en sede administrativa podrá ser adoptada con desconocimiento y en contra de los altos intereses en juego, de manera de significar un incremento del conflicto, con afectación directa e inmediata sobre las personas que forman parte de la comunidad educativa administrada por la fundación demandada.

Sin perjuicio de lo que naturalmente vaya fluyendo en la mesa de diálogo que procede materializar, en el contexto de los parámetros indicados precedentemente y de los que en el mismo sentido las partes acuerden, aquellas opciones que éstas de modo consensuado se obliguen a concretar, no podrán alterar unilateralmente la ejecución de años lectivos en marcha, debiéndose en dicho caso prever alternativas económicas que permitan que ambas puedan alcanzar sus respectivos objetivos, extremo éste que importará el análisis a efectuar en el caso de evaluarse la hipótesis de fijar un canon o alquiler y su tiempo de duración. En este esquema el apego a las formas para la asunción de compromisos, deberá ser la regla ineludible para representar las voluntades de las partes.

En consecuencia y apelando a la naturaleza representativa que los sujetos involucrados ostentan, se exhorta al cumplimiento del fallo y sus alcances con el objeto de que la juridicidad anhelada por todos, no se alce como un valladar infranqueable que afecte mortalmente a los intereses de política educativa que todos debemos defender.

Ello así, voto por la afirmativa a la cuestión propuesta.

La Sra. Juez María del Carmen Battaini comparte los fundamentos expresados por el ponente y adhiere a los mismos, votando la cuestión propuesta en igual sentido.

A la primera cuestión el Juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

1. De conformidad con la mecánica trazada por el Tribunal para el abordaje de los procesos de lesividad (v. sentencias del 16 de octubre de 2012 en autos "I.P.A.U.S.S. c/ ZANARELLO, ABEL s/ ACCION DE LESIVIDAD" expediente STJ-SDO N° 1992/07, registrada en T° LXXIX F° 1/15; del 27 de marzo de 2012 en autos "IPAUSS c/ MENDY, TERESA s/ ACCION DE LESIVIDAD", expediente STJ-SDO N° 2068/08, registrada en T° LXXVI F° 140/175 y del 8 de junio de 2011 en autos "IPAUSS c/ Salomón, María Cecilia s/ Acción de Lesividad", expediente STJ-SDO N° 2132/08, registrada en T° LXXIII F° 17/25), el primer examen que se impone realizar para dar respuesta al interrogante formulado, se centra en la validez del decreto provincial N° 2744/09, que declaró lesivo al interés público -por no haberse fundado en el derecho aplicable- el decreto provincial N° 175/2004, por el cual se ratificó el contrato de comodato de inmueble registrado bajo el N° 9057, suscripto entre el entonces Ministro de Economía, Obras y Servicios Públicos y la Fundación aquí demandada.

Con tal fin examinaré el expediente administrativo N° 11655, Año 2003, del Registro de la Gobernación provincial, por el que tramitó la contratación reputada inválida y que la actora ofreció como prueba en su

escrito inaugural.

Del mismo se desprende que FUNDATEC estuvo en uso del inmueble sito en Perito Moreno 1415 de esta ciudad desde el año 1998, habiéndolo afectado a la instalación del Colegio Integral de Educación Ushuaia (CIEU), conforme autorización del Ministerio de Educación de la Provincia. En tal situación solicitó el comodato del edificio al Administrador del Fondo Residual, ente que recibió la propiedad por transferencia de la Provincia, con motivo de la ley N° 478 (fs. 2).

La petición fue cursada por el citado funcionario al Ministro de Economía, Obras y Servicios Públicos mediante la Nota N° FR 375/03 del 9 de octubre de 2003, en la que se indica que se mantuvo “la situación de ocupación del inmueble como se venía dando, ya que tal situación era la que mejor resguardaba la integridad y mantenimiento del inmueble”. También consigna que otros inmuebles pertenecientes al Fondo Residual fueron dados en comodato al Gobierno de la Provincia para la prestación de servicios públicos esenciales y recomienda -para resolver afirmativamente la petición- atender al servicio público educativo que se lleva a cabo en el edificio de Perito Moreno N° 1415 de esta ciudad (fs. 1). Criterio ratificado en la Nota FR N° 505/03 del 30 de diciembre de 2003 (fs. 3).

