

En la ciudad de Ushuaia, capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los dieciocho días del mes de Mayo de mil novecientos noventa y cinco, se reúnen los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia en acuerdo ordinario para dictar sentencia en los autos caratulados "CANGA OSORIO, Margarita c/ INSTITUTO PROVINCIAL DE PREVISIÓN SOCIAL s/ Ordinario" (Expte. N° 014/94 SDO); habiendo resultado que debía observarse el siguiente orden: Dr. Carranza y Dr. Hutchinson.-

ANTECEDENTES:

I. Los Dres. Federico Rauch y Raúl Antonio Aciar, en representación de la Arquitecta Margarita Canga Osorio, promovieron formal demanda por incumplimiento contractual en contra del entonces Instituto ex-Territorial de Previsión Social -hoy Instituto Provincial de Previsión Social- procurando el cobro de la suma de Australes dieciocho millones, novecientos noventa mil quinientos cincuenta y dos [A 18.990.552] en concepto de saldo de honorarios profesionales adeudados en virtud del contrato de locación de obra celebrado entre las nombradas partes con fecha 30 de Diciembre de 1988, ampliado mediante convenio de fecha 5 de Abril de 1990 y que lucen a fs. 5/8 y 12 de autos. Por dicho contrato se le encargó a la Arquitecta Canga Osorio la confección de un anteproyecto, posterior proyecto para remodelación, refacción y ampliación de un edificio de la demandada y pliego licitatorio; pactándose los honorarios en los montos y la forma de pago de acuerdo con lo dispuesto en las cláusulas quinta y sexta. Según la actora, la controversia se suscita con el pago del último porcentaje previsto en el apartado 3°, inc.b) de la cláusula sexta. Entiende aplicable al caso, además del contrato, los D.L. 7887 y 6070 y los arts. 505/6/8/9/11 del Código Civil, fundando su pretensión en los arts. 1197/8, 1204 y correlativos del mismo cuerpo legal.

II. A fs. 64/71 contesta la demanda el Dr. Virgilio Juan Martínez de Sucre en representación del Instituto demandado, expresando su negativa respecto de la acción planteada. Relata los motivos que llevaron al contrato en cuestión y el objeto del mismo -poner en marcha el mecanismo de licitación pública- y discrepa con la actora en cuanto a la interpretación del contrato y del texto del D.L. 7887/55. Entiende que su mandante no adeuda suma alguna, por mediar en el caso el pago cancelatorio previsto por el art.724 del Código Civil. Funda el derecho invocado en su favor en los arts. 121, 355, 358, correlativos y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en los arts. 724, 953, 1197, 1198 correlativos y concordantes del Código Civil, en las normas del D.L. 7887/55 y en las cláusulas contractuales. A fs. 96 obra resolución del Juez Federal que entendía en la causa, declarando, a pedido de la actora, su incompetencia y ordenando su remisión a este Superior Tribunal para continuar la tramitación correspondiente. Recibida la misma corrióse vista al Sr. Fiscal ante el Superior Tribunal, quién la contesta a fs. 101/2, pronunciándose por la competencia de este Tribunal a mérito de las consideraciones que allí se exponen. Presentado alegato solo por la parte demandada a mérito de haberse declarado perdido el derecho para hacerlo a la parte actora, son llamados los autos para sentencia [fs.139].

Cuestión

¿Es procedente la demanda?

Votación

A la cuestión formulada el Dr. Omar Alberto Carranza dijo:

I. Tratándose la competencia contencioso administrativa de una cuestión de interés público y que por ello escapa a la facultad de las partes la posibilidad de alterar las pautas para su distinción, se impone en primer término determinar concretamente si el proceso traído es de aquéllos cuya competencia le es asignada en competencia originaria a este tribunal por la Constitución de la Provincia en su art. 157,inc.4.

