

Ushuaia, 30 de junio de 2011.

VISTOS: los autos caratulados "Asociación Hanis c/ Poder Ejecutivo Provincial s/ Medida Cautelar", expediente N° 2442/10 de la Secretaría de Demandas Originarias; y

RESULTANDO:

I. Se presenta la Asociación Hanis a fs. 51/58 solicitando el dictado de una medida cautelar, con fundamento en el art. 11 de la Ley N° 133 y el art. 260 del CPCCLRyM, consistente en ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia abstenerse de alterar o variar la situación legal y de hecho existente al 5 de octubre de 2010 respecto de la explotación del Museo del Fin del Mundo que: "...fue concebido, diseñado y administrado hasta la actualidad por la Asociación Hanis, objeto del contrato de concesión de administración y explotación suscripto con la misma, y de ofertar dicha concesión a terceros" -v. fs. 51, punto II, primer párrafo-.

En prieta síntesis, la promotora de la medida sostiene que la rescisión del contrato celebrado entre su parte y el Poder Ejecutivo no puede ser ejecutada por la administración por sí misma. Que no puede admitirse el comportamiento de hecho de la accionada, pues corresponde que en el caso intervenga la jurisdicción.

A fs. 63/65 amplía su pedido haciendo saber que la Subsecretaría de Cultura intimó a su parte a desalojar las instalaciones del Museo del Fin del Mundo bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 1° de la Ley nacional 17.091. Al respecto señala que la norma nunca estuvo en vigencia en la Provincia de Tierra del Fuego, que no se acreditan los extremos necesarios para su aplicación y que su régimen es inconstitucional.

II. El proceso quedó radicado ante este Tribunal conforme lo resuelto a fs. 79/80, que declaró su competencia y dispuso sustanciar el pedido de cautelar.

III. La Fiscalía de Estado de la Provincia lo contestó en los términos de su presentación de fs. 108/120, pidiendo el rechazo.

CONSIDERANDO:

1. La Asociación Hanis cuestiona la rescisión decidida por la administración y señala que no fue por incumplimiento de obligaciones esenciales. Enuncia la adopción de vías de hecho, tales como: el cierre del museo por varios días, el impedimento del ingreso de los trabajadores a sus lugares de trabajo y el cambio de cerraduras de las dependencias que individualiza.

Afirma que por tratarse de un contrato no le es posible a la Provincia obrar como si mediara un acto unilateral de su parte; en tal sentido cita el art. 100 de la Ley N° 141, que -a su entender- excluye la aplicación de esa ley a los contratos.

Pone de relieve que debe cumplirse el convenio celebrado oportunamente, y que si la demandada adjudicara a un tercero las prestaciones contenidas en aquél, transformaría en declarativa cualquier sentencia que pudiera dictarse.

A fs. 63/65, la solicitante de la medida amplía su pedido haciendo saber que la administración la intimó a desalojar las dependencias del museo bajo apercibimiento de proceder según lo prescripto por el art. 1° de la Ley nacional 17.091. Sobre el punto, afirma que la norma mencionada nunca tuvo vigencia en la provincia; que, aún cuando la tuviera, no se verifican en la especie los presupuestos de su aplicación; y, finalmente, que dicho régimen jurídico es contrario a la Constitución por afectar el derecho de defensa en juicio.

2. En el acotado marco cognoscitivo en que corresponde sea analizada la procedencia de la pretensión introducida, y sin que implique formar juicio de valor definitivo sobre la cuestión de fondo que aún no fue propuesta al debate, cabe afirmar que los precedentes de este Estrado han acuñado históricamente que las

medidas cautelares no proceden contra actos administrativos ni normas emanadas del Poder Legislativo; ello en virtud de la presunción de legitimidad que detentan. Claro que tal tesis debe encontrar un necesario quiebre cuando las potencialidades que emergen de los mentados actos aparezcan desprovistas, siempre con una mirada preliminar, de aquella nota, en confronte con los derechos invocados por la accionante.

En igual sentido el cimero Tribunal Federal ha sostenido: "...que si bien por vía de principio medidas como la requerida no proceden respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan, tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre base prima facie verosímiles (Fallos, 250:154; 251:336; 307:1702; 314:696 y sus citas)", (in re: "Montserrat, José Higinio c. Buenos Aires, Provincia de s/ incidente de medida cautelar", 26 de septiembre de 2006).