Con tales antecedentes se suscribe el contrato de comodato de inmueble registrado bajo N° 9057 el 6 de enero de 2004 y se lo ratifica por decreto provincial N° 175 del 8 de enero del mismo año (fs. 18/19).

A pedido de una posterior Administración del Fondo Residual, concretada en Nota FR N° 07/08 del 4 de enero de 2008, se promueve una nueva intervención del Ministerio de Economía solicitando la revisión del plazo del préstamo acordado y “en su defecto establecer un canon mensual por el uso del inmueble” (fs. 24). Se fundamenta el planteo en el prolongado plazo de indisponibilidad del bien con motivo de la contratación celebrada.

Requerida la opinión de la Contaduría General, ésta solicita asesoramiento de la Secretaría Legal y Técnica sobre la posibilidad de modificar “por iniciativa de una de las partes (la Provincia) la característica de gratuidad del contrato celebrado” (fs. 24 vta.).

El Informe legal subsiguiente no evacua, por razones formales, la consulta formulada (fs. 25/26). El expediente queda inactivo hasta el requerimiento de la Sra. Gobernadora, según luce en el parte de giro de las actuaciones que lleva fecha 4 de mayo de 2009 (fs. 27) y es solicitado luego por un nuevo Administrador del Fondo Residual, a través de la Nota FR N° 127/09 del 13 de mayo de 2009 (fs. 28). El pase se efectivizó el 31 de julio de 2009 (fs. 31).

Por Nota FR N° 227/2009 del 14 de setiembre de 2009, esa autoridad del Fondo Residual peticiona al entonces Ministro de Economía provincial “que se lleven a cabo las tramitaciones necesarias con el objeto de dejar sin efecto el contrato de comodato...” (fs. 34), esgrimiendo los siguientes motivos: que él excede el objeto del Fondo Residual Ley N° 478, que el ministro firmante carecía de facultades al efecto y que “la sanción de la ley que dispone la disolución del ente que administro, demuestra la imprevista y urgente necesidad de la Provincia, de contar nuevamente con el inmueble, lo que amerita requerir al comodatario la restitución de la cosa, o en su caso que se obligue a pagar un canon por el plazo que resta de vigencia del contrato, a valores locativos de mercado” (fs. 37).

Vale aquí aclarar que el funcionario refiere a la ley N° 783 que dispuso la disolución de aquel organismo (fue sancionada el 27 de agosto de 2009, promulgada el 15 y publicada el 18 de setiembre del mismo año).

Al pie de esta nota la Sra. Gobernadora indica “Establecer nuevas condiciones: 1. Abona valores de mercado para el inmueble que utiliza y de ese modo puede hacer frente el Min. Educac. el pago de otro inmueble de similares características. 3. Desaloja inmueble en plazo para disposición del Min. de Educación” (fs. 37).

Con esta instrucción vuelven las actuaciones al Ministerio de Economía (fs. 38 y 39) y para su cumplimiento se provee la intervención del área legal provincial (fs. 40), que se expide por dictamen SLy T N° 498/09 del 25 de noviembre de 2009 (fs. 41/44). El asesoramiento jurídico concluye que están reunidos los requisitos

para solicitar la declaración judicial de nulidad del decreto provincial N° 175/2004, porque la celebración de un contrato a título gratuito importó incumplimiento de la normativa de creación del Fondo Residual y, en consecuencia, el decreto ratificatorio del mismo portó vicio en su causa, pues no se sustentó en el derecho aplicable (arts. 110 inc. d y 113 de la ley N° 141). Ninguna consideración se formula con respecto a la circunstanciadas directivas previas de la Sra. Gobernadora (fs. 37), para el establecimiento de nuevas condiciones con relación al inmueble.