II. Para dilucidar este problema de antigua data tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema como en los Altos Tribunales provinciales, conviene abrir el análisis aclarando que para nada resulta decisivo la circunstancia de que sea parte en el juicio una entidad autárquica y jurídicamente descentralizada. La

presencia del I.P.P.S. no atribuye per se competencia contencioso administrativa [criterio que es compartido por la CNFed.Cont.Ad. y por la CSJN]. En términos generales, puede hoy afirmarse, siguiendo doctrina y jurisprudencia autorizada en la materia, que el componente esencial que impone la jurisdicción contencioso administrativa es que la causa sea administrativa. Esto significa que, para asignar competencia en dicha materia, resulta imprescindible que la controversia de las partes esté regida prima facie de modo preponderante por el derecho administrativo [Así, se han considerado comprendidos dentro de la materia contencioso administrativa a los contratos clasificados y nominativos para el derecho administrativo como lo son el de obra pública, concesión de obra pública, concesión de servicio público, suministro, empleo público, empréstito]. De manera que tal competencia está definida entonces por la naturaleza pública de las normas aplicables al caso (Vid. SC Bs.As., "Patalano c. Pcia. Bs.As.", Ac. 29.447, La Ley, t.1983-B, pag. 758, Res.36.353-S).

III. Teniendo en cuenta así que el criterio clasificador de la competencia en razón de la materia tiene en vista la materia a que pertenece la pretensión deducida, o como tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde atender de modo principal al relato de los hechos y, en la medida que se adecue a ellos, el derecho que se invoca como fundamento de la pretensión [Fallos, 307:871]; veamos a qué materia pertenece la pretensión del caso según las leyes de fondo que señalan el radio de acción de los hechos, actos o negocios jurídicos por ellas alcanzados. Se desprende con absoluta claridad de la demanda entablada, que la pretensión de la accionante consiste en un juicio por cobro de pesos derivados del incumplimiento contractual, y que el derecho que se intenta hacer valer surge del contrato celebrado entre las partes, de disposiciones del Código Civil y de la ley que regla los honorarios de los profesionales de la arquitectura. Por su parte, la demandada también fundamenta su oposición en idénticos cuerpos legales. En tales condiciones, si ambas partes se han colocado en situaciones similares a las de un particular y el conflicto emerge de relaciones regidas por el derecho civil, no advirtiéndose interés público alguno en juego [o al menos interés público directo de mediana entidad]; encontrándose ausente toda manifestación de poder administrador en el tema litigioso, ya que la actividad de la que se desprende la pretensión no responde tampoco al cumplimiento de las funciones específicas encomendadas a la entidad demandada por la ley de creación [Ley Territorial N° 244], ni tampoco se han deducido los recursos procesales que dicha ley establece contra las resoluciones del Directorio, el caso debería ser resuelto por el juzgado con competencia que resulta de la atribución genérica, que excluye la actuación del fuero especializado en materia contencioso administrativa [Cfme. CSJN en «Romero c. B.H.N. s/ cobro de pesos», 12-MAR-87; idem La Ley, t. 96, pag. 243, t.98, pag.713].

IV. Es cierto que como bien señala el Señor Fiscal ante el Superior Tribunal en su contestación de fs. 101/2, que los contratos accesorios de una obra pública, aunque no tengan por objeto la construcción misma de la obra, se reputan como contratos administrativos. Mas en el sub exámine no ha mediado ningún contrato de obra pública al que haya estado subordinado el contrato en cuestión, y aunque la razón de éste haya tenido en mira una futura contratación de esa naturaleza, por distintas causas nunca se concretó.

V. A pesar de los opuestos criterios que ha dado la doctrina y la jurisprudencia para definir la noción del contrato administrativo, existen sin embargo una serie de coincidencias que merecen ser tenidas en cuenta como indicadores de la presencia o no de un contrato de esa naturaleza, tales como la presencia de un órgano del Estado -en nuestro caso de la Provincia- en ejercicio de la función administrativa y la presencia de cláusulas exorbitantes del derecho privado [Véase Barra, Rodolfo y Otros, «Contratos Administrativos-Régimen de pago y actualización», tomo 1, pag.36, ed.Astrea -reimpresión 1988-].