Respecto a la naturaleza de estas medidas de carácter excepcional, es preciso considerar que: "...ellas no exigen el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad. La verosimilitud del derecho invocado emerge de los términos de la demanda..." (conf. "IPPS c/ Godoy A. s/ embargo preventivo", expediente 001/94 SDO, sentencia del 8 de julio de 1994, concord. CSJN, febrero 15-1994; Rev. La Ley del 31/5/94, pág. 6).

En el mismo orden, este Tribunal ha sostenido que: "Constituyen requisitos específicos de las medidas cautelares la verosimilitud del derecho que se invoca (*fumus bonis iuris*), y el peligro probable de que la tutela jurídica que el actor aguarda de la sentencia definitiva no pueda –en los hechos- hacerse efectivo (*periculum in mora*), conf. CNFed. Contencioso administrativo, sala II, 11 de octubre de 1994, `Video Club Emanuel c/ Estado Nacional`, LL, 1995,C,664" (in re: "Ona S.R.L. c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo" (Expte. N° 2165/09 SDO, sentencia del 22 de mayo de 2009).

Y, concordantemente, se ha expresado que: "La procedencia de las medidas cautelares se halla condicionada a que se acredite la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien las solicita, el peligro en la demora, que exige la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda en los hechos realizarse y que la cautela no pueda obtenerse por otros medios (CNFed. Contencioso administrativo, sala IV, marzo de 1995, "Wehermar S.A. c/ Estado Nacional D.G.I.", II, 1996-A,649)" (in re: "Maffei Horacio R. c/ Provincia de Tierra del Fuego s/ Acción de Inconstitucionalidad-Medida Cautelar", expte. N° 2300/10 SDO, sentencia del 15 de abril de 2010).

Asimismo, debe tomarse en cuenta que los caracteres señalados se encuentran íntimamente vinculados y relacionados entre sí, lo cual implica que "a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes con la gravedad e inminencia del daño y, viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca del *fumus* se puede atenuar" (CFCA, sala 1ª "Cía. Azucarera del Norte s/ Amparo", 14 de febrero de 1985, concord. "Continental Illinois Bank s/ Nulidad", ídem tribunal).

De tal suerte, al valorar la procedencia de la medida debe primar una visión integral de la situación jurídica cuya protección se solicita, conjugando armónicamente sus elementos para la evaluación definitiva de su viabilidad.

En ese examen corresponde determinar, además, si aquélla opera como petición de no innovar o cautelar innovativa, pues en este último caso se imponen mayores restricciones; ya que conforme lo ha destacado la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "...los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia cuando la cautela altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (Fallos: 316:1833; 320:1633, entre otros)" (in re: "Pesquera Leal S.A. c/ Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca s/ medida cautelar", expediente P. 394 XXXV, 19 de octubre de 2000).

El marco excepcional ilustrado, requiere que junto con los recaudos generales de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela, concurren otros específicos como los de daño irreparable, ilegalidad

manifiesta o razones de interés público (CONF. R. REIMUNDÍN, “Suspensión del acto administrativo como medida de no innovar”, art. publ. en J.A. 1967-IV-280).

En el ámbito local, los arts. 19 y 20 del CCA receptan y puntualizan las exigencias que se vienen desarrollando.

3.- En el sub lite, a partir de los elementos obrantes, en particular: el Decreto N° 2434; el convenio que le sirve de antecedente -suscripto el 26 de junio de 2007, registrado bajo el N° 12282-; el escrito que contiene el planteo cautelar autónomo; su responde y las actuaciones administrativas incorporadas a requerimiento del Tribunal, es dable estimar, prima facie, que concurren los recaudos de excepción enunciados en el capítulo anterior.

Para sostener tal aseveración se comenzará por relevar las cláusulas del convenio que motiva la actuación administrativa contra la que se endereza la pretensión cautelar. En dicho cometido se advierte, liminarmente, que el acuerdo carece de previsión rescisoria unilateral expresa, por lo que cabe memorar la jurisprudencia de la Corte Suprema en sucesivos precedentes que delinearon los rasgos típicos de los contratos administrativos.

Así, se consignó que hay contrato administrativo cuando “una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado” (Fallos 316:212, in re `Cinplast S.A. c/ ENTEL´, citado por CARLOS F. BALBÍN, “Curso de Derecho Administrativo”, Edit. La Ley, 2008, Tomo II, pág. 177). Más recientemente, “a los fines de calificar la naturaleza del vínculo contractual corresponde seguir la jurisprudencia del Tribunal, según la cual cuando el Estado en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público (Fallos 315:158; 316:212; 321:714)” (CSJN, “P.R.A. v. Tierra del Fuego, Antártica Islas del Atlántico Sur”, sentencia del 21 de marzo de 2006, copiado por CARLOS F. BALBÍN, ob. cit., pág. 178).