En mérito a la recomendación legal y reproduciendo el proyecto de acto administrativo confeccionado por dicha área, la autoridad titular del Poder Ejecutivo suscribe el decreto provincial N° 2744/09 del 25 de noviembre de 2009 (fs. 45/46), declarando que su similar N° 175/2004, resulta lesivo para el interés público, por no haberse fundado en el derecho aplicable. En esta actuación tampoco se introduce una explicación del cambio de rumbo valorativo y resolutorio de la autoridad competente -Sra. Gobernadora- con respecto a la contratación.

2. Del relato efectuado se desprende, sin mayores esfuerzos, que la motivación del acto administrativo que ordena la promoción de la demanda de autos no se encuentra respaldada en los hechos y el derecho ventilados en el expediente respectivo. En otras palabras, no obra relación de concordancia entre tal elemento esencial del decreto N° 2744/09, su causa y su finalidad.

Mientras las actuaciones fueron orientadas precisamente por la titular del Poder Ejecutivo provincial hacia la modificación ex nunc de la contratación, el área de asesoramiento legal las encauzó hacia la revisión en origen de dicho instrumento, volcándose en este sentido la expresión de voluntad de la Sra. Gobernadora, sin una mínima exteriorización oportuna de la razón del cambio de temperamento.

Por su parte, el Administrador del Fondo Residual inició ambiguamente el trámite, partiendo de una consideración de invalidez primigenia del contrato, concluyó -luego- que la sanción de la ley N° 783 demostraba la necesidad de la Provincia de requerir la restitución de la cosa o renegociar un precio por el plazo restante de vigencia del comodato. En otras palabras, se manifestó -en definitiva- por la extinción o modificación a futuro de la relación contractual.

Omitiendo estos extremos y sin dar razón para ello, el decreto N° 2744/09 declara que el N° 175/04 es lesivo para el interés público, por no haberse fundado en el derecho aplicable. Y, en su mérito, la demanda estructura los vicios congénitos de este último, a partir de dos cuestionamientos al contrato de comodato por él aprobado: la ausencia de adecuación al objeto social del Fondo Residual y la ausencia de legitimación para contratar en el ministro que lo celebró.

En otras palabras, testeando el decreto provincial N° 2744/09 con lo que se ha dado en llamar “la técnica del acto administrativo” consagrada en el art. 99 de la ley N° 141, no cabe sino advertir que en él se ha expresado en forma deficiente la motivación (inc. e), según se la observa en su doble orden relacional (con la causa y con la finalidad de aquella actuación).

En efecto, juzgo que la exigencia de motivación no se encuentra satisfecha porque frente a la inalterabilidad de las circunstancias de hecho condensadas en el expediente respectivo, la autoridad emisora cambió su criterio -desde la conservación del contrato (con o sin renegociación), a su directa invalidación por vicio concomitante a su celebración- omitiendo exponer siquiera una mínima explicación del fundamento de tal variante.

Y, asimismo, advierto que el elemento motivación se encuentra viciado, porque el cambio normativo -ley N° 783- que retrotrae a la Provincia actora la titularidad del inmueble otrora dado en comodato, genera un desajuste con la finalidad expuesta en el decreto provincial N° 2744/09, con respecto al bien jurídico que se tiende a preservar con su emisión.

3. La parte demandada resalta -acertadamente- el temperamento con el que se promovieron los obrados examinados. Así expresa: “el Gobierno Provincial decidió dar por terminado el contrato de

comodato...prueba de ello lo determina el informe del ADMINISTRADOR DEL FONDO RESIDUAL FRANCISCO BEROLA (ver fs. 37) que textualmente reza: `...Por cierto la firma del decreto PEP 175/04, el escenario económico y financiero de la Provincia era absolutamente distinto...´, Esto no representa para nada ilegitimidad ni mucho menos. Peor aún el párrafo que sigue, pretendiendo modificar UN CONTRATO DE COMODATO, ya con una ley que dispone la disolución del FONDO RESIDUAL” (v. contestación de demanda fs. 55, párrafos sexto y séptimo).