VII. Pues bien, retomando el examen del contrato que unció a las partes, además de tratarse de un típico contrato regido por normas comunes, no se advierte en él la presencia de cláusula exorbitante alguna [para la administración: rescisión unilateral, aplicación de multas, remisión expresa a normas del derecho administrativo; para el contratista: reconocimiento de mayores costos, pago de gastos improductivos etc.], como no sea relacionando la actividad de la arquitecta con la iniciación de las obras que, como ya hemos visto, nunca llegaron a contratarse debido a razones que no vienen al caso. VIII. Sobre el punto, merece destacarse la opinión de Bartolomé Fiorini en su Manual de Derecho Administrativo cuando afirma que, después de una azarosa construcción doctrinaria, las diferencias entre el contrato administrativo y el privado

se pueden establecer en forma firme. La diferencia fundamental se asienta, antes que en un objeto formalista, en el distinto régimen de normas que rigen; los privados se rigen por el régimen jurídico encuadrado en los códigos sobre la materia civil o comercial, en tanto el régimen correspondiente a los contratos administrativos proviene de normas especiales creadas por el legislador o el mismo administrador, que muestran la desaparición de la libertad de opinión y la discusión para el acuerdo por el particular que contrata con la administración. Es interesante comprobar -continúa expresando el Profesor Fiorini- que muchos contratos de derecho privado convenidos por la administración aplican idénticas normas que rigen para la formación de los contratos administrativos, mas ello es producto de la naturaleza organizativa y funcional de la administración. Hay ciertas formalidades que provienen de la administración por ser inherentes a su forma de ser y que no son de los contratos administrativos sino que son propias de las funciones del poder administrador. Concluye el destacado administrativista con que la característica esencial del contrato administrativo la constituye la exorbitancia de su régimen, que permite a la administración ejecutar sus decisiones sobre el contrato sin necesidad de recurrir a los estrados judiciales, pues sus decisiones se manifiestan a través de actos administrativos; los que podrán ser impugnados por el contratista mediante los recursos administrativos y las acciones o recursos contenciosos ["Manual ...", págs. 409 y sgts., Ed. La Ley, 1968].

IX. Considero igualmente que, admitiendo hipotéticamente que el contrato de locación de obra sobre el que se funda la demanda, fuese de naturaleza administrativa, ello no constituye un obstáculo a lo dicho precedentemente, por cuanto la accionante acude a la instancia judicial para exigir un cobro de pesos, sin impugnar concretamente un acto administrativo específico. Tan es así esto, que de las constancias acompañadas no se advierte el ejercicio de ninguno de los recursos procesales previstos por los arts. 76 y 77 de la Ley Territorial N° 244 contra las resoluciones del Directorio, ni la utilización de los recursos concebidos por la ley de procedimientos administrativos.

X. Por las consideraciones expresadas cabría pronunciarse declarando la incompetencia del Superior Tribunal de Justicia para entender en este juicio, pero, atento el estado de la causa que se encuentra con llamado de autos para sentencia firme, el tiempo transcurrido desde que se interpuso la demanda el 03.10.91 ante el Juzgado Federal (ver cargo de fs. 45) y la petición de la actora para que los autos se radiquen ante este Superior Tribunal (fs. 92/94); razones atinentes a la duración razonable de los juicios como elemento integrante de la garantía del debido proceso, y principios de economía procesal hacen conveniente que el tribunal decida esta causa, a los efectos de evitar mayor dilación a las partes, eludiendo de esta manera los perjuicios consiguientes.

XI. Entrando al fondo del asunto, debemos merituar en primer término cómo han sido convenidos los honorarios de la actora según el contrato de fs.5/7 y anexo de fs. 8. En este anexo se calcularon dichos honorarios según el presupuesto estimativo (a razón de A 7.500 el metro cuadrado) de A 6.804.000 la obra de refacción y A 1.770.000 la obra nueva (A 8.574.000 en total), resultando una liquidación total por saldo de honorarios de A 557.982 - conforme disposiciones contenidas en los arts. 50 y 54 del D.L. 7887/55-; los cuales debían pagarse en tres momentos: al aprobarse el proyecto el 20% sobre el valor estimado de la obra - que fuera abonado mediante orden de pago que corre a fs.9-; el 60% cuando se presentase el proyecto definitivo y el modelo de pliego licitatorio, previéndose que, establecido el valor de la obra según el monto de adjudicación, se ajustaría el 80% percibido (s/incisos 1 y 2 de la cláusula 6ta.) según el presupuesto estimativo. Y, el 20% restante, una vez finalizados los trabajos proyectados y a licitarse, debiendo actualizarse al momento de pago por lo índices oficiales de incrementos para la construcción, tomando como coeficiente de corrección el del mes anterior al de pago efectivo. También se previo para este tercer pago que igualmente sería abonado aunque la obra se paralizase, interrumpiese o suspendiese.