Se desprende de lo expuesto que el contenido exorbitante que define a un contrato como administrativo puede hallarse expresa o implícitamente contemplado en el instrumento. En torno a la última alternativa, un sector de la doctrina tiene dicho que su ejercicio debe juzgarse con carácter restrictivo verificando el intérprete “cuál es la disposición que prevé en términos literales potestades expresas” y rechazado su reconocimiento en caso de duda (conf. CARLOS F. BALBÍN, ob. cit. pág. 186).

Otras opiniones apuntan que la facultad legal de disponer la caducidad de contratos, representa el amparo general para el caso de inexistencia de norma rescisoria expresa en el ordenamiento contractual de que se trate (conf., JUAN CARLOS CASSAGNE, “El Contrato Administrativo”, Abeledo Perrot, segunda edición, 2005, págs. 166/167).

En el caso concreto, con el dictado del Decreto N° 2434, la administración ha activado el ejercicio de una facultad rescisoria implícita.

Bajo ese prisma habrán de considerarse dos aspectos: por un lado, el carácter restrictivo con que debe interpretarse la decisión extintiva de la administración, dado la condición denotada; por otro, que el Estado provincial no ha desacreditado como ilegítimo el convenio, sino que, por el contrario, se ha apoyado en la cláusula 12° del mismo para rescindirlo.

Ello así volviendo sobre la primera de las aristas enunciadas, tratándose de facultades rescisorias implícitas, corresponde al no encontrarse plasmadas contractualmente, ponderar con mayor rigor las causales que sirven de sustento al acto rescisorio.

De tal modo y en este acotado marco cognoscitivo, no se advierten en el decreto 2434, razones elocuentes que den verdadero basamento al temperamento asumido. Repárese en que se hace hincapié en el incumplimiento de la cláusula décimo segunda del convenio suscripto, que en cuanto a su apartado tercero

ciertamente se exhibe difusa de por sí, no obstante lo cual se endilgaron inobservancias a la ley 369 - derogada por la ley 798- y a la ley 439, aduciendo en sus considerandos que la Asociación se encuentra en situación irregular ante la Inspección General de Justicia y la Dirección General de Rentas respectivamente.

Ahora bien, ni del acto administrativo rescisorio ni del dictamen legal al que hace referencia, se avizora –en este apretado espacio cognitivo- de qué modo las irregularidades esgrimidas pueden incidir en el cumplimiento de la prestación principal señalada en la cláusula primera del convenio que suscribieran las partes. La orfandad pregonada cobra inusitada importancia pues se trata, como señalara precedentemente, de supuestos de caducidad no contemplados contractualmente; de tal suerte que no se encuentra exteriorizado cómo los achacados incumplimientos, claramente formales y que al decir de la propia accionada -alguno de ellos se encontrarían desde el inicio de la vinculación contractual- podrían afectar seriamente la actividad museística que se venía desarrollando (en cuanto objeto principal del convenio que vincula a las partes).

En ese orden de ideas, es del caso apuntar que la ley 798 encomienda como autoridad de aplicación a la Inspección General de Justicia la fiscalización permanente de las asociaciones, facultándosela a disponer sanciones que pueden incluso concluir con el retiro de la autorización para funcionar, ello conforme su art. 8 inc. “i”; no obstante lo cual el decreto en análisis no hace referencia a sanción alguna, y tampoco se encuentra acreditado en esta etapa que ello hubiera acontecido.

Por otra parte y en cuanto al segundo de los incumplimientos enrostrados, tampoco se logra justificar prima facie de qué forma pudiera interferir la presunta infracción a ley 439 con el cumplimiento de los propósitos fundamentales tenidos en miras al contratar; en el sub lite, el acto administrativo objetado se sustenta en un presunto incumplimiento a dicho plexo, mas no obra en las actuaciones labradas por la administración ninguna intimación del organismo fiscal provincial dirigida al accionante en ese sentido; por ende solo se puede colegir que la mentada inobservancia pudiera perjudicar la posición favorable de la asociación beneficiaria de la exención ante el tributo, ya que debería hacerle frente y en su caso con los accesorios, empero no se alcanza a divisar, por ahora, tal omisión como proporcional con la caducidad decretada.