Más adelante, FUNDATEC también anota el criterio administrativo ambivalente que sustenta la pretensión procesal. Entonces dice: “Como se aprecia claramente del texto de la demanda, la misma tiene una clara confusión con el concepto de ACCION DE LESIVIDAD, y pretende modificar las condiciones de un CONTRATO DE COMODATO, imponiendo obligaciones a mi parte que no constan en el mismo” (fs. 60, tercer párrafo).

Finalmente, en el alegato de la accionada se evidencia su interpretación confusa del objeto de la litis, propiciada por la variación inexplicada de la voluntad del Poder Ejecutivo en el expediente respectivo -antes y después de la intervención jurídica-. Bajo el título “Análisis del expediente administrativo N° 11.655/2003”, aborda el dictamen producido por el titular del Fondo Residual el 14 de setiembre de 2009, la orden expresa de la Gobernadora a fs. 37 y la falta de tratamiento de la misma en el dictamen de la Secretaría Legal y Técnica (v. fs. 140/142).

4. En la dogmática administrativista, la motivación importa la fiel exteriorización de la causa y debe guardar armonía con la finalidad del acto, preservándolo de riesgos de arbitrariedad.

“La doctrina, incluyendo a Cassagne, Comadira y Gordillo, ha definido la motivación como elemento esencial del acto, que no se limita a la exteriorización en el mismo de la existencia de la causa sino también de la finalidad. La inclusión de esta última coadyuva, como explica Gordillo, al propósito de mostrar el resultado final que se espera lograr con el objeto del acto, con lo que permite controlar si existe desviación de poder. La doctrina también ha afirmado que debe considerarse la motivación incluida en el elemento forma del acto, definida como la exteriorización, en el acto, de su causa y de la finalidad” (conferencia de Estela Sacristán en Jornadas Organizadas por la Universidad Austral denominadas “Acto Administrativo y Reglamento”, Ediciones Rap, 2002, pág. 64 y sigs.).

En ese orden se ha decidido que “La causa debe existir e invocarse correctamente, de modo de asegurar por un lado la juridicidad y transparencia de la actuación administrativa y por el otro los derechos de los administrados (C.N.A.C.A.F., Sala I, in re “Desplats”, del 28-04-98, La Ley, Suplemento de jurisprudencia de Derecho Administrativo, del 2-08-99)”.

Bajo tales finalidades tuitivas “requerir la motivación explícita como recaudo de validez del acto administrativo, no puede calificarse como un rigorismo formal, ya que se trata de una exigencia que -por imperio legal- es establecida como elemental condición para la real vigencia del principio de legalidad de la actuación de los órganos administrativos, presupuesto ineludible del Estado de Derecho y del sistema republicano de gobierno...la mención expresa de las razones y antecedentes -fácticos y jurídicos- determinantes de la emisión del acto se ordena a garantizar una eficaz tutela de los derechos individuales, de modo que los particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de las motivaciones y fundamentos que indujeron a la administración al dictado de un acto que interfiere en su esfera jurídica, ello en función de un adecuado contralor frente a la arbitrariedad y del pleno ejercicio del derecho de defensa (“Goldemberg”, Fallos 322:3066, cons. 4° de la disidencia de los Dres. Moliné O`Connor y Fayt; “Gonzalez Vilar”, Fallos 314:625, cons. 5° de la disidencia de los Dres. Levene y Moliné O`Connor)” (citado por Estela B. Sacristán, ob. cit., pág. 77).

En el comentario a la norma legal provincial que rige la exigencia en trato -art. 99 inc. “e” de la ley N° 141- se lee que “Es la explicitación de la causa del acto, es decir la explicación de las razones, de los motivos que llevan a la Administración a dictar el acto administrativo...hace a la forma republicana de gobierno, ya que de su cumplimiento depende que se pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y

razones que justifiquen el dictado del acto. Comprende plenamente a la causa y la excede, dándole mayor importancia al obligar a describirla y consignarla en el texto del acto” (Procedimiento Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Tomás Hutchinson, Ed. Emprendimientos Fueguinos, 1997, pág. 214).