XII. A fs. 14/22 la demandante presenta liquidación final de sus honorarios agregando consulta al Consejo Profesional de Arquitectura y Urbanismo. Efectúa dos alternativas para liquidar, la una, toma como base el presupuesto obtenido en la licitación y al saldo de A 5.089.702 lo actualiza por el índice de precios al consumidor llegando a A 68.441.732 y deduce lo percibido por orden de pago 249/90(A18.568.953); la otra toma como base el presupuesto oficial y calcula sus honorarios a Julio de 1989 en A 189.946, actualizando conforme a lo convenido, arroja un importe de A 49.705.677 del que resta lo cobrado mediante orden de

pago 249/90, inclinándose por esta última alternativa por estimarla más justa.

XIII. En tanto la demandada entiende que lo pagado por la referida orden de pago 249/90 representa el 20% de la suma pactada originariamente (A 557.982) debidamente actualizada, razón por la cual nada se adeuda (fs. 23).

XIV. A fs. 24 la accionante insiste en esta oportunidad en que el valor de la obra debe establecerse por el presupuesto más bajo, sobre el que debió calcularse el 20%. Agrega que si se toma como base el presupuesto oficial (A14.316.058) a febrero de 1989 el honorario total asciende a A 949.730 y no A 552.982 como se estableció en el contrato original.

XV. El 31 de Octubre de 1990 se libra a favor de la actora orden de pago 868/90 por A 18.630.209 en concepto de diferencia por honorarios.

XVI. En la demanda se asegura que aún tomando como base el saldo nominal de honorarios de A 552.982 y utilizando el índice pactado queda una saldo impago. Pero para determinar el monto reclamado acude al presupuesto más bajo presentado en la licitación y calcula el monto por honorarios adeudados en A 18.990.552 al 1° de junio de 1989 sin tener para nada en cuenta los pagos hechos mediante órdenes 249 y 868.

XVII. La demandada insiste en que la suma pactada fue la de A 552.982, por lo que el 20% materia de la cuestión ascendía a A 110.596,40; suma que debió actualizarse con el coeficiente resultante de los índices de Febrero de 1990 y Diciembre de 1988, resultando la suma de A 18.568.952,88 pagada mediante orden 249/90 de fecha 5-4-90. Mas como dicho pago tuvo lugar en Abril se procedió nuevamente a actualizar la deuda a ese mes y la diferencia con lo abonado por orden 249/90 se actualizó a Septiembre del mismo año, dando como resultado la suma de A 18.630.209 que es la abonada por orden 868/90.

Haciendo una análisis agudo del contrato que ha vinculado a las partes, resulta claro que el presupuesto estimativo del total de la obra a proyectarse ascendía a la suma de A 8.574.000 y que los honorarios de la arquitecta Canga Osorio se estipularon en la suma de A 557.982 (Cláusula 5ta. y Anexo de fs.8); como asimismo indiscutible que la controversia se suscita sobre el tercer pago del 20% de esos honorarios, tal como se previó en la cláusula sexta, apartado 3°. XVIII. Dice expresamente el citado apartado que ese 20 % será debidamente actualizado desde el momento del contrato (Diciembre 1988) hasta el de su pago efectivo con los coeficientes que resultaran de la aplicación de los índices del mes anterior al pago y el de Diciembre de 1988 proporcionados por el I.N.D.E.C.; porcentaje este que sería también pagado en caso de paralización, interrupción o suspensión de la obra. La cláusula o mejor dicho el apartado 3° analizado resulta a mi juicio tan preciso como tan confusa deviene la demanda de la Arq. Canga Osorio. ¿Por Qué? Pues porque por una parte habla de la paralización de la obra, siendo que la misma jamás se adjudicó; por otra refiere a las órdenes 249 y 868 como recibidos sus importes a cuenta de una liquidación final, pero termina calculando lo supuestamente adeudado sin deducir lo percibido a cuenta.