La verosimilitud del derecho invocado por Hanis para el mantenimiento del convenio, derivada de la naturaleza implícita de la potestad rescisoria activada por la Administración y del carácter accesorio de la obligación cuyo incumplimiento se le endilga, no aparece suficientemente resguardada en los actos administrativos cuya invalidez se peticiona; de allí que la tutela judicial innovativa se muestra como única alternativa idónea para conjurar el peligro en la demora y proveer a la efectividad del pronunciamiento de fondo a dictarse oportunamente. En otras palabras, dicha vía cautelar es la que garantiza el verosímil requerimiento de la promotora a fin de resguardar el marco prestacional convenido con la demandada, amenazado actualmente por la ejecutoriedad de las decisiones administrativas liminarmente examinadas.

Con relación a la exigencia prescripta por el art. 19 del CCA, sobre el previo planteo de la suspensión de ejecución del acto en sede administrativa -como recaudo para su petición judicial-, se advierte que al promoverse la cautelar en fecha 29 de octubre de 2010, la Asociación había interpuesto recurso administrativo y, más allá de la técnica y de la terminología allí empleada, requirió a la Administración que se abstuviera de “comportamientos lesivos, en concreto, impedir materialmente a la Asociación la ejecución del objeto del contrato suscripto, debiendo esa administración plantear la rescisión contractual por la vía judicial correspondiente” (v. fs. 737). Y, en último término, que al 2 de noviembre de 2010 se emitió el Decreto que rechaza el recurso impetrado y clausura la instancia administrativa. Estos extremos conducen a ponderar cumplido el requisito de admisibilidad aludido, y en consecuencia se considera procedente la cautela requerida en el planteo de inicio.

En conclusión, el Tribunal juzga que corresponde admitir parcialmente la medida cautelar innovativa solicitada y suspender los efectos del Decreto N° 2434 (año 2010) y de la Resolución SSC N° 9 (dada en 2010, con los alcances que se precisan en el considerando siguiente.

Con relación a la exigencia de “contracautela”, la medida en trato se concederá bajo caución juratoria, teniéndola por prestada con la petición esgrimida en el escrito promotor.

4.- La suspensión dispuesta tiene virtualidad exclusivamente sobre los efectos de los actos administrativos derivados de la rescisión del convenio N° 12282 dispuesta en forma unilateral por la accionada (extinción de las facultades de administración, venta, y obligaciones correlativas –art. 1 del Decreto N° 2434-; desocupación de las instalaciones –art. 1 de la Resolución SSC N° 9-, toda vez que la efectiva presencia de la asociación en el museo es esencial para cumplir las prestaciones convencionales).

Se dejan a salvo o excluidas de la innovación cautelar, las facultades derivadas del “control in situ” que contempla la cláusula sexta de aquél (inventario de bienes existentes en el establecimiento –art. 1 del Decreto N° 2506 y art. 1 del Decreto N° 2544); las involucradas por el manejo de fondos públicos, conforme señalara oportunamente el Tribunal de Cuentas de la Provincia (Acuerdo Plenario N° 1822 del 11 de agosto de 2009, que corre a fs. 346/358), ya que se encuentran alcanzadas por los principios generales en la materia (balance certificado de recursos y gastos –art. 2 del Decreto N° 2506 y 2544), y las exigencias que emanan razonablemente del carácter de bien de dominio del Estado que corresponde al Museo de Fin del Mundo y del art. 43 de la Ley N° 141 (fijación de domicilio fuera de las instalaciones del museo –art. 2 del Decreto 2506, art. 2 del Decreto 2544, art. 1 de la Resolución SSC N° 8).

5.- El dictado de la presente tiene estrecha vinculación con la naturaleza autónoma de la tramitación adjetiva articulada (v. capítulo Objeto del escrito inaugural obrante a fs. 51), y lo es sin perjuicio de las eventuales tramitaciones que la parte haya efectuado en sede administrativa, con posterioridad a la remisión de los obrados mencionados en forma previa, extremo que, obviamente el Tribunal desconoce y que a todo evento, habrá de evaluar en su oportunidad.

6.- En punto a las costas, y como consecuencia del modo en que se resuelve la pretensión cautelar traída a esta jurisdicción, se habrán de imponer por su orden (arts. 58 del CCA y 81 del CPCCLRyM aplicable por remisión del art. 16 del CCA).

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

1°.- HACER LUGAR PARCIALMENTE a la medida cautelar solicitada por la Asociación Hanis y, en consecuencia, suspender los efectos de los artículos 1° del Decreto N° 2434 y 1 de la Resolución SSC N° 9, ambos del año 2010; con el alcance dado en el considerando 4 de la presente. Costas por su orden.

2°.- MANDAR se registre, notifique y cumpla.

Fdo: Jueces Battaini – Muchnik – Sagastume.-

TOMO LXXIII F° 76/82.-