Este Tribunal tiene dicho que “La exigencia es que la motivación del acto administrativo debe ser suficiente, de modo tal que su amplitud permita reconstruir en cada caso concreto el proceso lógico a través del cual la voluntad administrativa se ha formado y sirva para poner de manifiesto la concatenación que vincula a las distintas proposiciones; sin embargo, en este último aspecto no es necesario que se exponga detallada y minuciosamente, dicha concatenación, siendo suficiente que, sin excesiva dificultad, pueda deducirse el nexo existente entre las distintas argumentaciones de modo tal que la lectura del acto permita comprender los antecedentes del caso, su encuadre jurídico y la respectiva fundamentación de la tesis en definitiva sustentada (Corte sup. Just. Santa Fe, 22/05/96-Expreso El Aguilucho S.A. y Ferrini, Raúl Ernesto v. Provincia de Santa Fe, J.A. Documento N° 365134); se concreta claramente cuando el organismo expone las razones que tuvo para dictar el acto que se cuestiona” (v. sentencia del 16 de mayo de 2000, en autos “Servicios Petroleros Australes S.A. c/ Dirección General de Rentas de la Provincia de Tierra del fuego s/ Impugna acto administrativo-Medida de no innovar-Nulidad”, expediente STJ-SDO N° 489/97, registrada en T° XXI, F° 65/75).

5. Además, procede incorporar para el análisis una necesaria evaluación de la trascendencia que en el caso reviste el elemento apuntado, ya que la particular vía adjetiva habilitada por el decreto provincial N° 2744/09, se endereza a quebrar una básica garantía de respeto de derechos subjetivos irrevocables en sede administrativa y que se están cumpliendo.

Como ha sostenido el Estrado en el precedente “IPAUSS c/ Salomón”, citado en el inicio de estos fundamentos “sabido es que la acción de lesividad representa, en favor de la Administración, un supuesto de excepción a la regla *nemo propriam turpitudinem allegare potest*. Como tal, está prevista en los arts. 82 y sig. del CCA, integrados con el 113 de la LPA. Para su promoción, la actora debe: -acreditar la declaración administrativa de ilegitimidad de un acto propio, anterior, firme, consentido y que hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo; y observar el plazo legalmente establecido (noventa días computados desde la declaración prealudida). Para su procedencia, la pretensora debe probar que al tiempo de emitir el primer acto (que ahora reputa ilegítimo) omitió considerar o consideró erradamente algún aspecto esencial advertido a posteriori; o que luego de dictado aquél, se incorporó en el trámite administrativo algún elemento que evidenció una omisión o error previo (vicio originario)...”.

Solo con dichos recaudos resulta válido un acto administrativo declarativo de la ilegitimidad -por afectar intereses públicos- de otro anterior que adquirió estabilidad en sede de la Administración, y por lo tanto, fundada la acción de lesividad.

6. FUNDATEC plantea como cuestión previa la improcedencia de la acción de lesividad para perseguir el objeto de modificación del contrato de comodato o la restitución del inmueble a la Administración demandante, mas el germen de tal entendimiento procesal -de acuerdo con la reproducción trazada en el considerando 3 precedente-, se halla precisamente en el defecto que porta la motivación del decreto provincial N° 2744/09, conforme fue señalado en el considerando 2.

El íter de argumentación y fundamentación esencial para la validez del acto administrativo declarativo de la lesividad no solo debe estar respaldado en las constancias que conforman sus antecedentes fácticos y jurídicos, sino que -además- debe hallar adecuada manifestación en el acto mismo.

No obstante, del análisis del decreto de marras surge en forma palmaria la exposición fraccionada o parcial de las circunstancias concretas que generaron la necesidad de su dictado. Ello es así, porque omite fundar la razón por la cual la Sra. Gobernadora se apartó de su temperamento anterior en favor del mantenimiento o conservación del contrato de comodato -ya sea con la alternativa de renegociación de precio o con la de reclamo de restitución del bien a la finalización del plazo originalmente convenido-, cuando las

circunstancias de hecho y de derecho que rodearon la cuestión permanecían inmutables.