XIX. Desde ya adelanto mi opinión discrepando con la interpretación de lo estipulado hecha por la actora en su demanda. A mi juicio se han mezclado los apartados 2 y 3 de la cláusula 6ta. Con el pago del 60% (que sumado al del ap.1 llega al 80%) se ajustaría el 80% percibido, según presupuesto estimativo al valor de la obra establecido en la adjudicación. Pero no solo ocurre que la adjudicación no llegó a concretarse sino que, y esto es esencial, con dichos pagos no se ha presentado controversia, ya que de los propios dichos de la accionante, fueron percibidos correctamente mediante las órdenes 069/89 y 346/89. Entonces, si la controversia se reduce al pago del 20% final previsto por el apartado 3° de la cláusula 6ta. que, como hemos visto, resulta de simple dilucidación, la demanda carece de fundamento. A menos que la accionante haya entendido que lo pactado en el citado apartado 3° pierde vigencia en virtud de lo dispuesto por el art.51, inc.3° del D.L. 7887/55. Supuesto éste que también resulta inaplicable, ya que el mismo está referido expresamente a la interrupción de la tarea encomendada al profesional en las obras de arquitectura e ingeniería, extremo no dado en la causa -y en esto le asigno razón a la demandada- en la que la tarea encomendada a la arquitecta fue completada totalmente, como ella misma lo asegura en el punto III de su

demanda expresando que las obligaciones a su cargo fueron cumplidas en debida y puntual forma (fs.34, in fine).

XX. En consecuencia, dado que de los elementos de juicio obrantes en autos se desprende que la demandada liquidó el porcentaje de honorarios materia de la acción conforme lo convenido en el contrato original y que la accionante no ha producido prueba alguna que demuestre el error en los cálculos tenidos en cuenta para esa liquidación, la demanda debe ser desestimada.-

Voto por la negativa a la cuestión planteada.

A la cuestión formulada, el Dr. Tomás Hutchinson dijo:

I. No ha sido para nada fácil establecer una diferencia tajante entre el contrato administrativo y el perteneciente al campo privado. Así, comenzando con el criterio subjetivo y luego con los criterios de la jurisdicción, el formal, el del servicio público, el de la naturaleza y el de la utilidad pública, se llegó al de la cláusula exorbitante, según el cual, los contratos que sólo contienen cláusulas conformes al derecho privado, iguales a las que existen en los que se celebran entre particulares, son contratos de derecho privado [Superior Tribunal del Chaco, sentencia del 27-8-62; Rep. La Ley, t.XXIV, p.244, n° 2]. O a la inversa, cuando la administración somete al contratante a obligaciones o sujeciones anormales en un contrato de derecho privado, entonces hay cláusula exorbitante [Cfme. Georges Péquignot, "Teoría general del contrato administrativo", p.171].

Conviene tener presente que, paralelamente, aunque en ciertos contratos la exorbitancia esté ausente de la letra del acuerdo, estará siempre presente en su esencia cuando el contrato, por su misma naturaleza, sea ciertamente administrativo, como lo son los contratos de obra pública, concesión de un servicio público etc. En tal sentido, se ha dicho que existen contratos administrativos por razón misma de su objeto -y que sólo puede celebrarlos la administración pública-, o, cuando sin ser administrativos por el objeto, contienen expresamente incluidas cláusulas exorbitantes del derecho común [Marienhoff, "Tratado de Derecho Administrativo", t. III-A, n° 596, ps.55/59]. En igual sentido, se ha expresado que es la inclusión de dichas cláusulas la que convierte al contrato en administrativo, aún cuando se trate de un convenio que la administración haya celebrado en forma de contrato privado. Y se define la cláusula exorbitante como aquélla que exterioriza algo que todo contrato administrativo lleva en su seno y que, llegado el caso, esté escrito o no, se materializa en reglas jurídicas de carácter excepcional. Ese "algo" que la administración ejerce sobre su cocontratante se traduce en derechos que ningún particular podría atribuirse en ningún contrato [Berçaitz, "Teoría general de los contratos administrativos", 2da. ed., ps. 221 y ss.].