Es claro que el mero disenso de la parte afectada sobre la motivación del acto administrativo no puede asimilarse a la falta de tal requisito. Mas no es ésta la situación configurada en autos, pues las propias actuaciones administrativas traslucen -sin dificultades- el vacío de razones en el decreto provincial N° 2744/09 sobre la variación del criterio de la autoridad firmante, en orden al decurso del comodato revisado.

La denotada ausencia no puede reputarse integrada con la referencia al Dictamen S.L.yT. N° 498/09 “el que a mérito a la brevedad se da por íntegramente reproducido en este acto” (penúltimo considerando del decreto que obra a fs. 45/46 del expte. adm.). Liminarmente, dicha expresión no importa adhesión al contenido del acto preparatorio. Pero, si una mirada laxa le diera tal alcance, ella sería igualmente inidónea para justificar que esa opinión jurídica no contiene ningún desarrollo circunstanciado -y excluyente- de las modalidades previamente instruidas por la autoridad titular del Poder Ejecutivo (al pie de fs. 37 de esos obrados) y de la nueva situación normativa apuntada por el funcionario a cargo del Fondo Residual (a fs. 34/37)-, siendo que tales extremos revestían directa conducencia para la decisión administrativa a adoptar.

La situación que traduce el sub examine es análoga a la que resolvió este Cuerpo en autos "Ladereche, Juan Héctor c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia de Tierra del Fuego s/ Contencioso Administrativo" (Expte. STJ-SDO N° 1920/06, sentencia del 22 de mayo de 2008, registrada en T° LXIII, F° 141/153), al juzgar inválida como motivación `in aliunde` o contextual, la remisión que efectuó un acto administrativo sancionatorio a un informe legal que no apreciaba en su totalidad antecedentes obrantes en los expedientes administrativos, relevantes para arribar a una decisión.

En síntesis, apreciada la insuficiencia de la motivación que contiene el decreto provincial N° 2744/09, no procede admitir como fundada la acción judicial entablada en su mérito.

Ello así, voto por la negativa a la cuestión propuesta.

A la segunda cuestión el Juez Javier Darío Muchnik dijo:

En atención a la respuesta dada al tratar las cuestiones anteriores y de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado a fs. 152/163vta. por el Sr. Fiscal ante este Tribunal, corresponde: 1°) Hacer lugar a la demanda de lesividad incoada a fs. 2/6, dejando sin efecto, a partir del dictado de la presente, el decreto N° 175/04 de fecha 08/01/04, mediante el cual se ratificó el acuerdo de fecha 06/01/04, por ser lesivo al interés público, en un todo de acuerdo al alcance indicado en el considerando 4°; 2°) Las costas deben imponerse a la demandada vencida -art. 58, de la Ley 133-. Así lo voto.

La señora Juez María del Carmen Battaini por análogas razones a las invocadas por el señor Juez Muchnik, vota la presente cuestión en los mismos términos.

A la segunda cuestión el Juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

En atención a la respuesta dada al tratar el primer interrogante, corresponde rechazar la demanda de lesividad deducida por la Fiscalía de Estado de la Provincia a fs. 2/6. Las costas serán a cargo de la actora vencida (art. 58 del CCA). Así voto.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 19 de noviembre de 2014.

VISTAS: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede y la votación de las cuestiones planteadas,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

1°.- HACER LUGAR a la demanda de lesividad incoada a fs 2/6 dejando sin efecto, a partir del dictado de la presente, el decreto N° 175/04 de fecha 08/01/04, mediante el cual se ratificó el acuerdo de fecha 06/01/04, por ser lesivo al interés público, en un todo de acuerdo al alcance indicado en el considerando 4°.

2°.- IMPONER las costas a la demandada vencida (conf. art. 58, CCA).

3°.- MANDAR se registre, notifique y cumpla. Se devuelvan las actuaciones administrativas.

Registro TOMO: 90 – Folio: 130/151

Firmantes Jueces: Dr. Carlos Gonzalo Sagastume Sagastume, Presidente STJ y Dra. María del Carmen Battaini, Juez STJ.-

Ante Mi: Dr. Jorge Pedro Tenailon, Secretario Subrogante SDO. STJ