En suma, cuando un contrato -como el celebrado en el litigio tratado- no es de aquéllos típicamente administrativos por naturaleza [obra pública, concesión de servicio público, etc.], no contiene cláusulas exorbitantes del derecho privado, ni su ejecución afecta el interés público superior de la colectividad, se rige exclusivamente por los preceptos del derecho común, lo que también ha entendido la actora, pues en el escrito de inicio fundamenta su derecho en normas del derecho privado.

II. La cuestión, así, no es administrativa, pues no nos encontramos ante un caso -causa- administrativo. Pero este proceso se inició en 1991, radicándose ante los estrados judiciales provinciales el 19 de Agosto de 1994.

Quien solicitó la remisión a este tribunal fue la propia actora, y esto para mi modo de ver es importante en punto a la cuestión propuesta por el ponente, de resolver la causa en esta instancia a pesar de no tratarse de una causa administrativa.

Demorar más la decisión, declarando la incompetencia del tribunal, notificando a las partes, esperando su consentimiento, enviando luego la causa al juez competente en primera instancia, que éste haga conocer su intervención, el consentimiento de las partes, el estudio de la causa por aquél y su decisión, hará que esta causa se decida no antes de fines de Octubre, produciéndose un dispendio jurisdiccional inútil, sin beneficio para nadie.

Podríamos pensar que las partes, de esta forma, pierden una instancia ordinaria, pero lo cierto es que ellas han consentido la intervención de este tribunal en instancia única. Además, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en innumeradas oportunidades ha dicho que la doble instancia no es una garantía constitucional, sino que basta a la defensa en juicio, una instancia judicial, al menos suficiente y adecuada [Fallos, 247:646].

Por ello, si bien el Tribunal aún no se ha pronunciado acerca de su competencia, y podría declinarla, adhiero al voto ponente de entrar al fondo del asunto.

III. En cuanto a éste debo decir que, además de adherir a los fundamentos del preopinante, agrego: a) el D.L. 7887/55 establece en su art. 1º que para las tareas que ofrezcan condiciones especiales corresponderán honorarios convencionales que se determinarán por acuerdo entre profesional y comitente. Ello ocurrió en el contrato celebrado, al reconocer la actora en la demanda que él se regía por el decreto ley 7887/55 y cláusulas especiales que prevalecen sobre las disposiciones de aquél [fs.34, párrafos 4º, 5º y 6º]; b) Las cláusulas contractuales constituyen una regla a las que las partes deben someterse como a la ley misma [art.1197 C.Civil]. La cláusula sexta del convenio establece que si la obra se paralizara, interrumpiera o suspendiera por razones ajenas a motivaciones del proyecto, la actora debía percibir el 20% restante actualizado como se indica precedentemente. Va de suyo que si no había paralización, interrupción o suspensión, la solución no variaba; c) si la obra se adjudicaba, la actora debía reformular y adecuar el proyecto originario, conforme las indicaciones que le indicara el Director de Obra [cláusula cuarta] y por ello no podía reclamar mayores honorarios porque estaban cubiertos con los acordados; d) La tarea, en lo que respecta a la actora, no fue paralizada ni suspendida. Ella elaboró el proyecto y lo cobró. En todo caso, la no realización de la obra la benefició, pues no debió reformular o adecuar el proyecto para lo cual nada debía reclamar [ver lo dicho en c].

Por ello, voto por la negativa a la cuestión.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 18 de Mayo de 1995.

Vistas: Las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede,

SE RESUELVE:

1º) RECHAZAR la demanda interpuesta por Margarita Canga Osorio en contra del Instituto Territorial de Previsión Social, en la actualidad Instituto Provincial de Previsión Social.

2º) IMPONER las costas a la actora (art.68 primer párrafo CPCCN).

3º) MANDAR se registre y notifique.

Firmado Jueces Tomas Hutchinson - Omar A. Carranza

TOMO II Fª 89/95 18.5.95